



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Francisco Pleite Guadamillas



ISSN: 2605-2776

www.ajfv.es

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

NÚMERO 27 . OCTUBRE 2018

00

La incidencia de la nueva Ley de contratos del sector público, ley 9/2017, de 8 de noviembre, sobre la ejecución de los contratos. especial referencia a la modificación de los contratos.

Jesús Mozo Amo
Magistrado

00

L LA INCIDENCIA DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

Jesús Mozo Amo.

Magistrado

Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valladolid.

RESUMEN: El autor continúa con el estudio monográfico de las novedades introducidas por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, sobre la ejecución de los contratos analizando en este caso el régimen legal establecido para la modificación de los contratos en línea con lo establecido en las Directivas comunitarias. Se tienen en cuenta las modificaciones legales que afectan tanto a los contratos administrativos, como a los contratos privados de la Administración y a los contratos privados adjudicados por otros entes diferentes, sean o no poderes adjudicadores, finalizando con una breve referencia a los llamados contratos subvencionados.

VOCES: contratación pública, contrato administrativo, contrato privado, modificación, contractos subvencionados.

I. Introducción.

El Preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (BOE del día 9 de noviembre de 2017), de Contratos del Sector Público (LCSP) destaca como novedad el nuevo régimen aplicable a la modificación del contrato, que está en línea con lo establecido en las Directivas Comunitarias. También hace referencia a la Subcontratación y a las medidas de racionalización técnica de la contratación, especialmente a los Acuerdos Marco y a los Sistemas Dinámicos de Contratación, destacando el nuevo régimen establecido en la Ley para la Contratación Centralizada.

Los artículos 188 a 217 de la Ley se refieren al cumplimiento, efectos y extinción de los contratos administrativos debiendo destacarse, por la novedad que supone respecto a la legislación anterior, lo dispuesto en los artículos 201 y 202. El primero de ellos se refiere a la obligación de los órganos de contratación de tomar las medidas necesarias para que durante la ejecución del contrato los contratistas cumplan las obligaciones aplicables en materia

medioambiental, social o laboral que estén establecidas en el Derecho de la Unión, en la legislación nacional, en los convenios colectivos o en normas internacionales. El artículo 202 se refiere a las obligaciones sociales y medioambientales como condiciones especiales de ejecución del contrato.

También hay que tener en cuenta el régimen jurídico aplicable a la ejecución de los contratos privados de las Administraciones Públicas, ya sean los regulados en la Ley (algunos contratos de servicios) o aquellos cuya regulación se hace por normas diferentes, especialmente las de carácter patrimonial.

Por último hay que hacer mención a la ejecución de los contratos que lleven a cabo sujetos que no sean Administración Pública y sí sector público, tengan o no la condición de poder adjudicador. Estos contratos son siempre privados y se deben cumplir atendiendo al régimen jurídico establecido en los artículos 319 (efectos y extinción de los contratos adjudicados por poderes adjudicadores que no sean Administración Pública) y 322 (efectos, modificación y extinción de los contratos adjudicados por entes del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador).

A continuación se van a exponer las principales novedades que presenta la Ley respecto al régimen jurídico aplicable a la ejecución de los contratos siguiendo el esquema indicado, es decir haciendo referencia, en primer lugar, a los contratos administrativos para, posteriormente, analizar el régimen aplicable a los contratos privados de la Administración y a los contratos privados adjudicados por otros entes diferentes, sean o no poderes adjudicadores, y finalizando con una breve referencia a los llamados contratos subvencionados.

1º RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

-Normativa aplicable.

El artículo 25,2 de la Ley determina el régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos típicos, es decir a los que están expresamente regulados en la LCSP (obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios), disponiendo que se aplicará, en primer lugar, la LCSP y, en segundo lugar, las restantes normas de derecho administrativo sin dejar de tener en cuenta las normas de derecho privado en defecto de norma administrativa. A los contratos administrativos especiales se les aplicará, en primer termino, las normas especiales que los regulen y, en segundo lugar, la normativa mencionada para los contratos administrativos típicos.

