

## La Posición Administrativa en los Contratos del Sector Público

### La Posición de la Administración en la Contratación Pública.

**Autor:**  
José Enrique Candela Talavero

**Editorial:**  
Fundación Asesores Locales,  
2015, 187 págs.



### Introducción

Los contratos del sector público se sustentan sobre los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación recogidos por el artículo 103 de la CE y en el artículo 3.2 de la Ley 30/1992 que sirven con objetividad los intereses generales. Dichos principios están basados en la normativa tanto nacional como comunitaria.

Teniendo en cuenta la normativa contractual, el autor de la obra se centra en la dimensión comunitaria que afecta a los contratos del sector público. Así, el Derecho comunitario ha desarrollado en gran medida este sector y en consecuencia, los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros deben implementarse con mayor intensidad.

La Administración española, en relación con la contratación administrativa se encuentra determinada por la normativa así como los pronunciamientos jurisprudenciales que, como es natural, guían toda su actuación con el fin de satisfacer los intereses públicos a través de aquellos mecanismos reconocidos expresamente por la legislación contractual.



### COMENTARIO PRÁCTICO:

«Con respecto a la regulación comunitaria de los contratos del sector público, la jurisprudencia ha admitido que excepcionalmente una Directiva europea pueda ser fuente de Derecho aplicable a la Administración Europea y de este modo unificar el régimen jurídico aplicable a la contratación pública por el Derecho comunitario europeo».

La obra que se analiza se divide en varios capítulos mediante los cuales se estudian diferentes aspectos que rodean la contratación pública. Con-

cretamente, el autor se centra en analizar el riesgo y ventura existente en la contratación administrativa, en la potestad de interpretación de los contratos del sector pública, la potestad de resolución de contratos y finalmente, se citan las garantías relacionando las mismas con la resolución de contratos.

## 1. Riesgo y Ventura en la Contratación Administración

Con respecto al riesgo y ventura aplicable a los contratos del sector público, la obra de Candela Talavero objeto del presente análisis alude, en primer lugar, a la opinión dada por el profesor Peña Ochoa en relación con este principio admitiendo únicamente la ejecución de los contratos administrativos a riesgo y ventura del contratista. Aseverando la existencia de una excepción a dicha habilitación que se confiere para repartir riesgos entre la Administración y el contratista: aquellos contratos de colaboración. De este modo, parece que la regla general fuera la total transferencia de riesgo al contratista, con la excepción citada para el contrato de colaboración en que éstos pueden repartirse en función de las capacidades de las partes para gestionarlos. Sin embargo, la interpretación más unánime es que tras el concepto “reparo de riesgos” lo que subyace es la transferencia al operador privado de riesgos que habitualmente soporta el sector público, por entender que desbordan el concepto de riesgo y ventura. Es decir, que la novedad del contrato es que permite atribuir al socio privado riesgos que hasta la fecha asumía la Administración.

Tal y como se expone el autor en su obra, el riesgo y ventura del contratista ofrece en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de una daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo



derivado de las contingencias que se definen en la Ley y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial y por tanto, los riesgos derivados de la contratación perfeccionada por el contratista habrán de recaer directamente sobre él, quedando libre la Administración de otras consecuencias o perjuicios que pudieran producirse, atendidas las circunstancias y contingencias sobrevenidas en

la operación, en detrimentos o perjuicio del propio contratista (STS de 4 de mayo de 1999). En definitiva, nuestra regulación contractual relativiza el principio de riesgo y ventura asegurando al concesionario compensaciones y mecanismos flexibles que le ayudarán a afrontar eventualidades adversas en la ejecución del contrato.

## 2. La Potestad Administrativa de Interpretación de los Contratos del Sector Público

### COMENTARIO PRÁCTICO:

*«La contratación pública está presidida por el principio de inalterabilidad del fin de interés público que obliga a que la Administración disponga de una serie de prerrogativas que no obstante encuentran limitaciones a la hora de ejercitarlas, delimitadas por el juego de los principios esenciales de la contratación administrativa, la preponderancia del fin de interés público y respeto al equilibrio contractual. (Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Dictamen núm, 86/2005, de 15 de junio)».*

Las Administraciones Públicas disponen de una serie de prerrogativas cuya finalidad es interpretar los contratos públicos, modificarlos por razones de interés público, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, resolverlos y determinar sus efectos; dichas prerrogativas se encuentran recogidas en el artículo 210 del TRLCSP.

