

Este documento forma parte de la edición completa de la

## COMPILACIÓN DE CRITERIOS DOCTRINALES

del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, cuyos contenidos engloban las siguientes materias:

### I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

- A. ASPECTOS GENERALES
- B. ÁMBITO SANITARIO
- C. ÁMBITO VIAL
- D. ÁMBITO LABORAL
- E. ÁMBITO ESCOLAR
- F. INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE ACTIVIDADES MOLESTAS

### II. CONTRATOS Y CONCESIONES

### III. PROYECTOS DE REGLAMENTO O DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

### IV. REVISIÓN DE OFICIO

### V. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Incorporamos en este compendio un prontuario con el contenido de los dictámenes y acuerdos más significativos sobre los aspectos jurídicos más controvertidos de los temas objeto de consulta preceptiva, que pudiera tener carácter orientativo para aquellos funcionarios sobre los que recae la responsabilidad de preparar y tramitar los expedientes que han de someterse, con tal carácter, al dictamen del Consejo; por más que puede ser, también, útil a cualquier interesado en conocer de modo sistemático nuestros criterios doctrinales.

Como no podía ser de otra manera, hemos de insistir en que su contenido no tiene carácter oficial ni fija una postura determinante sino meramente indicativa de cuál es la posición dominante o mayoritaria del Consejo, puede que a veces no única, en los dictámenes aprobados sobre los diferentes aspectos recogidos. Su utilización y seguimiento, en cada caso, es responsabilidad exclusiva del lector que en ningún supuesto deberá considerarse eximido de la lectura completa y contrastada de cada texto mencionado.

Por lo general, la mayor parte de los dictámenes y acuerdos citados en este documento pueden consultarse en la página web del Consejo, que ofrece una selección de los más relevantes a efectos doctrinales. Dada la frecuente actualización de los mismos, cualquier interesado en conocer alguno que pudiera no estar, actualmente, publicado podrá solicitarlo a través del correo institucional [ccmadrid@madrid.org](mailto:ccmadrid@madrid.org).

## II. CONTRATOS Y CONCESIONES

31 de octubre de 2014

© Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid



1. Introducción
2. Naturaleza jurídica
  - 2.1 Contratos y negocios excluidos
  - 2.2. Contratos privados
  - 2.3. Contratos administrativos
3. Normativa aplicable a las potestades de la administración
4. Órganos competentes para acordar la interpretación, modificación y resolución del contrato
5. Interpretación de los contratos
  - 5.1. La potestad de interpretación unilateral de los contratos
  - 5.2. Procedimiento de interpretación de los contratos
6. Modificación de los contratos
  - 6.1. La potestad de modificación de los contratos
  - 6.2. Presupuestos y límites a la potestad de modificación de los contratos
    - 6.2.1. Interés público
    - 6.2.2. No alteración de las condiciones esenciales del contrato
    - 6.2.3. Motivación y acreditación de la causa que ampara la modificación
    - 6.2.4. Límites cuantitativos
  - 6.3. El procedimiento de modificación de contratos
  - 6.4. Efectos
7. Resolución de los contratos
  - 7.1. La potestad de resolución de los contratos
  - 7.2. Causas de resolución
  - 7.3. Concurrencia de causas de resolución
  - 7.4. El procedimiento para la resolución del contrato
  - 7.5. Efectos
8. Plazo y caducidad de los procedimientos de interpretación, modificación y resolución de contratos
9. Nulidad de los contratos
  - 9.1. Aspectos generales
  - 9.2. Procedimiento y efectos
10. Concesiones administrativas



## 1. INTRODUCCIÓN \*

En el ámbito de la contratación administrativa, la Administración contratante goza de unas prerrogativas, desconocidas en la contratación privada, que son manifestación de la potestad general de autotutela de que goza en aras de una mejor protección del interés público. Son manifestaciones de estas prerrogativas las potestades de interpretación, modificación y resolución del contrato. El ejercicio de estas prerrogativas exige un procedimiento en el que es preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista y en las modificaciones contractuales, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

En materia de interpretación, modificación y resolución de contratos, junto con las cuestiones sustantivas, debe examinarse la normativa reguladora del procedimiento. Son muchos los casos en que los Tribunales, sin entrar en el fondo de un recurso, anulan una resolución administrativa por defectos procedimentales.

Por ello, en todos los dictámenes emitidos por este Consejo Consultivo se examina un apartado relativo al procedimiento, en el que se analiza si se han incorporado todos aquellos informes preceptivos exigidos por la legislación de contratos u otra normativa vigente, así como el respeto del trámite de audiencia, tanto al contratista como, si se propone la incautación de la garantía, al avalista. Asimismo, se examina el momento en que se solicita el dictamen al Consejo Consultivo. Especial incidencia en la tramitación de estos procedimientos, cuando son iniciados de oficio, es el plazo de tramitación y su posible caducidad.

---

\* Elaborado por ROCÍO GUERRERO ANKERSMIT, Letrada del Consejo Consultivo, basándose en el contenido de los dictámenes más significativos.



En las cuestiones sustantivas se analiza, en el caso de la modificación de los contratos, si concurren los presupuestos y ésta no excede de los límites legales. Para el supuesto de ejercicio de la prerrogativa de resolución si concurre, o no la causa de resolución invocada, así como sus efectos. En los de interpretación, si la propuesta de interpretación realizada por la Administración es conforme a derecho.

Dictámenes destacados: 417/12, 511/12, 515/12, 268/13 y 241/13.



## 2. NATURALEZA JURÍDICA

El ejercicio de estas prerrogativas de interpretación, modificación y resolución de contratos solo podrá ser ejercitado por la Administración en el supuesto de contratos administrativos. Cuando se trate de contratos privados, la Administración actúa desprovista de todo privilegio y somete sus derechos e intereses al Derecho común. Ahora bien, tras la Ley 2/2011, de 4 de abril, de Economía Sostenible, la normativa sobre modificación de los contratos pasa a ser también de aplicación a los contratos privados (Art. 20 TRLCSP). Lógicamente, tampoco podrá ejercer estas prerrogativas respecto de los contratos excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP.

Por ello, es premisa fundamental, a la hora de examinar el ejercicio de estas prerrogativas determinar, con carácter previo, la naturaleza jurídica del contrato.

### 2.1. Contratos y negocios excluidos

La relación de negocios y contratos excluidos en el artículo 4 TRLCSP es muy amplia con un total de 18 apartados. Estos negocios y contratos excluidos se regulan por sus normas especiales, si bien se aplican los principios de la propia Ley para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse (artículo 4.2 TRLCSP).

No están sujetos al ámbito de aplicación del TRLCSP la relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral (artículo 4.1.a) TRLCSP. En este sentido en el Dictamen 106/09, de 18 de febrero, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid calificó un contrato, celebrado por un Ayuntamiento, por un procedimiento negociado sin publicidad, de prestación de servicio de un auxiliar de transporte sanitario de Protección Civil, como sujeto laboral y, por tanto, sujeto al Estatuto de los Trabajadores. En el contrato, el Ayuntamiento se obligaba a poner el material correspondiente y el contratista a prestar sus servicios en un horario determinado –entre las 8:30 y las 14:30 horas–, sin posibilidad de sustitución por un tercero. Dice así el Dictamen 106/09, de 18 de febrero:



*“A la vista de todo lo anterior, se deduce que nos hallamos en presencia de un auténtico contrato laboral, pese a que, para su celebración, el Ayuntamiento se haya acogido a una contratación administrativa. En efecto, la exigencia de determinados requisitos de carácter estrictamente personal que ha de reunir el adjudicatario del contrato, choca frontalmente con la idea de que se contrata con un empresario, sea persona física o jurídica, que es la premisa de la que parte la legislación de contratación de las Administraciones Públicas. La misma consideración puede hacerse a propósito de que sea la propia Administración la que aporta los medios materiales necesarios para la ejecución del contrato.*

*(...) La necesidad de dar cobertura a una necesidad de carácter permanente, y no meramente ocasional del municipio, manifestada por la concatenación durante dos años de sendos contratos idénticos celebrados con el mismo individuo, abunda en la consideración de que nos hallamos en presencia de un contrato laboral, y no administrativo. Igualmente el dato del sometimiento al poder de dirección y control del empleador –en este caso, el Ayuntamiento–, patente en el hecho de la imposibilidad de sustitución del individuo contratado, así como en la sujeción a una jornada y horario establecidos por el Ayuntamiento.*

*(...) En suma, pues, de lo anterior se colige que la utilización de la contratación administrativa para dar cobertura legal al vínculo concertado entre el Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo y el Sr. J. A. C. R., constituyó una mera ficción legal, un fraude de ley, con la consecuencia que contempla el artículo 6.4 del Código Civil, de que no se impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir, integrada, en este caso, por la legislación laboral y de Seguridad Social. Así pues, no es posible resolver el contrato entre el Ayuntamiento citado y el Sr. J. A. C. R., sino que será preciso, previa calificación de la laboralidad del vínculo, acudir al mecanismo de la resolución del contrato en aplicación de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, si se dan los requisitos necesarios para ello”.*

Especial interés merece, por el cambio normativo que supone, la prevista en el apartado p), según el cual, están excluidos del ámbito de la ley:



*“Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y se regirán por la legislación patrimonial. (...)”*

La anterior normativa no excluía los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios análogos sobre bienes inmuebles por lo que, al estar incluidos en su ámbito de aplicación procedía examinar su naturaleza jurídica y determinar si se trataba de contratos privados o administrativos especiales.

Con la actual normativa, al estar expresamente excluidos, no procedería analizar su naturaleza. En este sentido, el Acuerdo de devolución 8/14, de 26 de marzo, considera que no procede la emisión de dictamen al tratarse de un expediente de resolución de un contrato de enajenación de una parcela con destino a la construcción de viviendas de protección públicas básica.

## 2.2. Contratos privados

De acuerdo con el artículo 20.1 TRLCSP, tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas. En base a este precepto, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid no ha emitido dictamen y ha procedido a la devolución del expediente, al tratarse de contratos privados, cuando el órgano de contratación era una empresa pública o una junta de compensación.

Así, en el Acuerdo de Devolución 4/11, de 7 de septiembre, se rechaza la emisión de dictamen en el que se pretendía por el órgano de contratación la resolución del contrato porque ARPROMA, Arrendamiento y Promociones de la Comunidad de Madrid, es una sociedad mercantil (en concreto una sociedad anónima) participada íntegramente por la Comunidad de Madrid, por lo que forma parte del sector público (artículo 3.1.d) TRLCSP), pero no tiene la condición de Administración Pública pues tal condición sólo la reúnen las entidades, organismos e instituciones que se indican en el apartado 2 del artículo 3. Así, el Acuerdo de Devolución llega a la conclusión de que, por *“la aplicación*



*combinada del artículo 20.1 y 3 de la LCSP, resulta que el contrato celebrado por ARPROMA con la empresa contratista es un contrato privado” y, en consecuencia, no es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.*

Igualmente, en el Acuerdo de Devolución 2/12, de 29 de febrero, se examina la naturaleza jurídica de las Juntas de Compensación así como la naturaleza jurídica de los contratos que celebran. En relación con la naturaleza de las Juntas de Compensación, a efectos de la legislación de contratos, el Acuerdo concluye que el concepto de organismo de Derecho público empleado por el TRLCAP (vigente al tiempo de la adjudicación del contrato) es más restringido que el concepto utilizado en Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA):

*“No todas las entidades de derecho público vinculadas o dependientes del Estado, en cuanto no reúnen los requisitos del artículo 1.3 TRLCAP tienen la condición de Organismo de Derecho público y, en consecuencia, le resulta de aplicación la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, piénsese, por ejemplo, en un colegio profesional”.*

*“Resulta, por tanto necesario examinar si una Junta de Compensación reúne los requisitos del artículo 1.3 TRLCAP y que se sintetizan en los tres siguientes:*

- a) Tener personalidad jurídica propia.*
- b) Ser creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.*
- c) Ser financiados o controlados por otros entes del sector público”.*

En el Acuerdo 2/12, de 29 de febrero, tras un análisis de la concurrencia de estos tres requisitos concluye que no se cumple el tercero de los requisitos exigidos por el TRLCAP y, consecuentemente, las Juntas de Compensación, a los efectos del TRLCAP, no pueden calificarse como Administración Pública



ni son entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de una Administración Pública en el sentido exigido por el artículo 1.3 TRLCAP. Por tanto, los contratos que celebren son de carácter privado y, por ende, sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado. En consecuencia, no resulta aplicable a la resolución del contrato las exigencias procedimentales previstas en legislación administrativa, entre las que se encuentra la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico cuando se formule oposición por parte del contratista (artículo 59.3.a) TRLCAP (conjuntamente con el artículo 109 RLCAP). Tales preceptos regulan el procedimiento de resolución de contratos administrativos y, por ende, como ya hemos señalado, no son aplicables a los contratos privados.

Además, el artículo 20.1 TRLCSP prevé que una Administración Pública celebre contratos privados, que serán aquellos que *“tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior”*.

### 2.3. Contratos administrativos

El artículo 19.1 TRLCSP, dispone:

*“1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:*

*a. Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.*

*b. Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico*



*específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley”.*

Es doctrina reiterada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 370/09, de 17 de junio; 447/09, de 16 de septiembre; 479/09, de 7 de octubre y 339/11, de 22 de junio, entre otros) que *“la distinción entre contratos administrativos especiales y contratos privados no es en absoluto pacífica ni resulta sencilla, si bien reiterada jurisprudencia parece decantarse como elemento delimitador de unos y otros el teleológico o finalista, de forma tal que la vinculación del contrato a un fin público de la específica competencia de la Administración puede determinar la consideración de aquél como administrativo en lugar de privado”.*

Sobre esta cuestión, hay que tener en cuenta el cambio legislativo operado por la LCSP que, como se ha señalado, excluyó de su ámbito de aplicación los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles. Con anterioridad, estos contratos sí estaban sujetos, como contratos privados, al TRLCAP y, en la medida en que podrían estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública, se calificaron como administrativos especiales. Cambio legislativo que examina el Dictamen 181/14, de 30 de abril, en el que se concluye que la concesión de un derecho de superficie oneroso, para la construcción de instalaciones deportivas y de equipamiento es un contrato administrativo especial por lo que, en aplicación del artículo 7.1 TRLCAP (vigente al tiempo de la adjudicación del contrato) se registrará por sus propias normas con carácter preferente y por la normativa de contratación administrativa.

Atendiendo a este elemento teleológico, el Consejo Consultivo ha considerado como contratos administrativos especiales, en cuanto a que, conforme a la normativa vigente en el momento de la adjudicación (TRLCAP) no tenían la condición de negocios y contratos excluidos:



- Un contrato de aprovechamiento de pastos en la Casa de Campo mediante el pastoreo celebrado por el Ayuntamiento de Madrid en cuanto que, la finalidad a satisfacer mediante el contrato es, *“a todas luces, una finalidad pública la conservación de parques y jardines para esparcimiento de la población y ornato de la ciudad, y la evitación de posibles incendios-* (Dictamen 10/08, de 15 de octubre).

- El arrendamiento de un bar dentro de un centro cívico de propiedad municipal: *“... se desprende que la finalidad a satisfacer mediante el contrato de cuya resolución se trata es a todas luces una finalidad pública –procurar ese servicio a los ciudadanos que utilicen las instalaciones del Centro Cívico-, si bien no encuadrable en ninguno de los contratos típicos que regula la LCAP, lo que hace que dicho contrato sea merecedor de la consideración de contrato administrativo especial”* (Dictamen 272/08, de 22 de diciembre).

- La enajenación de una parcela para la construcción de viviendas de protección pública básica: *“De lo anterior resulta que no estamos ante una simple enajenación de un bien patrimonial del Ayuntamiento que culmina con la traslación del dominio a la entidad adjudicataria –que encajaría en la categoría de contrato privado al que se refiere el artículo 5.3 del TRLCAP-, sino que dicha enajenación se vincula a una finalidad pública concreta que aparece claramente perfilada en los Pliegos –la construcción de las viviendas de protección pública- hasta el punto que la enajenación depende del cumplimiento de tal finalidad, pues aquélla puede quedar resuelta por el incumplimiento del destino al que se vincula la transferencia del dominio, lo que conduce a insertarlo en la categoría de contrato administrativo especial prevista en el artículo 5.2.b) del mismo cuerpo legal”* (dictámenes 370/09, de 17 de junio, 447/09, de 16 de septiembre, 121/10, de 5 de mayo y 302/10, de 22 de septiembre).

- La constitución de un derecho de superficie sobre una parcela municipal para la construcción de un edificio público de equipamiento para residencia transitoria de jóvenes y personas con cargas familiares en régimen de arrendamiento, locales comerciales, locales de equipamiento público y plazas de



aparcamiento y posterior transmisión del derecho de superficie (Dictamen 479/09, de 16 de septiembre).

- Cesión del derecho de superficie sobre una parcela para la construcción de un colegio concertado: *“La competencia en materia educativa no se atribuye expresamente a las entidades locales, ahora bien de conformidad con el artículo 25.2 n) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) les corresponde participar en la creación y construcción de centros docentes. También la Ley Orgánica 2/2006, de 2 de mayo, de Educación, les impone colaborar con la administración educativa para la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes”* (Dictamen 226/10, de 21 de julio).

- Cesión del derecho de superficie sobre una parcela municipal para la construcción de una piscina de uso público e instalaciones deportivas: *«... la concesión por el Ayuntamiento del derecho de superficie para la construcción en una parcela cuya calificación urbanística era dotacional deportivo, tuvo por finalidad el dotar a la zona de una instalación deportiva ejerciendo el Ayuntamiento sus competencias en materia de “Actividades o instalaciones culturales y deportivas” recogidas en el artículo 25.1 m) de la Ley de Bases de Régimen Local»*(Dictamen 311/11, de 15 de junio).

- Cesión de un derecho de superficie sobre una parcela municipal para la construcción de un edificio destinado a centro cultural: *“Esta dotación cultural, por su carácter singular, debe prestar servicio especializado de interés público general, dentro del uso cultural, tanto a nivel local (barrio y distrito) como a nivel municipal y supramunicipal”* (Dictamen 339/11, de 22 de junio).

Asimismo, en el Dictamen 109/10, de 21 de abril, la adquisición de equipos por huella digital y software sin un procedimiento previo de contratación se calificó como un contrato administrativo:

*“El objeto de los contratos es el arrendamiento de unos controles de acceso del personal del Ayuntamiento en el marco de la potestad de autoorganización del Ayuntamiento de las relaciones profesionales de servicios retribuidos que unen a su personal (funcionario o laboral) con la Administración cuyo fin es el*



*control del cumplimiento del horario de trabajo al que vienen obligados los empleados públicos. Por tanto, la relación contractual celebrada tiene de modo inmediato y directo a la satisfacción de una finalidad de interés público que se erige en causa del contrato, por lo que se dan todos los elementos para encuadrarlo en la esfera de los contratos administrativos”.*



### 3. NORMATIVA APLICABLE A LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN: ASPECTOS PROCEDIMENTALES Y ASPECTOS SUSTANTIVOS

Debe tenerse en cuenta que la normativa de contratos se ha visto profundamente reformada en los últimos cinco años. Así, el anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, fue derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, posteriormente modificada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y finalmente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) vigente. Es, por tanto, de vital importancia la determinación de la normativa aplicable a un determinado contrato, algunos de ellos adjudicados conforme al TRLCAP a lo que habrá que estar a lo dispuesto en las normas de derecho transitorio, debiendo distinguir entre la normativa aplicable al procedimiento y la normativa sustantiva.

De conformidad con la disposición final tercera TRLCSP, relativa a las normas aplicables a los procedimientos regulados en dicha Ley dispone:

*“1. Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias.*

*2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado*



*podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.*

*3. La aprobación de las normas procedimentales necesarias para desarrollar la presente Ley se efectuará por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y previo dictamen del Consejo de Estado”.*

Así, en materia de procedimiento, la normativa procedimental a aplicar es la vigente al momento de iniciarse el procedimiento de interpretación, modificación y resolución, por aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil, erigidas en derecho intertemporal común (dictámenes 403/09, de 15 de diciembre y 380/10, de 10 de noviembre).

El artículo 211 TRLCSP, dentro del capítulo II relativo a las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos donde se enumeran las potestades de interpretación, modificación por razones de interés público y de resolución con determinación de sus efectos, regula el procedimiento de ejercicio de estas prerrogativas. Además, habrá de tenerse en cuenta, como señalan los dictámenes 511/12 y 515/12, de 19 de septiembre, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la anterior norma legal y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

Cuestión distinta a la normativa procedimental, es la normativa sustantiva aplicable al contrato, que está constituida por la ley vigente al tiempo de la adjudicación del contrato, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al disponer que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”* (dictámenes 511/12 y 515/12, de 19 de noviembre; 540/12, de 3 de octubre).



La determinación de la normativa sustantiva aplicable al contrato es fundamental, debido a los sucesivos cambios legislativos operados, para que proceda la aplicación de una u otra causas de resolución del contrato y, especialmente, en materia de modificación de contratos.

En el Dictamen 549/13, de 13 de noviembre, se matiza la aplicación automática de esta disposición transitoria:

*«Por tanto, con una aplicación literal de esta disposición transitoria, la normativa sustantiva aplicable al contrato sería la establecida en la LCSP. Sin embargo, como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/08, de 28 de julio, “esta conclusión debe ser matizada para el caso de que la mención en los pliegos de algún elemento contractual pueda determinar con arreglo al régimen de la legislación anterior la producción de efectos distintos de los que deberían producirse al amparo de la actual. En tal caso, los efectos derivados de esta circunstancia deberían regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aún cuando, con arreglo a la Ley actual tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos puedan ser distintos”».*

Así, en el supuesto objeto de dictamen se planteaba si era posible la aplicación, como causa de resolución, de la prevista en el artículo 111.g) TRLCAP: “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales” o la contemplada en el artículo 206.g) LCSP: “el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”. Ante esta cuestión, el Consejo Consultivo considera:

*“... como también se ha indicado anteriormente, el informe 43/08, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado matiza la aplicación automática de la LCSP para aquellos contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de ésta y cuyo expediente de contratación se hubiese tramitado con anterioridad a la misma, como sucede en el presente caso, que el expediente se inició el 17 de noviembre de 2007, la publicación de la convocatoria del contrato se realizó en el BOCM el 28 de marzo de 2008 (vigente el TRLCAP) y se adjudicó por el Pleno de la*



*Corporación de Cercedilla el 3 de julio de 2008, ya entrada en vigor la Ley 30/2007”.*

En aplicación del anterior informe, que tiene en cuenta como causas de resolución las previstas en el artículo 111 TRLCAP con un régimen, en su apartado g) más flexible, en cuanto a la exigencia de que las obligaciones esenciales tienen que haber sido calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, que el previsto en el artículo 206 g) LCSP, puede concluirse que la causa de resolución por incumplimiento de las obligaciones esenciales debe regirse por la normativa vigente al tiempo de aprobación de los pliegos, que era el TRLCAP.



#### 4. ÓRGANOS COMPETENTES PARA ACORDAR LA INTERPRETACIÓN, MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 210 TRLCSP establece que *“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 interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

Por tanto, el órgano competente para acordar la interpretación, modificación y resolución de los contratos es el órgano de contratación. En este sentido, los dictámenes 429/12, de 11 de julio y 445/12, de 18 de julio, señalan, en relación con el procedimiento de interpretación, que *“la competencia para aprobar la propuesta de acuerdo interpretativo sometido a consulta, es claro que corresponde al consejero de Sanidad, como órgano competente para la aprobación del PCAP y el PPTE, la firma del contrato y, por tanto, para su interpretación”*.

Asimismo, el Dictamen 493/09, de 21 de octubre, en el que se sometía a consulta un procedimiento de modificación contractual se declara la modificación debe ser acordada *“por el órgano de contratación mediante resolución adoptada en expediente incoado al efecto”*.

Por su parte, y en relación con un procedimiento de resolución de contrato, el Dictamen 403/09, de 15 de julio, señala que *“la competencia para resolver los procedimientos sobre resolución contractual corresponde al órgano de contratación de acuerdo con el artículo 40 LCSP y 109 del Reglamento de Contratos aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP). Toda vez que aún no se ha dictado el Reglamento de la nueva Ley”*.

En los procedimientos iniciados de oficio, el acuerdo de inicio del expediente habrá de adoptarse por el órgano competente, que es el órgano de contratación.



Según el Dictamen 70/10, de 17 de marzo, *“la competencia para resolver los procedimientos sobre resolución contractual corresponde al órgano de contratación, en este caso el Pleno, de acuerdo con el artículo 22.n) de la LBRSL y 109 del Reglamento de Contratos aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP)”*.

Por ello, en el Dictamen 62/11, de 2 de marzo, se señaló que *“si el órgano competente para resolver el procedimiento es el Pleno del Ayuntamiento, el órgano competente para acordar el inicio del procedimiento de oficio, de acuerdo con el artículo 69 LRJPAC, habrá de ser también el Pleno y no el Alcalde”*.

Solo en los casos en que haya habido delegación podrá iniciarse el procedimiento de oficio por otro órgano distinto del órgano de contratación (Dictamen 403/09, de 15 de julio).



## 5. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

### 5.1. La potestad de interpretación unilateral de los contratos

La primera de las prerrogativas de la Administración que enumera el artículo 210 TRLCSP es la de interpretación unilateral del contrato.

