

La ejecución del contrato tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017¹

Teresa Moreo Marroig

Funcionaria del Cuerpo Superior de la Administración General de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Interventora delegada

RESUMEN

Este trabajo va destinado a destacar las novedades que presenta la LCSP en toda la fase de ejecución del contrato y la importancia que tiene su control. La exposición se divide en dos partes: Una primera en la que se analizan las principales novedades que la LCSP aporta con carácter general para todos los contratos, fundamentalmente referido a las condiciones especiales de ejecución, las penalidades y la subcontratación. En la segunda parte se presenta un análisis personal del nuevo régimen de la modificación de los contratos.

PALABRAS CLAVE: Gasto público de la administración y políticas relacionadas. Generalidades. Clasificación JEL: H50

¹ Abreviaturas, sigla y acrónimos empleados: AGE: Administración General del Estado. APP: Proyectos con financiación mixta público-privada. Circular 3/96: Circular 3/1996, de 30 de abril, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se dictan instrucciones sobre función interventora. DCP: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. DC: Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. ICEX: Institución de control externo. IGAE: Intervención General de la Administración del Estado. LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. LFTC: Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. LGP: Ley 47/2003, General Presupuestaria, de 26 de noviembre. LGS: Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. LCMCM: Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. LOEPSF: Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

ABSTRACT

The main objective of this work is to point out the updated version presented by LCSP for the execution stage of the contract and the importance of a close follow up of it. This memorandum is divided in two parts. In the first one, the general novelties that LCSP implement in all contracts are hereby analysed. It basically regards to the specific conditions of execution, penalties and outsourcing. In the second part, a more personal view is presented regarding the new framework for the modification of the contracts.

KEY WORDS: *Public expenditure of the administration and related policies. JEL Clasificación: H50*

ÍNDICE

- 1. Introducción.—2. Principales novedades en la regulación de la ejecución de los contratos. Aspectos generales.** 2.1. El plazo de los contratos. 2.2. Las condiciones especiales de ejecución del contrato y su cumplimiento. 2.3. Los responsables del cumplimiento del contrato. 2.4. Las penalidades. 2.5. La subcontratación. *a) Concepto. b) Principales innovaciones en la LCSP. c) Obligación de establecer en el PCAP las reglas de la subcontratación. d) Fin de límite abstracto de la subcontratación. e) Subcontratación manifestada en la licitación. f) Control del pago de las facturas del subcontratista. g) La Administración como tercero en el pago de las obligaciones del contratista con el subcontratista.*—**3. Nuevo régimen jurídico de la modificación del contrato.** 3.1. Visión general. 3.2. La potestad de modificar el contrato y su justificación. 3.3. Nuevo régimen jurídico. 3.4. Modificaciones previstas. 3.5. Modificaciones imprevistas. *a) Complementarios. b) Imprevisibles. c) No sustanciales y el «umbral de mínimos».* 3.6. ¿Luces verdes para la modificación de los contratos? *a) Vi-*

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. LTBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.. OCEX: Órganos autonómicos de control externo. RD 2188/95: Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado. RD 424/17: Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. RD 128/18: Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional. STS: Sentencia del Tribunal Supremo. STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TSJ: Tribunal Superior de Justicia. TREBEP: Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. TRLRHL: Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. UE: Unión Europea.

cio de anulabilidad por incumplir el 204 y 205. b) Precios/Unidades nuevos/as de obra no requieren modificado. c) Exceso de medición sin expediente de modificado también en suministros y en servicios. d) La concreción ex post del objeto en determinados contratos no significa una modificación. 3.7. Regulación específica para los modificados de los acuerdos marco y de los contratos basados.

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de otros Estados de la UE, en España, la regulación de la fase de ejecución del contrato siempre estuvo presente en las sucesivas leyes de contratos. Desde la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1965 hasta el recién derogado TRLCSP la ley ha dedicado títulos enteros a regular la fase de ejecución si bien es cierto que lo ha hecho desde una visión bastante administrativista y hasta el siglo XXI esta regulación se ha venido dedicando a las prerrogativas de la Administración y a ciertas reglas asociadas a la contabilidad pública, dejando de lado los derechos del contratista y del subcontratista.

Con todo, el control de la ejecución de los contratos ha sido y es la asignatura pendiente en la práctica de la contratación pública. La fase de licitación y adjudicación discurre por un sendero formal controlado por los servicios jurídicos, por la Intervención y por los tribunales administrativos de recursos contractuales, sin embargo, una vez formalizado el contrato el responsable del contrato o el director facultativo de las obras queda solo frente al contratista. Su perfil profesional le atribuye, en el mejor de los casos, amplios conocimientos a propósito de la materia contratada pero esto resulta insuficiente si no se asegura una correcta coordinación con el personal asistente al órgano de contratación (unidades de contratación, de gestión económica, servicios jurídicos,...), con el fin de garantizar el cumplimiento del procedimiento legal en cada una de las incidencias que puedan surgir durante la vida del contrato, responsabilizar a quien corresponda de su incumplimiento y aplicar las penalidades previstas.

Este *tête à tête* entre la empresa y el director de las obras o el responsable «del contrato sin la intervención de otros agentes que participaron en su día en la adjudicación pero que ahora permanecen en la sombra» crea un clima altamente peligroso y favorecedor de prácticas corruptas. Solo la integridad de los sujetos que intervienen puede garantizar que no se produzcan. Para conseguir este control, además de mantener en la fase de ejecución una estrecha

relación entre el servicio promotor del contrato y las unidades de contratación y de gestión económica, también es necesario mantener la unidad del expediente, evitando la desmembración y la dispersión de los documentos que lo integran creando falsos expedientes separados que se archivan en diferentes unidades (compras, infraestructuras, servicios médicos, servicios jurídicos, unidad de gestión económica,...) sin sobresalto de nadie hasta que el expediente, con motivo de una investigación, es reclamado por la fiscalía y debe ser reconstruido para su remisión.

Los informes del Tribunal de Cuentas Europeo, del Tribunal de Cuentas de España y del resto de los OCEX ponen de manifiesto de manera recurrente las principales incidencias detectadas en el procedimiento relativas a la ejecución, el cumplimiento y la terminación de los contratos. En su informe anual sobre el presupuesto de la UE relativo al año 2013 (DOUE de 12/11/2014), el Tribunal de Cuentas Europeo ya advirtió de que el sistema presupuestario está demasiado orientado a gastar los fondos exclusivamente cuando debería centrarse más en la obtención de resultados. El Tribunal subrayó que la gestión del gasto de la UE no es aun suficientemente satisfactoria en términos generales, ni en la Unión ni en los Estados miembros. Según los auditores, en todo el período 2007-2013 se concedió prioridad a gastar los fondos disponibles («se usan o se pierden») y no a conseguir buenos resultados.

Recientemente este Tribunal ha fiscalizado los proyectos APP financiados por la UE entre los años 2000 a 2014 —situados en Francia, Grecia, Irlanda y España— para analizar si se habían gestionado eficientemente. El resultado se puede leer en el Informe Especial titulado «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados» (N.º 9/2018). El Tribunal, poniendo como ejemplo los proyectos de autopistas fiscalizados en Grecia y España, concluye que, *«a pesar de que las APP tienen el potencial de ejecutar las políticas con mayor rapidez y garantizar unos niveles de mantenimiento de calidad a lo largo de su vida útil, las APP financiadas por la UE examinadas durante la fiscalización no siempre se gestionaron de manera eficaz ni presentaron una relación calidad-precio adecuada»* y que *«a la mayoría de proyectos fiscalizados, la opción de la APP se escogió sin un análisis comparativo previo, para demostrar que se trataba de la opción que supondría una mayor optimización de recursos»*.

En España, el Tribunal de Cuentas en su Informe N.º 1.279, aprobado el 31 de mayo de 2018, de fiscalización de la contratación celebrada en 2014 por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y

Medio Ambiente y sus organismos dependientes y su ejecución hasta 2017, ha puesto de manifiesto en sus conclusiones y recomendaciones que gran parte de los contratos han visto afectada su ejecución con retrasos, incidencias y modificaciones que han alterado tanto los costes como los plazos de terminación inicialmente previstos. Se recomienda que cuando se produzcan incidencias en la ejecución de los contratos, que supongan perjuicios para el interés público se exijan las correspondientes responsabilidades que establece la legislación vigente en los casos en que resulte procedente. Por otro lado, se debería llevar a cabo un seguimiento cercano de la ejecución de los contratos para asegurar que esta se ajusta a las necesidades que la motivaron. Con este fin, resultaría conveniente detallar suficientemente en los PCAP el modo en que se ha de llevar a cabo la supervisión de la actuación del contratista en el desarrollo de la ejecución del contrato, además de la designación del responsable del contrato encargado de la supervisión y control del cumplimiento de aquel.