-Jurisdicción competente.

El artículo 27 de la LCSP determina la jurisdicción competente para conocer de las cuestiones que se susciten en la ejecución de los contratos administrativos, que será la contencioso-administrativa sin que en esta cuestión se haya producido ninguna modificación respecto a la legislación anterior.

No obstante, en este apartado hay que tener en cuenta lo siguiente:

1º Las modificaciones de los contratos, cuando se entienda que la llevada a cabo da lugar a una nueva licitación, son objeto del recurso especial en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP siempre que se refieran a los supuestos recogidos en el apartado 1º del artículo citado. En la anterior Ley, es decir en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), se excluían de ese recurso especial, de manera expresa, los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos, tanto si acuerdan como si no la resolución del contrato y la celebración de una nueva licitación.

2º Los acuerdos de rescate de concesiones, con independencia de la fecha en la que se adjudicó el contrato de concesión, serán, también cuando resulte aplicable el artículo 44,1 de la LCSP, objeto del recurso especial. Esta posibilidad no estaba prevista en el TRLCSPP.

3º Cuando no quepa el recurso especial, se aplicará el recurso administrativo que corresponda según la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

4º Las causas especiales de nulidad recogidas en el artículo 39,2 y la revisión de oficio prevista en el artículo 41 no son aplicables a la fase de ejecución del contrato sino a la de preparación, adjudicación y formalización del mismo por lo que en esta fase de ejecución habrá que estar a las causas recogidas, de manera general, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y ello sin perjuicio, y a ello se hará referencia posteriormente, que los incumplimientos de las normas que regulan la modificación de los contratos no es causa de nulidad sino de anulabilidad.

-El responsable de la ejecución del contrato.

El artículo 62 de la LCSP **obliga** al órgano de contratación a designar un responsable de la ejecución del contrato que tendrá como función la de supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta ejecución de la prestación pactada. La designación corresponde al órgano de contratación, que determinará, además y siempre que no se haya hecho previamente en el pliego, las facultades que se le atribuyen para el ejercicio de su función.

En los contratos de obras, el responsable de la ejecución del contrato será el Director Facultativo conforme a lo dispuesto en los artículos 237 a 246 de la Ley.

En los contratos de concesión, de obras o de servicios, será necesario que exista una persona que actúe en defensa del interés general para obtener y verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra.

El artículo citado se complementa con lo dispuesto en el artículo 70,2 de la Ley, que impide que el contrato que pueda llevarse a cabo con la finalidad de vigilar la ejecución del contrato principal no se adjudique a la misma empresa que lo sea del contrato que se tiene que hacer cumplir ni tampoco a las empresas vinculadas con la adjudicataria. También hay que tener en cuenta el artículo 194 de la LCSP, que atribuye al responsable del contrato la formulación de la propuesta de imposición de penalidades y el artículo 311, referido a la ejecución del contrato de servicios, que posibilita que el responsable del contrato dé instrucciones al contratista.

El artículo 62 de la LCSP, respecto al artículo 52 del TRLCSP, presenta las siguientes novedades:

1ª En la nueva regulación, el responsable de la ejecución del contrato no es potestativo, que es lo que ocurría en la legislación anterior, sino preceptivo. En este apartado no puede dejar de ponerse de manifiesto que la claridad del artículo 62 al utilizar la expresión “deberán designar” no deja lugar a dudas aunque no se corresponde con lo dispuesto en otros preceptos de la Ley (p.e 194 y 311) en los que se hace referencia al responsable de la ejecución del contrato “si se hubiera designado” debiendo entenderse que esta designación no es, como se ha dicho, potestativa sino preceptiva.

2ª Se introduce la especialidad para los contratos de concesión, ya sea de obras o de servicios, en los que no solo se debe designar un responsable de la ejecución del contrato sino que éste, salvo que la Administración designe una persona específica, tiene que actuar en defensa del interés general para obtener y verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad de la prestación.