Con respecto a la puesta en práctica de la prerrogativa de interpretación de los contratos, hay que tener en cuenta que la misma no se podrá realizar, bajo ningún concepto, de forma arbitraria ni discrecional. Deberá llevarse a cabo dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente. Es necesario tener presente que dicha interpretación no puede ser una vía para la reformulación del contrato ni para encubrir modificaciones únicamente permitidas en los supuestos establecidos por Ley, para los que se ha establecido una tramitación específica. A tal efecto, el artículo 211 TRLCSP articula, como se verá a continuación, una serie de garantías procedimentales para el contratista, tendentes a asegurar que dicha ejecución sea conforme a Derecho.

La prerrogativa administrativa de **interpretación del contrato** reconocida en el artículo 210 TRLCSP es por tanto una **técnica de aseguramiento del interés público que tiene una naturaleza meramente provisional**, apunta el profesor Santamaría Pastos pues no se trata de que pueda fijar-



se de modo definitivo e inapelable el significado auténtico de una determinada cláusula de un pliego, sino sólo el de un poder de declaración previa y ejecutiva de dicho significado que se impone de forma inmediata al contratista, pero que no le priva de su derecho a recurrir acto seguido esta declaración ante la jurisdicción contencioso-administrativa (SSTS 20 de abril de 1999 y 11 de marzo de 2002) y que se realizará sobre los contratos ya perfeccionados y no sobre sus actuaciones preparatorias (SSTS 5 de julio de 1985, 14 de marzo de 1988 y 9 de julio de 2001).

Las **limitaciones** impuestas a las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades contractuales reducen su margen de libertad o "autonomía contractual" y sus poderes o facultades contractuales discrecionales al servicio de fines e intereses públicos frente a la parte contractual privada que goza de un amplio mar-

gen de libertad, propio de la autonomía privada.

Finalmente, para la **caducidad** aplicada a esta prerrogativa señaló el Consejo Consultivo de Madrid (Dictámenes núm. 84/13, de 6 de marzo y núm. 445/12, de 18 de julio) a pesar de no existir jurisprudencia sobre la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de interpretación del contrato, aplicó la existente sobre la resolución para concluir la caducidad del procedimiento, situación que no obstante no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de interpretación del contrato.

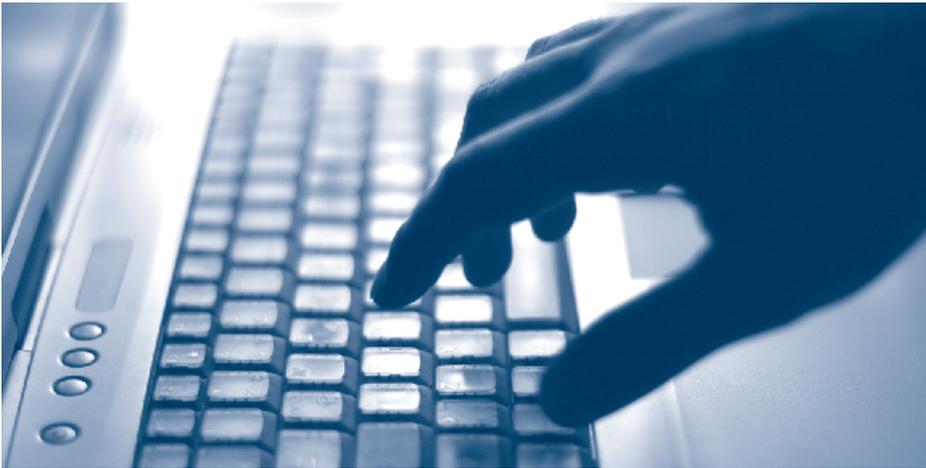
#### **a) La interpretación de los contratos públicos y el Derecho Privado.**

La Administración dispone de la facultad de interpretar los contratos mediante un acto administrativo que se justifica por la prevalencia del interés público; interés público al que la Administración se vincula.

Es cierto que el elemento finalista de los contratos administrativos tiene una importante relevancia, sin embargo, esa finalidad de los contratos ha de examinarse desde la perspectiva de su incorporación a las cláusulas contractuales; en consecuencia, en función del fin que se trata no es posible que se realice una interpretación de la intención de los contratantes y con ello variar el contenido obligatorio del contrato. Del mismo modo, tampoco es posible que el contratista introduzca modificaciones al contenido de la ley contractual, debiéndose tenerse por no puestas las que, sea por acción u omisión, contradigan lo estipulado en el mismo (Consejo Consultivo de Aragón, Dictamen núm. 84/2011, de 13 de julio).