En este sentido ya había advertido el Tribunal de Cuentas en el «Informe de fiscalización de la contratación realizada por los ministerios del área político-administrativa del Estado y sus organismos dependientes durante el ejercicio 2013», aprobado el 22 de enero de 2016, cuyo apartado IV «Conclusiones», punto 4, recoge la siguiente afirmación: *«En numerosos expedientes no consta la documentación acreditativa de la realización total del contrato a satisfacción de la Administración»*. Y, seguidamente, en su Recomendación 2 señala: *«Sería recomendable llevar a cabo un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, haciendo efectivas las garantías en caso de incumplimiento y, en su caso, la imposición de penalidades.»*

Los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad e integridad son instrumentos que coadyuvan a la consecución de la gestión eficiente pero no son en sí mismos suficientes. El principio de eficiencia que debe presidir el gasto público y en la contratación pública —declarado en el artículo 31.2 de la Constitución Española, en el artículo 7 de la LOEPSF y en el artículo 1 de la LCSP— adquiere carta de naturaleza durante la ejecución del contrato. Solo en este momento se podrá analizar si las decisiones adoptadas en la proyección, preparación, licitación y adjudicación fueron las adecuadas en términos de eficiencia².

² Parece que no lo fueron en el caso la concesión de las autopistas Barcelona-La Jonquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza-Mediterrá-

¿Quién responde de la buena ejecución del contrato? No debemos olvidar que la responsabilidad del control en primera instancia no recae sobre los órganos de control externo ni sobre la Intervención sino sobre el órgano de contratación. El modelo de control que diseña la LCSP en el artículo 62 gira en torno a la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria, el responsable del contrato y el órgano de contratación.

En España no existe la cultura del control de la ejecución del contrato. Sería muy favorecedor para su creación que se dictaran documentos que contengan instrucciones muy precisas dirigidas al responsable del control del contrato, teniendo en cuenta los recursos humanos asignados para efectuar el seguimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales, todo ello con el fin de garantizar una buena gestión de los fondos públicos³.

La gestión eficiente en la contratación es una obligación de los poderes adjudicadores. El principio de buena administración proclamado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y hoy presente en muchas de nuestras leyes, impone un nuevo paradigma del control. Pero, además, la contratación pública es un instrumento para la consecución de determinadas políticas públicas tan diversas como la conservación del medio ambiente, el refuerzo a las PYME o la sostenibilidad social. Esta versatilidad estratégica de la contratación se plasma en el apartado 3 del artículo 1 de la LCSP, donde se indica que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios

neo y el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el mismo que han llevado al Estado a tener que abonar 1.494 M a la concesionaria de autopista Abertis por la caída del tráfico en la A7, su el Tribunal Supremo no lo remedia. El 30 de marzo de 2006, el Consejo de Estado examinó el expediente relativo al borrador de convenio entre la AGE y Autopistas, Concesionaria Española, S. A. para la modificación de determinados términos de la concesión y el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el mismo. La primera de las cláusulas del convenio asegura al concesionario en todo caso un saldo de compensación positivo en el periodo concesional. Dicha previsión comporta, de facto, la exclusión del riesgo y ventura que prevé, como principio rector, para las concesiones de autopistas la Ley 8/1972, de 10 de mayo. El Consejo ya advirtió que previsiones de tal índole no deber ser objeto de generalización por cuanto comportan la desnaturalización de la institución concesional.

³ Resulta de interés, en el ámbito latinoamericano, el «*Manual de Supervisión de contratos de la Contraloría de Bogotá D.C. «Por un control fiscal efectivo y transparente»*» Contraloría de Bogotá DC Colombia 2012, como señala Bernabé Palacín Sáenz en su interesante trabajo publicado en Gabilex, setiembre de 2016, *La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?*

sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Este mandato se acompaña a lo largo de la ley de determinadas herramientas que han de permitir su verdadera efectividad.

2. PRINCIPALES NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS. ASPECTOS GENERALES

Con las directivas de cuarta generación, por primera vez la fase de ejecución del contrato cuenta con una regulación armonizada. Lo considerando 104 a 112, así como los artículos 70 a 73 de la DCP vienen dedicados a las condiciones de ejecución, a la subcontratación y a la modificación y rescisión del contrato. Igualmente, la DC se refiere a dichas cuestiones en los considerando 72, 75 y 76 y en los artículos 42, 43 y 44.

Si bien es cierto que los cambios más significativos de la nueva regulación de la contratación pública en España no se encuentran en la fase de ejecución del contrato, la LCSP presenta novedades importantes en la Sección 3.^ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, dedicada a efectos, cumplimiento y extinción de los contratos en general, y también en el Título II donde muchos artículos vienen destinados a los efectos y extinción de los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas. Además, la obligación de rendir cuentas de la buena ejecución del contrato se ve sutilmente reforzada en la LCSP. Bajo títulos aparentemente ajenos a ello se descubren preceptos que apuntalan el control de la ejecución. Sirva de ejemplo el artículo 195.2 donde se exige que la autorización de una ampliación del plazo de ejecución de los contratos vaya precedida de un informe del responsable del contrato donde se determine que el retraso no fue producido por causas imputables al contratista.

Cabe señalar la importancia de la aplicación del régimen jurídico administrativo a instituciones básicas de la ejecución de los contratos privados celebrados por poderes adjudicadores que no tiene la consideración de Administración pública. De acuerdo con el artículo 319 se aplican las normas administrativas que regulan las condiciones especiales de ejecución, la cesión y subcontratación, la modificación y las condiciones de pago de dichos contratos privados, lo cual lleva a cuestionarse esta calificación de «contratos privados», como

defiende CHINCHILLA MARÍN, C. en su artículo «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?» publicado en la Revista de Administración Pública, n.º 206, mayo-agosto 2018.

A continuación, voy a destacar algunos de los aspectos novedosos que presenta el régimen general de ejecución de los contratos.

2.1. El plazo de los contratos

Resulta indiscutible la especial importancia que el elemento temporal tiene en la ejecución de los contratos, pero es importante señalar que el plazo de los contratos cumple funciones distintas según la naturaleza de las obligaciones. En los contratos de resultado el plazo significa el tiempo que la Administración otorga al contratista para que cumpla con su obligación de ejecutar su objeto, en las concesiones los plazos tienen la función esencial que es la amortización de las inversiones; en los contratos de servicios de actividad el decurso de tiempo es requisito para la ejecución del contrato.

En determinados contratos, como el contrato de obras, el vínculo contractual va más allá del plazo de ejecución de la prestación. La obligación de las partes se inicia una vez formalizado, momento en que comienza a producir sus efectos el contrato, sin embargo, la obra no se iniciará hasta que no se haya llevado a cabo la comprobación del replanteo del proyecto y éste sea positivo. Por otro lado, una vez recibida la obra no finaliza el vínculo contractual y las obligaciones de las partes se mantienen vigentes hasta la aprobación de la liquidación del contrato. El TRLCSP no había resuelto debidamente esta dualidad que tuvo que ser aclarada por la Abogacía del Estado⁴.

De la lectura del artículo 29 de la LCSP, titulado *Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación*, se deduce una importante mejora respecto al artículo 23 del derogado TRLCSP que no diferenciaba estos dos conceptos. El precepto distingue entre la duración del vínculo contractual y el plazo de que dispone el contratista para ejecutar la obra, el servicio o entregar el bien. Igualmente distingue entre la prórroga, como repetición de prestacio-

⁴ Informe 6/09 Diferencia entre el plazo de duración y el plazo de ejecución, emitido el 18 de marzo de 2009 por D. Rafael Domínguez Olivera, Abogado del Estado Jefe en el Ministerio de Fomento.

nes y prórroga como moratoria o ampliación del plazo de ejecución, cuando en el apartado 3 regula la posibilidad de concederla. Se mantiene la prohibición de prórroga tácita y se elimina la limitación de la duración de las prórrogas a la duración inicial del contrato que establecía el TRLCSP.

Considero importante comentar la novedad que supone el apartado 4 del artículo 29. En este precepto se regula lo que podríamos denominar «prórroga extraordinaria», cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación. El contrato originario se podrá prorrogar hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

En mi opinión, la interpretación de dicho precepto debe ser estricta y no puede utilizarse como la forma habitual de actuación, previéndolo siempre en los pliegos, vulnerando el límite temporal de 5 años que la LCSP establece en el artículo 29 y computando su importe a efectos de cálculo del valor estimado del contrato⁵. En muchos casos, cuando se inicia la ejecución del nuevo contrato el contrato anterior ya ha finalizado sin posibilidad de prórroga y a pesar de ello la prestación se sigue ejecutando sin cobertura legal. Intuyo que la intención del legislador es legalizar estos supuestos de contratación irregular cuya facturación y pago no podrá ser tramitada sin la instrucción y aprobación del correspondiente expediente de revisión de oficio⁶. Con todo, se hubiera agradecido que la ley hiciera más hincapié en el carácter extraordinario de tal licencia y hubiese limitado su aplicación a servicios esenciales.

⁵ Avala este criterio el Informe 28/2018. Cuestiones diversas de la JCCA Estado.

⁶ Así se establece en el artículo 41 de la LCSP y en este sentido se pronuncian los órganos consultivos y jurisdiccionales. Por todos, Dictamen del Consejo de Estado 1724/2001, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña 206/13, de 6 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía 578/2013, de 11 de septiembre, del Consejo Consultivo de Valencia 437/2018, de 14 de junio, del Consejo Consultivo de Asturias 29/2018, de 29 de enero, del Consejo Consultivo de Baleares 139/2017 y sentencia del Juzgado Contenciosos Administrativo de Oviedo, Sentencia 148/2017, de 12 de junio.