Hay que hacer, y así lo entiendo, una valoración positiva de la nueva regulación en cuanto que el responsable de la ejecución del contrato me parece esencial para vigilar y asegurar su correcta ejecución debiendo, a mi juicio, darle el protagonismo que le corresponde, que va más allá de lo meramente formal, a efectos de conseguir que esa ejecución se corresponda con el objeto del contrato y, además, que se lleve a cabo en los términos pactados. Ese protagonismo pasa por designar adecuadamente al sujeto, sea persona física o jurídica, encargado de realizar esa función, que no puede ni debe serlo cualquiera sino alguien con conocimiento de la materia contractual y dotado de la independencia necesaria que requiere el ejercicio de su función. Será en

el pliego donde se concreten las facultades que tiene atribuidas debiendo tenerse en cuenta que, en ningún caso, pueden comprender las que la Ley asigna al órgano de contratación ni tampoco la de dictar actos administrativos por lo que su actuación se materializará, normalmente, en instrucciones hacia el contratista y propuestas hacia el órgano de contratación.

-El pago del importe de la revisión de precios.

El artículo 105 de la Ley se ocupa de regular la materia indicada debiendo resaltarse, respecto al contenido del artículo 94 del TRLCSP, **que ya no se prevé en la Ley la posibilidad, aunque fuera excepcional en la legislación anterior, de aplicar el importe de la revisión de precios en la liquidación del contrato.** El artículo 105 dispone, de manera clara, que el abono o descuento que produzca la aplicación de la revisión de precios se hará efectivo, de oficio, en la certificación o pago parcial tramitando, al comienzo del ejercicio, el correspondiente expediente de gasto. Solo los desajustes con este expediente de gasto se pueden hacer efectivos en la certificación final o en la liquidación del contrato.

La nueva redacción del artículo plantea la duda de si se va a mantener el criterio que hasta ahora se venía aplicando consistente, en lo esencial, en posibilitar la aplicación de la revisión de precios en la liquidación del contrato o, en su caso, en la certificación final (sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de Valladolid, de 27 de octubre de 2016, entre otras). La nueva regulación también puede afectar al inicio del plazo de prescripción del derecho o de la obligación que, hasta ahora (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2006), se venía considerando que se producía en el momento de formalizarse la liquidación del contrato.

-La modificación de los contratos.

Los artículos 203 a 207 de la LCSP se refieren a la modificación de los contratos administrativos introduciéndose alteraciones importantes respecto a la legislación anterior, que se pueden concretar de la siguiente manera:

1ª La nueva regulación se ubica, formalmente, en la parte de la Ley dedicada al cumplimiento de los contratos administrativos. El TRLCSP regulaba la modificación de los contratos en los artículos 105 a 108, que formaban parte del Libro I referido a la configuración general de la contratación del sector público. Este cambio de ubicación no tiene especiales consecuencias jurídicas aunque mejora la opción anterior. Se dice esto porque los contratos no administrativos, especialmente los privados llevados a cabo por entes del sector público que sean poder adjudicador y no sean Administración, van a estar sujetos, según luego se dirá y atendiendo a remisiones normativas contenidas en el artículo 319, a determinadas reglas sobre la modificación de los contratos.

2ª **Como ya se ha dicho, determinadas decisiones sobre las modificaciones de los contratos van a ser objeto del recurso especial** en los términos previstos en el artículo 44,2 de la LCSP resultando que, como también se ha dicho, en la legislación anterior quedaban expresamente excluidas.

3ª **El incumplimiento de las circunstancias y requisitos establecidos para la modificación de los contratos, concretamente lo dispuesto en los artículos 204 y 205 de la Ley, es causa de anulabilidad y no de nulidad** por así disponerlo expresamente el artículo 40 a). Sorprende lo dispuesto en este artículo porque, a mi juicio, no se corresponde con la importancia que se quiere dar a la regulación de la modificación de los contratos y con la trascendencia que ello tiene para garantizar el cumplimiento de las reglas de igualdad, libertad de concurrencia y transparencia. Creo que los incumplimientos de las normas que regulan la modificación de los contratos han de tener una consecuencia invalidante más allá de la mera anulabilidad debiendo haberse incluido, cuando se incumplen las normas para evitar una nueva licitación, como causa de nulidad de pleno derecho.