El fundamento de esta prerrogativa se encuentra en evitar que las discrepancias que puedan surgir entre la Administración y el contratista entrañen un perjuicio para el interés público, lo que inevitablemente se produciría si tuviera que quedar en suspenso hasta que se resolviera en firme por el órgano jurisdiccional competente.

Con la potestad de interpretación unilateral de los contratos de que goza la Administración se evita el perjuicio para el interés público que se seguiría de la interrupción de la prestación del servicio público en tanto se despejan las dudas que ofrece su cumplimiento (STS de 8 de octubre de 1999, recurso de casación 7962/1994).

Es doctrina reiterada del Consejo Consultivo en materia de interpretación de contratos (dictámenes 1/08, de 1 de octubre; 555/09, de 29 de diciembre; 94/10, de 7 de abril; 594/12, de 31 de octubre y 268/13, de 3 de julio) que ésta debe ajustarse al verdadero contenido de los pliegos, en aplicación del artículo 208 TRLCSP, según el cual: *“Los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el artículo 19.2, y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”*.

En interpretación de este precepto legal, la jurisprudencia viene señalando, sin solución de continuidad, que los pliegos, tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas, constituyen la ley del contrato, cualquiera que sea el objeto de éste (vid. por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2012 (recurso de casación 719/2010). Hasta el punto de que el propio Alto Tribunal ha considerado improcedente que, ni siquiera en el



documento en que se formalice la adjudicación definitiva, se introduzcan modificaciones respecto de lo consignado en el pliego, so pena de vulnerar el principio de la buena fe contractual (STS de 20 de marzo de 1992, y las que cita). En definitiva, pues, habrá que estar a lo que resulte de los pliegos, por mor del principio *pacta sunt servanda*.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ha considerado en el Dictamen 268/13, de 3 de julio, que el proyecto de explotación que, de acuerdo con el artículo 136 TRLCSP regula el régimen jurídico del contrato de concesión de gestión de servicios públicos y al que se remitía expresamente una de las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares, forma parte del contenido de los pliegos. Dice así el dictamen:

*“No resulta admisible la alegación de la empresa contratista relativa al desconocimiento de esta disposición hasta la ulterior aclaración por el redactor del proyecto, porque como ya se ha señalado, la presentación de la oferta supone la aceptación incondicionada del contenido del PCAP y PPTE, y, por tanto, del proyecto de explotación al que se remitía expresamente para su aspecto económico y que se refería, a los gastos del capítulo I (gastos de personal) y del capítulo II (gastos en bienes corrientes y de servicios), y como se desarrollaba después recogiendo expresamente los gastos de personal, los gastos de suministros, los gastos derivados de contratos, los gastos de mantenimiento y conservación de edificios y otros gastos”.*

Como concreción de esta regla fundamental, el artículo 145.1 la TRLCSP, establece que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.* Precisamente por ello, la impugnación de las bases en el concurso o subasta no puede realizarse por quien ha tomado parte en el mismo. En tal sentido, puede recordarse la doctrina recogida en la ya vieja STS de 31 de marzo de 1975, según la cual: *“...al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrefragable, e impide a quien ha aceptado el pliego impugnar a*



*posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una solicitud (propuesta para tomar parte en una licitación) acepta e implícitamente da validez a todo lo actuado, unido a que en aras a la lealtad, buena fe, etc., que ha de presidir las relaciones jurídicas, resulta obligado al respeto a las bases del concurso cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en Ley del contrato”.*

La facultad de interpretar los contratos administrativos que ostenta como una prerrogativa la Administración contratante, si bien hasta un determinado momento fue admitida sin más como válida por la jurisprudencia, en tanto no se demostrase que no era correcta –lo que equivalía a afirmar en la práctica que dicha interpretación estaba investida de una presunción *iuris et de iure* de veracidad-, la evolución jurisprudencial, en un sentido más progresivo y acorde con los tiempos, ha llevado a sostener que la Administración, al llevar a cabo dicha interpretación contractual, ha de someterse a los criterios hermenéuticos contenidos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. Los dictámenes 1/08, de 1 de octubre y 130/09, de 4 de marzo señalan que «*no hay obstáculo alguno en mantener la aplicabilidad de dichas normas civilistas respecto de los contratos administrativos, tanto desde el punto de vista del propio Código Civil, cuya supletoriedad se reconoce en el título preliminar, al afirmar que “Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes” (artículo 4.3 del CC), como desde la propia norma contractual administrativa, que prevé dicho alcance supletorio en el artículo 7 de la LCAP (con los matices correspondientes, por tratarse de un contrato de concesión de obra pública, y que recoge el artículo 7.2). En dicha norma se prevé la aplicación supletoria de “las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado”*».

Estando la materia de la interpretación de los contratos exclusivamente abordada con carácter general en el Código Civil, se ha de examinar y valorar la interpretación llevada a cabo por la Administración a la luz de las normas interpretativas que se contienen en este texto legal. En el bien entendido que dicha labor interpretativa versará sobre el alcance y sentido a otorgar a determinada/s cláusula/s de los pliegos, puesto que, como se razonaba supra,



éstos, una vez aceptados incondicionadamente por los licitadores que han tomado parte en el concurso, pasan a ser la *“ley del contrato”*, tienen, pues, carácter contractual.

En relación con las reglas interpretativas contenidas en el Código Civil, el Consejo Consultivo en sus dictámenes relativos a la interpretación de contratos (1/08, de 8 de octubre y 130/09, de 4 de marzo), ha señalado que:

*«... el Código Civil dedica la primera de las normas consagrada a la interpretación de los contratos a la primacía de la interpretación literal o gramatical; así, reza el artículo 1281 que: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.*

*Esta previsión legal ha llevado a afirmar a la Jurisprudencia (vid. STS de 2 de septiembre de 1996[RJ 1996\6497]) que: “Las normas o reglas de interpretación contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la regla contenida en el párrafo 1º del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las demás reglas interpretativas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario”.*

En aplicación del artículo 1282 del Código Civil, *“para juzgar de la intención de los contratantes, deberán atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”*, el Dictamen 602/13, de 4 de diciembre, concluye que no debe entenderse incluida dentro del objeto de un contrato de *“Servicio de Prevención ajeno en las especialidades de seguridad en el trabajo, higiene industrial, ergonomía, psicología aplicada y vigilancia de la salud para trabajadores y determinados centros municipales”*, los exámenes psicofísicos obligatorios para el Cuerpo de la Policía Local, exigidos por Ley 4/1992, de 8 de julio, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid, porque si estos informes psicofísicos por exigencia legal



debían ser anuales, la duda interpretativa debió haberse planteado desde el inicio del contrato y no dos años después, cuando el contrato está prorrogado.

Sobre la regla de interpretación sistemática consagrada en el artículo 1285 del Código Civil, el Consejo Consultivo en su Dictamen 1/08, de 1 de octubre declara:

*«Entre ellos, por su importancia, merece especial atención el criterio sistemático a que hace referencia el artículo 1285 del CC, conforme al cual: “Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.*

*Este precepto proclama el principio de interpretación sistemática, el cual tiene un indiscutible valor, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que el contrato constituye (vid. Por todas la STS de 28 de julio de 1990[RJ 1990\6185]).*

*En este sentido, debe completarse lo que dice el mentado artículo 4 del Pliego con otras previsiones contenidas en el mismo, y que ayudan a indagar acerca de cuál sea su auténtico sentido.*

*Luego, interpretando de forma armónica y global ambas previsiones del clausulado del Pliego, se llega a la conclusión de que la intención real de la Administración al redactarlo, ha sido la de que los licitadores que se presenten a concurso oferten un precio total a aquélla, en el que se deberá entender incluido el IVA, si bien, a efectos de presentación formal de sus proposiciones, deberán acompañar a su oferta del precio por la cesión del derecho de uso de cada plaza de aparcamiento, en el que no se incluirá el IVA, sólo a fin de que por el órgano de contratación se puedan baremar correctamente las ofertas, atendiendo al criterio del precio de las plazas”.*

*Este precio sin IVA se entiende que no es el precio final ofertado por cada plaza de aparcamiento, sino que tiene una trascendencia a efectos puramente internos de decisión del concurso, dado que, en todo caso, y como el propio*



*Pliego se encarga de resaltar en varios lugares, el precio ofertado incluye todos los gastos e impuestos, incluido el IVA».*

Interpretación sistemática que también aplica el Dictamen 268/13, de 13 de julio:

*“Esta es, además, la intención de los contratantes como queda puesto de manifiesto, expresamente, en el proyecto de explotación –acto preparatorio del contrato de gestión de servicios públicos– y que debe tenerse en cuenta para realizar una interpretación sistemática, según el artículo 1285 del Código Civil, de los PCPA y PPTC, donde expresamente se manifiesta la intención de la Administración: “la gestión de esta nueva instalación deportiva, no tendrá ningún coste económico para el Ayuntamiento en lo relativo a los Capítulos I y II, ya que el concesionario correrá con dicho coste económico”.*

El artículo 1288 del Código Civil dispone, en relación con la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato que *“no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”*. En aplicación de este precepto, el Dictamen 602/13, de 4 de diciembre, dice:

*«La cláusula que invoca el Ayuntamiento consultante (las prescripciones técnicas se deben entender “como mínimas y no excluyentes de otras que las entidades solicitantes se vean obligadas a realizar por imperativo legal relativas a la seguridad y salud personal del Ayuntamiento...”)* es, a nuestro juicio, una cláusula oscura, tanto por su tenor literal como por su dificultad de intelección en relación con el objeto del contrato y con sus restantes cláusulas y prescripciones. Y no ofrece duda, por la naturaleza y génesis del contrato, que es la Administración municipal consultante la que ha ocasionado la oscuridad».

## 5.2. Procedimiento de interpretación de los contratos

El procedimiento de interpretación del contrato podrá iniciarse de oficio por la Administración o a instancia del contratista (Dictamen 268/13, de 3 de julio).

El artículo 211 TRLCSP establece, para el procedimiento de interpretación, la necesidad de dar audiencia al contratista e informe del Consejo de Estado u



órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si hubiere oposición de éste.

El artículo 97 RGCAP, regula el procedimiento de interpretación de los contratos y dispone:

*“Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales, se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:*

*Propuesta de la Administración o petición del contratista.*

*Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.*

*Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.*

*Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.*

*Salvo que motivos de interés público lo justifiquen o la naturaleza de las incidencias lo requiera, la tramitación de estas últimas no determinará la paralización del contrato”.*

En el ámbito de la Administración autonómica, el procedimiento de interpretación del contrato previsto en el artículo 97 RCAP no es de carácter básico y, por tanto, habrá que estar a su legislación específica en materia de contratos. Sin embargo, el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid no regula el procedimiento de interpretación de contratos. Por ello, en los dictámenes 429/12, de 11 de julio de 2012, 445/12, de 18 de julio de 2012 se declaró que el informe del Servicio Jurídico, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, no tiene carácter preceptivo.



En el ámbito de la Administración local, el procedimiento de interpretación de contratos, por aplicación del artículo 114 TRRL se exige, además de la audiencia al contratista, informe del secretario y de la Intervención de la Corporación (dictámenes 130/09, de 4 de marzo y 146/09, de 11 de marzo). La referencia al informe de la Secretaría debe entenderse realizada, para el Ayuntamiento de Madrid y para los municipios de gran población, por el informe de la Asesoría Jurídica. La falta de alguno de estos informes (dictámenes 84/13, de 6 de marzo y 370/13, de 11 de septiembre), es una infracción del procedimiento, si bien *“no requiere su retroacción al ser susceptible de subsanación antes de adoptar la resolución, motivo por el cual y previamente a la misma deberá recabarse el citado informe”*.

Finalmente, es preceptivo el informe del Consejo Consultivo siempre que exista oposición del contratista a la interpretación propuesta por el órgano de contratación (dictámenes 429/12, de 11 de julio de 2012, 445/12, de 18 de julio de 2012).

El procedimiento terminará, por regla general, por resolución dictada por el órgano de contratación que, en cuanto limitadora de derechos subjetivos e intereses legítimos, habrá de ser motivada conforme al artículo 54 LRJ-PAC.

Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos (211.4 TRLCSP).

El plazo máximo de tramitación del procedimiento será de tres meses. Transcurrido el mismo si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio se entenderá caducado (dictámenes 445/12, 446/12, 447/12 y 448/12, de 18 de julio, 84/13, de 6 de marzo, y 370/13, de 11 de septiembre). Si se hubiese iniciado a instancia del contratista, podrá entender desestimada su pretensión interpretativa, sin perjuicio de la obligación de resolver (Dictamen 268/13, de 13 de julio).



## 6. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

### 6.1. La potestad de modificación de los contratos

La potestad de modificación de los contratos es otra de las prerrogativas de la Administración, que se fundamenta en la necesidad de hacer frente a las distintas vicisitudes que pueden plantearse durante la ejecución del contrato. Supone una excepción al régimen general de adjudicación de los contratos, por entrañar una serie de privilegios exorbitantes para la Administración que alteran el equilibrio contractual. Por ello, esta potestad se encuentra sometida a una serie de límites y exigencias formales y sustantivas cuya cumplida acreditación debe figurar en el expediente (Dictamen 171/10, de 23 de junio).

La prerrogativa de la modificación de los contratos es una de las potestades administrativas cuya regulación ha sufrido más cambios, en los últimos tiempos, como consecuencia de la jurisprudencia comunitaria, que no ve con buenos ojos estas modificaciones contractuales que, en ocasiones, suponen la adjudicación de nuevos contratos sin someterse a los principios de igualdad, publicidad y concurrencia.

Así, frente a la primitiva regulación contenida en el TRLCAP cuyo artículo 101.1 establecía que:

*“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”.*

El artículo 202.1 LCSP suprimió la referencia a las “necesidades nuevas” añadió como exigencia que esas modificaciones “no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”. Decía así el precepto:

*“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el*



*expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.*

*La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual”.*

Dice el Dictamen 171/10, de 23 de junio, que la imposibilidad de modificar el contrato para atender a “necesidades nuevas” obliga a los gestores administrativos a redactar con especial precaución toda la documentación preparatoria del contrato, en la que, entre otros extremos, deberán consignarse con todo detalle “las necesidades a satisfacer”, dado que, fuera de éstas, la Administración no podrá introducir cambios en el contrato, y deberá abrir un nuevo expediente de contratación. En efecto, el artículo 22 de la Ley 30/2007 obliga a que “...*la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación*”.

Sin embargo, esta redacción primitiva de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público fue considerada insuficiente por la Comisión Europea que entendió que la norma confería a los poderes adjudicadores facultades muy amplias para modificar el clausulado esencial de los contratos públicos una vez adjudicados, con el consiguiente perjuicio para los principios de igualdad de trato entre los licitadores, no discriminación y transparencia, consagrados en el Derecho Comunitario. Ante la amenaza que suponía el procedimiento infractor incoado por las instituciones de la Unión Europea contra el Reino de España, se aprobó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, que introducía una importante reforma del régimen jurídico de los contratos públicos y, en concreto, en lo relativo a la modificación.

Así, el nuevo régimen legal, ahora recogido en el título V del libro I TRLCSP (artículos 105 a 108), bajo la rúbrica de la “*modificación de los contratos*”, regula los supuestos y contempla, además de los previstos en la ley



como son la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, la modificación cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en supuestos no previstos en el pliego de licitación. En este último supuesto sólo se admite en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107 TRLCSP.

Cuestión de interés es la relativa a la transitoriedad de esta regulación y su aplicación, o no, a los contratos ya existentes y en ejecución. Según el Dictamen 417/12, de 4 de julio, si bien la normativa aplicable al contrato cuya modificación se pretende es la LCSP en su redacción original, lo cierto es que a la hora de interpretar el concepto jurídico indeterminado “*condiciones esenciales del contrato*” debamos acudir a lo que por ellas entiende la LES en tanto en cuanto sean exigencias del Derecho de la Unión Europea.

El artículo 105.2 TRLCSP, establece que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

En relación con las obras complementarias, los dictámenes 171/10, de 23 de junio, 371/11, de 6 de julio destacan que:

*“tras la regulación de la modificación de los contratos en la LCSP se exige que la modificación no encubra una obra susceptible de ser contratada de forma independiente. Dicho principio tiene por objeto preservar los principios básicos de la contratación pública, de libre concurrencia y publicidad, (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, As. Succhi di Frutta), puesto que la modificación no puede encubrir una obra distinta de la inicialmente contratada, de forma que con la misma se manifieste una variación de la voluntad administrativa sobre la obra a ejecutar”.*

Por tanto, concluido que en presencia de una obra complementaria la potestad de modificación contractual resulta improcedente, se hace necesario



analizar los criterios para definir este tipo de obra. Sobre esta cuestión, los ya citados dictámenes 171/10, de 23 de junio, 422/11, de 6 de julio dicen:

*“En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado con carácter general que para diferenciar entre obras complementarias que deberían ser objeto de una nueva licitación para preservar los principios antedichos, y modificaciones de obras de un contrato preexistente hay que utilizar tres criterios de distinción: a) la posibilidad de utilización separada de las nuevas obras; b) su necesidad en relación con el proyecto inicial y c) las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución separada e independiente (Dictámenes, entre otros, de 15 de diciembre de 1983; 29 de noviembre de 1984; 24 de julio de 1985 y 2 de abril de 1992). En el control de la concurrencia de dichos criterios de distinción, los informes técnicos incorporados al expediente, juegan un papel determinante”.*

## 6.2. Presupuestos y límites a la potestad de modificación de los contratos

Como se ha señalado, el ejercicio de la prerrogativa de modificación, en cuanto supone una excepción al régimen general de adjudicación de los contratos, exige la concurrencia de ciertos presupuestos y está sujeto a unos límites. Así, son requisitos *sine qua non* que exista un interés público que lo aconseje, que no se afecte al contenido esencial y que se motive y acredite la causa que ampara finalmente el modificado.

### 6.2.1. Interés público

En relación con la exigencia de que concurra interés público, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid señala en su Dictamen 171/10, de 23 de junio:

*“El presupuesto para el válido ejercicio del ius variandi durante la vigencia del contrato es el interés público. La ley exige siempre, en efecto, que esté comprometido el interés público (art. 194 y 202. 1 LCSP: “por razones de interés público”). Se trata, pues del presupuesto de hecho determinante de la potestad enunciado mediante un concepto jurídico indeterminado y que juega en*



*un doble sentido, en tanto presupuesto de la modificaciones propuestas y de la continuidad del vínculo contractual.*

*El interés público, resulta claro que concurre como fundamento en la modificación propuesta, tal y como ha sido objeto de análisis en la anterior consideración, pero también resulta obvio que la satisfacción del mismo se hubiera conseguido acudiendo a un nuevo expediente de contratación, sin merma de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación administrativa. La defensa del citado interés, se revela necesaria en el mantenimiento del vínculo contractual, dadas las especiales circunstancias que han concurrido en el desarrollo de la obra pública objeto de contratación, y que este Consejo Consultivo no puede dejar de considerar, pues el trabajo jurídico que le corresponde se proyecta necesariamente sobre situaciones reales y no sobre supuestos fácticos abstractos.*

*Se ha de tener en cuenta que el tan citado interés público, sufre tanto si se mantiene el vínculo contractual, por lesión de los principios de licitación libre y pública que ha de regir la contratación administrativa, como si se opta por su ruptura en cuanto que el retraso de la obra y los perjuicios.*

*(...)*

*Verificada la importante lesión que al interés público produciría la ruptura del vínculo contractual en el momento actual, y dadas las especiales circunstancias que concurren, resulta claro que éste, en cuanto presupuesto de ejercicio de la prerrogativa de modificación contractual, se sirve acordando el mantenimiento del vínculo y la permanencia del mismo contratista. A esta conclusión llega este Consejo Consultivo, estimando que ha de aconsejar lo que es jurídicamente preferible y admisible en la precisa y determinada situación real del caso que motiva su dictamen.*

*(...)*

*A la luz de todo lo anterior, este Consejo Consultivo entiende, que en la situación a la que se ha llegado, concurre el interés público habilitante de la modificación sometida a dictamen, debiendo poner de manifiesto que las*



*importantes irregularidades observadas en el desarrollo de la obra, requieren de la Administración actuante la adopción de medidas tendentes a la exigencia de las responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir en los términos de la Disposición Adicional 22.2 de la LCSP, así como de las derivadas de la deficiente redacción del proyecto de obras originario, de acuerdo con lo establecido en el art. 286 de LCSP.*

*Resta por último resaltar, tal y como viene repitiendo hasta la saciedad el Consejo de Estado, la necesidad de que la Administración extreme el rigor en la fase preparatoria de los contratos, de forma que solo muy excepcionalmente se haya de recurrir a su ulterior modificación. En el presente caso si la Administración consultante se hubiera atenido a norma ya explicitada en la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, en el sentido de que los contratos de obras “deben ser normalmente de gestación pausada y, por el contrario, de ejecución rápida”, se hubiera evitado la incoación del presente procedimiento de modificación, que ha de constituir siempre una excepción en el régimen normal de adjudicación de obras públicas, por la merma que puede suponer en las garantías jurídicas que han de presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública”.*

Dice el Dictamen 107/13, de 20 de marzo, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado que este interés público en la modificación debe ser “claro, patente e indubitado”.

### 6.2.2. No alteración de las condiciones esenciales del contrato

Otro de los requisitos exigidos para la modificación es que ésta no afecte a las condiciones esenciales del contrato. En relación con el concepto de condiciones esenciales del contrato, el Dictamen 417/12, de 4 de julio, señala:

*«... nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado toda vez que no se explicita qué son las condiciones esenciales del contrato”.*

*La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 29 de abril de 2009, Comisión contra CAS Suchi di Frutta*



*SpA determinó la imposibilidad de modificar los contratos públicos tras su celebración salvo que se cumpliesen dos requisitos:*

- *Que la posibilidad de modificación estuviese prevista de forma clara, precisa e inequívoca en las bases de la licitación.*
- *Que la modificación no afectase a ninguna condición esencial del contrato, lo que trata de evitar que la modificación altere la competencia y la libre concurrencia estableciendo condiciones diferentes que, de haber sido conocidas con anterioridad, hubieran permitido la licitación a otros sujetos o la presentación de ofertas distintas por los mismos sujetos que concurrieron.*

*La STJCE de 19 de junio de 2008, Priesstext Nachrichtenagentur C-454/06 entendió que las modificaciones contractuales encubre una nueva adjudicación “cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial, y por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato”.*

*En el ordenamiento español la Ley 2/2011, de 4 de enero, de Economía sostenible (LES) reformó la LCSP. Esta reforma es preciso recordar que trae causa de la disconformidad del Derecho español con el Derecho de la Unión Europea, de prevalente aplicación, que fue formalmente comunicada por la Comisión Europea mediante carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2006 y posteriormente, mediante dictamen motivado de 2 de diciembre de 2008.*

*Esta circunstancia determina que, si bien la normativa aplicable al contrato cuya modificación se pretende es la LCSP en su redacción original, lo cierto es que a la hora de interpretar el concepto jurídico indeterminado “condiciones esenciales del contrato” debemos acudir a lo que por ellas entiende la LES en tanto en cuanto sean exigencias del Derecho de la Unión Europea. Así, el artículo 92 quáter, apartado 3 de la LES entiende que se modifican las condiciones esenciales:*

*“a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.*



b) *Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.*

c) *Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.*

d) *Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.*

e) *En cualesquiera otros casos en que puede presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes de las formuladas».*

En el Dictamen 417/12, de 4 de julio, se plantea si la modificación que supone una reducción del precio del contrato superior al 10% supone, o no, una modificación esencial, que señala:

*“En efecto, recordemos que la normativa aplicable a esta modificación es la LCSP y que solo evocamos la LES en este caso para adoptar su regulación, como criterio interpretativo, para ceñir el concepto “condiciones esenciales del contrato” al Derecho de la Unión Europea pero no para ir más allá, como hace, legítimamente, el legislador español en la LES que, reiteramos, no es de aplicación a este caso sino que se adopta como criterio interpretativo y únicamente en aquello que sea exigencia de la normativa comunitaria pero no en lo que no lo sea”.*

En el mismo sentido, el Dictamen 636/12, de 21 de noviembre.

### 6.2.3. Motivación y acreditación de la causa que ampara la modificación:

Frente a la regulación anterior a la Ley de Economía sostenible en la que se hacía referencia a las *“necesidades nuevas y causas imprevistas”* (TRLCAP) o



solo a las “*causas imprevistas*” (redacción primitiva LCSP), la Ley de Economía sostenible y así lo recoge el actual TRLCSP distingue las modificaciones convencionales (artículo 106 TRLCSP) y las modificaciones legales por imprevisibilidad.

Son muchos los dictámenes que, por el momento en que se emitieron, hacen referencia a la exigencia de “*causas imprevistas*”. En este sentido, el Dictamen 371/11, de 6 de julio, informa desfavorablemente la modificación propuesta porque “*no explica suficientemente que la modificación obedezca a causas imprevistas, pues su objeto es realizar las terminaciones del polideportivo (instalaciones eléctricas, iluminación, ventilación, revestimientos, carpinterías, instalaciones de protección contra incendios,...)*”.

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

Por excepción, el artículo 107 TRLCSP permite las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación por los motivos tasados que enumera. Son las denominadas modificaciones legales.