2.2. Las condiciones especiales de ejecución del contrato y su cumplimiento

La DCP en su considerando 104 señala que el propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación, constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas. No deben ser discriminatorias y deben estar vinculadas al objeto del contrato, interpretado dicha vinculación de una manera amplia de acuerdo con el apartado 6 del artículo 145. Como afirma BLANCO LÓPEZ, F. en el libro *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Capítulo 33. «Los criterios de adjudicación en la contratación pública estratégica», no se trata de implementar en el contrato obligaciones extrañas a su objeto, imponiendo a las empresas actuaciones que no guardan ninguna relación con la obligación principal de hacer o realizar la actividad a cambio de un precio.

Como ya se anuncia en el Preámbulo, la LCSP impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan, no a modo de *numerus clausus*, en el artículo 202, si bien su introducción está supeditada a que se relacione con el objeto del contrato a celebrar. En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, una gestión más sostenible del agua, el fomento del uso de las energías renovables, la promoción del reciclado de productos, el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos de las personas con discapacidad, promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mundo laboral, favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, combatir el paro, en particular sectores en riesgo de exclusión, favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicable y favorecer el comercio justo.

La obligación *ex lege* de establecer en todo caso una condición especial de ejecución ha traído como consecuencia que en determinados contratos en los que es difícil justificar la relación de la condición especial con el objeto se recurra al cumplimiento de la normativa laboral, solución que no parece la más acertada. Cabría preguntarse qué sucede si se opta por no incluir ninguna condición especial de ejecución. En mi opinión no puede ser causa de nulidad plena de los pliegos, sino que constituiría un vicio de anulabilidad que no podría subsanarse incluyéndolo en el contrato porque vulneraría el artículo 35.2 de la LCSP.

Una condición especial de ejecución es una obligación que ha de aceptar el adjudicatario del contrato y que se refiere a su ejecución. Por tanto, es suficiente que los licitadores se comprometan a cumplirla en el caso de resultar adjudicatario. Dicho compromiso se plasma en una declaración que presentará con la oferta. Corresponde al órgano de contratación decidir, de forma motivada, si los pliegos le van a otorgar carácter de obligación contractual de carácter esencial, en cuyo caso su incumplimiento podrá dar lugar a la resolución del contrato, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71. 4, referido a prohibiciones de contratar.

Para asegurar el efectivo cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución es necesario que el PCAP prevea la forma y tiempo en que deberá acreditarlo y establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas obligaciones, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 para, en su caso, poder llegar hasta la resolución del contrato. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.

De acuerdo con el artículo 71, no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas que hayan incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave,

concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.

Como advierte la JCCA de Aragón en su Informe 16/2014, de 1 de octubre, la determinación en el PCAP de condiciones especiales de ejecución exige un responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula y sus consecuencias y no la convierta en papel mojado.

2.3. Los responsables del cumplimiento del contrato

En la nueva LCSP la designación de un responsable del contrato deja de ser potestativa para el órgano de contratación y se refuerza la prerrogativa de inspección. El artículo 62 determina que con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él. Como novedad, en los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general (derivado de los pactos de integridad) para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra.

Es fundamental elegir bien al responsable del contrato y definir su cometido. No existe una reserva legal de estas funciones al personal funcional, sin embargo, en mi opinión, para la mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones, estas tareas deberían ser encomendadas a funcionarios de carrera y no a personal laboral. En contratos especialmente complejos debería estudiarse la conveniencia de nombrar un comité técnico formado por tres funcionarios. Los pliegos deberán establecer herramientas organizativas, formales y materiales para llevar a cabo su función. Sería interesante realizar auditorías sistemáticas de las tareas de supervisión llevadas a cabo por los

responsables de contrato. En la LCSP no se prevén medidas de transparencia respecto a su nombramiento.

Entre las prerrogativas que enumera el artículo 190 debo señalar algunas novedades legislativas que vienen a reforzar actuaciones de la Administración durante el control de la ejecución del contrato que, si bien no tenían una regulación específica, ya venían realizándose. Básicamente son dos: la facultad de declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato y las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato, sin que ello signifique un derecho general de inspección de las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. En tal caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo.

2.4. Las penalidades

La nueva regulación establecida en los artículos 192 a 195 presenta mejoras frente al TRLCSP. Como novedades destacar que separa lo que es incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso de los casos de mora, concreta los límites cuantitativos de la penalidades, admite la posibilidad de que los pliegos de los acuerdos marco las establezcan (de hecho ya se venía haciendo), aumenta la multa por mora (pasa de 0.20 € a 0.60 € por cada 1.000 del precio), a pesar de que la previsión de penalidades en el PCAP sigue siendo optativa para el órgano de contratación, el artículo 194 prevé la posibilidad de exigir responsabilidad al contratista por cumplimiento defectuoso o demora en los casos en que no está prevista penalidad o esta resulta insuficiente y, por último, cuando se amplíe el plazo de ejecución de los contratos, el responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista.

Para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones del contrato no basta con atribuirles carácter de obligación esencial y poder resolver el contrato en caso de incumplimiento. La resolución del contrato causa perjuicios al interés público y debe ser la última solución. El PCAP debe dotar de las herramientas suficientes para que se pueda estimular el correcto cumplimiento del con-

trato, especialmente de esas obligaciones contractuales de carácter esencial. No ayuda la redacción del artículo 202 cuando señala en el apartado 3: «Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211.». Podría interpretarse que lo uno excluye a lo otro (o penalidades o resolución) y no debería ser así.

Respecto al procedimiento para la imposición de penalidades cabría cuestionarse si debe considerarse como un trámite más dentro de la ejecución del contrato o, por el contrario, someterse al procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, incluida la caducidad. Esta cuestión se ha planteado ante el Tribunal Supremo que por Auto de 19 de junio de 2017 admitió a trámite el recurso de casación contra la Sentencia núm. 448/2016 de 28 diciembre del TSJ de Madrid, en la que, muy sucintamente, considera que el trámite de imposición de penalidades por la Administración como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por el contratista no está sujeto a «procedimiento especial alguno», al no deber promoverse la iniciación de un «procedimiento autónomo», por tratarse, exclusivamente, de un trámite más dentro de la ejecución del contrato al que no le resulta de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo Común y, por tanto, la caducidad. En el auto de admisión el Tribunal justifica su decisión en que la sentencia recurrida fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de normas de Derecho estatal, en las que fundamenta el fallo, que es contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales, concretamente por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2015 que presenta el siguiente tenor literal:

«...dado que ni la Ley de Contratos ni su Reglamento General contienen norma sobre la duración del procedimiento para la imposición de penalidad, ha de acudir a la legislación supletoria, quedando de este modo establecido en tres meses, —plazo más breve que si estuviéramos en una resolución sancionadora—, sin que ofrezca dudas el hecho no controvertido de que en autos dicho plazo ha sido ampliamente rebasado, por lo que debe operar la caducidad del procedimiento, con estimación del recurso y con anulación de las resoluciones impugnadas, atendiendo de este modo la pretensión de la parte sustanciada con carácter principal.»

Habrà que esperar a la decisión del Tribunal Supremo.

2.5. La subcontratación

a) Concepto

Según el dictado del artículo 215 de la LCSP, el contratista puede concertar con terceros la realización parcial de la prestación, con sujeción a lo que disponga el PCAP salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero. Para el contrato de obras, la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, que se aplica plenamente a la obra pública, define al subcontratista como la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución.

A los efectos del régimen jurídico que deba aplicarse, es esencial distinguir la subcontratación de la simple provisión de medios humanos y técnicos para ejecutar el contrato que debe realizar el contratista, a través de los proveedores o suministradores. De acuerdo con el artículo 215.2, b) de la LCSP el contratista tiene la obligación de comunicar a la Administración la identidad del subcontratista y justificar debidamente su aptitud y de informar de cualquier cambio que se produzca. Esta obligación no se extiende a los suministradores o proveedores. Por lo que se refiere a obras de construcción, la naturaleza de ciertas actividades puede plantear dudas⁷ respecto a si deben ser consideradas como subcontratación de obra o, si por el contrario, se trata de suministros o determinados servicios no calificables de subcontratación. Para aclarar tales supuestos pueden resultar muy útiles las respuestas que a casos que le son planteados, son dadas por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Migraciones y seguridad Social.

