

Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, introduce en el ordenamiento jurídico español, importantes novedades derivadas de la transposición de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, incluyendo otras orientadas a actualizar el régimen jurídico de la contratación pública. Uno de los sectores materiales con modificaciones más relevantes es sin duda el relativo a los efectos de los contratos, su cumplimiento y extinción, incluidas la regulación de la cesión y de la subcontratación.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público, ha venido a introducir numerosas novedades en la regulación actualmente vigente en materia de efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos en su Libro segundo, título I, capítulo 1, sección 3.

Aunque en los artículos relativos a los “**efectos de los contratos**” *stricto sensu* no hay modificaciones (artículos 188 y 189 Ley 9/2017), sí se incluyen novedades en materia de prerrogativas de la Administración Pública. Así, por ejemplo:

- Se incorpora la previsión expresa de la prerrogativa del órgano de contratación para declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato y la de suspender la ejecución del mismo, así como se atribuye al órgano de contratación las facultades de

inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato (artículo 190)¹.

- Se mantiene entre las prerrogativas de la AP el *ius variandi* que ahora puede alcanzar un 50% del precio inicial del contrato, IVA incluido².

Los artículos 192 a 202 contienen la regulación relativa a la **ejecución de los contratos**³, con algunas variaciones y novedades, entre otras:

- En materia de penalidades se prevé expresamente que las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10% del precio del contrato, IVA excluido, ni el total superar el 50% del precio del contrato (192.1 *in fine*).
- Los pliegos reguladores de los acuerdos marco podrán prever las penalidades en relación con las obligaciones derivadas del acuerdo marco y de los contratos en él basados (192.3).
- *Previsión expresa de la indemnización de daños y perjuicios* por el contratista en los supuestos de incumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso o demora en la ejecución en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración (194.1).
- En materia de resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos (195) se prevé que el responsable del contrato emita informe sobre si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista.

¹ En ningún caso esta facultad puede comportar un derecho general de la Administración a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato, en cuyo caso deberá justificarse en el expediente administrativo.

² Se mantiene el dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma para la interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista; en las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía sea superior a un 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros y se añade como novedad - existente extra muros de la Ley - las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que ésta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros (artículo 191.3).

³ Regulación que se corresponde con la actualmente contenida en los artículos 212 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

- En los contratos basados en un acuerdo marco y en los contratos específicos derivados de un sistema dinámico de contratación, el **pago del precio** se podrá hacer por el peticionario (artículo 198).
- Se prevé de forma expresa, en materia de **transmisión de los derechos de cobro** (artículo 200), que las cesiones anteriores al nacimiento de la relación jurídica de la que deriva el derecho de cobro no producirán efectos frente a la Administración, pudiendo ésta, oponer frente al cesionario todas las excepciones causales derivadas de la relación contractual.
- Los artículos 201 y 202 contemplan, respectivamente, las “obligaciones en materia medioambiental, social o laboral” – cuyo cumplimiento por los contratistas habrá de garantizarse por los órganos de contratación, pudiendo imponer penalidades en caso de incumplimiento – y las “condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden” que los órganos de contratación pueden establecer siempre que estén vinculadas con el objeto del contrato y sean compatibles con el derecho comunitario⁴. A pesar de estas condiciones, la Ley establece que será **obligatorio** el establecimiento en el pliego de al menos una de las condiciones especiales de ejecución.

Frente a los dos artículos actuales – 219 y 220 TRLCSP – la nueva Ley incluye en una sola subsección todos los aspectos relativos a las **modificaciones contractuales** (artículos 201 a 207), trayendo a su seno también el contenido de los actuales artículos 105 TRLCSP y siguientes (modificaciones previstas o no previstas en los pliegos). Además de la elevación del porcentaje máximo de modificación de los contratos del 10% actual a un 50% del precio inicial, se amplían los requisitos para la modificación distinguiendo entre:

- a) Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (artículo 204): hasta un 20%. La posibilidad de modificación debe haberse advertido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de forma clara e inequívoca, precisando con detalle su alcance, límites y naturaleza, las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias verificables de forma objetiva, y el procedimiento que haya de seguirse para la modificación, que deberá preservar en todo caso la naturaleza global del contrato inicial.
- b) Modificación no prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que solo podrán realizarse cuando aquélla encuentre su justificación en alguno de los supuestos legalmente establecidos y se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables. Los supuestos que pueden dar lugar a una modificación no prevista son básicamente (i) la necesidad de añadir obras, suministros o servicios adicionales cuando no se posible sustituir al contratista;

⁴ El TRLCSP contempla, en la regulación relativa al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, que éstos incluyeran condiciones especiales de ejecución del contrato, considerando que tales condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social (artículo 118 TRLCSP).