4ª **El contenido material de la regulación**, para comprender bien las modificaciones llevadas a cabo, hay que analizarlo teniendo en cuenta la regulación anterior.

Los artículos 105 a 108 del TRLCS regulaban, como se ha dicho, la modificación de los contratos, que, de manera resumida, se concretaba de la siguiente manera:

-Quedaban excluidas de esa regulación las modificaciones del contrato llevadas a cabo por sucesión en la persona del contratista, por cesión del contrato, por revisión de precios y por prórroga del plazo de ejecución.

-La modificación de contrato no podía tener por finalidad adicionar prestaciones complementarias a las contratadas ni tampoco ampliar el objeto del contrato para atender nuevas necesidades o cumplir con una prestación susceptible de tratamiento independiente. Cuando así ocurra había que hacer una nueva contratación.

-También había que llevar a cabo una nueva contratación cuando la modificación que se pretendía realizar no podía encuadrarse en el régimen jurídico aplicable.

-El régimen jurídico aplicable venía determinado en función de que la modificación se hubiera o no previsto en el pliego o, en su caso, en el anuncio de licitación.

En el supuesto de que la modificación se hubiera previsto en el pliego (documentación que rige la contratación) se aplicaba lo dispuesto en el artículo 106 del TRLCSP. En el pliego o en el anuncio de licitación había de preverse, de manera expresa, esa posibilidad indicando el porcentaje del precio del contrato que, como máximo, se puede modificar, las condiciones de la modificación, el procedimiento para llevarla a cabo y el alcance y límite de las modificaciones. Además, había que concretar

las circunstancias, verificables objetivamente, que debían concurrir para aplicar lo previsto en el pliego.

Las modificaciones no previstas en la documentación contractual podían llevarse a cabo si concurrían las circunstancias recogidas en el artículo 107 del TRLCSP. Debía de concurrir, y justificarse adecuadamente ese hecho, alguna de las siguientes: (1) inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades del contrato por errores u omisiones padecidos en las condiciones técnicas; (2) inadecuación del proyecto por circunstancias de tipo geológico, hídrico, medioambiental o de otro tipo siempre que se pongan de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y no fueran previsibles con anterioridad en condiciones normales o de buena práctica; (3) fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la ejecución de la prestación; (4) conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente siempre que se hayan puesto en el mercado con posterioridad a la adjudicación del contrato; y (5) necesidad de ajustar la prestación a necesidades técnicas, urbanísticas, medioambientales, de seguridad o accesibilidad aprobadas después de la adjudicación del contrato. Estas modificaciones no podían, en los términos señalados en el apartado 3 del artículo 107, alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato resultando que la modificación se debía limitar a introducir las variaciones estrictamente imprescindibles según la causa o razón que las determine. Se entendía que alteraba las condiciones esenciales de la licitación cuando la modificación representaba, en más o en menos y de forma acumulada, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato. Estas modificaciones estaban sujetas a un procedimiento específico en el que, necesariamente, hay que dar audiencia al autor del proyecto o al de las especificaciones técnicas cuando sea un tercero y al contratista.

La regulación actual, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 203 a 207 de la LCSP, tiene, en lo esencial, el siguiente contenido:

-Quedan fuera de la aplicación de los artículos citados las modificaciones del contrato que lo sean por alteración de la persona del contratista (por sucesión o por cesión del contrato), por aplicación de las normas sobre revisión de precios o por ampliación del plazo de ejecución.

-Fuera de esos supuestos, los contratos administrativos solo pueden modificarse por razones de interés público diferenciando si la modificación ha sido prevista en la fase de preparación y licitación del contrato (modificación convencional) o no ha sido así (modificación legal). En este último supuesto, es decir cuando no haya existido una previsión de la modificación, solamente se puede allear el contrato de manera excepcional y cumpliendo lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley.