Por lo tanto, si la Administración tiene la potestad de modificar el contrato, es necesario aclarar que dicha potestad no es absoluta puesto que se encuentra con limitaciones tanto cualitativas como cuantitativas, los gastos generales y el beneficio industrial que no son modificables y aplicándose el principio de "pacta sunt





servanda” e incluso la innumerable jurisprudencia que indica que el pliego es la Ley del Contrato.

## b) Límites a la potestad de interpretación de la Administración: el Interés, el Principio de Legalidad y el Control Jurisdiccional.

Según se expone en la obra, la prerrogativa de interpretación de los contratos no puede ser entendida de un modo absoluto que justifique un proceder no adecuado a una relación concertada. En el ejercicio de esa potestad interpretativa, es doctrina jurisprudencial la aplicación de forma subsidiaria las reglas de interpretación general de los contratos contenidas en los artículo 1281 a 1289 CC, aunque siempre con la importante matización que supone el interés público presente en tal tipo de contratación.

Constituye principio básico de la contratación que **los términos de un contrato no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes**, ya que la alteración de las cláusulas del pliego supone una vul-

neración del principio de igualdad de trato entre los candidatos, postulado tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho interno, al verse otros posibles licitadores privados de participar en la licitación en las nuevas condiciones pues cualquier actuación contractual de la Administración, siendo el contrato administrativo instrumento habitual de la Administración para dar cauce jurídico a sus masivas relaciones de colaboración económica con os particulares, habrá de sujetarse estrictamente al principio de legalidad y con escrupuloso respeto de los derechos del contratista. Principio de legalidad que determina el profesor Rubio Llorente implica la sujeción plena de la Administración a la Ley tanto cuando realiza actos concretos como cuando, en ejercicio de la potestad reglamentaria, establece las normas a las que, en lo sucesivo, ella misma habrá de sujetarse. Sujeción a la que unir que el órgano de contratación no podrá imputar al contrato de alcance que considere oportuno o conveniente, en perjuicio del verdadero sentido y contenido de las cláusulas a que se someten las partes.

## COMENTARIO PRÁCTICO:

*«El punto de partida para la interpretación del contrato es el contenido de los pliegos que constituyen, según jurisprudencia reiterada, la Ley del contrato en aplicación de la norma contenida en el artículo 208 TRLCSP: “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, general y particulares” (STS de 25 de mayo de 1999)».*

El propio Alto Tribunal considera 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)

## 3. La Modificación de los Contratos Públicos. Prerrogativa de la Administración en la Contratación Administrativa

Con respecto a la prerrogativa administrativa de **modificación de los contratos** del sector pública, acudimos al Libro I “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos” Título V “Modificación de los contratos” del TRLCSP donde con carácter general se establece en el artículo 108 TRLCSP.

Tal y como hemos expuesto anteriormente, no podemos estar ante una modificación contractual cuando lo que se pretende por el órgano de contratación sea exigir el cumplimiento de obligaciones del contrato, y sin intervenir en base a nuevas circuns-





tancias que impliquen una mejor, renovación o ampliación, del servicio.

Para comprender esta circunstancia explica el autor que, pueden señalarse como causas que permitirán una modificación contractual por cambio de circunstancias sobrevenidas, a falta de disponibilidad del terreno necesario para la normal ejecución de las obras si estuviera debidamente justificado el interés público y las necesidades nuevas o causas imprevistas que exigen la modificación en aras al interés público, así como la necesidad de continuar con el mismo contratista sin nueva licitación, cuando además ese contratista aceptara los términos de la modificación. Y sin olvidar que las cláusulas que facultan a la Administración a introducir modificaciones en los elementos del contrato reflejadas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, aún siendo ley del contrato, habrán de respetar lo estipulado por las disposiciones normativas, que necesariamente prevalecerán al redactarse cualquier prescripción de los pliegos. (Informe núm. 23/93 de 22 de diciembre de 1993 JCCA).

El interés público en la modificación del contrato que existe para lograr una reducción del precio de este, reduciendo servicios, modificando la obra o la

prestación que constituya el contrato justificado en el expediente en que la modificación propuesta supondrá un ahorro al que se adjunta un estudio económico en el que se realiza un análisis del servicio "identificando aquellas prestaciones que, sin suponer un detrimento de la calidad mínima necesaria para la prestación del servicio, permiten un mayor ajuste en los costes del contrato" (Dictamen núm.273/11 de 25 de mayo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid).