(ii) cuando la necesidad de modificar el contrato derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles (esto es, que una Administración diligente no hubiera podido prever) sin superar el 50% del precio del contrato (iii) cuando las modificaciones no sean sustanciales, esto es, no tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio.

Las modificaciones de este tipo cuyo importe exceda del 20% del precio primitivo del contrato, IVA excluido, serán potestativas tanto para la Administración como para el contratista y, por ello, se recogen entre las causas que motivan la resolución de los contratos⁵.

Novedad interesante es la derivada de la regulación (artículo 208) de los conceptos que deben abonarse al contratista en el caso de suspensión de los contratos.

En materia de **extinción de los contratos** se incluyen importantes novedades:

- La causa relativa al incumplimiento de la obligación principal incluye igualmente la necesidad de recoger expresamente en los pliegos aquellas obligaciones esenciales del contrato (211.f) cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la resolución, siempre que se respeten los límites del artículo 34.1 en materia de libertad de pactos y figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca.
- Se contempla como causa de resolución, el impago de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la ejecución del contrato, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores (211.i).
- El artículo 211.2 señala por fin que cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos económicos, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo⁶.

⁵ De acuerdo con la letra g) del artículo 211, serán causa de resolución del contrato las modificaciones que, cumpliendo los requisitos del artículo 205, impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

Por ello, el artículo 206 prevé que las modificaciones cuya cuantía no alcance el 20% del precio inicial del contrato serán obligatorias para el contratista, requiriéndose la conformidad expresa de éste para la introducción de modificaciones que excedan de dicho importe, dando lugar a la resolución del contrato en caso de no obtenerse la misma. En este supuesto el contratista perderá el derecho a ser indemnizado por el 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, previsto con carácter general como efecto de la resolución del contrato por las causas previstas en la letra g) del artículo 211 de la Ley

⁶ Este criterio había sido defendido por este GCSP de conformidad con la Doctrina del Consejo de Estado, entre otros, en los números 41 y 72.

- Se prevé de forma expresa que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses (artículo 212.8).
- El artículo 213.3 dispone que cuando el contrato se resuelva por **incumplimiento culpable del contratista** le será incautada la garantía en todo caso y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

El artículo 213.6 prevé que al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del artículo 211.1, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución⁷.

Se endurece el régimen de cesión de los contratos⁸, señalando que la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el apartado 2 del artículo 214, que son los mismos que los actualmente vigentes con algunas modulaciones y la novedad de prever un plazo de dos meses para el otorgamiento de la autorización del órgano de contratación, transcurrido el cual el silencio es positivo.

Se incluyen también ciertas previsiones específicamente en relación con los contratos de concesión de obras y servicios que (i) aclaran que el cambio de control del concesionario se entiende como un supuesto de cesión contractual y (ii) atribuyen al acreedor pignoraticio o al acreedor hipotecario de contratos de concesión un derecho de designar un cesionario en el supuesto de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.

En materia de subcontratación se incrementan los requisitos a cumplimentar (apartado 2.a) del artículo 215) y se prevé como consecuencia de la infracción de tales requisitos, junto a la imposición de penalidades, la resolución del contrato.

⁷ Esta previsión, antes limitada a los supuestos en los que la resolución fuera consecuencia de la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, se extiende también a los casos de declaración de concurso, demora en el cumplimiento e incumplimiento de la obligación principal del contrato. Junto a las previsiones relativas a la obligación del contratista – hasta que se formalice el nuevo contrato- de adoptar las medidas necesarias para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado; se añade que “cuando el contratista no pueda garantizar las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero”.

⁸ Una novedad interesante radica en que la nueva Ley considera expresamente una cesión del contrato el cambio de control de la sociedad concesionaria, entendiéndose por tal, cuando se ceda a un tercero el 51 por ciento de las participaciones.

Se declara que **los subcontratos** y los contratos de suministro a que se refieren los artículos 215 a 217 tendrán en todo caso naturaleza privada (215.7) y que sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera⁹, los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos (215.8).

⁹ La DA51 permite, con las condiciones del artículo 215, que el órgano de contratación prevea en los pliegos de cláusulas administrativas, que se realicen pagos directos a los subcontratistas. Añade que el subcontratista que cuente con la conformidad para percibir pagos directos podrá ceder sus derechos de cobro.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

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