No obstante, esta sutileza en distinguir subcontratista *vs* suministrador no parece que la tenga el legislador de la LCSP pues en los artículos 216 y 217, relativos a los pagos a los subcontratistas y

⁷ Por todos: Para la colocación de una grúa torre en una obra de construcción se ha contratado a una empresa que alquila dicha grúa torre y tiene que realizar el montaje, la Dirección General de Trabajo respondió con fecha 29 de octubre de 2007 y deja claro que está dentro del ámbito de aplicación de la Ley 32/06. Suministro de hormigón. Si la actividad se limita a depositar el hormigón en el lugar decidido por la empresa contratista, siendo el personal de ésta quien desarrolla las operaciones de extendido y vibrado del mismo no se considera subcontratación.

suministradores, parece que les atribuye la misma categoría haciendo un *melange* de obligaciones derivadas de la LCSP, de la LMLCM y de la Ley 25/2013 de impulso de la factura electrónica que puede dificultar la interpretación de estos preceptos. Ya estaba así regulado en el TRLCSP. Por suerte, las disposiciones adicionales trigésima segunda y quincuagésima primera cuando hablan de la obligación de ingresar su factura en registro electrónico oficial y posibilidad de pago directo únicamente se refiere al subcontratista.

b) Principales innovaciones en la LCSP

En la subcontratación confluyen diversos intereses: el interés público que tiene la Administración en la buena ejecución del contrato, el derecho del empresario a la subcontratación y los derechos de los subcontratistas. Ha sido precisamente el primero, el interés de la Administración, el que ha conducido históricamente a una tendencia a la limitación de la subcontratación y a un esfuerzo en destacar la distinción clara entre la relación jurídica que vincula a la Administración y contratista, de naturaleza administrativa, y la relación jurídica que vincula al contratista y subcontratista, de naturaleza civil, de la que la Administración se ha desvinculado.

El escenario ha cambiado. El principio de que el adjudicatario debe ejecutar el contrato con sus propios recursos y que la subcontratación constituye una excepción se encuentra superado por un deseo de promover la participación de las PYME, en el mercado de la contratación pública y salvaguardar todos sus derechos. Ya no vale ignorar lo que acontezca en la relación entre contratista y subcontratista. Nuestra legislación laboral y también la tributaria ya había armado una telaraña de responsabilidades de la Administración Pública, al considerarla «empleador» y la LCSP, en su preámbulo, refuerza la importancia que significa la subcontratación para las PYME y recalca que se exige, para determinados contratos (obras y servicios >5M, subcontratación \geq 30%), que la Administración compruebe el estricto cumplimiento de pagos que el contratista principal hace al subcontratista. Además, refuerza el control sobre la aptitud del subcontratista y sobre el cumplimiento por su parte de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral y de las condiciones especiales de ejecución a que se refiere el artículo 202.4.

El régimen jurídico general que regula la subcontratación y los pagos al subcontratista en los contratos públicos se encuentra contenido en los artículos 215, 216 y 217 de la LCSP. Además, se debe

tener en cuenta dos disposiciones adicionales. De acuerdo con el artículo 319 las reglas de la subcontratación se aplican a todos los contratos privados, tanto si los celebran administraciones públicas como si los han adjudicado poderes adjudicadores no Administración pública. Esto significa una importante novedad frente al régimen jurídico anterior.

c) Obligación de establecer en el PCAP las reglas de la subcontratación

Visto el dictado del apartado 1 del artículo 215, la subcontratación será siempre con sujeción a lo que dispongan los pliegos. Ya el RGLCAP en su artículo 67.2, u), donde se regula el contenido de los PCAP, señalaba que los pliegos indicarán, en su caso, la parte o el tanto por ciento de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el contratista, pero el TRLCSP no impedía el silencio de los pliegos. En mi opinión, de acuerdo con el 215.1, para ejercer el derecho a la subcontratación no es suficiente la ausencia de prohibición expresa en los pliegos y la comunicación en tiempo y forma a la Administración. Es necesario que el PCAP haya establecido el régimen jurídico de la subcontratación.

d) Fin de límite abstracto de la subcontratación

El TJUE ha manifestado en varias sentencias⁸ que no es posible imponer limitaciones al recurso a la subcontratación para una parte del contrato fijada de manera abstracta como un determinado porcentaje del mismo, al margen de la posibilidad de verificar las capacidades de los posibles subcontratistas y sin mención alguna sobre el carácter esencial de las tareas a las que afectaría. De acuerdo con el artículo 215.1 el contratista ha de poder concertar con terceros la realización parcial de la prestación, con sujeción a lo que disponga el PCAP, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.^º de este artículo la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el adjudicatario. Se trata de supuestos en los que el adjudicatario lo sea por su condición personalísima y también los contratos reservados a favor de Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción, donde

⁸ STJUE (Sala Tercera) de 14 de julio de 2016 donde se concluye que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo.

precisamente la justificación de la restricción de los posibles licitadores lo es por la naturaleza o condición especial de los mismos. Se mantiene la obligación de solicitar autorización expresa para la subcontratación en contratos de carácter secreto o reservado, conforme a los términos de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales y de las disposiciones que reglamentariamente se dicten para su aplicación y también se mantiene la posibilidad de establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser éstas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación. En los contratos de concesión de servicios la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, de acuerdo con el artículo 296⁹.

Con este nuevo régimen jurídico el PCAP no puede exigir que el futuro adjudicatario del contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje del objeto del mismo sin especificar las circunstancias especiales que lo motiva. Se pone fin a la lucha doctrinal del límite del 60% tuvo lugar durante la vigencia del TRLCSP.

e) Subcontratación manifestada en la licitación

La LCSP prevé que el licitador esté obligado a manifestar ya desde el momento en que presenta su oferta si piensa subcontratar alguna parte del contrato, de acuerdo con las condiciones establecidas en el PCAP. Asimismo, puede ocurrir que este compromiso de subcontratar esté relacionado con la acreditación de su solvencia, porque para ello va a acudir a medios ajenos.

El apartado 2.a) del artículo 215 de la LCSP indica que, si así se prevé en el PCAP, los licitadores indicaran en su oferta la parte que prevén subcontratar, señalando su importe y el nombre o perfil empresarial de los subcontratistas a los que vaya a encargar la realización de parte del contrato. Considero desafortunado mantener el término «importe» pues conduce al licitador a consignar una cifra. Habría sido mejor que el precepto se refiriera a porcentaje, pero no lo hace y ello obliga al tramitador del expediente a poner especial

⁹ Ver Informe 18/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 17 de julio de 2018.

cuidado en la redacción del PCAP para evitar que dicho dato se incluya en la documentación que acompaña a la oferta y pueda desvelar su secreto en un momento inoportuno, lo cual provocaría su rechazo. Esta obligación de comunicación previa puede darse o no, pero, en todo caso, el contratista debe comunicar tras la adjudicación del contrato y antes de iniciar su ejecución la intención de celebrar subcontratos, la parte de la prestación que pretende subcontratar y justificar suficientemente la aptitud del subcontratista en referencia a elementos humanos, técnicos o experiencia, asegurando que no se encuentra incurso en prohibición de subcontratar.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 75 para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar. Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si éstas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

La LCSP ha mejorado frente al TRLCSP que carecía de plasmación legal que regularan las obligaciones derivadas de este mecanismo de acreditación de solvencia para licitar, como denunció en su día la JCCA de Aragón en la Comunicación 2/2013, de 25 de noviembre. A pesar de que en la LCSP se mantiene la expresión «independientemente de la naturaleza de los vínculos jurídicos que tenga con ella» el precepto asegura el adecuado control de seguimiento de la ejecución del contrato cuando obliga, en determinados casos, a la subcontratación y en otros va más allá pues exige una responsabilidad solidaria propia de las uniones temporales de empresa.

Por último, el artículo 90.1.i) prevé que las empresas de servicios puedan acreditar su solvencia técnica indicando la parte del

contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.

f) Control del pago de las facturas del subcontratista

En la misma línea que lo hacía el TRLCSP, la LCSP destaca que los subcontratos tendrán en todo caso naturaleza privada y que los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. No obstante, la LCSP significa un gran avance en cuanto al control que debe hacer la Administración respecto al cumplimiento de la LMCM en la deuda comercial del contratista frente al subcontratista.

El artículo 216 obliga al contratista a abonar a los subcontratistas o suministradores en los plazos fijados que no podrán ser más desfavorables que los previstos en la LMCM (30 días ampliable a 60). Dicho plazo computa desde que se da la conformidad al suministro o a la prestación, lo cual debe hacerse en el plazo de 30 días desde la entrega. En caso de demora deberá abonar los intereses correspondientes.

De acuerdo con el apartado 5 de este artículo los subcontratistas deberán utilizar en su relación con el contratista principal la factura electrónica, cuando el importe de la misma supere los 5.000 € (cuantía que puede modificar el Ministerio de Hacienda), una vez que se haya puesto en funcionamiento el Registro Electrónico Único previsto en la Disposición adicional trigésima segunda (FA-CeB2B, versión 1.1¹⁰), que, entre otras funcionalidades, permite acreditar la fecha en que se presenten facturas por los subcontratistas al contratista principal y trasladar dichas facturas al destinatario de las mismas conforme a la configuración para recibir las facturas electrónicas que consignan en el directorio de empresas.

g) La Administración como tercero en el pago de las obligaciones del contratista con el subcontratista

Como gran novedad la LCSP prevé el pago directo al subcontratista. La Disposición adicional quincuagésima primera regula que el órgano de contratación pueda prever en el PCAP la posi-

¹⁰ Ver información en <https://faceb2b.gob.es/portal>

bilidad de que se realicen pagos directos a los subcontratistas. El subcontratista que cuente con la conformidad para percibir pagos directos podrá ceder sus derechos de cobro conforme a lo previsto en el artículo 200. Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la Administración contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra. En ningún caso será imputable a la Administración el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal a la factura presentada por el subcontratista.