-Cuando la modificación no pueda llevarse a cabo en los términos indicados, hay que resolver el contrato y hay que hacer una nueva

licitación y ello sin perjuicio de que el contratista tenga que adoptar las medidas necesarias para asegurar lo ejecutado.

-La modificación del contrato hay que formalizarla y publicarla no solo en el perfil de contratante sino también en el DUE cuando, en este último caso, la licitación se haya anunciado en ese Diario.

-Las mejoras, según lo dispuesto en el artículo 145,7 de la LCSP, no pueden ser objeto de modificación.

-Las modificaciones del contrato previstas en el pliego tienen el siguiente régimen jurídico:

1º El importe máximo, cuantificado de manera acumulada, es decir teniendo en cuenta las demás modificaciones ya aprobadas, no puede exceder del 20 por 100 del precio inicial.

2º Debe haber una previsión en el pliego sobre la modificación, que tiene que ser expresa y específica, y, además, hay que establecer las condiciones objetivas para comprobar que esa previsión concurre en el momento de aplicarla. El pliego también tiene que prever el procedimiento para llevar a cabo la modificación. En sentido negativo hay que señalar que la previsión en el pliego de la modificación del contrato no puede ser genérica ni abstracta

3º La modificación no puede suponer el establecimiento de precios unitarios nuevos respecto a los previstos en el contrato.

4º No pueden preverse en el pliego supuestos en los que, como consecuencia de la modificación contenida en el pliego, se desnaturalice la naturaleza global del contrato inicial entendiéndose que ocurre así cuando se sustituyen las obras, los servicios o los suministros por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. Cuando se sustituya alguna unidad de obra, de suministro o de servicio por otra no se altera la naturaleza global del contrato.

5º La modificación acordada según lo dicho es obligatoria para el contratista.

6º El cumplimiento de los requisitos anteriores no es disponible para las partes y, por lo tanto, no pueden ser objeto de negociación por lo que han de quedar fuera de la oferta del contratista y de los criterios a tener en cuenta para valorar y puntuar la misma.

-Las modificaciones del contrato no previstas en el pliego tienen el siguiente régimen jurídico (artículo 205):

1º El artículo 205 se aplica no solo cuando no se han previsto las modificaciones en el pliego sino también cuando las previstas no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley.

2º Tiene que concurrir una causa objetiva de las recogidas en el artículo 205 y, además, la modificación tiene que ser la imprescindible atendiendo a esa causa.

3º Las causas objetivas lo son por: (1) prestaciones adicionales; (2) circunstancias imprevisibles; y (3) modificaciones no sustanciales.

La modificación por prestaciones adicionales no incluidas en el contrato original se aplica, objetivamente, a los contratos de obras, servicios y suministros (no a los de concesión de obras o servicios) por ser los que expresamente se mencionan en el artículo 205,2 a) de la Ley debiendo concurrir, conjuntamente, dos requisitos: que no sea posible cambiar de contratista para ejecutar la prestación objeto de modificación por las razones que se indican en el propio artículo sin que como tal pueda entenderse la necesidad de celebrar una nueva licitación y que el importe de la modificación, aislada o conjuntamente con las demás que se lleven a cabo por cualquier causa de las previstas en el artículo 205 (no de las previstas en el artículo 204), no exceda del 50 por 100 del precio inicial del contrato. Hay que tener en cuenta, respecto a la imposibilidad de cambiar de contratista, que el artículo 166 de la Ley permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para la ejecución de prestaciones adicionales por lo que el cumplimiento del requisito indicado debe hacerse con todo rigor. La modificación a introducir por esta causa debe, en todo caso, ser la estrictamente necesaria e indispensable atendiendo a la razón que la motiva y justifica.

La modificación por circunstancias imprevisibles exige (1) que la circunstancia sea sobrevenida y, además, imprevisible atendiendo, siempre, al momento de la licitación; (2) que no se altere la naturaleza global del contrato; y (3) que el importe de la modificación, aislada o conjuntamente con las demás que se lleven a cabo por cualquier causa de las previstas en el artículo 205 (no de las previstas en el artículo 204), no exceda del 50 por 100 del precio inicial del contrato. Esta modificación, en ningún caso, puede alterar la naturaleza global del contrato inicial.