En relación con las modificaciones convencionales, el Dictamen 107/13, de 20 de marzo señala:

*«Se puede considerar, a la vista de los términos en que se expresa la documentación de referencia, que en ésta se han previsto con el suficiente grado de detalle las condiciones, alcance y límites a que debía sujetarse la posible modificación del contrato. Se pretende asegurar a los licitadores un conocimiento suficiente de los términos en que se prevé una eventual alteración de los términos iniciales del contrato, de modo que, ni en el procedimiento de adjudicación ni en la posterior modificación, se vulnere el principio de libre concurrencia. Por esta última razón, y conforme a una interpretación*



*espiritualista de los requisitos legalmente establecidos, no se estima que, el hecho de que los supuestos y condiciones en que se pueda ejercer la modificación se establezcan por remisión del pliego de cláusulas administrativas particulares en el pliego de prescripciones técnicas, haya impedido el perfecto conocimiento y previsión por parte de los licitadores del alcance con que se contemplaba una potencial modificación del contrato.*

*Una razonable doctrina sostiene, por otra parte, que, aun cuando la modificación del contrato que se pretende realizar esté contemplada en la documentación inicial del contrato, tiene el límite de que, una vez aplicada, el contrato siga siendo reconocible en sus propios términos, pues, de otra forma, nos hallaríamos ante una nueva figura contractual, que debería conllevar la apertura del procedimiento de adjudicación correspondiente.*

*Así debe interpretarse la exigencia prevista en el apartado 2 del artículo 105 del TRLCSP en el sentido de que la modificación del contrato no se realice “con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente”.*

*En el caso sujeto a examen no se produce dicho efecto, pues, tal como contempla el informe técnico emitido en el procedimiento de modificación del contrato, la alteración que se pretende introducir sobre los términos en que fue pactado inicialmente se limita a añadir a un nuevo grupo de personas a la prestación contractual; así, se define el cambio como “la incorporación de un nuevo perfil, el de las personas con dependencia reconocida y cuyo Programa Individual de Atención establezca los Servicios de Ayuda a Domicilio como modalidad de intervención más adecuada”.*

*En cambio -añade el mismo informe- no se produce alteración en “el objeto del contrato, ni su finalidad ni las prestaciones”, “el precio de las horas tanto laborales como festivas viene a ser el mismo que el que se establece para las horas del contrato inicial sujetas al mismo tipo de gravamen del impuesto sobre*



*el valor añadido”, “el régimen de obligaciones del adjudicatario en relación con los nuevos usuarios es el mismo” y “los usuarios quedan obligados al pago de las mismas tarifas en función del baremo de aportación recogido en el PCAP”».*

#### 6.2.4. Límites cuantitativos

La normativa anterior a la Ley de Economía Sostenible establecía unos límites cuantitativos al ejercicio de la prerrogativa de modificación de los contratos, de modo que si la modificación superaba un determinado porcentaje del presupuesto originario del contrato (20% del precio primitivo del contrato con exclusión del IVA en los contratos de obras, suministro y servicios), el contratista tenía derecho a la resolución del contrato y si no se superaba dicho porcentaje, la modificación era obligatoria para el contratista.

Estos límites cuantitativos desaparecen en la regulación actual al considerar el artículo 107.3.d) como alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato las modificaciones que igualen o excedan, en más o menos, el 10% del precio de adjudicación del contrato y, en consecuencia, han desaparecido como causas de resolución a favor del contratista.

Sobre estos límites cuantitativos se pronunció el Dictamen 171/10, de 23 de junio al señalar que *“es unánimemente aceptado por la doctrina que tales límites establecidos ex lege no son limitaciones legales a la potestas variandi en sí misma considerada, sino limitaciones a la potestad de imponer las modificaciones al contratista”*.

#### 6.3. El procedimiento de modificación de contratos

Además, el artículo 108 TRLCSP regula el procedimiento de modificación de los contratos y dispone:

*“1. En el caso previsto en el artículo 106 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.*



2. *Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.*

3. *Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 211 para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos”.*

Por tanto, las modificaciones de los contratos administrativos habrán de respetar siempre lo establecido en el artículo 211 TRLCSP, lo que supone que habrá de acordarse por el órgano de contratación, que debe darse audiencia al contratista y que es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en las “*modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10% del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros*”.

El procedimiento de modificación habrá de acordarse por el órgano competente. El inicio del procedimiento de modificación podrá ser, al igual que en los procedimientos de resolución, de oficio por la propia Administración o a instancia del contratista.

En relación con el procedimiento, la modificación de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 211 TRLCSP, el primero de los cuales exige la audiencia al contratista (Dictamen 417/12, de 4 de julio).

El artículo 219 TRLCSP, por la remisión que éste hace al artículo 107 TRLCSP (*modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias*) exige como hacía el artículo 202 LCSP, que se incorporen al expediente los documentos que acrediten la necesidad de dar respuesta a las causas imprevistas toda vez que



*“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”* No es posible acordar la modificación del contrato sin que figure en el expediente documento que justifique las causas imprevistas (dictámenes 226/10, de 21 de julio y 371/11, de 6 de julio).

Asimismo, de conformidad con el artículo 102 RCAP, a falta de una nueva disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, dispone: *“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente”*.

Por tanto, además de este trámite de audiencia al contratista, el artículo 102 RCAP impone la fiscalización del gasto correspondiente (dictámenes 371/11, de 6 de julio y 417/12, de 4 de julio). Así, el Dictamen 171/10, de 23 de junio, señala:

*“De carácter igualmente necesario resulta la incorporación al expediente de modificación del contrato, y dado que el mismo origina gasto para la Administración, del certificado de la existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización de la Intervención y la aprobación del gasto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 93.3 de la LCSP y el artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y 102 del RD 1098/2001, de 12 octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la LCAP”*.

Igualmente, el artículo 114.3 TRRL, requiere que se emita informe por la Secretaría y la Intervención (dictámenes 226/10, de 21 de julio y 371/11, de 6 de julio). La referencia al informe de la Secretaría debe entenderse realizada, para el Ayuntamiento de Madrid y para los municipios de gran población, por el informe de la Asesoría Jurídica.



El artículo 211.2 TRLCSP exige, en el ámbito de la Administración General del Estado, el informe del Servicio Jurídico siendo un precepto que no tiene carácter básico (Dictamen 167/14, de 23 de abril).

No obstante, de conformidad con el artículo 4.1.b) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, es preceptivo el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

De acuerdo con el artículo 211.3.b), será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma en las modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10% del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

A estos efectos, este Consejo Consultivo ha entendido, para los contratos de concesión de un servicio público que, pese a lo dispuesto por Tribunal Supremo en sus Sentencias de 4 de mayo de 2005 (RJ 2005/4211), 27 de febrero de 2008 (RJ 2008/1268), según las cuales, *“no es dable,... que para señalar la cuantía del contrato se acuda, a multiplicar ese importe original del contrato por el número de años de vigencia...”*, que el precio primitivo del contrato debe ser considerado teniendo en cuenta todo el plazo de duración del mismo (dictámenes 114/09, de 25 de febrero y 417/12, de 4 de julio). Así, dice el Dictamen 114/09:

*«En cualquier caso, aunque parezca más razonable con el propio sentido del precepto que comentamos que la fijación del precio del contrato se haga en función del número de años de duración del mismo, habida cuenta que las Sentencias del Tribunal Supremo citadas lo fueron en asuntos muy singulares y que el pronunciamiento que contienen sobre el particular se hace con carácter obiter dicta, lo cierto es que existe una norma que se aplicaría con carácter preferente respecto de las Corporaciones Locales, y cuya aplicabilidad vienen manteniendo también otros Consejos Consultivos autonómicos, sin discusión. Dicha norma es la contenida en el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL),*



*conforme al cual: “3... En los casos de interpretación y resolución, cuando el precio del contrato exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa, y en los de modificación de estos últimos, cuando la cuantía de aquélla exceda del 20 por 100 del precio del contrato, será, además, preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiere o, en su defecto, del Consejo de Estado”.*

*En suma, podemos entender que, respecto de las Corporaciones Locales, continúa estando en vigor el artículo 114.3 del TRRL, dado que ningún sentido tendría que se estableciera un límite tan alto para recabar el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo, en el caso de Corporaciones Locales, que manejan presupuestos mucho más exigüos que los del Estado o las Comunidades Autónomas. Si así fuera, una inmensa mayoría de las modificaciones contractuales llevadas a cabo en el ámbito municipal quedarían fuera del control de legalidad llevado a cabo por los órganos consultivos, con los riesgos que ello entrañaría para la efectiva aplicación de los principios de libre competencia, transparencia de los procedimientos de contratación e igualdad de trato de todos los candidatos o licitadores, hoy elevados a rango de principios esenciales de la contratación administrativa en el artículo 1 de la LCSP».*

La omisión del dictamen del Consejo Consultivo preceptivo tiene eficacia invalidante.

Una vez tramitado el expediente de modificación habrá de recaer el acuerdo de modificación del contrato aprobado por el órgano de contratación.

En relación con el plazo en que ha de tramitarse el expediente de contratación, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ha considerado en el Dictamen 241/13, de 12 de junio, aplicable el plazo de caducidad de tres meses previsto en el artículo 42.3 LRJ-PAC, para los procedimientos de modificación iniciados de oficio, cuando no se trate de contratos de obras.

*“El TRLCSP no establece expresamente un plazo para la tramitación de los expedientes de modificación de los contratos de gestión de servicios públicos, mientras que sí lo establece para los contratos de obras en su artículo 234.4, que lo fija en ocho meses.*



*La ausencia de la determinación de un plazo específico para los procedimientos de modificación de los contratos de gestión de servicios públicos, nos lleva a examinar si procede la aplicación supletoria del plazo establecido para el contrato de obras, o bien resulta aplicable el plazo de tres meses que establece con carácter general la LRJ-PAC en su artículo 42.3, “cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo”, y cuyo transcurso sin que haya recaído resolución expresa conlleva la caducidad, conforme lo dispuesto en el artículo 44.2 del mismo texto legal; este último establece que:*

*“2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92”.*

*En este sentido, es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de julio de 2009, recurso de casación 4682/2007, y 28 de mayo de 2008, recurso de casación 82/2005) que el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992, tras la redacción dada por la Ley 4/1999, establece con toda claridad que “el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa se contará, en los procedimientos iniciados de oficio, “desde la fecha del acuerdo de iniciación”. Añadiendo con igual claridad su artículo 44.2, tras esa nueva redacción, que en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, como es el caso, el vencimiento de ese plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce, como efecto jurídico el de la caducidad y consiguiente archivo de las actuaciones”.*

*Sin poner en cuestión que nos encontramos ante un expediente que produce efectos desfavorables al administrado (una modificación de contrato que conlleva reducción de precio), una interpretación sistemática de las normas contenidas en el TRLCSP nos lleva a considerar aplicable el plazo de caducidad de tres meses para la tramitación del expediente, establecido con carácter general en defecto de disposición expresa.*



*Y ello porque el citado texto legal regula expresamente normas específicas para la modificación de los contratos en su Libro IV, cuyo Título II, se rubrica “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”. Dichas normas se refieren tanto al contrato de obras (Capítulo I, artículo 234) como al de gestión de servicios públicos (capítulo III, artículo 282). De este modo no puede predicarse la aplicación supletoria del plazo de tramitación de los expedientes de modificación de los contratos de obras a los contratos de gestión de servicios públicos, habida cuenta que, en la regulación específica de la modificación de estos últimos, no se establece plazo alguno”.*

#### **6.4. Efectos**

Serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con el procedimiento legalmente establecido.

En caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna (artículo 234 TRLCSP).

En el contrato de concesión de obra pública (artículo 250 TRLCSP), su modificación supondrá la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

Las modificaciones de los contratos de gestión de servicios públicos que afecten al régimen financiero del contrato deberán ser compensadas por la Administración al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. Los acuerdos adoptados en relación con el desarrollo del servicio que carezcan de transcendencia económica no darán derecho alguno a indemnización (artículo 282 TRLCSP). Así, el Dictamen 417/12, de 4 de julio, relativo a la modificación de un contrato de gestión del servicio público de limpieza de un Ayuntamiento en la que se propone la reducción del precio del contrato y, simultáneamente, de las prestaciones objeto de los contratos, respetando los niveles mínimos de calidad y cobertura de cada servicio, considera que no queda afectado el equilibrio económico-financiero del contrato porque *“la disminución del precio del contrato se ha acompañado de una*



*disminución equivalente de prestaciones, sin que la contratista haya formulado oposición, aunque en sus alegaciones iniciales solicitó la adecuación de los pliegos a las nuevas obligaciones, lo cual fue aceptado en la propuesta de modificación contractual sometida a consulta”.*

Cuando la modificación suponga un aumento, reducción o supresión de las unidades de bienes que integran el suministro o la sustitución de unos bienes por otros, serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno en caso de supresión o reducción de unidades o clases de bienes a reclamar indemnización alguna (artículo 296 TRLCSP).

Asimismo, cuando como consecuencia de las modificaciones del contrato de servicios de mantenimiento acordadas se produzca aumento, reducción o supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén contenidos en el contrato, estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno, en caso de supresión o reducción de unidades o clases de equipos a reclamar indemnización por dichas causas (artículo 306 TRLCSP).

Finalmente, en relación con los efectos la modificación del contrato, ésta afecta a la garantía constituida que habrá de ampliarse o reducirse. Así se advierte, entre otros, en el Dictamen 261/10, de 28 de julio:

*“Sólo resta advertir que la modificación contractual, al suponer una variación del precio del contrato, debe ir acompañada del correspondiente reajuste de la garantía para que guarde la debida proporción con el precio resultante de la modificación, tal y como establece el artículo 42 del TRLCAP; así como del reajuste del plazo, por mor del artículo 162 del RGLCAP”.*



## 7. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

### 7.1. La potestad de resolución de los contratos

La tercera de las prerrogativas de la Administración que regula el artículo 210 TRLCSP es la de resolución del contrato. El órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar unilateralmente la resolución del contrato, en los casos tasados en la ley o que se hayan previsto específicamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y determinar los efectos de ésta. Como señala el Dictamen 367/12, de 20 de junio, *“la resolución contractual se configura, dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 59 del TRLCAP como una facultad exorbitante de la misma. No obstante ello, su ejercicio no se produce de una manera automática, sino que constituye una medida drástica que sólo se justifica en presencia de graves incumplimientos que puedan lesionar el interés general, de ahí los pronunciamientos de la jurisprudencia advirtiendo de la necesidad de distinguir entre incumplimientos generadores de ejercitar el derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no la conllevan (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000)”*.

El ejercicio de esta prerrogativa debe realizarse de acuerdo con los principios de equidad y buena fe. Así lo recoge el citado Dictamen 367/12, al señalar que *“la jurisprudencia ha venido recordando la necesidad de que las relaciones contractuales estén presididas por la equidad y la buena fe, de tal modo que las facultades exorbitantes de la Administración han de ser ejercitadas de acuerdo a dichos principios, que aún recogidos en la legislación jurídico privada (artículo 1258 del Código Civil), son perfectamente extrapolables al ámbito público. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de abril de 1987, manifestaba: “... si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso de derecho o privilegio de la*



*Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista-Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y 4 de mayo de 1981”.*

## 7.2. Causas de resolución

El artículo 223 TRLCSP enumera las causas generales de resolución de los contratos administrativos, las cuales habrá que completar con las previstas específicamente para cada tipo de contrato en los artículos 237 (contrato de obras), 269 (contrato de concesión de obra pública), 286 (contrato de gestión de servicios públicos), 299 (contrato de suministro) y 308 (contrato de servicios).

▪ Artículo 223. a) TRLCSP: *“La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85”.*

Como la Administración adjudica sus contratos atendiendo a la capacidad y solvencia del contratista, es lógico que a la muerte del empresario individual o disolución de la sociedad, en el caso de una persona jurídica, el contrato se resuelva. Esta resolución es automática, en el caso de disolución de la sociedad contratista, ya que no existe persona que pueda continuar con su ejecución. En el caso de la muerte del empresario individual, esta causa de resolución no opera automáticamente porque el órgano de contratación *“podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores”* (224.3 TRLCSP).

Además, la incapacidad sobrevenida del empresario individual después de la formalización del contrato es causa de resolución. Esta incapacidad sobrevenida exige la declaración judicial de incapacitación, de acuerdo con la legislación civil.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid se pronunció sobre esta causa de resolución en el Dictamen 413/09, de 22 de julio, en el que el Ayuntamiento consultante pretendía la resolución del contrato invocando esta causa al no estar la empresa contratista al corriente de sus obligaciones tributarias, lo que suponía una incapacidad sobrevenida del artículo 20



TRLCAP. Así, el dictamen señala que esta causa de resolución, *“hace referencia a la incapacidad sobrevenida del empresario individual, entendiendo como tal pérdida de la capacidad civil o de obrar, pero no la capacidad para contratar. El supuesto al que hace referencia el artículo es sólo para las personas físicas, no para las personas jurídicas”*.

Por su parte, el Dictamen 153/10, de 9 de junio, se señala que la incapacidad sobrevenida del empresario individual no concurre cuando el contratos es una persona jurídica y que el concepto de *“incapacidad sobrevenida”* empleado por la ley, *«no alude a la pérdida de la solvencia, sino a la incapacitación civil regulada en los artículos 199 y siguientes del Código Civil. En este sentido puede traerse a colación el Informe 27/1997, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que se sostiene que: “la pérdida de la clasificación no puede encajar en el concepto de incapacidad sobrevenida a que hace referencia el artículo 112.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no sólo porque dicha incapacidad se refiere sólo a las personas físicas, con lo que se produciría un trato distinto para éstas y para las personas jurídicas, sino por la consideración fundamental de que la clasificación no es un requisito de capacidad, sino de solvencia, conforme se desprende del artículo 15.1 de la Ley al señalar que la clasificación sustituye a la acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional”*».

- Artículo 223. b) TRLCSP: *“La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento”*.

En los contratos de carácter administrativo la declaración de concurso no es una causa de resolución automática; el órgano de contratación potestativamente, podrá optar por la continuación del contrato, si el contratista presta garantías suficientes a juicio de aquél para su ejecución (artículo 224.5 TRLCSP). Por el contrario, la apertura de la fase de liquidación, por suponer ésta la insolvencia definitiva del deudor, supondrá siempre a la resolución del contrato (artículo 224.2 TRLCSP).

El Consejo Consultivo se ha pronunciado sobre esta causa de resolución en sus dictámenes 270/09, de 20 de mayo y 532/09, de 9 de diciembre. El



primero de ellos señala que *“la interpretación literal del artículo 111.b) del TRLCAP permite concluir que la mera declaración del concurso es causa potestativa de resolución del contrato cuando la administración lo juzgue conveniente. La posibilidad de que la Administración decida continuar el contrato exigiendo al contratista suficientes garantías es, simplemente, una opción que le otorga la Ley, pero no es, en absoluto, obligatorio para la Administración”*.

Además, la declaración de concurso no impide a la Administración el inicio de un procedimiento de resolución por causa imputable al contratista. Así lo considera el Dictamen 403/13, de 25 de septiembre:

*“Dado que el Auto de declaración de concurso es de 24 de abril de 2012, resulta claro que a esa fecha ya se había devengado el canon del mes anterior, con lo que la causa de incumplimiento por impago es en todo caso, y con independencia de la fecha de apertura de la fase de liquidación, anterior a la situación concursal.*

*Por otra parte, el adjudicatario incurre en un error al considerar que de su situación concursal se desprende que no está obligado a satisfacer cantidad alguna a la Administración, y que no puede incautarse la garantía habida cuenta que, según afirma, todas las competencias sobre el contrato residen en el Juez del Concurso.*

*El artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), establece que a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial, lo cual supone la aplicación de la normativa de contratación pública, es decir de las causas de resolución y de lo que se procedente en materia de incautación de la garantía”*.

▪ Artículo 223. c) TRLCSP: *“El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista”*.

La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones



de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato (Art. 224.4 TRLCSP).

Así, en el Dictamen 471/12, de 26 de julio, en relación con esta causa de resolución se declara:

*“Como ha señalado reiteradamente este Consejo Consultivo, el mutuo acuerdo como causa de resolución, debe ser objeto de aplicación restrictiva, dado su carácter excepcional, que se fundamenta en que a través de los contratos administrativos no se persigue simplemente la satisfacción de los intereses particulares de los contratistas, sino que mediante su ejecución se satisface también el interés público o general.*

*En consecuencia, el procedimiento de resolución iniciado el 28 de febrero de 2011, una vez expirado el plazo de ejecución total del contrato sin haberse finalizado las obras no podría fundarse en el mutuo acuerdo, porque existen otras causas de resolución imputables al contratista, como el incumplimiento del plazo total de ejecución de la obra y el abandono de la misma por el contratista”.*

En esta causa de resolución, no es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo. Así lo entiende el Acuerdo 3/11, de 27 de julio, en el que se afirma:

*“El Consejo Consultivo emite dictamen en los supuestos de procedimientos de resolución contractual en los que existe oposición del contratista. Ahora bien, esta oposición del contratista no puede existir en los supuestos de resolución por mutuo acuerdo ya que, esta posibilidad descansa necesariamente en la conformidad de las partes, tanto en la oportunidad de la resolución del contrato como en el cálculo de la indemnización que pueda proceder ya que, como señala el artículo 113.2 del TRLCAP, en los supuestos de mutuo acuerdo se estará a lo válidamente pactado entre la Administración y el contratista”.*

▪ Artículo 223. d) TRLCSP: *“La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112”.*



Este apartado prevé como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y distingue la demora en el plazo de ejecución y la demora en el plazo de inicio en los expedientes de tramitación urgente.

En relación con la demora en el cumplimiento de los plazos, regulada en los artículos 212 y 213 TRLCSP, el contratista tiene la obligación de ejecutar la prestación objeto del contrato en el plazo convenido. Si el contratista no ejecuta el contrato en el plazo estipulado, la Administración podrá resolver el contrato. Se trata de una causa de resolución potestativa, porque el órgano de contratación, en caso de incumplimiento del plazo podrá optar entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades. Lo que no podrá simultanearse es ambas opciones. En este sentido el Dictamen 532/09, de 9 de diciembre, dice:

*“No puede suponerse, como hace el Ayuntamiento consultante, que, por optar posteriormente por la resolución del contrato, se entienda concluido o “quede sin efecto” el procedimiento de imposición de penalidades, que deberá concluir con una resolución motivada (ex. artículo 87 L.R.J.P.A.C.)*

*Este procedimiento, al igual que el de resolución del contrato está sujeto a un plazo por lo que, transcurridos tres meses desde su inicio por la Administración sin haber sido resuelto, debería entenderse caducado, caducidad que se habría producido el 18 de marzo de 2009. Por tanto, en la fecha en que se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato, 4 de febrero de 2009, no podía adoptarse tal medida por estar pendiente de resolución un procedimiento de imposición de penalidades por incumplimiento del plazo.*

*Del tenor literal del artículo 95.3 TRLCAP, se desprende que no pueden simultanearse ambas vías, sino que la Administración contratante podrá optar, en el supuesto de incumplimiento del plazo, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades”.*

En el citado Dictamen 532/09 se resalta la importancia que tiene el plazo en la ejecución en los contratos administrativos, calificados por el Tribunal Supremo como “negocios jurídicos a plazo fijo”, debido al interés público que



revisten los plazos. Así, el Tribunal Supremo califica el plazo como trascendental, en su Sentencia de 26 de marzo de 1987 ( RJ 1987\3944) al señalar: *“Para resolver con acierto este problema hay que empezar por conceder al plazo, en el presente supuesto, la importancia que tiene en él, necesaria para evitar dilaciones retardarias en la ejecución de la obra, que a su vez condicionan la puesta en marcha del servicio, que con la misma se trata de atender, pero sin llegar al extremo de considerar el plazo esencial para la validez del contrato, sino tan sólo como un término calculado con prudencia, bajo el presupuesto de un desarrollo normal de los trabajos, sin interferencias entorpecedoras.*

*Que esto es así lo demuestra el que el propio Ordenamiento tenga previsto la concesión de prórrogas a los contratistas ante eventos imprevistos, sin que ello constituya una distorsión en la ejecución de la contrata, ni motivo para penalidades o resoluciones contractuales, ya que existen razones suficientes para que estas medidas sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”.* En el mismo sentido, entre otros dictámenes 656/12 y 657/12, de 12 de diciembre.

Además, la violación del plazo pactado puede atentar al principio de igualdad de trato, en el supuesto de que la reducción del plazo de ejecución ofertada por el contratista haya determinado la adjudicación del contrato, por constituir el plazo uno de los criterios de adjudicación (Dictamen 532/09, de 9 de diciembre).

La demora debe ir acompañada de un incumplimiento en plazo de las obligaciones del contratista, de tal naturaleza, que la demora haga perder al contrato su finalidad, es decir, la causa de su celebración (Dictamen 16/08, de 22 de octubre).



*“Para determinar la culpabilidad o no del contratista en esta causa de resolución es necesario examinar si el retraso producido en las obras está o no justificado. Si no lo estuviere, el incumplimiento será imputable al contratista. Sin embargo, cuando la causa del retraso sea imputable a la Administración, resultaría contrario al principio de buena fe que la Administración, amparándose en una omisión formal del contratista, no sólo pretendiera eludir su responsabilidad, sino que, además, tratara de resolver el contrato por demora en el cumplimiento del plazo, exigiendo responsabilidad al contratista”* (Dictamen 505/09, de 11 de noviembre).