Se autoriza al Ministro de Hacienda y Función Pública para desarrollar, en el ámbito del sector público estatal, las previsiones contenidas en los apartados anteriores relativas a las características de la documentación que debe aportarse, el régimen de notificaciones, y el de certificaciones, operativa contable y facturación. Hasta la fecha de entrega de este trabajo el Ministerio no ha dictado las disposiciones reglamentarias necesarias para poder aplicar estos preceptos en el ámbito de la AGE si bien la Resolución de 25 de julio de 2018, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios, publicada el 2 de agosto, ha incluido dicha posibilidad para todos los contratos y la verificación que debe hacer el personal fiscalizador consiste en comprobar que tal posibilidad está contemplada en el PCAP.

Se trata de un pago por cuenta de otro en el que la Administración realiza el pago al subcontratista para el deudor con la voluntad de extinguir la obligación (art. 1158 CC). El acreedor, en este caso el subcontratista, debe aceptar el pago para no incurrir en mora del acreedor que excluiría la mora del deudor. El pago por tercero origina la acción de reembolso y por tanto un derecho de crédito de naturaleza pública a favor de la Administración con todas las garantías que le otorga la LGP y resto de normativa de aplicación.

Pese a que algunas Administraciones han contemplado esta posibilidad (véase el Ayuntamiento de Barcelona que ha aprobado el Decreto de Alcaldía S1/D/2017-1271, de 24 de abril sobre

Contratación pública sostenible, publicado en Gaceta Municipal de 28 de abril de 2017, donde lo contempla como una condición especial de ejecución.), no se ha desarrollado de manera que quede perfectamente determinada la operatoria contable a seguir en estos casos. De acuerdo con el artículo 20 de la LGP las obligaciones de la Hacienda Pública estatal nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen. Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas. Si dichas obligaciones tienen por causa prestaciones o servicios, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación.

La doctrina y la jurisprudencia han ahondado en una radical separación entre la relación jurídica administrativa que vincula a la Administración con el contratista, y la relación jurídica civil que vincula a este último con el subcontratista. Esta dirección es contraria a la que se ha seguido en el ámbito civil, laboral o tributario. En Derecho laboral existe una especial protección del trabajo en contrataciones que impone una responsabilidad solidaria del empresario principal.

La polémica entre los diferentes órdenes jurisdiccionales que pudo suscitarse en relación a la posibilidad de que el subcontratista ejerciera la acción directa se zanjó con la introducción del apartado 8 del artículo 227 del derogado TRLCSP en el que quedaba perfectamente claro que el subcontratista no tendrá ninguna acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. Este precepto se mantiene en el artículo 215.8 de la LCSP.

Con todo, el pago al subcontratista por parte de la Administración forma parte del contrato, si así se ha previsto en los pliegos, lo cual cambia la relación jurídica contractual. Ello requiere un desarrollo normativo que contemple, entre otros, las condiciones generales de aplicación (tal vez podrían excluirse facturas de importes insignificantes), el modo en que el subcontratista deberá acreditar el impago, los lazos para que el contratista alegue y, lo más importante, la operatoria contable a seguir que se deberá establecer por cada Administración dado que la ordenación de la Hacienda es competencia de cada administración territorial.

Es importante tener presente que la Ley 32/2006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, desarrollada mediante Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, resulta de aplicación a todo tipo de contratos de obra, ya sean contratos públicos o privados. El artículo 7 de esta ley establece además la obligación de hacer constar las subcontrataciones en el Libro de Subcontratación que el artículo 8 exige para toda obra de construcción. En dicho Libro, que debe permanecer en todo momento en la obra, se deberán reflejar por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos todas y cada una de las subcontrataciones que se realicen indicando si son empresas o trabajadores autónomos y su nivel de subcontratación. También se hará constar la persona que ejerce las facultades de dirección y organización de cada empresa contratista, los representantes legales de los trabajadores de la misma, así como la entrega a las mismas de la parte del Plan de Seguridad y Salud que afecte a la realización de dichas obras.

Por último, el 30 de agosto de 2018, se ha publicado en el DOUE la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de mayo de 2017, sobre el Informe anual 2015 sobre la protección de los intereses financieros de la UE — Lucha contra el fraude (2016/2097(INI)). En dicho documento insta a la Comisión a dar apoyo en la lucha contra el fraude, lo cual requiere «una plena transparencia, incluso en relación con las subcontrataciones» y pide a la Comisión que supervise y evalúe la transposición de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE sobre contratación pública a las legislaciones nacionales lo antes posible.

3. NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

3.1. Visión general

En una primera valoración general sobre el nuevo régimen jurídico de los modificados, resulta indiscutible que el legislador ha tenido en cuenta que la modificación de los contratos es un área especialmente proclive a la producción de actos de corrupción y ha considerado los sectores donde se detectan las mayores áreas de riesgo: Los entes instrumentales del sector público. La unidad de régimen, la transparencia y el control son los tres elementos sobre los que pivota el nuevo escenario. De acuerdo con el artículo 319 de la LCSP todos los poderes adjudicadores deberán aplicar el mismo régimen jurídico a la modificación de los contratos, sin que

exista la posibilidad de «libre» modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública. Respecto a la transparencia, el artículo 207.3 señala que en todo caso se debe publicar un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación. Por último, en cuanto al control, podrán ser objeto de recurso especial ante el tribunal administrativo las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2.d) de la LCSP.

Con todo, cuando se analiza en conjunto la regulación del modificado en la LCSP se tiene la sensación de que el legislador ha querido suavizar las reglas que limitan la posibilidad de variar el objeto del contrato una vez formalizado, tal vez con la intención de superar lo que, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR, JA. se ha venido llamando «negar la evidencia».

En mi modesta opinión, el régimen general del modificado comprendido en el artículo 204 y 205 de la LCSP destila una generosidad inexistente en el antiguo régimen establecido en los artículos 105 a 107 del TRLCSP. Esta generosidad es tributaria sin duda de la novedosa regulación que la DCP despliega en el artículo 72, interpretado de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, como disponen los considerando 107 a 110 de dicha directiva.

Desde *Succhi di Frutta* a nuestros días (la decisión del Tribunal de Justicia en esta sentencia de 29 de abril de 2004 se basa en que la sustitución como medio de pago de manzanas por naranjas y melocotones altera la licitación), la regulación sustantiva de la institución del modificado ha experimentado cambios importantes. Es posible que, con la Ley de Economía Sostenible, España fuera demasiado lejos en el régimen jurídico establecido en aquel momento. Podría pensarse que el legislador no solo manifestó un «intento de negar la evidencia» sino que, además, con cierto encono, probablemente desbordó los límites dibujados por el Tribunal de Justicia en sus sentencias referidas al tema de la modificación de los contratos. No es extraño porque, como ya he manifestado, la modificación de los contratos es un área especialmente proclive a la producción

de actos de corrupción. Con todo, la corrupción no es el ecosistema habitual donde se mueve la contratación pública. La gran mayoría de servidores públicos que deben resolver las incidencias surgidas durante la ejecución de los contratos actúan bajo el principio de integridad y al margen de prácticas corruptas y clientelismo. Por ello, bienvenido sea un régimen que permite dar soluciones legítimas a problemas surgidos durante la ejecución de contratos de larga duración o de importante complejidad. No debe olvidarse que en la preparación de los expedientes de contratación hay siempre un componente de estimación y que toda estimación, por definición, es una aproximación que incluye elementos cuyo comportamiento en el futuro se desconoce.

3.2. La potestad de modificar el contrato y su justificación

¿Debe la Administración quedar atada a sus propios errores e imprevisiones? A mi criterio, la respuesta debería ser: No, pero no con coste cero. Muchas de las modificaciones que se producen en los contratos de obras se deben a errores padecidos en el proyecto. ¿Se exige responsabilidades por el mal diseño y planificación de los contratos?

A modo de ejemplo, el túnel de Pajares, la segunda mayor obra de ingeniería civil que se ha ejecutado en España, presenta problemas técnicos a causa de las filtraciones de agua y la inestabilidad del terreno que hacen imposible fijar la fecha de su inauguración. De los 1.858 millones de euros que se presupuestaron en 2004, el coste se eleva a 3.500 millones. Y no solo en España. El aeropuerto de Berlín se ha convertido en Alemania en exponente de la mala planificación de las grandes infraestructuras públicas. Debía inaugurarse en 2011 y aún no cuenta con una fecha de inauguración oficial por una serie de errores de planificación y fallos de construcción, ligados al montaje sobre tres secciones del tejado de unos ventiladores demasiado pesados para que la estructura los soporte. Innecesario recordar la pesadilla del Canal de Panamá.

El *ius variandi*, esta potestad de modificar el contrato que ya estaba reconocida en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, es una potestad legal de naturaleza reglada que no puede ejercitarse sin límite alguno o de forma arbitraria, pero, sobre todo, no pueden ejercerse de forma incompatible con las normas de contratación de la UE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los principios de la contratación pública. La facultad de modificar el contrato por parte de la Administración se encuentra fundada en

la necesidad del mantenimiento de la finalidad del mismo y del interés público sobre el que descansa.