Pues bien, dicho interés público debe acreditarse, ser claro, patente e indubitado a lo que sumar la motivación necesaria para su validez, por cuanto el contrato y sus pliegos de condiciones se encuentran regidos por el principio "ne varietur".

#### **4. La Potestad de Resolución de los Contratos del Sector Público**

En la Sección III del Capítulo V del Título I del Libro IV del TRLCSP titulado "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos" se encuentra regulada la potestad administrativa para acordar la resolución de contratos. Asimismo la regulación de dicha potestad se desarrolla en el

capítulo II del Título V del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos.

De conformidad con lo dispuesto en el TRLCSP, se entiende por **resolución todas aquellas causas de finalización anticipada del contrato.**

El reconocimiento normativo de la potestad administrativa de resolución se encuentran en el ya descrito artículo 210 TRLCSP ejercitándola según el procedimiento que señala el artículo 211 TRLCSP exigiendo darse audiencia al contratista y ser adoptado dicho acuerdo de resolución previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 99 y 213.3 TRLCSP; resultando preceptivo el Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista. En el procedimiento

#### **EL AUTOR**

**José Enrique Candela Talavero, Licenciado en Derecho por la Universidad de Extremadura, Graduado en Ciencias Políticas y de la Administración. Actualmente es funcionario con Habilitación de carácter Estatal, Subescala: Secretaría-Intervención. Realizó un Dictamen a petición del Consejo de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local y además es autor de cincuenta artículos doctrinales sobre temas relacionados con la Administración Local (Contratación, Medio Ambiente, Urbanismo, Transparencia).**

para la resolución se respetará el procedimiento legal, que comienza con la posibilidad de que la resolución del contrato sea acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista. Así se especifica en el artículo 224.1 TRLCSP.

Respecto al procedimiento y causas de resolución debemos considerar el criterio que anunciara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de octubre de 1987 para quien “no todo el incumplimiento puede generar la resolución contractual, sino que ellos debe contemplarse en cada caso, atendidas las circunstancias de toda índole que concurran para dilucidar en qué supuestos se trata de un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación -...- y en qué casos se trata de meros retrasos, desfases o desajustes en modo alguno receladores de tal voluntad de no cumplir con lo pactado”.



Resolución contractual que no procederá si se advierte que el contrato está incurso en causa de nulidad del artículo 62 LRJPAC, limitando su aplicación a aquellos casos en que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido y en los que se hayan omitido trámites esenciales.



Por lo que hace a la oposición del contratista si nos encontramos ante la instancia el contratista a la resolución contractual ante la que la Administración “reconviniera” dicha pretensión para pretender acordar la resolución del contrato por una causa distinta de la alegada por el contratista, y que a ello se opusiera el contratista en tal caso sí habría, en definitiva, una oposición de éste a la resolución del contrato pretendida por la Administración. En estos supuestos, es preceptivo el dictamen del órgano consultivo, pero no se encuentran referencias a su intervención (preceptiva o no) en casos en que la Administración propone desestimar la solicitud de resolución presentada por el contratista y, por tanto, que la propuesta formulada por aquella sea que el contrato siga surtiendo efectos que le son propios, esto es en definitiva el mantenimiento del vínculo contractual contraído en su momento sin alteración de sus términos. En estos supuestos habrá que considerar siempre las circunstancias concurrentes en cada caso con el fin de dilucidar si se está ante un verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales revelador de una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos o, por el contrario, más bien ante un mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad y, en definitiva, de un efectivo incumplimiento de la esencia de una obligación.

El criterio del Consejo de Estado es que de apreciar la concurrencia de una pluralidad de causas de resolución, debe ser preferida aquella que primero se perfeccione en el tiempo (Dictamen núm. 2271/1996, de 18 de julio).

Dentro del procedimiento para la resolución del contrato se plantea el plazo para dictar la resolución, ofreciéndose diversas soluciones. Mientras que para un sector doctrinal no existe plazo para resolver, para otro se aplican supletoriamente los plazo de tres meses de la LRJPAC o de seis meses del procedimiento sancionador.

## Causas y Efectos de la Resolución de los Contratos del Sector Público

Con respecto a las causas de resolución, en caso de concurrir varias causas debe aplicarse aquella que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico. Esta cuestión se ha precisado por la jurisprudencia a los efectos de apreciar un incumplimiento suficiente para la

resolución del contrato. En tal caso, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación.