Sobre la solicitud de prórroga de los contratos o ampliación del plazo, el Dictamen 532/09, de 9 de diciembre, señala que *«hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 96.2 TRLCAP, desarrollado por los artículos 98, 100 y 109 a 113 del RGAP. El artículo 96.2 de la Ley prevé: “Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor”. La petición de prórroga por parte del contratista debe tener lugar en un plazo de quince días desde aquél en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime que no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración»*.

En relación con la concesión de las prórrogas, el precitado dictamen señala:

*«Esta concesión de prórrogas corresponde, según el Tribunal Supremo, a la actividad reglada y no discrecional de la Administración, de modo que si se solicita adecuadamente, puede y debe ser concedida, como se declara en la Sentencia 30 de diciembre de 1988 (RJ 1988\10103), “la concesión de prórrogas en la ejecución de los contratos de obra es preceptiva cuando, como aquí ocurre, el retraso está producido por motivos no imputables al contratista y éste ofrece cumplir sus compromisos dándole la prórroga del tiempo que se le tenía asignado”*.



*La jurisprudencia admite la existencia de prórrogas tácitas cuando, pese a que la Administración no las ha acordado expresamente, existen razones para pensar que la misma ha sido concedida tácitamente (Sentencias de 20 de junio de 1994, RJ 1994\4993, 18 de febrero de 1992, RJ 1992\1702), con la consecuencia de que no podrá imputarse al contratista un incumplimiento tardío, por lo que la Administración no podrá imponer penalidades ni resolver el contrato».*

El Dictamen 24/11, de 2 de febrero, en relación con un contrato menor de consultoría y asistencia dice:

*“Se plantea la resolución del contrato por incumplimiento del plazo por el contratista en aplicación del artículo 111.e) del TRLCAP y con fundamento en la cláusula segunda del contrato que preveía que el tiempo máximo para la elaboración y entrega de los trabajos era de un año.*

*Habiéndose formalizado el contrato el 6 de marzo de 2007 y no habiendo entregado el informe jurídico objeto del mismo el 6 de marzo de 2008 cabría afirmar que se ha producido un incumplimiento del plazo por el contratista, por lo que sería procedente la causa de resolución prevista en el artículo 111.e) del TRLCAP e invocada como causa de resolución en el expediente.*

*No cabría aceptar las alegaciones del interesado relativas a la solicitud de prórroga realizada, pues el artículo 56 del TRLCAP no admite prórrogas para los contratos menores, como el que es objeto de dictamen, circunstancia que debió ser conocida por el interesado habida cuenta de su condición de jurista”.*

En una resolución por esta misma causa en la que el contratista alegaba la suspensión temporal de las obras, el Dictamen 242/12, de 18 de abril, declara:

*“Resulta patente que no nos hallamos ante un caso de suspensión temporal de las obras. Y ello porque para tal supuesto es necesario un acuerdo de la Administración contratante, en aplicación del artículo 102 TRLCAP, acuerdo expreso que debe recoger las circunstancias de dicha suspensión, y la existencia de un acta suscrita por el contratista, la dirección facultativa de la*



*obra, y un representante de la Administración, con la correspondiente medición, trámites que, sencillamente, no han existido.*

*Por si fuera poco existe acuerdo de rechazo expreso a la solicitud del contratista de suspensión de las obras. Este con fecha 1 de agosto de 2007, solicita dicha suspensión que fue rechazada por el órgano de contratación y debidamente notificada a la empresa con fecha 9 de agosto de 2007”.*

El artículo 212.2 TRLCSP prevé, también, que el contratista está obligado a cumplir el contrato “dentro de los plazos parciales señalados para la ejecución sucesiva”. En relación con el incumplimiento de los plazos parciales los dictámenes 656/12, de 12 de diciembre y 671/12, de 19 de diciembre, dicen:

*“Como hemos señalado anteriormente al transcribir el art. 212 del TRLCSP, el contratista está obligado al cumplimiento del plazo total previsto para la ejecución del contrato y los plazos parciales, si bien el régimen de su incumplimiento no resulta idéntico en uno y otro caso. Cuando se trate del incumplimiento del plazo total, conforme a lo dispuesto en el artículo 212.4 del TRLCSP, la Administración, siempre que la demora sea imputable al contratista, podrá optar indistintamente entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades a razón de 0,20 euros al día por cada 1.000 euros de precio de contrato. También conforme a lo establecido en el citado artículo 212, la Administración dispone de la posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de los plazos parciales, si bien dicha posibilidad queda circunscrita a los supuestos en que así se haya previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, en segundo lugar, a la hipótesis de que la demora producida en el cumplimiento haga presumir razonablemente el incumplimiento del plazo total”.*

En los expedientes de tramitación urgente, “el plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización del contrato. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista, y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada”(artículo 112.2.c. TRLCSP).



- Artículo 223. e) TRLCSP: *“La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8”.*

La demora en el pago tiene diferentes consecuencias, de conformidad con el artículo 216 TRLCSP, en función de que el retraso de la Administración sea de 30 días, 4 meses u 8 meses. En el primer caso el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por costes de cobro, en el segundo el contratista puede proceder a la suspensión del contrato, y en el tercero puede instar su resolución. La legislación autonómica, en su ámbito respectivo, puede reducir cualquiera de estos plazos.

En concreto, el artículo 216.6 TRLCSP prevé que *“si la demora de la Administración fuese superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen”.*

Como resalta el Dictamen 657/12, de 12 de diciembre, *“las prerrogativas que ostenta la Administración pública en el ámbito de la contratación administrativa y, entre ellas, la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de ésta, es una manifestación de la potestad general de autotutela de que goza en aras de una mejor protección del interés público”.*

La resolución por demora en el pago no opera de forma automática, debe ser solicitada por el contratista y acordada por el órgano de contratación.

La demora en el pago de las certificaciones por la Administración no autoriza al contratista a paralizar unilateralmente la obra, que, en cuanto destinada a satisfacer un interés público, impide la aplicación del artículo 1100 del Código Civil y exige atenerse a lo dispuesto en el TRLCSP (Dictamen 657/12, de 12 de diciembre).

Dicen los dictámenes 532/09, de 9 de diciembre, 331/11, de 15 de junio y 373/12, de 20 de junio, que *“los incumplimientos de la Administración sólo dan lugar a la suspensión o resolución en los casos previstos en la legislación de*



*contratos, debiendo el contratista instar tal suspensión o resolución, pero sin que este pueda incumplir sus obligaciones so pretexto de omisión o retraso por el órgano de contratación de las suyas”.*

Señalan los citados dictámenes que, con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractus*, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3<sup>a</sup>, de 11 de octubre de 1982, RJ 1982/5353; 19 de junio de 1984, RJ 1984/3643; y 20 de diciembre de 1989, RJ 1989, 9220), y el Consejo de Estado, cuyo Dictamen n.º 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos: *“El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público insito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras”. Todo ello en base a que, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5986), “el fin del contrato privilegia a quien en principio protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de la Administración no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]”.*

En aplicación de la anterior doctrina el Dictamen 373/12, de 20 de junio, concluye: *“Por tanto, la empresa contratista debía haber continuado la prestación del servicio –en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa– hasta que la Administración, previa tramitación del procedimiento oportuno, hubiese acordado la resolución del contrato”.*

El cómputo del plazo de ocho meses, comienza una vez transcurridos los treinta días de los que dispone la Administración para el pago del precio, a contar desde la expedición de la certificación o documento sustitutivo.



En el Dictamen 373/12, de 20 de junio, en relación con el momento en que el contratista pueda ejercitar su derecho a la resolución por esta causa, dice:

*«De la relación de facturas remitidas, solo la primera, la número iii – emitida el 31 de diciembre de 2101- cumpliría el requisito del plazo de ocho meses previsto por la ley como causa de resolución. El resto, emitidas a partir del 31 de julio de 2011, no podrían considerarse incursas en la causa de resolución del artículo 206.e) LCSP, a la fecha del escrito de denuncia del incumplimiento de la Administración.*

*Sobre esta primera factura el Ayuntamiento alega, sin embargo, que “no había sido presentada, por error del contratista”. Sin embargo, no existe duda alguna que el servicio se prestó en diciembre de 2010 y que la Administración tenía conocimiento de su existencia, pues así se hizo constar en una anotación manuscrita al margen en el escrito presentado por el interesado donde se puede leer: “Si, pero no registrada en Ayuntamiento”. Por tanto, resulta de aplicación el artículo 200.4 LCSP, cuyo inciso final dispone: “Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación”.*

*En consecuencia, debe concluirse que el día 23 de marzo de 2012, la Administración estaba incurso en la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 206.e) LCSP».*

▪ Artículo 223. f) TRLCSP: *“El incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.*

No todo incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato es causa de resolución del mismo. Solo serán causa de resolución aquellas obligaciones que hayan sido calificadas como esenciales en los pliegos o en el contrato.

Como señala el Dictamen 129/10 de 19 de mayo, el artículo 102.2 LCSP (actual artículo 118.2 TRLCSP, de 30 de octubre), permite que se establezcan condiciones especiales en la ejecución del contrato y que se le atribuyan la



condición de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de acordar la resolución en caso de incumplimiento de las mismas.

*“A la vista del contenido de los pliegos se configura como obligación esencial la utilización de los vehículos que se identifican en el contrato por cuanto los mismos han sido objeto de comprobación previa por parte de la Administración y se ha justificado que cumplen los requisitos exigidos por el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril. En dicho reglamento no se permite utilizar para el transporte de escolar, vehículos con una antigüedad mayor a diez años, salvo determinadas excepciones. Del expediente remitido parece que concurriría el incumplimiento de dicha obligación esencial sin que el contratista haya acreditado que el mismo se debiese a causas ajenas a su voluntad”.*

El incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales puede ser imputable al contratista o a la Administración. Si es imputable al contratista, la Administración podrá resolver el contrato en todo caso. Si el incumplimiento del contrato es imputable a la Administración, según el artículo 224.7 TRLCSP, *“originará la resolución de aquél solo en los casos previstos en esta Ley”*, y determinará, conforme al artículo 225.2 TRLCSP, con carácter general, *“el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista”*. El contratista habrá de instar la resolución del contrato que deberá ser acordada por el órgano de contratación. Mientras se resuelva el procedimiento de resolución instado por el contratista, éste estará obligado a continuar con la ejecución del contrato.

En la regulación contenida en el artículo 111 g) TRLCAP, no era necesario que la obligación incumplida hubiera sido calificada como esencial en los pliegos o en el contrato para que su incumplimiento pudiera ser causa de resolución. En este sentido, el Dictamen 443/09, de 16 de septiembre, señala:

*“El artículo 111 g) TRLCAP, a diferencia de la actual LCSP que exige en su artículo 206 g) que estas obligaciones esenciales hayan sido calificadas así en los pliegos o en el contrato, no exigía esta concreción, debiendo determinarse cuando una obligación era de carácter esencial en atención a las circunstancias concurrentes, habiendo declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de*



*junio de 2002 que “el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial” y debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos”.*

Doctrina recogida también en el Dictamen 503/11, de 21 de septiembre, que resalta *«la indiscutida exigencia legal y jurisprudencial (SSTS, Sala 3<sup>a</sup>, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04) de que los incumplimientos se refieran a obligaciones “esenciales” del contrato limita en buena medida la potestad resolutoria de la Administración. Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (así por ejemplo SSTS, Sala 3<sup>a</sup>, de 6/4/87 y 14/11/00), en su determinación deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados.*

*En anteriores dictámenes de este Consejo, interpretando el artículo 111, g) TRLCAP, se ha entendido qué cláusulas contractuales esenciales son aquéllas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que por tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato. Así, se ha dicho, la interpretación del artículo 111 g) de la TRLCAP debe hacerse bajo el prisma de la jurisprudencia que considera que para apreciar la existencia de una causa de resolución “el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial”, como se establece entre otras en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 2002 y Sentencia de 2 de abril de 1992».*

El Consejo Consultivo ha considerado que no hay incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, en la cesión del mismo sin autorización previa y expresa de la Administración en el Dictamen 221/12, de 18 de abril, porque *“...la adquisición de participaciones societarias no altera la*



*consideración de las empresas implicadas como entidades autónomas y separadas, no afecta a la existencia ni personalidad jurídica de la sociedad adjudicataria del contrato, ni implica en consecuencia hablar de un tercero en las relaciones Administración contratante y empresa adjudicataria, y consecuentemente nos impide considerar la existencia de la pretendida cesión del contrato administrativo. En este sentido cabe señalar que las sociedades mercantiles constituyen una persona distinta de los socios, de manera que no pueden confundirse las cualidades de los socios con ésta. De igual manera el capital, organización, estructura y medios de la sociedad, son distintos de los que disponen los socios para el cumplimiento de sus fines”.*

En el Dictamen 324/13, de 30 de julio, no se ha considerado incumplimiento esencial, al no estar previsto expresamente en los pliegos, el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones en materia de seguridad social, ni constituir un incumplimiento grave y de naturaleza sustancial.

Ahora bien, este Consejo Consultivo se ha planteado en algunas ocasiones la posibilidad de resolver aun cuando no se haya consignado expresamente el carácter esencial de determinada obligación. Así, en el Dictamen 631/11, de 16 de noviembre, se admite la resolución de un contrato de suministro de jeringas, aunque no estaba prevista en los pliegos como obligación esencial, pues las suministradas por el contratista no se correspondían con las muestras aportadas en el procedimiento de adjudicación y con defectos que las hacían inservibles para el fin pretendido, dada su falta de calidad y su funcionamiento defectuoso. Dice así el dictamen:

*«Una primera dificultad nos encontramos para aplicar la grave consecuencia de la resolución contractual y es que, en este caso, no figura expresamente consignado, ni en los pliegos ni en el contrato, el suministro de jeringas conforme las especificaciones técnicas previstas en el pliego como una obligación esencial cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la resolución contractual. No obstante ello, en atención a las desfavorables consecuencias que para el interés general se podrían derivar de una interpretación estricta de la norma que impidiese la resolución ante incumplimientos de obligaciones esenciales, por el hecho de una defectuosa elaboración de los pliegos o del*



*contrato, hemos de concluir la posibilidad de resolver en tales circunstancias. Así se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en Informe 12/2011, de 12 de septiembre, considerando que la no constancia en los pliegos o en el contrato del carácter esencial de las obligaciones incumplidas impide la resolución automática al amparo del artículo 206 f) LCSP, si bien añade que: "Lo anterior no es obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista si, como exige la jurisprudencia, el incumplimiento es grave y de naturaleza sustancial (STS 29 mayo 2000). Si bien la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales, calificadas como tales en los pliegos o el contrato, podría ser apreciada de forma automática, en tanto que en resoluciones por incumplimientos graves del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos"».*

En cambio, en el Dictamen 212/14, de 21 de mayo, relativo a la resolución de un contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto de atención a personas mayores en plazas residenciales subvencionadas por la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, adjudicadas en una determinada residencia que, durante la ejecución del contrato se sustituyen por otra distinta de la ofertada por la empresa contratista, sí considera que concurre esta causa de resolución porque *“el incumplimiento alegado como fundamento de la resolución contractual lo es de la prestación que constituye, no solo una obligación esencial del contrato, sino el objeto mismo del contrato, de manera que la demolición de la residencia impide que el contrato alcance su fin, que no es otro que los usuarios del servicio, esto es, las personas mayores asistidas o dependientes, reciban alojamiento y otros servicios en la residencia ofertada, de acuerdo con lo exigido en los documentos contractuales y en la normativa de aplicación”*.

En el Dictamen 403/13, de 25 de septiembre, se considera que el incumplimiento del pago del canon, aunque no previsto especialmente en el pliego como obligación esencial, es causa de resolución por este motivo. Según el citado dictamen:



*“Como quedó expuesto no cabe duda que no estamos refiriendo al incumplimiento del pago del canon que constituye la obligación del adjudicatario. Dicha obligación debemos calificarla de esencial; la reciprocidad de prestaciones que caracteriza a un contrato oneroso se basa precisamente en el cumplimiento del pago del precio por parte del obligado a ello”.*

En un supuesto en el que los pliegos y el anuncio de la convocatoria del contrato se realizaron vigente el TRLCAP y la adjudicación del contrato se realizó, ya entrada en vigor la LCSP, el Consejo Consultivo considera aplicable el régimen, más flexible, del artículo 111g) TRLCAP, de acuerdo con el informe 43/08, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Dictamen 549/13, de 13 de noviembre).

▪ Artículo 223. g) TRLCSP: *“La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”.*

El Dictamen 64/13, de 27 de febrero, examina esta causa de resolución, introducida en la reforma de la LCSP realizada por la Ley de Economía Sostenible que, como se ha señalado anteriormente, establece un régimen mucho más restrictivo para poder acordar modificaciones del contrato, por exigencias del derecho comunitario. Dice así el dictamen:

*«Sobre la introducción de esta causa de resolución y su significado, el Consejo de Estado en su Dictamen 215/2010, en el que se dictaminó sobre el anteproyecto de ley de economía sostenible de 18 de marzo, señalaba que:*

*“(…) se introduce una nueva causa de resolución de los contratos administrativos, cual es “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato” (artículo 206.h) de la Ley de Contratos del Sector Público, conforme a la disposición final décima octava del texto remitido). En este supuesto, se reconoce el derecho del*



*contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 208.6) ”.*

*Puesto que la nueva normativa de las modificaciones contractuales es extraordinariamente restrictiva, de tal forma que las modificaciones solo son posibles en los términos que establece el Título V del Libro I del TRLCSP, era necesaria esta causa para aquellos casos en los que no es posible modificar el contrato y esa imposibilidad acarrea a su vez la imposibilidad de realizar la prestación o la producción de daños graves al interés público.*

*Por el contrario, en el caso que nos ocupa, la resolución no se halla motivada en la ausencia de requisitos legales para que pueda operar una modificación contractual, única fundamentación que podría justificar la concurrencia de la causa de resolución alegada por la Administración, tal y como se deduce de la propia regulación contenida en el artículo 223 g) del TRLCSP (“... cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”) y del Dictamen del Consejo de Estado que analiza la novedad que supone esta causa de resolución vinculada a la falta de acomodo a los requisitos que se exigen para que puedan prosperar las modificaciones de contratos.*

*El propio Consejo de Estado ha recordado en su Dictamen 318/2012, de 19 de abril, que para la aplicación de esta causa de resolución ha de estarse a las causas de su introducción, de tal forma que “(...) Atendiendo al origen y exégesis de esta causa de resolución, resulta patente que no puede apreciarse su concurrencia en el caso analizado. En efecto, la ejecución del proyecto en las condiciones pactadas no resulta técnica ni físicamente imposible, simplemente lo es para la contratista por razones financieras que en nada atañen a la Administración”.*

*A idéntica conclusión ha de llegarse en el caso sometido a dictamen de este Consejo. La Administración no ha alegado ninguna imposibilidad técnica ni física que impida la realización del objeto del contrato (limpieza del edificio sede de la Agencia Lain Entralgo en la Calle Gran Vía, 27). Tampoco ha acreditado, ni tan siquiera alegado, que sea imposible la modificación del*



*contrato. En puridad, el interés público que justifica la resolución contractual se halla constituido por la necesidad de contener el gasto público y el necesario ajuste del presupuesto, dada la situación de crisis económica que se vive. El contrato en su día adjudicado deja de tener objeto al haber desaparecido la Agencia Lain Entralgo por razones económicas, razón que nos lleva a concluir que nos hallamos ante una resolución por desistimiento de la Administración regulada como causa de resolución contractual del contrato de servicios en el artículo 308 b) TRLCSP.*

*El desistimiento ha sido precisamente la causa utilizada por la propia Consejería de Sanidad para la resolución de un contrato en similares circunstancias como fue el contrato de servicios para la limpieza de la oficina del Defensor del Paciente...».*

En los dictámenes 65/13, 68/13, 71/13 y 73/13, de 27 de febrero y 86/13, de 6 de marzo, el Consejo Consultivo tampoco considera aplicable esta causa de resolución invocada por la Administración que pretendía una modificación del contrato de servicio de limpieza de un edificio con una reducción del 50% del precio sin reducción de las prestaciones. Dicen así los dictámenes:

*“La Administración no ha alegado ninguna imposibilidad técnica ni física que impida la realización del objeto del contrato (limpieza del edificio de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos), pretendiendo fundamentar la causa de resolución en que no ha podido rebajar el precio del contrato al 50%, por no ser una modificación admitida ni en los pliegos (artículo 106 del TRLCSP) ni en la ley (artículo 107 del TRLCSP) y que el mantenimiento del contrato en las condiciones actuales lesiona el interés público, habida cuenta las exigencias de estabilidad y equilibrio presupuestario.*

*Pero la alegada imposibilidad de modificar el contrato, en realidad, no es más que una evasiva empleada por la Administración consultante, cercano al fraude de ley, para acudir a la resolución contractual por la causa del artículo 223.g), toda vez que la rebaja del precio propuesta no va acompañada de una correlativa reducción de las prestaciones del servicio de limpieza contratado.*



*En puridad, el interés público que justifica la resolución contractual se halla constituido por la necesidad de contener el gasto público y el necesario ajuste del presupuesto, dada la situación de crisis económica que se vive, razón que nos lleva a concluir que nos hallamos ante una resolución por desistimiento de la Administración regulada como causa de resolución contractual del contrato de servicios en el artículo 308.b) del TRLCSP”.*

- Artículo 223. h) TRLCSP: *“Las establecidas expresamente en el contrato”.*

El pliego de cláusulas administrativas particulares puede establecer otras causas de resolución diferentes a las legalmente establecidas.

En el Dictamen 339/09, de 10 de junio, el Consejo Consultivo se pronunció a favor de la resolución de un contrato de gestión de servicio público de un matadero cuyo pliego establecía como causas específicas de resolución, la pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración y el incumplimiento de las restantes obligaciones del concesionario especificadas en el Pliego.

Por el contrario, en el Dictamen 413/09, de 22 de julio, en el que el Ayuntamiento consultante pretendía la resolución del contrato por no estar la empresa contratista al corriente de sus obligaciones tributarias, se consideró que esta causa no estaba incluida entre las causas específicas de resolución del contrato previstas en la cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

En el Dictamen 290/14, de 25 de junio, relativo a la resolución de un contrato de suministro de una máquina barredora, se aplica esta causa de resolución, al existir en el PCAP una cláusula que permite optar a la Administración por la resolución en caso de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones, en cuanto que la máquina barredora entregada solo cumple parcialmente los requisitos, al no reunir todos los exigidos en la documentación contractual.

Debe considerarse aplicable esta causa en el caso de que en el PCAP se establezca una relación de infracciones (graves o muy graves) que permiten a la



Administración bien la imposición de penalidades, en el ejercicio de la prerrogativa de la Administración de dirección, inspección y control del contrato, bien la resolución del contrato, sin que puedan simultanearse ambas vías (Dictamen 549/13, de 13 de noviembre).

Igualmente, el Dictamen 65/14, de 12 de febrero, se admite la resolución basada en esta causa y fundamentada en el incumplimiento de una cláusula del contrato que facultaba a la Administración a imponer al contratista una penalidad en caso, entre otros, de incumplimiento del compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales adecuados, y en caso de incumplimiento grave, a rescindir el contrato. El dictamen citado concluye que, en el supuesto dictaminado, no existen dudas sobre la gravedad del incumplimiento, *“pues no se trata simplemente de la falta de adscripción al contrato de los medios personales adecuados, sino que la actuación de la empresa poniendo a disposición del contrato personas carentes de titulación oficial, cuestión no controvertida pues la propia contratista lo reconoce, supone una vulneración de la normativa reguladora de las profesiones sanitarias además de la calificación que la actuación merezca desde el punto de vista penal”*.

- Artículo 223. i) TRLCSP: *“Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley”*.

Además de las causas generales de resolución, existen otras específicas para el contrato de obras, de concesión de obra de obra pública, de gestión de servicios públicos, suministro y servicios.

- Causas de resolución del contrato de obras previstas en el artículo 237 TRCLSP:

*“Son causas de resolución del contrato de obras, además de las señaladas en el artículo 223, las siguientes:*

- a) La demora en la comprobación del replanteo, conforme al artículo 229.*
- b) La suspensión de la iniciación de la obra por plazo superior a seis meses por parte de la Administración.*



*c) El desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración”.*

El Dictamen 24/13, de 23 de enero, en relación con la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses considera que la suspensión parcial por tiempo superior a ocho meses, imputable a la Administración puede haber generado unos daños a la contratista, cuestión distinta es que pueda o deba ser considerada causa de resolución y, por lo tanto, sea de aplicación la indemnización del 6 por ciento del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial.