El conflicto surge entre las limitaciones para la modificación del contrato y el interés público en finalizar su ejecución. En términos teóricos, un acuerdo complementario no debería poder cambiar fundamentalmente la economía del contrato ni cambiar el objeto del mismo, salvo imponderables técnicos no imputables a las partes. Con todo, la paralización y posterior resolución de un contrato por la imposibilidad de modificarlo significa iniciar una nueva licitación para culminar su ejecución, con el consiguiente perjuicio económico para el erario público que derivará de la resolución del contrato. Sin embargo, es necesario recordar la importancia de considerar el principio de interés público en la contratación solamente operativo a través de los principios de igualdad, objetividad, transparencia, publicidad, libre concurrencia y eficiencia. La escala de principios no se puede construir bajo la total y absoluta supremacía de un interés público entendido como última ratio de la actuación administrativa o argumento definitivo que hace innecesario seguir razonando en el mismo sentido y que es muy superior a todo argumento en sentido contrario. Otra consideración derivada de una noción esencialmente política del interés público que permita actuaciones al margen de estos otros principios no resulta hoy día admisible. Como indica LÓPEZ CALERA, N. en su artículo «El interés público: entre la ideología y el Derecho», publicado en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), «*el interés público pretende significar un compendio de los fines prevalentes de un orden jurídico y político, pero se trata de un concepto jurídico indeterminado que lleva consigo comúnmente los riesgos de la confusión y de la manipulación*».

No se trata meramente de una cuestión dogmática pues tiene importantes repercusiones en el escenario económico presupuestario, resultando ser la causa más importante del sobrecoste de los contratos. Una vez que el contrato está formalizado la finalidad básica es cumplir con lo pactado sin embargo en el devenir de su ejecución, principalmente en contratos de cierta complejidad y larga duración, irrumpen multitud de incidencias que en muchas ocasiones se resuelven con la aprobación de un modificado. El problema surge cuando se utiliza el modificado de forma torticera para compensar bajas temerarias, que nunca debieron ser aceptadas, corregir groseros errores padecidos en los proyectos pese a la conformidad otorgada por la oficina de supervisión, restablecer el equilibrio económico de una concesión cuando lo que ha fallado no es el reparto de riesgos pactado sino la irreal oferta del contratista,

etc. En definitiva «incidencias» que no debían de haberse producido si el contrato hubiera sido bien diseñado y planificado y el principio de integridad hubiera informado todas y cada una de las decisiones del órgano de contratación.

Desde la atalaya del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las modificaciones de las cláusulas de un contrato público efectuadas durante su ejecución constituyen una nueva adjudicación (en el sentido de las directivas comunitarias) cuando introduce características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial que desvirtúan las ofertas presentadas y no presentadas en su día, es decir, alteran la licitación. Este acervo de criterios, en teoría, es asumido por la Directiva 2014/24/UE, que introduce por primera vez disposiciones relativas a la ejecución de los contratos públicos, entre las que se integra el artículo 72 dedicado a la modificación de los contratos. Su interpretación no puede ser más que a la luz del considerando 107, donde se puntualiza que se hace teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. Esta jurisprudencia parece que no varía, más bien se reafirma si atendemos a las conclusiones a las que llega el Tribunal en la Sentencia de 7 de septiembre de 2016, *Finn Frogne A/S y Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, donde lo que condena es una reducción de la magnitud del contrato por considerar que puede hacerlo interesante para operadores económicos de menor tamaño que no se presentaron a la licitación. Para los estudiosos del tema fue un alivio comprobar que el considerando 107 seguía manteniendo su razón de ser: Faro que ilumina la interpretación del artículo 72 de DCP.

3.3. Nuevo régimen jurídico

Como no podía ser de otro modo, la LCSP disciplina el régimen de modificados conforme al vigente derecho derivado de la UE. Con todo, el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE es más permisivo que la nueva Ley y ésta, a su vez, más permisiva que el derogado TRLCSP.

Con independencia de que las limitaciones de los modificados resulten de aplicación a todos los poderes adjudicadores de acuerdo con el artículo 319 de la LCSP, permanece el régimen de prerrogativas y derechos de la Administración en el artículo 190, aplicable exclusivamente a los contratos administrativos. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de in-

interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta. En cuanto al procedimiento para su ejercicio, respecto al modificado el artículo 191 de la LCSP no presenta mayor novedad que el aumento del 10% al 20%, como límite para acudir al Consejo de Estado.

De acuerdo con el artículo 203, los contratos solo podrán ser modificados cuando se dé así se haya previsto en el PCAP y excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205, con las especialidades procedimentales previstas en el artículo 207. En cualesquiera otros supuestos, si 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, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en la LCSP, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la LCSP, deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63 y podrán ser objeto de recurso especial en los términos que prevé el artículo 44.2.d).

3.4. Modificaciones previstas

De acuerdo con el artículo 204, los contratos se podrán modificar hasta un 20% siempre que se hubiese advertido expresamente en el PCAP y no se altere su naturaleza global. El pliego deberá indicar la posibilidad de modificar el contrato formulando la cláusula de modificación de manera clara, precisa e inequívoca, precisando con suficiente detalle su alcance, límites y naturaleza, así como las condiciones en las que se puede hacer uso por referencia a circunstancias cuya concurrencia se pueda verificar de manera objetiva. En ningún caso la modificación puede suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato. Estas modificaciones son obligatorias para la empresa contratista.

La expresión «naturaleza global» es transcripción literal de la DCP. Estamos ante un concepto jurídico indeterminado, que vuelve a aparecer en el artículo 205 y que el legislador pretende concretar en el apartado 2 del 204 utilizando la expresión «en todo caso». Siempre se alterará la naturaleza global del contrato cuando el objeto se sustituya por otro diferente o se modifique el tipo de contrato y, por el contrario, una modificación no altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

¿Y toda la casuística intermedia? En opinión de VAZQUEZ MANTILLA, FJ, expuesta en su Tesis Doctoral «La modificación de los contratos públicos», el concepto «alterar la naturaleza global» lo podemos identificar como la alteración de la causa o fin. Asumo plenamente este criterio. La noción de naturaleza global del contrato no se identifica con el carácter sustancial de la modificación; va más allá. En palabras de HORGUÉ BAENA, C.¹¹ *«se erige en el verdadero nudo gordiano del régimen de la modificación contractual, pues manifiesta en último extremo el límite infranqueable que no puede traspasar el poder adjudicador»*

Se prohíbe que la modificación convencional establezca la aparición de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato, pero se acepta la sustitución de alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual. Lógicamente si aceptamos la sustitución de una unidad habremos de aceptar la aparición de un precio nuevo. Parece pues que la interpretación ha de ser en el sentido de restringir que el PCAP prevea la posibilidad de nuevos precios a unidades ya existentes. Esta cuestionable interpretación habrá de confirmarse con el criterio de los órganos consultivos y de los tribunales.

A pesar de que la DCP no establece límite de proporción a los modificados convencionales¹² una importante novedad de la LCSP frente al TRLCSP es el límite cuantitativo del 20% del precio inicial, siempre que el PCAP hubiera advertido expresamente de esta posibilidad. También este extremo habrá de ser objeto de interpre-

¹¹ HORGUÉ BAENA, C. «Modificación de los contratos». *Tratado de Contratos del Sector Público*. GAMERO CASADO Y GALLEGOS CORCOLES. Tirant lo Blanch. 2018.

¹² Si analizamos el Derecho comparado de los distintos Estados que conformen la UE veremos que muchos siguen esta línea de no restricción cuantitativa. Sirva de ejemplo Francia que su *Code des marchés publics* permite una modificación convencional sea cual sea el monto, siempre que no altere la naturaleza global del contrato.

tación por la doctrina. El catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, BAÑO LEÓN, J.M., coautor del libro titulado «Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público», Aranzadi 2018, en la página 1350 hace una primera interpretación que, con todo respeto, personalmente no comparto. Según el autor el 20% ha de entenderse que es un límite por modificado, no un límite para todos los modificados considerados conjuntamente.

Quedan algunos aspectos sueltos, a mi juicio destacables, que los profesionales de la contratación ya están teniendo que resolver en el momento de la elaboración de los pliegos, especialmente en contratos de servicios de actividad o de suministro de tracto sucesivo. La fase de preparación de contrato exige el cálculo de su valor estimado de acuerdo con el artículo 101 de la LCSP y para ello se deben considerar las posibles prórrogas y modificados. La prórroga en estos contratos implica una repetición de las prestaciones por un periodo superior, igual o inferior al contrato inicial, con el consecuente aumento del precio. El modificado convencional, de acuerdo con el 204.1 no puede superar el 20% del precio inicial, entendido por la doctrina¹³ como precio de adjudicación del contrato. ¿Significa esto que el límite del 20% opera durante toda la vigencia del contrato, pero referido al precio inicial? ¿No es posible por tanto que la modificación afecte también a la prórroga? A modo ejemplarizante: Pliego de un contrato de mantenimiento de edificios: PBL, sin IVA, 100.000 € por dos años, prorrogable por dos más. Modificación prevista hasta el 20%. ¿Cómo se debe calcular el VEC?