De tal manera, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 223 TRLCSP sobre las distintas causas de resolución de los contratos administrativos, dichas causas son las siguientes:

Artículo 223 TRLCSP	Causas de Resolución
A	La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de los previstos en el artículo 223.a) TRLCSP.
B	La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
C	El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
D	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 TRLCSP.
E	La demora con el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 116 o el inferior que se hubiera fijado al amparo de su apartado 8.
F	El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.
G	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.
H	Las establecidas expresamente en el contrato
I	Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.

## La Garantía y la Resolución en la Contratación Pública

Relacionado con la resolución de los contratos nos encontramos con la cuestión de la finalidad del aseguramiento de dichos contratos y, particularmente, la posible incautación de la garantía definitiva en caso de incumplimiento culpable del contratista.

De acuerdo con la Resolución 130/2011 de 27 de abril, recurso 89/2011 TACRC, el artículo 95 TRLCSP claramente impone cuáles son las garantías que en, ningún caso, pueden exceder del diez por ciento del precio del contrato. No aclara la Ley qué debe entenderse por precio del contrato, pero claramente se desprende de la redacción del artículo que se refiere al presupuesto o precio ofertado por el adjudicatario. Por otra parte, la Ley contiene otro requisito para la exigencia de la garantía indicada, consistente en que sólo es exigible a quienes hayan presentado la oferta económicamente más ventajosa y, tengan por ello, la expectativa de llegar a ser adjudicatarios del contrato. Además se determina la responsabilidad a que están afectas las garantías la de su incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido (artículo 100.c) TRLCSP), posibilidad debida a que no siempre se procede a la incautación como ocurre cuando la causa de la resolución es imputable a la Administración.

Entre las garantías presentadas destaca la denominada provisional que será incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación (artículo 103.4 TRLCSP).



## Conclusiones

En la contratación del sector público, la actuación que las Administraciones llevan a cabo se encuentran, como hemos expuesto a lo largo del análisis, sometidas a los principios generales de contratación. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que caracteriza a los contratos administrativos es su objeto; dicho objeto recae en el interés público con competencia de la Administración contratante y ello puesto que, todo contrato administrativo comporta que está en juego el interés público.

La finalidad que las potestades administrativas tienen es el mandato constitucional que se encuentra dirigido a la satisfacción de los intereses públicos por parte de las Administraciones Públicas. Asimismo, la posición que la Administración tiene en los contratos públicos es cuanto menos privilegiada puesto que en la ejecución de determinados contratos



públicos, es el contratista quien asume las consecuencias de los riesgos derivadas de la ejecución, salvo determinadas excepciones cuya finalidad no es sino restaurar el equilibrio de la relación contractual.

En relación con la prerrogativa administrativa de interpretación del contrato, analiza por el autor, para finalizar podemos establecer que

se trata de una técnica de aseguramiento del interés público. Como cualquier otra potestad pública, la interpretación administrativa se impone como decisión administrativa, al gozar de los privilegios de ejecutoriedad y ejecutividad por lo que es trasladada al contratista la carga de recurrir, caso de estar disconforme con la misma. Esta prerrogativa se ejercerá mediante expediente contradictorio, de manera unilateral y ejecutoria por la Administración para evitar que la existencia de divergencias entre la Administración y el contratista se traduzcan en un perjuicio para el interés público.

Finalmente, la potestad de resolución administrativa está delimitada por las causas estipuladas en la ley en general y para cada tipo de contrato público en particular. En definitiva, de lo extraído de la obra en cuestión, podemos extraer que existen datos que pueden transformar las facultades administrativas en privilegios.

Análisis esPublico es un proyecto editorial de esPublico, que se configura como la primera revista de libros y análisis de los mismos especializada en el ámbito de estudio de la Administración Pública. Entre todas las novedades bibliográficas que se publican, nuestro equipo de asesores jurídicos selecciona mensualmente dos títulos atendiendo a las aportaciones y avances que en ellas se abordan sobre cuestiones relacionadas con el Derecho y las Administraciones Públicas. El objetivo final de este novedoso proyecto es informar sobre las más importantes novedades editoriales en la materia, analizando los aspectos destacables de las obras y las posibles lagunas jurídicas que el autor pueda haber dejado sin resolver. esPublico recomienda la lectura completa de todos los libros seleccionados.