*“En efecto, la suspensión, por su condición de parcial y temporal no implicaría per se la resolución del contrato precisamente por su condición de parcial y por la acreditación de que las obras pudieron continuar realizándose”.*

En relación con el desistimiento, el Dictamen 380/10, de 10 de noviembre, en el que el Ayuntamiento de Madrid pretendía la resolución del contrato por desistimiento fundado en la aparición de nuevas circunstancias de entidad suficiente como para justificar un nuevo contrato, como era la posibilidad de realizar un edificio de nueva construcción completamente ante la cesión por parte de la Comunidad de Madrid de las instalaciones que dentro del antiguo edificio parcialmente demolido ocupaba, declara:

*«Con carácter general, la resolución de los contratos administrativos debe examinarse conjugando las exigencias del principio pacta sunt servanda, que en el ámbito del contrato de obras encuentra su regulación en el artículo 143 del TRLCAP, cuando establece que “Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el director facultativo de las obras. Cuando dichas instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes”, con las facultades que la Ley concede a la*



*Administración para interpretar, modificar y resolver los contratos en los términos de su artículo 59.*

*Por otro lado, aunque la facultad de desistimiento reviste el carácter de discrecional, lo cierto es que la doctrina del Consejo de Estado entre otros en dictamen 1208/2008, de 16 de octubre, recoge los límites y el ámbito del ejercicio de tal facultad por parte de la Administración, señalando que “el desistimiento unilateral de la Administración ha sido en muchas ocasiones admitido como causa resolutoria de los contratos, sin perjuicio de cualquier posible pacto de mutuo disenso y siempre y cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de contratos públicos” (dictamen del Consejo de Estado núm. 4.350/97, de 6 de noviembre). Ahora bien, también se ha insistido en que “el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y, en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público (dictamen del Consejo de Estado núm. 1.336/2005, de 17 de noviembre)”.*

*Efectivamente, esta facultad, como todas las potestades discrecionales de la Administración, está limitada por la norma general imperativa por la cual aquélla debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así, lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones, (Sentencias*



de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o 27 de mayo de 2003, RJ 6362, entre otras muchas).

*Resta pues determinar, a la luz de tales principios, si la resolución del presente contrato obedece a los parámetros indicados, teniendo en cuenta que el concepto de interés público, en ocasiones es difuso y debe ser contemplado al caso concreto.*

*En este caso, qué duda cabe, a la luz de los informes presentados que la posibilidad de realizar un edificio de nueva construcción de unos 3.000 m<sup>2</sup>, en lugar de una simple reforma del inmueble preexistente, ante la cesión de la parte del edificio que venía ocupando la Comunidad de Madrid, obedece al interés general, y al bien común, no siendo susceptible de ser abordada la nueva obra mediante una modificación contractual, puesto que las nuevas circunstancias permitían la demolición total del edificio y la construcción de uno nuevo, en el que no sólo se albergaría la nueva escuela infantil, sino otra serie de servicios dotacionales, aprovechando asimismo el bajo rasante de la parcela para construir cuatro plantas subterráneas destinadas a aparcamiento.*

*Todas estas nuevas actuaciones exceden con creces el objeto del contrato inicial de reformas en el antiguo colegio público Jacinto Benavente, por lo que el mismo no sería, como decimos susceptible de modificación, en aras a no proscribir el principio de libre concurrencia ni la buena fe que debe presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que la modificación contractual no puede implicar cambios que afecten de tal modo al contrato que el mismo no resulte reconocible, como ocurriría en el presente caso.*

*Sentado lo anterior, es claro que procede la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 c) del TRLCAP, en la modalidad del desistimiento planteada por la Administración.*

*La importancia de esta justificación, por las razones expuestas, debería ser abordada en la propuesta de resolución, que omite cualquier referencia a las razones de interés general que sustentan la resolución contractual».*



- Causas de resolución del contrato de concesión de obra pública previstas en el artículo 269 TRCLSP:

*“Son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes:*

*a) La muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria.*

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

*c) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley.*

*d) El mutuo acuerdo entre el concedente y el concesionario.*

*e) El secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.*

*f) La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*

*g) El rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular.*

*h) La supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público.*

*i) La imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.*



*j) El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales.*

*k) Cualesquiera otras causas expresamente contempladas en ésta u otra Ley o en el contrato”.*

En el Dictamen 408/09, de 22 de julio, se estimó que procedía la resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción, explotación y uso del aparcamiento robotizado para residentes por caducidad de la concesión al concurrir la causa prevista en el apartado j) de *“el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales”.*

▪ Causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos previstas en el artículo 286 TRCLSP:

*“Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 223, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:*

*a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*

*b) El rescate del servicio por la Administración.*

*c) La supresión del servicio por razones de interés público.*

*d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato”.*

Ninguno de los dictámenes emitidos por este Consejo Consultivo en materia de resolución de contratos de gestión de servicios públicos se han pronunciado sobre estas específicas de resolución.

▪ Causas de resolución del contrato de suministro previstas en el artículo 299 TRCLSP:



*“Son causas de resolución del contrato de suministro, además de las señaladas en el artículo 223, las siguientes:*

*a) La suspensión, por causa imputable a la Administración, de la iniciación del suministro por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, salvo que en el pliego se señale otro menor.*

*b) El desistimiento o la suspensión del suministro por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”.*

Sobre la causa específica de resolución por desistimiento unilateral de la Administración se pronuncian los dictámenes 541/09, de 16 de diciembre, 348/10 y 350/10, de 20 de octubre y 496/12, de 5 de septiembre, entre otros.

▪ Causas de resolución del contrato de servicios previstas en el artículo 308 TRCLSP:

*“Son causas de resolución del contrato de servicios, además de las señaladas en el artículo 223, las siguientes:*

*a) La suspensión por causa imputable a la Administración de la iniciación del contrato por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el contrato para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.*

*b) El desistimiento o la suspensión del contrato por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor.*

*c) Los contratos complementarios a que se refiere el artículo 303.2 quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal”.*

En relación con estas causas específicas de resolución del contrato de servicios, el Consejo Consultivo se ha pronunciado en los dictámenes 140/11, de 6 de abril, 442/11, de 6 de julio y 82/13, de 6 de marzo, en materia de desistimiento unilateral de la Administración y los dictámenes 4/08 y 5/08, de 8 de octubre, 139/13, de 17 de abril y 252/13, de 19 de junio, sobre contratos complementarios.



El Dictamen 376/14, de 3 de septiembre, en relación con el desistimiento como causa de resolución del contrato de servicios pone de manifiesto que, frente al *“carácter materialmente reglado de las facultades de resolución de los contratos administrativos, la facultad de desistimiento parece configurarse en la Ley con carácter discrecional, puesto que a diferencia del resto de los supuestos de resolución, no se establece requisito alguno para su procedencia, ni regula la forma de su ejercicio, siendo tanto la doctrina como la jurisprudencia, las que se han encargado de señalar las condiciones que debe revestir su ejercicio, que vienen impuestas por razón del interés público”*.

El TRLCSP define los contratos complementarios en el artículo 303.2 que dispone que *“tendrán el concepto de contratos complementarios aquellos cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones objeto del contrato principal”*.

El artículo 303.4 TRCLSP, que *“los contratos de servicios que tengan por objeto la asistencia a la dirección de obra o la gestión integrada de proyectos, tendrán una duración igual a la del contrato de obras al que están vinculadas más el plazo estimado para proceder a la liquidación de las obras”*.

En el Dictamen 139/13, de 17 de abril, se concluye que el contrato de dirección facultativa de unas obras de construcción de un edificio es complementario del principal, como reconocía el propio pliego de cláusulas administrativas particulares que establecía: *“el contrato de dirección es complementario del de las obras que se dirigen*.

*Por ello, el plazo de ejecución de este contrato queda vinculado a las mismas, finalizando en todo caso, con su liquidación”*.

Esta causa de resolución –dice el Dictamen 139/13– con cita del dictamen del Consejo de Estado de 30 de mayo de 2007 (expediente 651/2007) *“prevalece, además sobre las restantes, dado el tenor de la ley, además de por la propia lógica de la asistencia técnica en relación con el contrato principal, la voluntad de la Administración de resolver el contrato una vez resuelto el principal debe prevalecer sobre la más genérica del desistimiento unilateral de la Administración del apartado “b” del artículo 214, incluso aunque haya habido*



*prórrogas -correctamente o no acordadas- del contrato accesorio, posteriores a la resolución del contrato principal”.*

En cambio, en el Dictamen 252/13, de 19 de junio, se considera que el contrato para la elaboración de un proyecto básico y de ejecución no es un contrato complementario porque *“es un prius respecto del contrato de obra”*. Según el meritado dictamen, *“el objeto del contrato de obras ha de ser definido en el proyecto, lo que determina que el mismo sea previo y esté concluido antes no ya que el propio contrato de obras sino antes de su adjudicación. Esta circunstancia es suficiente para evidenciar la propia entidad de los contratos de servicios para la redacción de los proyectos con independencia de los contratos de obras a que se refieran, respecto de los cuales no son complementarios y, desde luego, no traen causa de los mismos”*.

▪ Otras causas de resolución:

Aunque el artículo 223 TRLCSP no menciona otras causas de resolución, en el artículo 99.2 TRLCSP se contempla como causa la falta de reposición o ampliación de la garantía, cuando se hayan hecho efectivas sobre ésta las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario.

Asimismo, el artículo 239 TRLCSP prevé como causa de resolución para el contrato de obras, la no subsanación en el plazo fijado de los defectos observados en la recepción de las obras.

Ha desaparecido como causa de resolución la falta de formalización del contrato que se recogía en el artículo 111 d) TRLCAP, como consecuencia de la reforma introducida por la ley 4/2011, que dispone que los contratos se perfeccionan con su formalización y no con su adjudicación. Sobre esta causa de resolución, hoy desaparecida, se pronuncian los dictámenes 205/08, de 10 de diciembre, 370/09, de 17 de junio y 494/10, de 29 de diciembre.

### 7.3. Concurrencia de causas de resolución

Es doctrina reiterada del Consejo Consultivo (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 408/09, de 22 de julio y 289/11, de 1 de junio) que, en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe



aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo de Estado.

Esta doctrina es especialmente aplicable cuando concurren varias causas de resolución que tienen alcance diverso en cuanto a su funcionamiento y efectos.

Cuestión distinta y admitida por la jurisprudencia, como luego se examinará, es la posibilidad de concurrencia de culpas de las partes intervinientes, que aminoren los efectos desfavorables para aquélla incurso en causa de resolución.

#### 7.4. El procedimiento para la resolución del contrato

El acuerdo de resolución se adoptará por el órgano de contratación, una vez instruido el correspondiente procedimiento administrativo.

- Momento en que puede acordarse el inicio del procedimiento de resolución

Presupuesto necesario para que pueda acordarse el inicio de un procedimiento de resolución contractual es que el contrato que no se haya extinguido, como señalan los dictámenes 514/11, de 21 de septiembre, 46/13, de 13 de febrero y 374/13, de 4 de septiembre.

En el supuesto de que se hubiese incoado por la Administración un procedimiento de imposición de penalidades por demora en la ejecución o por los incumplimientos previstos en los pliegos, no podrá incoarse, por los mismos hechos, un procedimiento de resolución. La Administración puede optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades, pero no simultanear ambos procedimientos. En este sentido, el Dictamen 532/09, de 9 de diciembre señala sobre esta cuestión:

*“Este procedimiento (el de imposición de penalidades), al igual que el de resolución del contrato está sujeto a un plazo por lo que, transcurridos tres meses desde su inicio por la Administración sin haber sido resuelto, debería entenderse caducado, caducidad que se habría producido el 18 de marzo de 2009. Por tanto, en la fecha en que se acuerda el inicio del expediente de resolución del contrato, 4 de febrero de 2009, no podía adoptarse tal medida*



*por estar pendiente de resolución un procedimiento de imposición de penalidades por incumplimiento del plazo.*

*Del tenor literal del artículo 95.3 TRLCAP, se desprende que no pueden simultanearse ambas vías, sino que la Administración contratante podrá optar, en el supuesto de incumplimiento del plazo, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades”.*

En cambio, si el procedimiento de imposición de penalidades hubiera caducado, si es posible el inicio de un procedimiento de resolución contractual. Así lo entiende el Dictamen 549/13, de 13 de noviembre:

*“... los procedimientos de imposición de sanciones, como procedimientos iniciados de oficio y susceptibles de producir efectos desfavorables para el administrado, están sujetos a un plazo de caducidad que, en defecto de disposición legal que establezca otro término, será de tres meses. Por tanto, siempre que hubieran transcurrido tres meses desde el acuerdo de inicio del expediente de imposición de penalidades sin que haya recaído resolución sancionadora, deberán entenderse caducados los citados procedimientos y, por tanto, sería compatible la tramitación de un procedimiento de resolución contractual”.*

▪ Inicio del procedimiento de oficio o a instancia de parte

Los procedimientos en que se ejercitan prerrogativas de la Administración, como son los procedimientos de resolución de los contratos podrán iniciarse, como cualquier otro procedimiento, de oficio, o a instancia de parte. La mayor parte de los procedimientos de resolución examinados por el Consejo Consultivo han sido iniciados de oficio por la Administración. No obstante, también han sido examinados supuestos en los que el inicio del procedimiento se solicitó por el interesado (dictámenes 139/10, de 26 de mayo y 515/12, de 19 de septiembre).

En relación con el acuerdo de inicio del procedimiento, el Consejo Consultivo ha declarado en su Dictamen 631/11, de 16 de noviembre, que la falta de un acto formal de inicio del procedimiento, como señala la Sentencia del Tribunal



Supremo de 7 de junio de 2005 (Recurso 175/2004), no es una irregularidad esencial, por lo que la fecha a tener en cuenta como de inicio del expediente será la de la concesión del trámite de audiencia, primer acto del procedimiento de resolución contractual.

- Instrucción del procedimiento de resolución de contratos

El acuerdo de resolución se adoptará una vez instruido el oportuno procedimiento administrativo. Como es sabido, la instrucción es la fase intermedia entre la iniciación del procedimiento y la resolución del expediente y, como establece el artículo 78 LRJ-PAC, comprende todos los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución. Se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos. Particular importancia en la instrucción del procedimiento es la fase de prueba, que tiene como objeto la comprobación de los datos incorporados al expediente. En este sentido, el Dictamen 43/14, de 29 de enero, denuncia una deficiente instrucción probatoria del expediente y declara que:

*“... si bien las causas de incumplimiento alegadas ostentan la suficiente gravedad para fundamentar la resolución del contrato, se observa en el procedimiento instruido una deficiente acreditación de las mismas, pues se hallan enunciadas sin respaldo documental y en términos tan genéricos (reclamación de facultativos por hallazgos clínicos en las ecografías, errores entre el tipo de ecografía citado y el realizado, etc.), que limitan las posibilidades de defensa del contratista. No se puede olvidar que la resolución del contrato es el efecto más pernicioso para la contratista, por lo que las causas de resolución no solo han de ostentar gravedad, sino que han de estar debidamente acreditadas”.*

En los procedimientos de resolución de contratos, el artículo 211 TRLCSP establece como trámites preceptivos para todas las Administraciones Públicas, la necesidad de audiencia al contratista y, si mediare oposición de éste, dictamen



del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma. Asimismo, el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), a estos trámites añade, la audiencia al avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía e informe del Servicio Jurídico. Por tanto, además del contratista, pueden existir otros interesados en el procedimiento como son el avalista, el administrador concurso o el acreedor hipotecario en caso de hipoteca de la concesión de obra pública. En caso de pluralidad de interesados, debe darse traslado a todos ellos de los informes incorporados al expediente. En este sentido, el Dictamen 42/13, de 6 de febrero, señala que:

*“Después de la incorporación de los anteriores informes, sin embargo, se ha dado únicamente trámite de audiencia a la concesionaria, quien efectúa alegaciones el día 9 de enero de 2013, pero no al resto de los interesados en el procedimiento (avalista y acreedor hipotecario). Debe tenerse en cuenta que, aunque no hayan formulado alegaciones, no han perdido su condición de interesados en el procedimiento”.*

- Informe del Servicio Jurídico y, en el ámbito de la Administración local, informe del secretario y de la Intervención de la Corporación

A falta de una nueva disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, la regulación del procedimiento de resolución estaba determinada en el artículo 109 (RLCAP) (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 374/11, de 6 de julio, 250/12, de 25 de abril y 367/12, de 20 de junio).

En el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL) (dictámenes 106/09, de 18 de febrero, 239/09, de 6 de mayo, 403/09, de 15 de julio, 14/10, de 20 de enero, 110/10, de 21 de abril, 692/11, de 7 de diciembre y 221/12, de 18 de abril).



En el Ayuntamiento de Madrid, el informe del secretario corresponde a la Asesoría Jurídica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid y artículo 129 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL) (dictámenes 403/09, de 15 de julio, 139/10, de 26 de mayo y 140/11, de 6 de abril).

En los municipios de gran población, el informe del secretario también se sustituye por el emitido por el titular de la Asesoría Jurídica. En este sentido el Dictamen 496/12, de 5 de septiembre, señala, de acuerdo con la disposición adicional octava LBRL, tras la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Modernización del Gobierno Local, aplicable los municipios de gran población, que *“las funciones que la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas asigna a los secretarios de los ayuntamientos, corresponderán al titular de asesoría jurídica, salvo las de formalización de los contratos en documento administrativo”*.

No obstante, en los casos de resolución contractual por demora del contratista, de conformidad con el artículo 109 RLCAP en relación con el artículo 213 TRLCSP, no es preceptivo el informe del Servicio Jurídico (dictámenes 656/12, 657/12, 658/12 y 659/12, todos ellos, de 12 de diciembre).

La falta, en el expediente administrativo de resolución del contrato del informe del Servicio Jurídico, secretario de la Corporación Municipal o, en su caso, titular de la Asesoría Jurídica y de la Intervención Municipal constituye un vicio de anulabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, y, por tanto, susceptible de subsanación (dictámenes 239/09, de 6 de mayo, 453/09, de 23 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 51/11, de 23 de febrero y 373/11, de 6 de julio, entre otros). No obstante, en los casos de resolución por demora (artículo 213 TRLCSP), no son preceptivos los anteriores informes (Dictamen 31/14, de 22 de enero). Así, el artículo 213 TRLCSP establece que:



*“1. En el supuesto a que se refiere el artículo anterior (demora), si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva”.*

▪ Audiencia del contratista

Del artículo 211.1TRLCSJP, así como del artículo 109 RLCAP, resulta la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista. Así lo recogen los dictámenes 1/08, de 1 de octubre, 239/09, de 6 de mayo, 370/09, de 17 de junio, 14/10, de 20 de enero, 504/11, de 21 de septiembre y 221/12, de 18 de abril.

La inobservancia de este trámite determina la nulidad del procedimiento porque genera indefensión, por lo que procede la retroacción del procedimiento para cumplimentar el trámite de audiencia. Además, en el caso del Dictamen 14/10, de 20 de enero, la inobservancia del trámite de audiencia, al haberse concedido éste en el mismo acto de resolución del contrato, se consideró que determinaba la nulidad del procedimiento *“porque la resolución del contrato se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.*

El trámite de audiencia exige la puesta de manifiesto del expediente administrativo de forma íntegra. Por ello, el Dictamen 9/08, de 15 de octubre, indicó que al practicarse este trámite debía hacerse entrega de todos los documentos y que *“la actitud del Ayuntamiento impidiendo –en forma que no sólo no ha sido negada, sino confirmada– el acceso a determinados documentos del expediente al propio interesado, traería consigo, por sí sola, la necesidad de declarar la nulidad de la resolución dictada, al haberse conculcado el derecho de defensa del contratista”.*

Esta puesta de manifiesto del expediente administrativo de forma íntegra no supone, sin embargo, que haya de hacerse entrega de todos los documentos e



informes obrantes en el expediente. Así, el Dictamen 239/09, de 6 de mayo, considera correctamente evacuado el trámite de audiencia, aunque no se haya hecho entrega de un informe porque “... *al amparo de lo dispuesto en el artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el interesado hubiera podido personarse en las dependencias administrativas, en este caso municipales, para vista del expediente, en el que se incluye el escrito de la Dirección del centro escolar, no constando que lo haya hecho y se le haya denegado el acceso al expediente, por lo que no cabe alegar indefensión que, en su caso, derivaría de la falta de ejercicio de un derecho que le reconoce el ordenamiento jurídico*”. En iguales términos, el Dictamen 396/14, de 17 de septiembre, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2011 (recurso de casación 302/2010), no considera producida una vulneración del artículo 24 CE, toda vez que lo que la Administración ha denegado es la solicitud genérica de remisión de copia de todos los documentos del procedimiento, habiéndosele expedido aquellas que ha solicitado de manera concreta, sin que haya justificado una imposibilidad para desplazarse al Ayuntamiento y tomar conocimiento de la totalidad de los procedimientos para luego después concretar los documentos cuyas copias le interesaban.

Otra de las cuestiones sobre las que se ha pronunciado este Consejo Consultivo, en relación con el trámite de audiencia, es el momento en que éste ha de realizarse. Así, se observa en numerosas ocasiones que el trámite de audiencia al contratista se practica inmediatamente después del acuerdo de inicio del expediente y, una vez cumplimentado, se incorporan otros informes, incluido el del Servicio Jurídico o el de la Intervención. Sobre esta cuestión, la doctrina sentada por el Consejo consiste en que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento (dictámenes 482/11, de 7 de septiembre, 514/11, de 21 de septiembre y 515/12, de 19 de septiembre).

Se ha considerado, sin embargo, que la incorporación de diversos informes, tras la realización del trámite de audiencia, no causa indefensión al contratista porque no se introdujo en ellos ningún hecho o cuestión nueva, en los



dictámenes 331/11, de 22 de junio, 374/11, de 6 de julio, 604/11, de 2 de noviembre y 410/13, de 25 de septiembre.

- Audiencia al avalista

La exigencia de la audiencia al avalista deriva del artículo 97.2 TRLCSP, según el cual, *“El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”*. Asimismo, el artículo 109.1.b) RGAP prevé expresamente la audiencia al avalista cuando se propone la incautación de la garantía.

Son numerosos los dictámenes que han considerado que la omisión de dicho trámite vicia de nulidad radical al procedimiento de resolución del contrato, en cuanto que se ha prescindido de un requisito esencial del procedimiento que puede generar indefensión al asegurador o al avalista que verían afectados sus intereses legítimos, en el caso de incautarse la garantía, sin haber tenido la oportunidad de alegar lo que a su defensa convenga. Cabe citar, en este sentido, los dictámenes 370/09, de 17 de junio, 15/10, de 20 de enero, 70/10, de 17 de marzo, 631/11, de 16 de noviembre y 511/12, de 19 de septiembre.

Por el contrario, no será necesaria la audiencia al avalista en aquellos supuestos de resolución en los que no se proponga la incautación de la garantía (dictámenes 342/10, de 13 de octubre y 348/10, de 20 de octubre), o cuando no existe avalista o asegurador, por haberse constituido la garantía en efectivo (Dictamen 29/11, de 2 de febrero).

- Audiencia a los administradores concursales

El artículo 40.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal establece que *“en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad”*. Por tanto, en caso de que el contratista haya sido declarado en concurso de acreedores, habrá de comprobarse la concesión del



trámite de audiencia al administrador concursal (dictámenes 270/09, de 20 de mayo y 394/14, de 17 de septiembre).

- Audiencia al acreedor hipotecario

En los contratos de concesión de obra pública, el artículo 261 TRLCSP permite la hipoteca de la concesión. En consecuencia, el artículo 262.2 TRLCSP prevé como un derecho del acreedor hipotecario que, en caso de resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, se le de audiencia *“por si éste ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerara compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión”*.

- Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

De acuerdo con el artículo 211.3 TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución del contrato, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Igualmente, debe estimarse que hay oposición del contratista cuando éste manifiesta su conformidad a la resolución del contrato, pero no a la causa invocada por la Administración y, por tanto, a los efectos que conlleva como es su liquidación (Dictamen 250/10, de 28 de julio).

El Consejo Consultivo ha considerado, igualmente, que hay oposición cuando el contratista, aunque no se oponga a la causa de resolución, solicite una indemnización mayor que la propuesta por la Administración (Dictamen 348/10, de 20 de octubre). Ahora bien, en posteriores dictámenes, 656/12, de 12 de diciembre, 14/13, de 16 de enero, 24/13, de 23 de enero, se hace referencia a la existencia de un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios existentes en la liquidación del contrato y, en el último de los citados, 24/13, se afirma que no es función de este Consejo Consultivo pronunciarse sobre la liquidación del contrato sobre cuya resolución se consulta, lo que requiere un procedimiento contradictorio.



Sí ha considerado el Consejo que hay oposición del contratista cuando, iniciándose el procedimiento de resolución del contrato a instancia de parte por causa imputable a la Administración, ésta resuelve que no concurre causa de resolución y acuerda el archivo del procedimiento. Así, examinando la resolución del contrato como una de las prerrogativas de la Administración se estudia el supuesto de que la causa de resolución sea imputable a la Administración y no al contratista. En caso de incumplimiento imputable de la Administración, el contratista no puede declarar resuelto el contrato, ni tampoco instar su resolución ante los tribunales, sino que deberá solicitar la iniciación del procedimiento de resolución a la otra parte contratante –el órgano de contratación– que podrá o no acordarlo, si estima que concurre o no la causa de resolución alegada. La facultad de no acordar la resolución del contrato cuando se alega un incumplimiento culpable de la Administración es también, sin duda alguna, una prerrogativa de la Administración, pues el contratista que insta la resolución no está facultado para paralizar la ejecución del mismo y tiene que esperar hasta que se acuerde por la Administración la resolución. Si el órgano de contratación entendiere que no concurre la causa de resolución invocada, el contratista podrá impugnar la resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, a menos que éstos le concedan la suspensión de la resolución impugnada, deberá continuar la ejecución del contrato. Por tanto, cuando el procedimiento de resolución se inicia a instancia del contratista y la Administración considera que no concurre la causa de resolución alegada y que lo procedente es continuar con la ejecución del contrato, debe interpretarse como que hay oposición del contratista y, por ende, resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo (en el Dictamen 139/10, de 26 de mayo).