Opción 1: $VEC = 100.000 + 100.000 + 20.000 = 220.000$.

Opción 2: $VEC = 100.000 + 100.000 + 40.000 = 240.000$ €.

En mi opinión, la opción 2 no respeta el límite del artículo 204.1 puesto que el 20% no se ha calculado sobre el precio inicial. Sin embargo, parece que el TARC del Estado opina diferente. Como muestra, la resolución n.º 610/2017 de 7/07/2017 en la que se admite y estima en parte un recurso presentado contra la adjudicación de un contrato de suministro de gas natural que se licitó y adjudicó con un valor estimado por debajo de los umbrales comu-

¹³ Por todas, JCCA Murcia. Informe 04/2012, de 25 de mayo. Consulta relativa al cálculo del porcentaje de modificación en contrato que se encuentra prorrogado por un periodo distinto al del contrato inicial.

nitarios, valor que el Tribunal recalcula con método distinto al que fija el pliego. El expediente de contratación objeto de recurso se refiere a un contrato cuyo presupuesto anual alcanza la cifra de 88.876,48 €. El contrato prevé una prórroga y una posible modificación del 30%, por lo que, según el Tribunal, el valor estimado del contrato es 230.558,84 €. La resolución se dictó durante la vigencia del TRLCSP, momento en que los modificados convencionales no tenían límite porcentual y se intuye que el tribunal apostó por un cálculo exhaustivo del valor máximo *vs.* límite del modificado. Esta postura es difícil de mantener en la actualidad.

3.5. Modificaciones imprevistas

Las modificaciones no previstas en el PCAP o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo 204 solo podrán realizarse cuando la modificación encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo del artículo 205 y se limiten a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias.

Estas modificaciones serán obligatorias para la empresa salvo que impliquen aislada o conjuntamente una alteración en su cuantía que exceda del 20% del precio inicial del contrato. En este caso para acordar la modificación el órgano de contratación deberá contar con la conformidad previa escrita de la empresa y ni no la otorga se resolverá el contrato, de acuerdo con la causa prevista en el artículo 211.1, g) de la LCSP.

A modo esquemático y siguiendo el dictado del artículo 205, los modificados no previstos en el PCAP que la LCSP permite son los siguientes:

a) *Complementarios*

Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados y el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un au-

mento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista. Además, la modificación del contrato no puede implicar una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50% de su precio inicial, IVA excluido.

El complementario como procedimiento negociado sin publicidad ha muerto. Me parece importante señalar la cuestión planteada a la IGAE en relación a si se puede tramitar un contrato de obras complementarias, acogiéndose a las previsiones de la letra b) del artículo 171 del TRLCSP, por remisión hecha en el artículo 250 del TRLCSP (contrato de concesión de obra pública; modificación de la obra pública) o, por el contrario, se está ante una modificación del contrato. En su informe de 2 de junio de 2016 la IGAE concluye que, en base al efecto directo de la DCP y teniendo en cuenta lo señalado en la Recomendación de la JCCA del Estado de 15 de marzo de 2016, no es posible tramitar el contrato de obras complementarias proyectado en los términos propuestos por el Centro gestor habida cuenta que el supuesto regulado en el artículo 171 b) del TRLCSP no se encuentra contemplado en los artículos 26.4 y 32 de la citada Directiva.

b) Imprevisibles

Acudiendo a la cláusula *«rebus sic stantibus»*, el apartado 2.b) del artículo 205 señala no será necesaria una nueva licitación cuando la exigencia de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas que una Administración diligente no hubiera podido prever, siempre que no altere la naturaleza global del contrato y no implique una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 % de su precio inicial.

c) No sustanciales y el «umbral de mínimos»

Finalmente, el apartado 2.c) del artículo 205 la LCSP prevé la posibilidad de modificar un contrato sin necesidad de verificar si se cumplen las anteriores condiciones (imprevisibilidad), siempre que se justifique especialmente la necesidad de modificación, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial y con los límites de que no altere la licitación, no

altere el equilibrio económico a favor del contratista (lo altera si se introducen unidades nuevas cuyo importe supera el 50% presupuesto inicial) y no amplíe de forma importante el ámbito del contrato. La LCSP establece un umbral de *mínimis*. Se considerará que lo amplía de forma importante cuando el valor de la modificación aislada o conjuntamente, excede del 15% si se trata del contrato de obras o de un 10%¹⁴, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral del contrato sujeto a regulación armonizada. También lo amplía si las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallan dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

3.6. ¿Luces verdes para la modificación de los contratos?

Como ya apunté en el apartado 3.1. de este trabajo, el régimen jurídico de los modificados previsto en la LCSP destila un cierto aire de libertad de movimientos frente al régimen anterior. Señalaré a continuación las «luces verdes», «vías de escape» que, en mi opinión, la ley ofrece a los operadores jurídicos, no sin cierto temor al modo en que van a ser utilizadas.

a) Vicio de anulabilidad por incumplir el 204 y 205

En primer lugar, el régimen de invalidez previsto en el artículo 40 atenúa la pena de quien incumple. Dicho precepto, titulado *Causas de anulabilidad de Derecho administrativo*, incluye entre las mismas el incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205. Tal calificación del vicio significa un cambio telúrico para los órganos de control ante la presencia de un modificado de hecho que se evidencia en la liquidación del contrato, en el que no concurren los requisitos

¹⁴ Informe 6/2015, de 16 de diciembre, sobre la modificación de un contrato de obra que suponga introducción de nuevas unidades de obras. Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía. Conclusión: En las modificaciones de los contratos de obras podrán compensarse las unidades de obras que se suprimen por las unidades de obras nuevas siempre que la diferencia entre ambas no iguale o exceda, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato y siempre que con la citada modificación no se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato en el resto de supuestos establecidos en el artículo 107.3 del TRLCSP. DCP: Artículo 72: Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

exigidos para no llevar a cabo una nueva licitación. ¿Ya no estaremos ante un vicio de nulidad plena? Me parece importante señalar que la anulabilidad que regula el artículo 40, susceptible de convalidación, únicamente se refiere a determinados incumplimientos, a mi modo de ver sustanciales, pero no incluye los regulados en el artículo 191, entre otros, el preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente en las modificaciones que no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 €. La falta del dictamen del Consejo de Estado cuando es preceptivo supone la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado, por considerarse una omisión de un trámite esencial del procedimiento. En este sentido se pronuncia el TS en sentencia de 14 de julio de 1997 y 14 de marzo de 1989.

b) Precios/Unidades nuevos/as de obra no requieren modificado

El siguiente precepto que quiero señalar es el artículo 242.4, referido a la modificación del contrato de obras, en el que se indica que no tendrá tal consideración ni la variación en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas, siempre que no representen un gasto superior al 10% del precio primitivo (certificación final de obra: una institución clásica), ni la inclusión de precios nuevos (letra ii) fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3% del presupuesto primitivo del mismo. Del literal de la letra ii) de este precepto se puede deducir que estos precios nuevos pueden corresponder a unidades nuevas, o no. La ley no lo limita, luego permite que, con los límites establecidos, se puedan aprobar nuevos de unidades ya existentes en el proyecto o de unidades nuevas, todo ello sin necesidad de aprobar un modificado. Esto último significa una novedad muy importante que se asienta en la necesidad de dar una solución en los casos de errores padecidos en el proyecto.

c) Exceso de medición sin expediente de modificado también en suministros y en servicios

Respecto al contrato de suministros, el artículo 301 que regula el pago del precio ofrece una licencia antes no permitida para flexibilizar la rigidez del objeto del contrato como algo inamovible. En el

contrato de suministros en el que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10% del precio del contrato, a que se refiere el artículo 205.2.c).3.º, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el PCAP y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.

En el artículo 309, de forma similar a la utilizada para los contratos de suministro, la ley indica que no se consideraran modificaciones los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que se haya previsto en el PCAP y no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio del contrato. Respecto a la previsión de financiación nada se indica en la ley¹⁵.

Los contratos en los que el precio se formula en términos de precios unitarios, referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, pueden ser por unidades ciertas o por unidades estimadas supeditadas las entregas a las necesidades de la Administración. Estos últimos tiene un régimen especial en la Disposición Adicional Trigésima Tercera que obliga a autorizar un presupuesto máximo, debiéndose aprobar un modificado antes de que se agote si las necesidades reales superan a las estimadas. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 204.