La omisión del dictamen del Consejo Consultivo preceptivo tiene eficacia invalidante. Así lo considera el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre (FJ 4), según la cual:

*“La intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a*



*consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo.*

*La gravedad del irregular proceder de la corporación municipal tiene tal trascendencia que puede determinar la nulidad radical del acuerdo adoptado. El artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, declara que son nulos de pleno derecho los actos dictados, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Según una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, ese vicio no sólo se produce cuando se ha prescindido de todos los trámites, sino también cuando se ha omitido algún trámite esencial (Sentencias de 2 de enero de 1979, 8 de marzo de 1982 y 11 de marzo de 1991). La consulta al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente y la posterior emisión del correspondiente dictamen son trámites esenciales en aquellos procedimientos en los que la consulta es preceptiva. Esa esencialidad no deriva del eventual carácter vinculante del dictamen, sino de la posición relevante del órgano consultivo en la arquitectura institucional diseñada por la Constitución. En los casos en los que el dictamen no es vinculante, el parecer del Consejo no es determinante del contenido de la decisión que acabe tomándose, pero procesalmente es determinante para la adopción de la pertinente resolución administrativa. Es decir, cuando la consulta es preceptiva, el correspondiente dictamen es un trámite procesalmente esencial, por lo que su sola omisión equivale a prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.*

En aplicación de la anterior doctrina, el Consejo Consultivo ha dictaminado que el acuerdo de resolución del contrato dictado sin haber solicitado el dictamen del Consejo Consultivo vicia de nulidad al procedimiento (dictámenes 9/08, de 15 de octubre, 14/10, de 20 de enero, 342/10, de 13 de octubre y 574/13, de 27 de noviembre).

Finalmente, advertir que este dictamen del Consejo Consultivo no es vinculante para el órgano de contratación (dictámenes 440/09, de 16 de septiembre y 129/10, de 19 de mayo).



Como señala el Acuerdo 3/12, de 21 de marzo, *“la Administración municipal consultante puede legítimamente discrepar, como lo hace, del dictamen 81/12, que, por lo demás, al no ser vinculante, permite a la Corporación municipal decidir lo que tenga por oportuno y procedente en Derecho”*. Ahora bien, lo que no puede es remitir al Consejo Consultivo la misma propuesta de resolución que ya fue dictaminada. Así, dice el citado Acuerdo:

*“Para que la Administración municipal del caso pudiese pretender legítimamente la emisión de un nuevo dictamen de este Consejo Consultivo habría de remitir una nueva propuesta de resolución en los términos que considerase razonables, con alegación de la causa o causas de resolución contractual que entienda que concurran.*

*Por el contrario, en tanto la propuesta de resolución sea la misma que ya hubiese sido dictaminada, este Consejo considera que no existe fundamento para emitir nuevo dictamen”*.

Doctrina que se reitera en el Acuerdo 16/12, de 19 de diciembre que declara:

*“En tanto el Dictamen emitido no tiene carácter vinculante, la Administración puede, si estima en contra del mismo que el procedimiento no ha incurrido en caducidad, continuar con su tramitación apartándose del criterio dictaminado, pero en ningún caso puede atenderse la solicitud de emisión de nuevo dictamen en tanto este Consejo ya se ha pronunciado sobre la caducidad recaída, en la que se ratifica, con la consecuencia inmediata de que la única actuación admisible es el archivo, sin que exista posibilidad de incorporar actuaciones nuevas una vez acaecida la caducidad”*.

#### ▪ Terminación del procedimiento de resolución

La forma normal de terminación del procedimiento será por resolución acordada por el órgano de contratación. Este acuerdo, de conformidad con el artículo 211.4 TRLCSP, pone fin a la vía administrativa por lo que el contratista, en caso de desacuerdo, podrá interponer recurso potestativo de



reposición o impugnarlo directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, el acuerdo de resolución adoptado será inmediatamente ejecutivo.

Por ello, el Consejo Consultivo entendió en su Dictamen 342/10 que la petición de dictamen formulada después del acuerdo de resolución del contrato no tiene acomodo en ninguna de las causas que el artículo 13 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo contempla para la emisión de dictamen.

Como forma anormal de terminación del procedimiento se encuentra la caducidad, que se produce en los procedimientos de resolución iniciados de oficio, por el transcurso del plazo máximo para resolver por la Administración, sin que haya recaído resolución expresa.

La declaración de caducidad del procedimiento y, por tanto, su terminación, no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de resolución si concurre causa para ello (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 339/09, de 10 de junio, 447/09, de 16 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 479/09, de 7 de octubre, 129/10, de 19 de mayo, 140/11, de 6 de abril y 515/12, de 19 de septiembre).

Es posible que la resolución, además de notificarse a todos los interesados en el procedimiento, deba comunicarse a algún órgano de la Administración contratante. Así, en el caso de la Universidad Politécnica, se advirtió, como trámite posterior, que una vez acordada la resolución del contrato por el rector de la Universidad, era necesaria su comunicación al Consejo Social, al tratarse de un contrato cuya duración excedía del ejercicio presupuestario, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 202 de los Estatutos de la Universidad Politécnica de Madrid, aprobados por Decreto 74/2010, de 21 de octubre, que prevé que la celebración de contratos cuya duración exceda del ejercicio presupuestario deberá ser comunicada al Consejo Social (dictámenes 65/13, 68/13, 71/13 y 73/13, de 27 de febrero).



### 7.5. Efectos

Los efectos de la resolución son diferentes en función de que sea instada por una de las partes u obedezca al mutuo acuerdo y se establecen en el artículo 225 TRLCSP. Además, las consecuencias serán diferentes en función de a quién resulte imputable el incumplimiento.

Acordada la resolución del contrato deberá procederse a la liquidación del mismo y, en su caso, a la indemnización de daños y perjuicios e incautación de la garantía.

- La liquidación del contrato

A la resolución del contrato, tanto si es imputable al contratista, como si lo es a la Administración, procederá la liquidación del mismo.

Así, la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, siendo necesaria la citación de éste, para su asistencia al acto de comprobación y medición (Art.239.1 TRLCSP). En este sentido, el Dictamen 198/10, de 14 de julio, en relación con la resolución de un contrato de obras para la construcción de una casa de niños, señala:

*“Por último, y teniendo en cuenta que las certificaciones de obra expedidas durante la vigencia del contrato constituyen pagos a cuenta supeditados a la liquidación final, deberá procederse a practicar contradictoriamente las mediciones y toma de datos necesarios para proceder a la oportuna liquidación del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.1 del texto legal citado”.*

En los supuestos de resolución del contrato de concesión de obra pública, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido



en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares (artículo 271.1 TRLCSP).

En los supuestos de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión (artículo 288.1 TRLCSP). Así, en el Dictamen 29/11, de 2 de febrero se señala que *“el concesionario deberá entregar a la Administración los inmuebles e instalaciones en perfecto estado de conservación, sufragando a su costa las obras de reparación y subsanación de tales elementos, y que han quedado descritas en el informe municipal citado anteriormente, y cuyo presupuesto se ha cifrado en 45.354,30 euros”*. Dice ese mismo dictamen que en la liquidación no deben incluirse las inversiones que se debían realizar por el concesionario hasta el fin de la concesión, si bien considerando la fecha en que tales inversiones habrían sido realizadas, así como la depreciación de las mismas en función del tiempo transcurrido cuando el Ayuntamiento pretende *“suprimir el servicio por razones de interés público, con ánimo de enajenar los bienes que hasta ese momento venían siendo destinados a matadero”*. Así, entiende el Consejo Consultivo en el Dictamen 29/11, de 2 de febrero que *“la consideración de las inversiones a realizar en un período (2011-2020), en que el servicio ha dejado de prestarse, no deja de ser injusta y no acorde con nuestro ordenamiento jurídico, que prohíbe el enriquecimiento injustificado o sin causa”*.

La resolución del contrato de suministro dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar ésta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad (artículo 300.1 TRLCSP). (Dictamen 496/12, de 5 de septiembre).

La resolución del contrato de servicios dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido



recibidos por la Administración (artículo 309.1 TRLCSP). (Dictamen 343/12, de 6 de junio). En el Dictamen 140/11, de 6 de abril, se declara que al haberse suspendido el contrato el mismo día de su formalización *“no hay trabajos efectivamente realizados ni recibidos por la Administración, por lo que no cabe la aplicación”* de este apartado. El Dictamen 343/12, de 6 de junio, advierte que este precepto *«exige no solo que se trate de estudios, informes, proyectos o trabajos o servicios que efectivamente se hubiesen realizado con arreglo al contrato, sino, además, “que hubiesen sido recibidos por la Administración” lo que no se ha producido en el presente contrato»*

- La indemnización de daños y perjuicios y la incautación de la garantía

Las consecuencias de la resolución serán diferentes en función de que obedezcan a incumplimiento de la Administración o incumplimiento del contratista.

- Incumplimiento imputable a la Administración

El artículo 225.2 TRLCSP establece que *“el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista”*.

La procedencia de la indemnización de daños y perjuicios, conforme a reiterada jurisprudencia, exige no solo el que los mismos se concreten, sino que se acredite que son debidos a un incumplimiento concreto, en este caso de la Administración, esto es, que exista relación de causalidad entre ese incumplimiento y la lesión patrimonial sufrida por la otra parte; dado que el mero incumplimiento contractual no constituye base suficiente para la reclamación de daños y perjuicios. La indemnización debe cubrir el daño emergente y el lucro cesante, pero excluirá meras expectativas.

En este sentido, el Dictamen 361/10, de 27 de octubre, se pronuncia sobre la indemnización solicitada por la empresa contratista (además del 6% de beneficio industrial) por *“la difícil o casi imposible venta del vehículo blindado por el precio al que éste se tasa”* y considera que el único daño posible y



futurible, relativo a una presunta venta del vehículo sería el lucro cesante por la supuesta dificultad o imposibilidad de dicha transmisión. *«Este órgano consultivo ya ha dictaminado en ocasiones anteriores sobre indemnizaciones por lucro cesante, bien es cierto que en asuntos sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial y no de resolución de contratos, pero no es menos cierto que para la determinación de una indemnización en concepto de daños y perjuicios, como la que el contratista reclama en el presente supuesto, entendemos que la misma doctrina sería de aplicación. Así, este Consejo Consultivo, en el Dictamen 535/09, de 9 de diciembre, a propuesta de la Sección VII expresó: <<Respecto del lucro cesante, es doctrina consolidada la que declara que las expectativas desprovistas de certidumbre no son indemnizables.*

*El Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, recurso 6259/1998), ha establecido los requisitos que, con carácter general, han de concurrir para poder apreciarlo, a saber:*

*“a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes, [...].*

*b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto.*

*c) [...] es necesaria una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, observándose que la indemnización del lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios.*

*d) La jurisprudencia excluye del concepto de lesión resarcible aquellos supuestos que por su propia naturaleza, derivados de la eventualidad, la*



*posibilidad o la contingencia, privan de la necesaria actualidad la determinación de dicha cuantía indemnizatoria, lo que también incide en el necesario nexo causal, ya que utilicemos la teoría de la causalidad adecuada o la de la equivalencia de las condiciones o la posibilidad de concurso de causas, se niega la existencia de la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento anormal cuando faltan los presupuestos legales para su admisibilidad”.*

*En jurisprudencia posterior se reitera el criterio de que para que resulte procedente la indemnización por lucro cesante ha de resultar plenamente acreditado la existencia de un perjuicio derivado de una pérdida de ingresos no meramente contingentes, no siendo indemnizables las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006 –recurso 1761/2002– y 6 de abril de 2006 –recurso 3498/2003–) >>.*

*El supuesto daño en el que el contratista fundamenta su solicitud de indemnización es dudoso e hipotético puesto que se trata de una previsión de futuro relativa a una dificultad o imposibilidad de vender el vehículo.*

*En consecuencia, no habiendo quedado acreditado en el expediente que el contratista vaya a sufrir el daño económico que invoca por unas pretendidas dificultades en la transmisión del vehículo objeto del arrendamiento financiero cuya resolución se pretende, no cabe reconocer la indemnización que solicita y para la que no aporta elemento probatorio alguno».*

Según el Dictamen 343/12, de 6 de junio, no son indemnizables los gastos que ha supuesto el mantenimiento de un equipo disponible en todo momento para poder cumplir con las obligaciones contractuales adquiridas porque, como señala el Consejo de Estado “*porque no es verosímil que el personal afecto a la obra haya estado ocioso durante todo el período de suspensión en una empresa como la contratista, que tiene adjudicadas obras por todo el territorio nacional, por lo que es presumible que distribuyera su personal adecuadamente. Si no lo hizo, tampoco así resultaría indemnizable, al menos no en bloque, pues en tal caso no estaríamos sino ante una defectuosa gestión de personal que no tiene por*



*qué sufragar la Administración General del Estado. A falta de prueba concreta de la condición ociosa de cada uno de los empleados cuyos costes se reclaman, y de una justificación de por qué permanecieron irremediabilmente desocupados hasta el punto de que la Administración General del Estado debe reintegrar íntegramente el gasto, no procede indemnizar por esta partida”.*

Ahora bien, el propio TRLCSP, en el mismo artículo 225 y en otros preceptos, fija la cuantía de esta indemnización para el caso de resolución por:

- Demora en la comprobación del replanteo, el importe de la indemnización será la equivalente al 2% del precio de adjudicación (Artículo 239.2 TRLCSP). (Dictamen 259/12, de 25 de abril).
- Suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses, el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3% del precio de adjudicación (Artículo 239.3 TRLCSP).
- Imposibilidad de llevar a cabo la modificación del contrato, (Art.223.g TRLCSP) el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista (Artículo 225.5 TRLCSP).
- Desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho al 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial (Artículo 239.4 TRLCSP). Dictamen 380/10, de 10 de noviembre.
- Suspensión de la iniciación del suministro por tiempo superior a seis meses, el contratista tendrá derecho al 3% del precio de la adjudicación (Artículo 300.2 TRLCSP).
- Desistimiento o suspensión del suministro por plazo superior a un año, el contratista tendrá derecho al 6% del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial (Artículo 300.3 TRLCSP). Dictamen 361/10, de 27 de octubre.



- Suspensión de la iniciación del contrato de servicios por plazo superior a seis meses, el contratista tendrá derecho al 5% del precio de la adjudicación (Artículo 309.2 TRLCSP).
- Desistimiento o suspensión del contrato por plazo superior a un año, el contratista tendrá derecho al 10% del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener (Artículo 309.3 TRLCSP).

Dice el Dictamen 380/10, de 10 de noviembre, que el beneficio industrial en concepto de indemnización que el artículo 151.4 del TRLCAP contempla, constituye una indemnización tasada legalmente para el caso de desistimiento del contrato de obras por la Administración y resarce, a tanto alzado, todos los daños, incluido el lucro cesante, que hubiere sufrido el contratista, tal y como entre otros ha señalado el Consejo de Estado en Dictamen 2.490/2001, de 28 de septiembre. En el mismo sentido el dictamen del Consejo de Estado 53.437, de 6 de julio de 1989, afirma que *“Este efecto del beneficio industrial de las obras dejadas de realizar aparece configurado en el texto y en la doctrina de este Consejo como indemnización global que exime de carga de su prueba al perjudicado pero no puede superarse. Los intentos, alguna vez manifestados, para rebasarla acumulando otros perjuicios, no han tenido éxito en la doctrina de este Alto Cuerpo”*.

Este Dictamen 380/10, sin embargo, admite, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la compatibilidad de la indemnización por desistimiento de la Administración con la indemnización de los gastos generales sufridos durante la ejecución del contrato por la suspensión del mismo que, *“al no contar con presunción legal alguna en cuando a su producción deben ser acreditados por el contratista”*.

Por el contrario, los dictámenes 343/12, de 6 de junio y 496/12, de 5 de septiembre, en relación con el beneficio industrial, admiten que si se alegan y acreditan unos daños realmente causados, haya derecho a su cuantificación, en base a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (recurso de casación nº 5179/2005) que declara:



*«El concepto de “beneficio industrial” ha sido y está reconocido en nuestra normativa contractual como acabamos de exponer. Abarca por tanto el beneficio dejado de obtener no el importe total del contrato o su precio. Y tal beneficio no puede ser distinto en lo que se refiere al licitador que habiendo sido reconocido como adjudicatario de un contrato no puede ejecutarlo por haber agotado aquel su eficacia en contraposición al contratista que había sido adjudicatario de un contrato sufre el desistimiento de la Administración. Los efectos han de ser iguales en ambos supuestos con amparo en los preceptos citados en el fundamento anterior aplicables en función de la normativa vigente en cada momento. Cuestión distinta es que, como afirma la jurisprudencia, si se alegan y, por ende se justifican, unos daños realmente causados hubiere, además, derecho a su cuantificación».*

▪ Incumplimiento imputable al contratista

De acuerdo con el artículo 225.3 TRLCSP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

A sensu contrario, cuando el incumplimiento del contratista no sea culpable, no procederá indemnización de daños y perjuicios y no procederá la incautación de la garantía. Así, el Dictamen 339/11, de 22 de junio, con cita de las sentencias de 24 de febrero de 1982 y 11 de noviembre de 1987, señala que el incumplimiento del contratista como causa resolutoria del contrato no se identifica con la culpa del mismo a efectos de su ulterior sanción. En palabras de la primera de las sentencias citadas *“según es doctrina comúnmente admitida, no se identifican necesariamente el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria del contrato, y la culpa del mismo, que lleva consigo las consecuencias punibles de la pérdida de la fianza, y la eventual indemnización a la Administración por daños y perjuicios, pudiendo darse el caso, que es el de autos, de que un contratista haya incumplido alguna cláusula contractual que determine la resolución y, sin embargo, no sea apreciable en su conducta*



*una culpabilidad merecedora de que se impongan las sanciones establecidas en el art. 160 del Reglamento, por concurrir alguna circunstancia exculpatoria”.*

En relación con la indemnización de los daños y perjuicios, según el Dictamen 74/11, de 9 de marzo, señala que, entre los daños y perjuicios, deben incluirse los gastos realizados por la Administración para ejecutar los trabajos necesarios para evitar los peligros, ocasionados por una obra defectuosa. Por su parte, el Dictamen 25/11, de 2 de febrero considera que en orden a establecer una indemnización de daños y perjuicios, el Ayuntamiento *“podría valorar el ejercicio de las acciones civiles o penales a que pudiera haber lugar y evaluar el daño que la protección registral al tercero adquirente de buena podría haberle ocasionado”*. Según el Dictamen 373/12, de 20 de junio, deben valorarse como daños a la Administración el *“tener que contratar los servicios de otra empresa para que atienda a los jóvenes del municipio que acuden al aula de estudio y mediateca. Dicho incumplimiento debe tenerse en cuenta al tiempo de determinar los efectos de la resolución del contrato”*.

- Incautación de la garantía

La resolución del contrato ya no comporta la incautación automática de la garantía, como sucedía en la legislación anterior. Son muchos los dictámenes del Consejo Consultivo que, al regirse el contrato por la normativa anterior, prevén esta incautación automática de la garantía.

Así, el Dictamen 466/09, de 30 de septiembre, con cita en el artículo 113.4 de la LCAP, considera que *“al resolverse el contrato por causa imputable al contratista, procede la incautación de la garantía, debiendo además, aquél indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios sufridos, en lo que excedan del importe de la garantía incautada. No obstante, para la liquidación de estos últimos, se requerirá la instrucción del oportuno procedimiento contradictorio con dicho objeto”*.

En el Dictamen 481/12, de 26 de julio, el Consejo Consultivo consideraba que de la interpretación sistemática de los artículos 208 y 90 LSCP que la incautación de la garantía participa del carácter de pena convencional en los casos de resolución por causa imputable al contratista y permite así resarcirse a



la Administración del perjuicio que en todo caso supone al interés público la falta de ejecución del contrato. Dice así el citado dictamen:

«El artículo 208, apartados 3 y 4 LCSP establece que:

*“3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.*

*4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.*

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

*De la redacción de éste precepto en combinación con lo dispuesto en el artículo 90 LCSP, debemos concluir que se permite la incautación de la garantía con independencia de la entidad de los daños y perjuicios ocasionados por el contratista a la Administración, siempre que la causa de resolución sea imputable al contratista. Así el artículo 90 LCSP establece que: “La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista”.*

*De ello se considera, siempre referido a la fecha que nos ocupa en cuanto la redacción de los preceptos aplicables de contratación pública, que la incautación de la garantía participa del carácter de pena convencional en los casos de resolución por causa imputable al contratista, que permite así resarcirse a la Administración del perjuicio que en todo caso supone al interés público la falta de ejecución total o parcial de un contrato.*



*Así lo sostuvimos en nuestro Dictamen número 175/12 de 21 de marzo de 2012, e igualmente lo vienen apuntando diversos Consejos Consultivos autonómicos como el de Extremadura en su dictamen 85/2011 de 17 de febrero, o el de Castilla la Mancha 75/2011 de 30 de marzo.*

*Atendidas las circunstancias fácticas del caso, la incautación de la garantía se encuentra justificada, habida cuenta que el contratista ha dejado de cumplir con su obligación esencial de ejecución del contrato al renunciar al mismo, sin que pueda achacarse a otra conducta administrativa o extraña la existencia de causa de incumplimiento».*

Posteriormente, en los dictámenes 656/12, 657/12, 658/12, 659/12 y 660/12, todos ellos de 12 de diciembre, se cambia el criterio anterior y concluye que el artículo 225.3 TRLCSP (antiguo artículo 208.4 LCSP) no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía y que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Dicen así los dictámenes:

*«... en cuanto a los efectos de la resolución el artículo 225.3 del TRLCSP, establece lo siguiente:*

*“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.*

*Del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la*



*Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 señala lo siguiente:*

*«Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3856), “las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio [RJ 1987, 4859] y 11 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8787] o de 10 de julio de 1990 [RJ 1990, 6330])”, por lo que si el incumplimiento es imputable al contratista, deviene causa de resolución del contrato (artículos 53-1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante».*



*En la actualidad el artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP), no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.*

*Esta postura es la que viene sosteniendo el Consejo de Estado, así en su Dictamen de 19 de abril de 2012 indica lo siguiente:*

*«Interesa resaltar que el apartado transcrito no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Esta previsión contrasta con la contenida en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”), precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía».*

*También es la postura mantenida por otros Consejos Consultivos como el de Castilla-La Mancha (así por ejemplo en el Dictamen 54/2012, de 28 de marzo), el Consejo Consultivo de Asturias (Dictamen 138/2012, de 3 de mayo) o el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 894/2012).*

*Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía, debe resaltarse que la Administración no ha llevado a cabo ninguna valoración de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento en la ejecución de las obras imputable al contratista. Por ello, la*



*Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia del contratista para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento.*

*Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 215.4 del TRLCSP establece que “en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada conforme a lo que hemos señalado en la Consideración Segunda de este dictamen.*

*Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 72.1 de la LRJ-PAC. Esta postura es la mantenida por el Consejo de Estado en su Dictamen 646/12, de 5 de julio, cuando señala que:*

*“en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos. Procede, por tanto, declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública, reteniendo hasta la terminación de este dicha garantía toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella”.*

*En la misma línea se ha manifestado el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen 195/2012, de 5 de septiembre».*

En consecuencia, si no hay daños y perjuicios, aunque el incumplimiento sea por causa imputable al contratista, como señala el Dictamen 290/14, de 25 de



junio, *“no procede indemnización alguna ni, por lo tanto, incautación de la garantía, que deberá, por lo tanto, ser devuelta o cancelada”*.

Además, es posible que a la firma del contrato se hayan constituido otras garantías. El Dictamen 380/10, de 10 de noviembre, señala que en relación *“a la garantía constituida para responder por el abono de materiales acopiados, resulta correcta la propuesta de resolución al acordar la incautación de dicho aval, por responder a la eficacia restitutoria, derivada de la resolución contractual*.

*Como consecuencia de la desvinculación de la relación obligacional, las partidas abonadas por la Administración en concepto de acopio de materiales que no han sido utilizados en la obra, deben ser devueltas, pudiendo los 132.225,02. -€, que corresponden a dicho concepto ser hechos efectivos a través de la garantía constituida para tal fin”*.

- Concurrencia de culpa de la Administración y el contratista o incumplimientos recíprocos

La resolución por causa imputable al contratista determina la obligación de éste de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, indemnización que se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. Además, la resolución por culpa del contratista determina que quede incurso en prohibición para contratar con la Administración, de conformidad con el artículo 60.2.a) TRLCSP.

La resolución del contrato por causa imputable a la Administración, de acuerdo con el 208.2 LCSP, determinará *“... con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista”*. Además, no habría incautación de la garantía ni quedaría incurso el contratista en prohibición para contratar.

Ahora bien, son muchos los casos en los que se producen incumplimientos por las dos partes, son los denominados incumplimientos recíprocos que son,



como antes se ha hecho referencia, supuestos distintos de la concurrencia de causas de resolución.

Sobre la concurrencia de varias causas de resolución, este Consejo Consultivo en sus dictámenes 505/09 y 532/09, ha recogido la doctrina reiterada del Consejo de Estado, según la cual, resulta improcedente pretender la extinción de un contrato administrativo en dos causas de resolución y que, en tales supuestos debe aplicarse siempre la primera causa de resolución que aparezca en el tiempo. El Consejo de Estado, en su Dictamen 1252/2009, de 23 de julio, declara que *«en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Es paradigmático de esta doctrina el dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”»*.

Sin embargo, como señala el Dictamen 373/12, de 20 de junio:

*«... esta doctrina no resulta de aplicación en el caso de concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista, donde la concurrencia de culpas atempera o excluye la responsabilidad, según los casos, la responsabilidad del contratista.*

*Tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han puesto de relieve la falta de pronunciamiento de las normas sobre contratación administrativa sobre aquellos supuestos de concurrencia de incumplimientos de las partes contratantes en la determinación de los efectos propios de la resolución de los contratos.*

*El Consejo de Estado en su Dictamen 1270/1993, de 2 de diciembre, emitido al Anteproyecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se hizo eco de la necesaria regulación de esta cuestión puesto que, según señalaba, “no es inusual una concurrencia de comportamientos culposos del contratista y de la Administración, supuestos en el que es más ajustado al*



*elemento justificativo de la garantía el moderar los efectos normativos inherentes al incumplimiento”.*

*En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de enero de 2005 (recurso de casación 30/2001), señala:*

*“Pues si bien es cierto, que la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, en su artículo 112, cuando regula y define las causas de resolución del contrato, lo hace, a salvo el supuesto de mutuo acuerdo, enumerando por separado, las causas derivadas de la actuación o culpa del contratista, de aquellas que lo son por la actuación o culpa de la Administración, y que no hace, al menos referencia expresa, a la posible concurrencia de culpas de parte del contratista y de la Administración, sin embargo, además de que es ciertamente difícil, que la Ley resolviera directa y acabadamente, toda la amplia gama de posibilidades de la actuación de la Administración y el contratista en la resolución del contrato, y estando, como están obligados los órganos judiciales, a resolver todas las cuestiones planteadas, artículo 1 del Código Civil, es claro, que la Sala de Instancia estaba obligada a resolver la cuestión planteada, de acuerdo, en primer lugar, con las normas, que regulan la resolución de los contratos, artículos 112 y siguientes de la Ley y después en su caso, con el resto del ordenamiento artículo 4 del Código Civil, y que, por ello, la solución así dada era un verdadero y real juicio en derecho y no un arbitraje de equidad, como la parte recurrente refiere.*

*De otra parte se ha significar, que como la sentencia recurrida, no acuerda ni la incautación de la fianza, a que se refiere el artículo 114.4, de la Ley 13/95 de 18 de junio, ni la indemnización de daños y perjuicios a favor del contratista a que también se refiere el citado artículo 114.3, es claro, que ni esta apreciando la culpa exclusiva de la Administración, ni la del contratista, pues según el citado artículo, el incumplimiento de la Administración genera la obligación de indemnización a favor del contratista de los daños y perjuicios causados, y, el incumplimiento culpable del contratista genera la incautación de la fianza”.*



En aplicación de la anterior doctrina, el Dictamen 373/12, de 20 de junio, considera que:

*“... tanto la LCSP como el actual TRLCSP, atribuyen al contratista, ante de demora en el pago del precio por más de ocho meses, la posibilidad de instar la resolución del contrato ante el órgano de contratación, que es el competente para acordar la resolución del mismo, siguiendo el procedimiento legalmente establecido. La normativa contractual solo atribuye al contratista ante la demora en el pago del precio en más de cuatro meses, la posibilidad de acordar unilateralmente la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar, con un mes de antelación, tal circunstancia a los efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión.*

*Por ello, el abandono unilateral del servicio sin esperar a la resolución del procedimiento instado por el contratista, debe tener una consecuencia, porque si no carecería de sentido la exigencia del mismo y la ley habría permitido la resolución automática o por decisión unilateral del contratista.*

*El contratista –en aras del interés general al que responde el contrato administrativo– tiene obligación de continuar con el cumplimiento del contrato, hasta que el órgano de contratación acuerde la resolución del mismo.*

*En consecuencia, la conducta culpable del contratista, que con el abandono unilateral del servicio ha causado un daño a la Administración, a juicio de este Consejo Consultivo, excluye la responsabilidad de la Administración...”.*



## 8. PLAZO Y CADUCIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INTERPRETACIÓN, MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONTRATOS

Los procedimientos de interpretación, modificación y resolución de contratos, como el resto de los procedimientos administrativos, están sujetos a unos plazos, e imponen a la Administración la obligación de resolver. Así, el artículo 42 LRJ-PAC en sus apartados 2 y 3 prevé:

*“2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.*

*3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:*

*a. En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.*

*b. En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”.*

El TRLCSP no establece ningún plazo para la tramitación de estos procedimientos con la única excepción del artículo 234 TRLCSP que regula el procedimiento de modificación del contrato de obras y establece en su apartado 4 que *“en el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado”.*

Por tanto, a falta de una norma que establezca el plazo máximo para tramitar los procedimientos de interpretación, modificación y extinción de los contratos, será de aplicación el plazo de tres meses previsto en el artículo 42.3 LRJ-PAC



(dictámenes 270/09, 140/11 y 445/12, de 18 de julio). En este sentido, la disposición final tercera del TRLCSP en su apartado 1 establece que *“los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”*.

Los efectos del incumplimiento por la Administración del plazo máximo para resolver son diferentes según que el procedimiento haya sido iniciado a instancia de parte o de oficio por la Administración.

- Procedimientos iniciados a instancia de parte: desestimación presunta

En los procedimientos de interpretación, modificación y resolución iniciados a instancia del contratista, transcurrido el plazo de tres meses desde que su solicitud tuvo entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, sin haberse notificado resolución expresa, pueden considerarse desestimados por silencio administrativo, para su posible impugnación ante los tribunales (dictámenes 153/10, de 9 de junio y 515/12, de 19 de septiembre).

Además, debe tenerse en cuenta que la disposición final tercera TRLCSP, dispone en su apartado 2:

*“2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver”*.

- Procedimientos iniciados de oficio: caducidad del procedimiento

En los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento.



Es jurisprudencia consolidada, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2009, que el artículo 44.2 LRJ-PAC establece la caducidad en los expedientes que, iniciados de oficio, *“impongan medidas sancionadoras o, en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen”*, caducidad que, salvo que una norma prevea otro plazo, será de tres meses (artículo 42.2, letra a). Supuesto que se produce, inexorablemente según la interpretación jurisprudencial que hemos visto, en todos aquellos casos en que la Administración ejerce las prerrogativas, que la ley le reconoce, en materia de contratación administrativa (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 339/09, de 10 de junio, 447/09, de 16 de septiembre, 466/09, de 30 de septiembre, 479/09, de 7 de octubre, 129/10, de 19 de mayo, 140/11, de 6 de abril, 515/12, de 19 de septiembre y 400/14, de 24 de septiembre).

Esta doctrina es, igualmente, trasladable para los procedimientos de interpretación de contratos. Así lo ha entendido el Consejo Consultivo en sus dictámenes 445/12, 446/12, 447/12 y 448/12, todos ellos de 18 de julio, y para el procedimiento de modificación con la excepción de que el contrato objeto de modificación sea un contrato de obras (Dictamen 241/13, de 12 de junio).

Este rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el corto plazo de tres meses, sin embargo, tanto en éste como en otros supuestos, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento por la solicitud de informe preceptivo al Consejo, tal y como expresamente establece el artículo 42.5 c) LRJ-PAC, según el cual:

5. *“El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:*

(...)

*c. Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada*



a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

El Dictamen 556/13, de 20 de noviembre, declara que la posible suspensión del procedimiento *“constituye una medida excepcional y por tanto ha de ser objeto de interpretación restrictiva. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 26 de junio de 2008”*.

El tenor del artículo 42.5 c) es claro al exigir que para que opere la suspensión del procedimiento que la solicitud verse sobre *“informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución”*, y en segundo lugar, que tanto la petición del informe como su posterior recepción se comuniquen a los interesados.

Para que pueda acordarse la suspensión del procedimiento y así evitar la caducidad del mismo, es preciso que el informe que deba solicitarse a órgano de la misma o de distinta Administración sea preceptivo y determinante del contenido de la resolución. En este sentido, el Dictamen 59/13, de 20 de febrero considera improcedente la suspensión acordada en relación con el informe solicitado a la Dirección Facultativa de la obra porque:

*“... no se trata de un informe que pueda considerarse determinante para la resolución del contrato, pues el informe de la Dirección Facultativa se refiere a los trámites para la liquidación del contrato, y nada tiene que ver con lo que realmente es el objeto del procedimiento, es decir, la existencia o no de causa de resolución contractual.*

*Por todo ello la suspensión acordada mediante la Orden de 23 de agosto de 2012 no resulta acorde con el ordenamiento jurídico por lo que debe considerarse que se suspendió indebidamente el procedimiento.*

*Ello tiene consecuencias directas en cuanto a la caducidad del mismo, caducidad que se produce habida cuenta que el inicio del expediente de resolución es de 22 de agosto de 2012. Así, al no poder considerar*



*correctamente suspendido el procedimiento, en principio, sino hasta la Orden de 19 de diciembre de 2012 que acuerda una suspensión para la emisión del informe por la Intervención General, el procedimiento en ésta fecha ya se encontraría caducado por el transcurso de más de tres meses”.*

En relación con el segundo requisito, relativo a la comunicación de la solicitud de dictamen a los interesados, el Consejo Consultivo ha declarado en su Dictamen 556/13, de 20 de noviembre, que:

*“Este segundo requisito afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento, de modo como hemos venido señalando, haciéndonos eco de la jurisprudencia, que la falta de notificación del acuerdo de suspensión a los interesados redundaría en la falta de eficacia interruptiva del mismo (así nuestro Dictamen 511/12, de 19 de septiembre, entre otros muchos)”.*

Por tanto, para que se suspenda el plazo máximo para resolver el procedimiento por solicitud de dictamen al Consejo Consultivo resulta imprescindible que se comunique a los interesados en el mismo, tanto la suspensión del procedimiento por la petición de dictamen como la recepción del mismo (dictámenes 336/10, de 13 de octubre, 140/11, de 6 de abril, 546/11, de 5 de octubre y 221/12, de 18 de abril de 2012).

En cuanto al momento en que opera la suspensión, es doctrina de este Consejo Consultivo que la fecha de efectividad de la suspensión es la de petición de dictamen a este órgano consultivo. En este sentido, la remisión del expediente tramitado por un organismo autónomo a la Consejería de la que depende, para que el consejero, como órgano competente para la solicitud del dictamen al Consejo Consultivo, formule su petición, no suspende el plazo de caducidad del procedimiento (Dictamen 153/12, de 14 de marzo). En este sentido, el Dictamen 556/13, de 20 de noviembre, considera que debe atenderse a la fecha en que la solicitud de dictamen adquiere transcendencia externa al propio órgano solicitante.

Además, la realización de actuaciones instructoras, una vez acordada la suspensión del procedimiento levanta, de facto, la suspensión acordada, al haber desaparecido la causa justificativa de la suspensión, recuperándose el cómputo



del plazo para resolver (dictámenes 504/11, de 21 de septiembre y 471/12, de 26 de julio).

Finalmente, debe indicarse que, declarada la caducidad de un procedimiento, nada impide que el inicio de un nuevo de procedimiento de resolución del contrato, si concurre la causa de resolución alegada. En estos casos, se admite la aplicación del principio de conservación de los actos, tras la declaración de caducidad (dictámenes 339/09, de 10 de junio, 185/10, de 30 de junio, 494/10, de 29 de diciembre y 24/11, de 2 de febrero).

El Dictamen 185/10, de 30 de junio, tiene especial interés porque hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004 (recurso de casación 3754/2001) donde se examinan qué trámites del procedimiento caducado pueden que pueden ser conservados en el nuevo procedimiento que se inicie. Dice así el dictamen:

*«Debe tenerse en este sentido en cuenta por su interés, el fundamento de derecho octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004, RJ 5662, en relación con los trámites que pueden ser conservados en el nuevo procedimiento de resolución: “(...) al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta:*

*a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 (RJ 2002, 3124) y (RJ 2002, 3123) (dos), 15 de octubre de 2001 (RJ 2002, 10190), 22 de octubre de 2001 (RJ 2002, 9837) y 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 5264).*

*b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a*



*él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.*

*c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas en éste a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado.*

*d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse. Y*

*e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad «sanciona» el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste».*

*Debe advertirse asimismo que la Administración debe extremar el celo en la tramitación del nuevo expediente de resolución (que ya sería el tercero), haciendo uso de la suspensión de plazos recogida en el apartado 5 del artículo 42 de la LRJPAC, con la finalidad de evitar la inseguridad jurídica que se provoca reiniciando varias veces un procedimiento tras sucesivas declaraciones de caducidad, tal y como en este sentido expresa el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de mayo de 2002 RJ 2002/8514».*



## 9. NULIDAD DE LOS CONTRATOS

### 9.1. Aspectos generales

De acuerdo con el artículo 31 TRLCSP, los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil previstas en el artículo 32 y 36, respectivamente. Además, también serán inválidos aquellos contratos cuyo clausulado sea ilegal.

Son causas de nulidad de derecho administrativo:

- Las indicadas en el artículo 62.1 LRJ-PAC.
- La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60.
- La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

Sobre las causas de nulidad previstas en la LRJ-PAC, el Consejo Consultivo ha señalado en el Acuerdo 2/12, de 29 de febrero que *“la falta de aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares con carácter previo a la adjudicación del contrato supone la omisión del procedimiento legalmente establecido y determinaría la nulidad del contrato administrativo (ex. art. 62.1.3) LRJPAC”*.

Igualmente, en el Acuerdo 3/13, de 10 de abril, también considera causa de nulidad la falta de aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y de procedimiento de adjudicación del contrato:



*“De acuerdo con el antiguo TRLCAP, normativa vigente al tiempo de la celebración del contrato, los únicos supuestos excepcionales de contratación en los que no era necesario el pliego de cláusulas administrativas particulares eran los contratos menores (artículo 56 TRLCAP), en los que la tramitación del expediente solo exigía la aprobación del gasto y la incorporación de la factura y, en el caso de obras, además el proyecto y el presupuesto; los contratos de emergencia [artículo 72.1.a) TRLCAP] y los contratos celebrados en el extranjero [artículo 117.1.c TRLCAP].*

*En el presente caso, además, de no haber sido remitido el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, llama la atención que el contrato celebrado el 30 de noviembre de 2006 entre el Ayuntamiento consultante y la empresa contratista no hace ninguna referencia al mismo. No nos encontramos ante un contrato menor, porque la duración del mismo es superior a un año (cuatro años), ni tampoco es un supuesto de emergencia ni, obviamente, de contratación en el extranjero. En consecuencia, para la adjudicación del contrato a la empresa “XXX,XX”, deberá haberse seguido un expediente de contratación, en el que, aprobado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, debe seguirse un procedimiento de adjudicación del contrato con respeto a los principios de libre concurrencia, publicidad, igualdad y transparencia. En caso contrario nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad absoluta del contrato, por la causa prevista en el artículo 62.1.e) LRJ-PAC, “los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”, a la que se remitía el artículo 62.1 TRLCAP y no procedería la resolución del contrato sino el inicio de un procedimiento de revisión de oficio”.*

En el Dictamen 284/13, de 17 de julio, se considera que la falta de publicación en el BOE del anuncio de licitación (habiéndose publicado en el DOUE, completada en este caso con la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Portal de Contratación) no lleva aparejada la nulidad de la orden de adjudicación.



Según el citado dictamen:

*«Como hemos expresado anteriormente, en este caso la licitación ha recibido la publicidad de mayor ámbito exigible en nuestra legislación, cual es, la publicación en el DOUE, completada en este caso con la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Portal de Contratación, porque lo que no puede decirse que, a pesar de haberse omitido la publicación en el BOE, el anuncio no haya tenido una amplia difusión en beneficio de cualquier licitador potencial. La publicación en el diario comunitario constituye la publicidad superior y la mejor forma de hacer efectivos los principios comunitarios de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, no discriminación e igualdad de trato, por lo que la falta de publicación en el BOE, si bien constituye una irregularidad, no tiene entidad suficiente para convertir el acto en nulo “por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.*

*Refuerza el argumento que acabamos de exponer la regulación que el TRLCSP hace de la llamada “Cuestión de nulidad”, regulada en la Sección Segunda del capítulo V del título I del libro I, artículos 37,38 y 39, y que responde a la necesidad de dar respuesta al expediente incoado a España tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008 y a la trasposición de la Directiva 2007/66/CEE.*

*Como expuso el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril, a propósito del Anteproyecto de lo que sería la Ley 34/2010, de 5 de agosto:*

*“La Directiva 2007/66/CE contempla diversos supuestos de “ineficacia” de los contratos ya celebrados (artículo 2 quinquies de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE). El objetivo que se persigue con esta regulación -según indica el considerando- es que ante determinadas infracciones, que se consideran especialmente graves, “los derechos y las obligaciones de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución”, correspondiendo a las legislaciones nacionales la determinación de las consecuencias derivadas de dicha ineficacia”.*



*De esta manera el artículo 37 del TRLCSP contempla como uno de esos supuestos especialmente graves que permiten formular la cuestión de nulidad el que “el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el <<Diario Oficial de la Unión Europea>> en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142”. Nótese que nada dice el mencionado precepto en relación con la falta de publicación en los otros boletines que menciona el artículo 142, pero además la nulidad con la que se sanciona esa falta, que como hemos dicho se considera especialmente grave, no es la nulidad radical sino una figura próxima a la anulabilidad y así lo hizo notar el Consejo de Estado en el citado Dictamen 499/2010 al señalar lo siguiente:*

*“la Directiva 2007/66/CE habla de “ineficacia” de los contratos en un sentido y con un alcance que no es el que predominantemente se atribuye a este término en el ordenamiento español; (...)*

*La nulidad de pleno derecho, entendida como la máxima sanción que el ordenamiento preceptúa, opera ipso iure, tiene eficacia retroactiva y es definitiva (sin que quepa la convalidación). Por ello, no resulta correcta la afirmación de que los contratos definidos en el apartado 1 del artículo 37.1 de la Ley 30/2007 serán nulos de pleno derecho. Pues dicha categoría no se compadece bien con algunos de los aspectos del régimen jurídico diseñado a continuación y, especialmente, con la posibilidad de mantener los efectos del contrato (artículo 38) y con la introducción de unos plazos para interponer la cuestión de nulidad (artículo 39). Sería menos confuso decir que los contratos serán declarados nulos o serán nulos, de forma análoga a la modificación operada en la Ley 31/2007.*

*Con todo, ha de llamarse la atención sobre las singulares características de la ineficacia regulada en la Directiva 2007/66/CE, que dan lugar a la configuración de un supuesto con perfiles propios, con alguna nota característica de la nulidad de pleno derecho, pero en líneas generales más próximo a la figura de la anulabilidad. Baste señalar, por ejemplo, que las causas de nulidad están tasadas en la norma legal, que la propia Ley define posibles excepciones, que cabe la posibilidad de sustituir la declaración de*

*nulidad por la imposición de sanciones alternativas y que la cuestión de nulidad debe interponerse dentro del plazo señalado al efecto”.*

*Por otro lado, en este expediente resulta evidente que el fin perseguido por la publicidad de la licitación ha quedado cumplido si se tiene en cuenta la amplia concurrencia, con 33 empresas participantes en el procedimiento de adjudicación, muchas de ellas de ámbito territorial distinto a la Comunidad de Madrid; la intervención en el procedimiento, mediante la presentación de un escrito de solicitud de rectificación de defectos apreciados en los Pliegos, por parte de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines, asociación de ámbito nacional que aglutina a las empresas españolas dedicadas a la conservación e implantación de zonas verdes en España, y por último, no hay dato alguno, por ausencia de reclamaciones, que permita apreciar que el déficit de publicidad en el BOE haya afectado a algún licitador que pretendiera intervenir en el procedimiento, por lo que podemos concluir que la participación y concurrencia no han quedado resentidas en este caso».*

En relación con el defecto de procedimiento consistente en la omisión del requerimiento a uno de los licitadores para justificar los valores anormales o desproporcionados de su oferta, el Consejo Consultivo en el Dictamen 284/13, de 17 de julio, declara:

*«... la legislación de contratos ha arbitrado un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas con valores anormales o desproporcionados se puedan rechazar sin comprobar antes su viabilidad, con ello se concilia la exigencia de que la adjudicación se produzca en favor de la oferta económicamente más ventajosa, con el interés general que demanda que el adjudicatario puede cumplir la prestación objeto del contrato. En este sentido, los apartados 3 y 4 del artículo 152 del TRLCSP establecen lo siguiente:*

*“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas*



*adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda del Estado.*

*En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente (...)*

*4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior”.*

*En el presente caso no cabe duda de que la oferta de la empresa XXX. XX, era anormalmente baja o desproporcionada, toda vez que la misma alcanzaba el importe de 483.936,31 euros y el límite de la baja temeraria, conforme el informe técnico que obra en los antecedentes examinados, se situaba en 510.344,62 euros. Con arreglo a dicho límite, todas las ofertas que se encontraban por debajo del mismo debían considerarse desproporcionadas a los efectos de exigir su justificación con arreglo a lo dispuesto en el transcrito artículo 152.3 del TRLCSP. Resulta del expediente que el trámite de justificación fue debidamente cumplido en relación con cinco empresas cuyas ofertas estaban incursas en baja desproporcionada, pero fue omitido en relación con la empresa XXX. XX, por lo que ésta se vio privada de la posibilidad de justificar su oferta.*

*Ahora bien, el hecho de que se haya omitido el referido trámite de audiencia al indicado licitador no implica sin más la nulidad radical de la orden de adjudicación. En este punto resulta oportuno traer a colación la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con el mencionado defecto*



*procedimental. En este sentido la Sentencia de 18 de octubre de 2012 señala lo siguiente:*

*“Es uniforme el criterio jurisprudencial que considera que dicha omisión del trámite no se recoge en la causa de nulidad del apartado e) del mismo artículo 62. Dijimos en nuestra Sentencia de 21 de febrero de 2006: «Tal defecto no está contemplado en el apartado e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que no constituye una falta total del procedimiento determinante de la nulidad radical del acto, sino un defecto formal causante de indefensión, previsto en el artículo 63.2 de esta misma Ley como causa de anulabilidad, y, por consiguiente, no susceptible de generar la nulidad de pleno derecho [...] ni, por tanto, su revisión con arreglo al procedimiento regulado en el artículo 102 de la Ley 30/1992 ». En igual sentido, las Sentencias de 5 de noviembre de 2001 (RC 3320/1996), 28 de enero de 2002 (RCA 180/1999), 26 de septiembre de 2005 (RC 5038/1999) y 12 de diciembre de 2008 (RC 2076/2005), entre otras.*

*La Sentencia de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3264) (RC 2796/2001), se pronuncia en términos que, por su claridad, merecen ser reproducidos textualmente al dar cumplida respuesta a la expresada cuestión:*

*<<Así, ninguna de las causas de nulidad contempladas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, porque el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador, por la aplicación al mismo, aún con cierta flexibilidad-, de las garantías propias del proceso penal, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo; fuera de ese ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no*



*afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional.*

*La Sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2003 resume en lo sustancial la doctrina de este Tribunal en materia de nulidad de actos administrativos derivada de la falta de cumplimiento del trámite de audiencia en un procedimiento no sancionador. En dicha sentencia se afirma que tal falta de audiencia no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquéllos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa.*

*Por otra parte, la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (STS de 13 de octubre de 2000 (RJ 2000, 7915)-recurso de casación 5.697/1995 -), que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia del interesado, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del art. 62LRJ-PAC. Por otra parte, es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1992, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste de lugar a la indefensión del interesado. Y, precisamente, si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello>>.*

*De modo que, aun admitiendo a efectos hipotéticos la infracción que imputa a la Sala de instancia el recurrente y aceptando la falta de prueba de la realización del trámite de audiencia y, por tanto, su omisión, la inadmisión de la solicitud de revisión resultaba procedente por no fundarse en ninguna de las causas de nulidad del mencionado artículo 62».*



Por ello el Dictamen 284/13, de 17 de julio concluye, en aplicación de la anterior doctrina:

*«Lo que acabamos de decir es plenamente aplicable al caso que nos ocupa pues es lo cierto que aunque no se hubiera omitido el trámite de audiencia a la empresa XXX. XX, para justificar el carácter desproporcionado de su oferta, la orden a favor de las empresas en compromiso de UTE que resultaron adjudicatarias (YYY, YY y ZZZ, ZZ.) habría sido idéntica, independientemente de la justificación que se hubiera ofrecido por aquélla, pues la oferta de las mencionadas entidades era la más ventajosa económicamente, único criterio para la adjudicación.»*