De la lectura integrada de estos tres preceptos parece deducirse que la posibilidad de que se encarguen más unidades de las contratadas sin necesidad de aprobar un modificado vía artículos 301 y 309, solo se aplicará a contratos de suministro a precios unitarios con el número de unidades determinado, o bien a contratos de servicios distintos a los de tracto sucesivo según necesidades. En el caso de suministros o servicios a precio unitario, en los que el número total de entregas o de prestaciones no se defina con exactitud

¹⁵ MOREO MARROIG, T. «Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato». *Tratado de Contratos del Sector Público* GAMERO CASADO Y GALLEGO CORCOLES. Tirant lo Blanch. 2018.

al tiempo de celebrar el contrato, habrá que tramitar y aprobar un modificado si las unidades reales superan a las estimadas, de acuerdo con la citada disposición adicional. Si el artículo 301 y 309 significan la regla general para los contratos de suministro y de servicios a precios unitarios la Disposición Adicional Trigésima Tercera debe entenderse como la regla especial para aquellos contratos en los que el número total de entregas o de prestaciones no se defina con exactitud al tiempo de celebrarse. Por otro lado, los contratos que surgen de un acuerdo marco pueden reunir las características descritas en el párrafo anterior¹⁶, no obstante tienen un tratamiento en la LCSP que parece otorgarles una categoría propia, distinta de la de los contratos a los que se refieren los artículos 301, 309 y la Disposición Adicional Trigésima Tercera, categoría a la que no afectan dichas normas, en lo que se refiere a modificación sino su propio régimen que explicaré en el apartado 3.7 de este estudio.

A modo de crítica, pienso que habría sido mejor no considerar un modificado el incremento de crédito aprobado para cubrir las obligaciones derivadas de los contratos en función de las necesidades reales —deriven de un acuerdo marco o no— y haberlo catalogado de simple ajuste contable, máxime cuando en realidad no se altera el objeto del contrato puesto que no fue determinado ya que el número de unidades no se concreta al tiempo de celebrar el contrato. Eso sí, fijando un límite porcentual, principalmente como garantía de los licitadores que se obligan a unos precios unitarios de acuerdo con unas unidades estimadas, como han señalado los tribunales administrativos de recursos contractuales. Así lo manifesté en la Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016).

d) La concreción ex post del objeto en determinados contratos no significa una modificación

El artículo 308 de la LCSP, cuando habla de contenido y límites del contrato de servicios, introduce una novedad que podríamos llamar excepción al mandato del artículo 99 de determinación del ob-

¹⁶ Resulta palmario en el negocio descrito en la resolución 177/2018, de 20 de junio, del TARC de Madrid.

jeto del contrato, puesto que permite en los contratos de servicios que impliquen el desarrollo o mantenimiento de aplicaciones informáticas que el objeto del contrato pueda definirse por referencia a componentes de prestación del servicio, siempre que en el PCAP se establezca el precio referido a cada componente de la prestación en términos de unidades de actividad, definidas en términos de categorías profesionales o coste, homogéneas para cualquier desarrollo, en unidades de tiempo o en una combinación de ambas modalidades. Como mínimo se debe establecer el marco general de las funcionalidades a desarrollar, sin perjuicio de que puedan concretarse dichas funcionalidades por la Administración atendiendo a consideraciones técnicas, económicas o necesidades del usuario durante el período de ejecución, en los términos en que se prevea en el PCAP. Todo ello sin que la norma exija la tramitación de un modificado. Dicho precepto supone un importante avance para grandes proyectos de implementación de redes informáticas.

3.7. Regulación específica para los modificados de los acuerdos marco y de los contratos basados

El artículo 222 de la LCSP dota de un nuevo régimen especial a las modificaciones de los acuerdos marco y contratos basados. En el apartado 1 de dicho artículo se determina que se podrán modificar de acuerdo con las reglas generales de modificación de los contratos. En consecuencia, el órgano de contratación podrá acordar, una vez perfeccionado el acuerdo marco o el contrato basado modificaciones cuando así esté previsto en los pliegos, conforme lo dispuesto en el artículo 204, o cuando sean consecuencia de alguna de las causas imprevistas determinadas en el artículo 205, siempre que no implique introducir modificaciones esenciales respecto a lo establecido inicialmente en el acuerdo marco. Más que una novedad lo que se hace es legalizar una situación que de hecho se venía produciendo, puesto que en el derogado TRLCSP no existía impedimento para ello. Cabe preguntarse si era necesaria una regulación específica y complicada, como veremos a continuación, o habría sido suficiente la regulación general de los modificados convencionales o imprevistos comprendida en los artículos 203 a 207 de la LCSP, incluyendo una referencia a los acuerdos marco, como hace el artículo 72 de la DCP.

De una rápida lectura de este artículo se intuye que, si el legislador ha establecido dos límites porcentuales diferentes, el 20% y el 10%, será porque pretende regular dos regímenes distintos. Otra cosa es que lo haya logrado con éxito.

Conforme lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 222, en el caso de modificación del acuerdo marco (vía 204 o 205 y con los límites establecidos en el propio acuerdo marco), los precios unitarios resultantes de la modificación no podrán superar en un 20% a los precios anteriores a la modificación y en ningún caso podrán ser precios superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos. Tras la lectura de este precepto surge la cuestión de si se debe comparar precios anteriores con precios resultantes referidos a unidades ya contempladas en el acuerdo marco, o referidos a unidades nuevas que cumplan la misma finalidad. La ley no lo aclara y deberá hacerlo la doctrina científica y la jurisprudencia.

El apartado 2 del artículo 222 presenta el siguiente tenor literal:

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, los adjudicatarios de un acuerdo marco podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por 100 el inicial de adjudicación, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares, hubiese establecido otro límite.

Junto a ello, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de este, podrá incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que su precio no exceda del límite que se establece en el párrafo anterior.

Una exégesis correcta de todo el artículo 222 que dibuje el marco jurídico en el que pueden operar las modificaciones necesarias para la buena ejecución de un acuerdo marco a lo largo de toda su vigencia resulta algo complicada. Parece que la ley persigue que no se petrifiquen los catálogos de bienes y servicios y pretende dotar a los operadores jurídicos de las herramientas necesarias para sustituir aquellos elementos que perjudiquen la buena ejecución del acuerdo marco y, en consecuencia, de los contratos basados. El problema surge en la interpretación que se le dé a este precepto.

Según los diccionarios de la RAE, «*sin perjuicio de*» puede significar «*dejando lo que se expresa a salvo*», luego quiere decir que la decisión no puede ir contra otra obligación, pero también puede significar «*con exclusión de*». Por tanto, se presentan dos interpre-

taciones. Una primera interpretación que apunta a considerar que «sin perjuicio de» significa que la decisión no puede ir contra otra obligación, tiene como consecuencia que la aplicación del apartado 2 de este artículo requiere la aprobación de un modificado, sin que sea suficiente la sustitución de unidades del catálogo por otras con sus correspondientes precios nuevos¹⁷. Por el contrario, si entendemos «sin perjuicio de» en el sentido «*con exclusión de*», no será necesario aprobar un modificado. Parece que el legislador se quiso referir a esta última acepción; si no de qué dos límites porcentuales diferentes.

Si el legislador pretendía que en estos casos no hubiera que aprobar un modificado debería haber utilizado otra locución, por ejemplo, a semejanza del artículo 242.4 de la LCSP, que introduciendo con la expresión «*No obstante, no tendrá la condición de modificado*», se excluye de aprobar un modificado para el exceso de medición de las obras.

En cualquier caso, habrá que estar a los pronunciamientos de la doctrina científica y de los tribunales.

4. BIBLIOGRAFÍA

Tribunal de Cuentas Europeo. Informe Especial n.º 9/2018 «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»

Tribunal de Cuenta Europeo. Informe anual sobre el presupuesto de la UE relativo al año 2013 (DOUE de 12/11/2014)

Tribunal de Cuentas de España. Informe de fiscalización de la contratación realizada por los ministerios del área político-administrativa del Estado y sus organismos dependientes durante el ejercicio 2013, aprobado el 22 de enero de 2016

Tribunal de Cuentas de España. Informe N.º 1.279, aprobado el 31 de mayo de 2018, de fiscalización de la contratación celebrada en 2014 por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y sus organismos dependientes y su ejecución hasta 2017

¹⁷ Esta es la opinión de GONZÁLEZ SANFIEL, AM. «Acuerdos marco, pág. 1903». *Tratado de Contratos del Sector Público* GAMERO CASADO Y GALLEGÓ CORCOLES. Tirant lo Blanch. 2018.

- Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de mayo de 2017, sobre el Informe anual 2015 sobre la protección de los intereses financieros de la UE — Lucha contra el fraude (2016/2097(INI)).
- Recomendación del Consejo de 13 de julio de 2018 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2018 de España
- Informe de sobre España 2018, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos (07/03/18)
- Informe relativo a la contratación pública en España-2017, aprobado en abril 2018 por la JCCA de Estado (artículo 328.4 de la LCSP).
- Varios autores. Director GIMENO FELIU, JM. Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. Aranzadi- 2018
- Varios autores. Dirigida por GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CORCOLES, I. Tratado de contratos del sector público. Tres tomos. Tirant lo Blanch. 2018
- VAZQUEZ MANTILLA, FJ. La modificación de los contratos públicos. Aranzadi. 2015
- LÓPEZ CALERA, N. «El interés público: entre la ideología y el Derecho». Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44 (2010).
- RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, T. «Contratación pública y subcontratación». Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014 | 06 | 2015.
- CHINCHILLA MARÍN, C. en su artículo «Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?» publicado en la Revista de Administración Pública, n.º 206, mayo-agosto 2018