*De lo dicho puede concluirse que no obstante la existencia de la irregularidad invocada, consistente en la omisión del requerimiento a la empresa XXX. XX, para la justificación de su oferta, dicho defecto no determina la nulidad radical de la orden cuya revisión se pretende y en consecuencia no procedería la revisión de la misma al no fundarse en ninguna de las causas de nulidad del artículo 62 de la LRJ-PAC.*

*No obstante lo dicho, si bien es cierto que el defecto no invalida la orden de adjudicación, resulta claro que la omisión del mencionado trámite adquiere relevancia en un momento posterior, una vez decaído en su derecho a ser adjudicatarias las empresas (YYY, YY y ZZZ, ZZ.) en compromiso de UTE, habida cuenta de que de acuerdo con las ofertas presentadas, la propuesta económica de XXX. XX, sería la siguiente más ventajosa, siempre y cuando fuera oportunamente justificada.*

*Teniendo en cuenta, conforme a lo anteriormente expuesto, que el defecto de forma alegado no constituye un vicio de nulidad de pleno derecho del procedimiento, sino de anulabilidad sería susceptible de convalidación ex artículo 67 de la LRJ-PAC (“La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan”), mediante la retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la falta, confirmando a la empresa omitida el trámite para que justifique su oferta, y disponiendo la conservación*



*de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción (ex artículo 66 de la LRJ-PAC)».*

La causa segunda de nulidad prevista en el artículo 32 TRLCSP, *“la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60”* se examina en el Dictamen 79/12, de 8 de febrero (en el dictamen se cita el TRLCAP, normativa vigente al tiempo de la celebración del contrato):

*«... el Ayuntamiento invoca como causa de nulidad de Derecho administrativo la prevista en el artículo 62 TRLCAP:*

*“b) (...) el estar incurso el adjudicatario en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades señaladas en el artículo 20 de esta Ley”.*

*Este artículo 20 TRLCAP prohíbe contratar con la Administración a las personas incursas en alguno de los supuestos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.*

*De acuerdo con el artículo 12.1.c) de la citada Ley 53/1984, “el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes: c) El desempeño, por sí o persona interpuesta, de cargos de todo orden en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas”.*

*Esta declaración general de incompatibilidad impide a un funcionario celebrar un contrato de explotación de un bar con la Administración pública para la cual presta sus servicios y determina la nulidad de pleno derecho de dicho contrato, en aplicación de los artículos 62 y 65 RLCAP».*

Finalmente, en relación con el apartado c) del artículo 32 TRLCSP, *“carencia o insuficiencia de crédito”*, los dictámenes 416/14 y 417/14, de 1 de octubre, señalan en relación con esta causa de nulidad que:

*«... la existencia y adecuación del crédito constituye un presupuesto de validez y eficacia de cada actuación administrativa que da lugar a la realización de un gasto. De ahí que el artículo 93 de la LCSP, normativa de aplicación al contrato en virtud de su fecha de adjudicación, cuando habla del contenido del expediente de contratación, dispone "Asimismo, deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya (...)"( de igual manera el artículo 109.3 del TRLCSP), siendo parte del contenido mínimo del contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 26.1 k) de la LCSP "El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso".*

*De esta manera el artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo dispone que:*

*“No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”.*

*El Tribunal Supremo ya en su Sentencia de 15 de diciembre de 1982 afirmaba que:*

*“es uno de los principios más esenciales de la contratación administrativa y, en general, de la Hacienda Pública, el que no pueden ser contraídas validamente obligaciones a cargo del Estado sin la adecuada cobertura presupuestaria, principio ya consagrado por la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, aplicable en el caso de autos, y corroborado por jurisprudencia constante, hasta llegar a las rotundas afirmaciones de nulidad de pleno derecho que se contienen en el art .60 de la vigente Ley General Presupuestaria, y en el artículo 41 del Reglamento General de Contratación del Estado...de lo expuesto se deduce la nulidad radical de la adjudicación de autos sin que, en consecuencia, hayan podido surgir de la misma unas relaciones contractuales legalmente válidas”».*



## 9.2. Procedimiento y efectos

En relación con el procedimiento de nulidad del contrato, el artículo 34.2 TRLCSP en relación con el órgano competente para acordar la nulidad dispone: *“sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.*

*En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida”.*

Además, habrá de tenerse en cuenta el artículo 34.3 TRLCSP, que establece que, salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. *“No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá lo procedente sobre la declaración de nulidad conforme a lo previsto en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.*



El procedimiento para declarar la nulidad de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada será el procedimiento de revisión de oficio regulado en la LRJ-PAC.

De acuerdo con el artículo 35 TRLCSP, la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria los daños y perjuicios que haya sufrido.

Entre los efectos de la declaración de nulidad no se contempla la incautación de la garantía, ni la declaración de inhabilitación del contratista para contratar con la Administración.



## 10. CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

La concesión administrativa de dominio público se puede definir como aquel título jurídico mediante el que la Administración otorga a un particular un derecho real, consistente en usar y aprovechar, de forma excluyente, bienes de dominio público en beneficio de la actividad del particular y de la colectividad. La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) no contiene una definición de esta figura.

De acuerdo con el artículo 93 LPAP, las concesiones sobre bienes de dominio público se otorgarán en régimen de concurrencia, admitiéndose, en algunos casos (supuestos del artículo 137.4 LPAP), el otorgamiento directo cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes.

Otorgada la concesión, deberá procederse a su formalización en documento administrativo.

El artículo 94 LPAP establece que en ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concurra alguna de las prohibiciones de contratar establecidas en la legislación de contratos. Su otorgamiento a una persona incurso en esta causa determinaría la nulidad de la concesión.

Cuando, posteriormente al otorgamiento de la concesión, el titular incurra en alguna de las prohibiciones de contratación se producirá la extinción de la concesión (ex. artículo 94 LPAP).

El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario (art. 97 LPAP).



De acuerdo con el artículo 98 LPAP, estos derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario sólo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión.

Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones, sólo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada.

En todo caso, para constituir la hipoteca será necesaria la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión. Si en la escritura de constitución de la hipoteca no constase esta autorización, el registrador de la propiedad denegará la inscripción.

Las hipotecas constituidas sobre dichos bienes y derechos se extinguen con la extinción del plazo de la concesión.

■ Procedimientos de interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas

De acuerdo con el artículo 13.1.5º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, este órgano deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y la universidades públicas sobre *“interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario”*.

La mayoría de los dictámenes que ha emitido el Consejo Consultivo sobre concesiones demaniales, el uso o aprovechamiento privativo del dominio público se acordó en el marco de ejecución de un contrato, ya fuera de obra pública (dictámenes 367/12, de 20 de junio y 640/12, de 28 de noviembre) ya de gestión de servicio público (Dictamen 29/11, de 2 de febrero). En estos casos,



de concurrencia de dos legislaciones aplicables, la legislación sobre dominio público y la de contratación, rige el principio de accesoriadad, consagrado en el artículo 91.4 LPAP.

El citado precepto establece que *“las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquél. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo”*.

Sobre este principio de accesoriadad consagrado en el artículo 91 LPAP se pronuncia el Dictamen 367/12, de 20 de junio, que señala:

*«El pliego de cláusulas económico-administrativas se limita a afirmar que una vez perfeccionado el contrato “(...) constituirá una concesión administrativa de un uso privativo sobre un terreno de dominio público, con la obligación de construir el mencionado complejo deportivo y aparcamiento para su posterior explotación, con las condiciones establecidas en el artículo 78 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales”*.

*Sin embargo, un análisis del objeto del contrato nos conduce a comprobar que nos hallamos ante un contrato en el que el contratista se compromete a construir un centro deportivo y un aparcamiento en una parcela demanial de 28.000 m<sup>2</sup> obtenida por cesión forzosa y gratuita derivada de obligaciones urbanísticas, cuyo uso era, precisamente, el deportivo y el de aparcamiento.*

*La contratista en ese contrato se compromete a redactar el proyecto de obras y a ejecutar las obras de un centro deportivo y aparcamiento y obtiene la explotación de esas instalaciones durante cincuenta años a cambio de un canon anual de 12.000 euros.*

*Resulta pues que, si para determinar la verdadera naturaleza de un contrato ha de estarse a la prestación más importante desde el punto de vista*



*económico (artículo 12 del TRLCAP y artículo 6 del TRLCAP), en el presente caso nos encontraríamos ante una concesión de obra pública que tiene por objeto la construcción de una obra pública retribuyéndose el concesionario con la explotación de la misma, siendo el canon de utilización del dominio público meramente simbólico. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 (recurso 882/1993) “Es decir, se trata de una concesión de explotación de una obra pública que tiene la naturaleza de concesión mixta, de servicio público y demanial, puesto que el concesionario para la prestación del servicio público está utilizando un bien de dominio público, y por ello, nos encontramos ante la concurrencia de una concesión demanial y otra de servicio público, admitida ya por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 4 julio 1967 y 20 noviembre 1969, entre otras, en las cuales no se produce el denominado principio de atracción de las concesiones demaniales, sino que da lugar al fenómeno de accesoriedad concesional subordinando la concesión de dominio a la del servicio”. Este principio de accesoriedad ha sido recogido en el artículo 91 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas».*

En relación con los procedimientos de interpretación, nulidad y extinción de las concesiones administrativas, en los supuestos en que este Consejo Consultivo se ha pronunciado sobre concesiones demaniales, ha considerado aplicable la normativa procedimental de los contratos públicos, por haberse remitido a ella los pliegos. Así, los dictámenes 368/12, de 20 de junio, 349/13, de 4 de septiembre y 541/13, de 6 de noviembre. El primero de ellos dice:

*«La normativa de patrimonio de las administraciones públicas no establece un procedimiento general más allá de las particularidades que pueden recogerse en las normas sobre propiedades especiales.*

*En concreto, en el presente supuesto nos encontramos ante una concesión demanial sobre un edificio de titularidad dominical en el que la concesionaria asume la obligación de gestionarlo con destino al fomento de de la actividad empresarial.*



*Si tradicionalmente la naturaleza jurídica de la concesión ha sido discutida (con acierto afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1979 RJ 1979\2704 que “(...) lo mejor será superar las elucubraciones hechas sobre la naturaleza jurídica de la concesión, en cuyo tema todo se cuestiona”), lo cierto es que en el caso que nos ocupa, la cláusula 14ª del pliego de cláusulas económico-administrativas establece que en todo lo no previsto en el pliego se aplicará lo establecido en las normas sobre contratación pública (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), bienes de las corporaciones locales (Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), patrimonio de las administraciones públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre), reglamento de servicios de las corporaciones locales (Decreto de 17 de junio de 1955), Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero por el que se regulan los servicios de información administrativa.*

*Finaliza dicha cláusula indicando que “Asimismo y con carácter supletorio, regirán las disposiciones que la legislación vigente en materia de contratación dedica a los de naturaleza administrativa y en especial, los referentes a las concesiones demaniales. En defecto de las anteriores, serán de aplicación las normas del derecho privado”.*

*Con base en esa remisión de los pliegos, parece lógico seguir el procedimiento que para la resolución de los contratos establece la normativa de contratación administrativa tal y como ha realizado el Ayuntamiento, garantizando así además una mejor defensa de los derechos de los interesados».*

El artículo 101.4 LPAP exige que los acreedores hipotecarios sean notificados de la apertura de los expedientes que se sigan para extinguir la concesión por incumplimiento de sus cláusulas y condiciones, para que puedan comparecer en defensa de sus derechos y, en su caso, propongan un tercero que pueda sustituir al concesionario que viniere incumpliendo las cláusulas de la concesión (Dictamen 42/13, de 6 de febrero).

Al considerarse aplicable la normativa de contratos, este Consejo Consultivo ha considerado los procedimientos de interpretación y resolución de concesiones administrativas, si media oposición del concesionario, están sujetos al plazo de



caducidad de tres meses a contar desde el acuerdo de inicio del expediente (dictámenes 42/13, de 6 de febrero, 84/13, de 6 de marzo, 483/13, de 6 de marzo y 307/14, de 9 de julio).

Sobre las causas de extinción de las concesiones demaniales, el artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece:

*“Las concesiones y autorizaciones demaniales se extinguirán por las siguientes causas:*

*a) Muerte o incapacidad sobrevenida del usuario o concesionario individual o extinción de la personalidad jurídica.*

*b) Falta de autorización previa en los supuestos de transmisión o modificación, por fusión, absorción o escisión, de la personalidad jurídica del usuario o concesionario.*

*c) Caducidad por vencimiento del plazo.*

*d) Rescate de la concesión, previa indemnización, o revocación unilateral de la autorización.*

*e) Mutuo acuerdo.*

*f) Falta de pago del canon o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización.*

*g) Desaparición del bien o agotamiento del aprovechamiento.*

*h) Desafectación del bien, en cuyo caso se procederá a su liquidación conforme a lo previsto en el artículo 102 de esta ley.*

*i) Cualquier otra causa prevista en las condiciones generales o particulares por las que se rijan”.*

En relación con el rescate de las concesiones, el Dictamen 604/11, de 2 de noviembre, señala:



*«Al respecto conviene indicar que el “rescate” constituye una de las causas de extinción de los contratos administrativos que prevé hoy el art. 262.b LCSP para el contrato de gestión de servicios públicos (también aludían a él, los arts. 168.b y 169.2 LCAP -167.b y 168.2 TRLCAP, los arts. 75.3 y 79 de la derogada Ley de Contratos del Estado (texto articulado de 1965 –LCE-) y art. 232 del derogado Reglamento de Contratos del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (RCE)) con fundamento en “razones de interés público”, pero no precisamente por razón o como consecuencia de incumplimiento de clase alguna por parte del contratista –de ahí las consecuencias indemnizatorias prevenidas –así artículo 170.4 de la LCAP. Además, que el rescate por razones de interés público conlleva la ulterior prestación del servicio de manera directa por la Administración (art. 169.2 LCAP).*

*En el presente caso tratándose de un supuesto de uso privativo de bienes de dominio público, otorgado mediante concesión (como impone el artículo 78.1.a) del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales), como medio para la prestación de un servicio, resulta de aplicación el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (a que remite el artículo 74.3 del Reglamento de Bienes, de modo preferente, cuando se está ante un servicio público local).*

*Entre las potestades que tiene la entidad local figuran, conforme al artículo 127.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, la de rescatar la concesión (artículo 127.1.5<sup>a</sup>) o suprimir el servicio (regla 6<sup>a</sup> del mismo artículo), con el deber, en ambos casos, de indemnizar (artículo 127.2.4<sup>o</sup>).*

*En diversas ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la naturaleza del rescate de las concesiones. Así, en su dictamen de 4 de julio de 1985 se indicaba que “el rescate es, en efecto, el cauce expropiatorio específico que permite a la Administración dar por terminado un título concesional cuando razones de interés público lo justifiquen con la correspondiente indemnización”. En el dictamen de 4 de junio de 1992, señala el Consejo de Estado que “a pesar que el rescate de las concesiones demaniales no tiene una regulación general completa en nuestro ordenamiento, es pacífico que se trata de*



*un acto administrativo que extingue una concesión determinada, con todos los derechos y deberes a ella inherentes. Se trata, pues, de una privación singular de derechos patrimoniales legítimos acordada imperativamente. Por este motivo, la generalidad de la doctrina reconoce que la institución tiene naturaleza verdaderamente expropiatoria, pues encaja en el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa. El artículo 41 de esta norma legal, por su parte, regula la determinación del justiprecio de las concesiones para el caso de rescate, con lo que confirma aquella conclusión...”. En el dictamen de 23 de octubre de 2003 señala el Alto Órgano Consultivo que “el rescate de una concesión es una forma de extinción de ésta en la que la Administración, al concurrir una causa de interés público prevalente, acuerda poner término a su existencia, mediando indemnización a favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo le produce. Es pues una forma de extinción anticipada de una concesión, basada en la existencia de un interés público prevalente, que justifica una singular expropiación de los derechos del concesionario, previa indemnización”.*

*En el dictamen que acabamos de citar, el Consejo de Estado se pronuncia sobre la improcedencia del rescate, aún existiendo razones de interés público, al existir incumplimiento previo del concesionario señalando que “El Consejo de Estado ha declarado reiteradamente que, habida cuenta el carácter contractual de la concesión al momento de su otorgamiento, determinados criterios sentados a la hora de interpretar la legislación de contratos son aplicables a las concesiones de dominio público.*

*Y, en concreto, este Cuerpo Consultivo ha señalado que, en el caso de concurrir varias causas de extinción de las concesiones, ha de estarse a la primera producida en el tiempo.*

*En el caso presente, de las actuaciones obrantes en el expediente queda claro que, desde marzo de 1999, la concesión otorgada en su día a ..... está en situación de falta de uso, toda vez que, adjudicada para operar con buques propiedad o gestionados por ....., desde dicho momento se resolvió el contrato que ligaba a esta naviera con la concesionaria. El procedimiento encaminado a rescatar la concesión se inició en el mes de julio de 2001. Así las cosas, la*



*causa habilitante para declarar la caducidad se produjo antes en el tiempo, resultando pues improcedente rescatar la concesión.*

*En su dictamen de 11 de abril de 2002, el Consejo de Estado se pronuncia sobre la procedencia del rescate de una concesión al no existir incumplimiento previo del concesionario. Así, tras analizar las potestades que otorga a la Corporación Local el artículo 127.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, entre las que se encuentra la de rescatar la concesión, señala que: “Las indicadas potestades (sobre cuya vigencia no hay duda tras el expreso reconocimiento normativo hecho por el Real Decreto 1098/2001 [RCL 2001, 2594, 3102]), resultan de aplicación en el presente caso. Y ha de observarse, además, que la concesionaria, en sus alegaciones, no sólo no se opone a dicho rescate, sino que lo acepta, siempre que se le indemnice. En efecto, en el expediente no consta incumplimiento alguno de los términos concesionales por parte de la interesada; sí aparece, por el contrario, el interés público en rescatar el servicio (se indica por la concesionaria que hay una subvención de la Junta de Extremadura para ampliar dicho servicio, sin que aparezca en el expediente otro interés público diferente) reflejado expresamente en el acuerdo de la Comisión de Gobierno de 11 de mayo de 2001. Siendo así, procede el ejercicio de esta potestad, por razones de interés público. Y ello comporta el deber de indemnizar a la concesionaria por los daños ocasionados y los beneficios dejados de percibir teniendo en cuenta las utilidades obtenidas en el último quinquenio y el valor de los bienes y obras según su grado de amortización y su deber de entrega o reversión (artículo 167.4 de la Ley de Contratos [RCL 1965, 771, 1026]).*

*De la doctrina que acabamos de exponer es fácil colegir, que en el supuesto que nos ocupa no concurren los presupuestos necesarios para que la Corporación Municipal proceda al rescate concesional. En efecto, el Ayuntamiento no invoca razón de interés público alguno para el rescate más allá del incumplimiento del concesionario, no se prevé la gestión directa del servicio por la Administración, y además no está prevista ninguna indemnización para el concesionario, en virtud de la naturaleza expropiatoria de la institución».*



Sobre la causa prevista en el apartado f), “... cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión”, el ya citado Dictamen 368/12, de 20 de junio, declara:

*«En lo que se refiere al fondo de la cuestión, debemos partir de la premisa de que la resolución de una concesión demanial por incumplimiento de las condiciones impuestas al concesionario requiere que se trate de un incumplimiento grave como exige el artículo 100 f) LPAP.*

*Tanto la doctrina del Consejo de Estado como la jurisprudencia vienen exigiendo para la resolución de las concesiones y los contratos administrativos que los incumplimientos del concesionario o contratista sean graves, de tal manera que la concesión o el contrato no puedan alcanzar el fin público por el que fueron establecidos (artículo 6 LPAP y artículo 4 del TRLCAP).*

*Así, el Consejo de Estado en el Dictamen nº 1953, de 25 de julio de 2002, señalaba que “Es criterio consolidado del Consejo de Estado que, al constituir la caducidad la sanción máxima que puede afectar al negocio concesional, no todo incumplimiento del clausulado a que se someten las concesiones administrativas de dominio público deparan de manera indefectible la caducidad. Sólo el incumplimiento grave de las condiciones esenciales de otorgamiento, en cuanto comporte un menoscabo del interés público inmanente en las concesiones demaniales, puede motivar la declaración de caducidad (dictámenes núms. 54.869, de 26 de julio de 1990; 1.054/91, de 19 de septiembre de 1991; 1.552/91, de 26 de diciembre de 1991; 75/92, de 26 de marzo de 1992; 810/95, de 11 de mayo de 1995; 4.538/96, de 20 de marzo de 1997; 1.600/97, de 14 de mayo de 1997; 3.171/98, de 30 de junio de 1998; 2.680/98, de 15 de octubre de 1998; 323/99, de 25 de febrero de 1999; 608/99, de 29 de abril de 1999; 607/99, de 10 de junio de 1999 y 2.819/99, de 18 de noviembre de 1999, entre otros). Por tanto, no todo incumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones establecidas en el pliego de otorgamiento comporta la caducidad, sólo el de las obligaciones esenciales, cuando es grave, y siempre que razones de interés público lo justifiquen”, criterio que vuelve a recordar en el más reciente Dictamen nº 1465, de 6 de octubre de 2011 “En lo tocante al fondo del*



*asunto, es criterio consolidado del Consejo de Estado que, al constituir la caducidad la sanción máxima que puede afectar a la relación concesional, solo los incumplimientos de carácter esencial que perjudican gravemente el interés público inmanente en las concesiones demaniales pueden motivar la declaración de caducidad (entre otros, dictamen número 446/2004, de 25 de marzo)”.*

*La jurisprudencia confirma este planteamiento, resaltando no solo el carácter esencial de la obligación incumplida sino el carácter rebelde del incumplimiento. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1997: “Tal como tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal - Sentencias de 23 de febrero de 1979, 16 de octubre de 1984, 11 de marzo de 1985, etc.- el principio de conservación de los contratos válidamente celebrados restringe su posible resolución a los supuestos en que se potencie una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que lo impida de forma definitiva, siendo, en todo caso, el incumplimiento capaz de justificar la resolución contractual únicamente el que afecta a las obligaciones principales y no el que sólo incide en las accesorias o complementarias”.*

*Expresa este criterio adecuadamente la STSJ Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995), que expone esta doctrina general: “Es cierto que, como regla general, el incumplimiento de las cláusulas contenidas en el contrato es causa de resolución del mismo, aunque el mecanismo resolutorio del art. 1124 del Código civil no juega en toda su pureza en la contratación administrativa, sino que resulta matizado por exigencias del interés público que todo contrato administrativo pone en juego. Así el incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula del contrato no lleva sin más a la resolución, que se traduce en facultad de opción de la Administración de forzar el cumplimiento estricto de lo pactado mediante imposición de sanciones o acordar la resolución con pérdida de fianza (art. 159 R.C.E.), opción que la Administración puede ejercer libremente en función de las circunstancias de cada caso. Se trata con dicha opción el evitar que padezca el interés público al resultar de la paralización de las obras o servicios contratados, que siempre comportan unos perjuicios generales que el incumplimiento por equivalente (incautación de fianza y eventual responsabilidad por daños) puede no ser*



*bastante para reparar. Solo en ciertos casos que señala la Ley es obligada la resolución del contrato”.*

*El incumplimiento defectuoso, según recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996- puede justificar la resolución del contrato siempre que afecte a obligaciones principales, si bien la resolución del contrato exige una ponderación idónea de las circunstancias concurrentes.*

*Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1997, la ponderación (que) debe tener su máxima expresión cuando tales desviaciones devienen reales incumplimientos, generadores de una acción resolutoria contractual”».*

Ponderación que se aplica en el Dictamen 396/14, de 17 de septiembre, relativo a la resolución de una concesión de uso privativo de una parcela para la construcción y puesta en funcionamiento de un colegio, en el que se considera que es indiscutible que al tiempo de inicio del presente expediente de resolución contractual, la concesionaria tiene en funcionamiento un colegio en la parcela objeto de concesión demanial y ha satisfecho regularmente el pago del canon, a pesar de que desarrollo urbanístico de la zona no es el previsto por el Ayuntamiento y, por tanto, no es posible satisfacer “*la enorme demanda educativa existente en el municipio*”, sin que el retraso en la construcción de los edificios sea imputable exclusivamente a ella.

Una vez extinguida la concesión, la Administración podrá proceder al desahucio administrativo mediante el ejercicio de las facultades de recuperación posesoria de los bienes sobre los que recaía la concesión. En este sentido, el Dictamen 502/13, de 23 de octubre, cita la Disposición Final 2ª de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas que prevé que “*las Administraciones Públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros*” y el artículo 59 del mismo texto legal, que exige que para el ejercicio de la potestad de desahucio será necesaria la previa declaración



de extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de utilización de los bienes de dominio público y declara:

*“... tanto el acuerdo por el que se inicia el procedimiento como la resolución que finalmente se notifique a los interesados, debe contener un pronunciamiento sobre la declaración de extinción de la concesión demanial, necesario con carácter previo al desalojo, en el que deberán contenerse los motivos o causa legal en los que se fundamenta dicha extinción; y sobre cuya legalidad, al existir oposición del concesionario, este Consejo debe emitir dictamen. Careceríamos de competencia para la emisión de dicho dictamen en el supuesto de que la resolución solo contuviese una decisión sobre el desalojo, al tratarse de un acto de ejecución material”.*