La modificación no sustancial exige, desde el punto de vista formal, justificar la necesidad y las razones por las que no se pudo contemplar en el momento de la licitación. Además, esa modificación no tiene que ser sustancial considerándose que ocurre así, es decir que es sustancial, cuando da lugar a un contrato de naturaleza diferente al inicial o cuando se cumple lo dispuesto en el apartado c) del artículo 205,2 de la Ley en el que se hace una regulación detallada de ello (que la modificación introduzca modificaciones que, de haberse conocido en la licitación, hubieran permitido la selección de candidatos diferentes; que la modificación altere el equilibrio económico del contrato; que la modificación amplíe, de manera importante, el ámbito del contrato; cuando el valor de la modificación suponga una alteración de la cuantía del contrato del 15 ó del 10 por 100, según se trate, respectivamente, de contratos de obras o de servicios y suministros; y que las obras, servicios o suministros se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, respecto del que ya se haya iniciado el procedimiento de contratación).

4º Debe seguirse el procedimiento específico del artículo 207 de la LCSP.

5º Las modificaciones del contrato son obligatorias para el contratista siempre que no excedan, aislada o conjuntamente, del 20 por 100 del precio inicial del contrato. En los demás casos, es necesaria una aceptación expresa y por escrito de manera que, de no ser así, se resuelve el contrato.

Si se comparan las dos regulaciones, la actualmente vigente y la anteriormente aplicable, se observan las siguientes diferencias:

1ª Desaparece la referencia a la prohibición de modificar el contrato para llevar a cabo prestaciones complementarias. Ahora, las prestaciones complementarias podrán ser objeto de la modificación del contrato según resulte de aplicar el régimen general.

2ª En la nueva Ley se hace una regulación más precisa del régimen jurídico aplicable a la modificación del contrato prevista en el pliego estableciendo un límite, el 20 por 100 del precio inicial del contrato, que antes no lo estaba. Este límite hace que estas modificaciones siempre sean obligatorias para el contratista.

3ª La nueva Ley también hace una regulación más precisa y detallada de las modificaciones no previstas en el pliego determinando las causas que las pueden justificar y concretando los supuestos que se incluyen en cada una de ellas. Para las prestaciones adicionales y la modificación por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, de manera conjunta y acumulada, se establece un límite cuantitativo del 50 por 100 del precio inicial del contrato. La modificación “no sustancial”, tiene un régimen más específico y se articula definiendo legalmente lo que es modificación sustancial atendiendo a la concurrencia de una o de varias condiciones de las reguladas en el artículo 205,2 c) de la Ley debiendo tenerse en cuenta que lo es, en lo que ahora importa, la que amplía de forma importante el ámbito del contrato y también aquella cuyo valor económico suponga, de manera acumulada, el 15 por 100 del precio inicial del contrato si es de obras ó el 10 por 100 de se precio si es un contrato de servicios o suministros. En la regulación anterior el límite era del 10 por 100 aplicable sobre el precio de adjudicación del contrato resultando que este límite afectaba a todos los supuestos del artículo 107,1 dado que se tenía en cuenta para determinar si se alteraban las condicione esenciales de la licitación de manera que producida esa alteración no podía llevarse a cabo la modificación del contrato siendo necesario realizar una nueva licitación.

4ª La regulación de la nueva Ley se refiere expresamente a los contratos de obras, servicios y suministros sin hacer una mención a los contratos de concesión, obras y servicios a los que se refiere la 2014/23/UE. Lo que se acaba de señalar no impide entender que a los contratos de concesión no se les aplique el régimen de modificación indicado aunque hay que tener en cuenta las peculiaridades recogidas en los artículos que regulan estos contratos. El artículo 262, referido al

contrato de concesión de obras, señala, en lo esencial, que el órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija y **concurran las circunstancias previstas en esta Ley**, la modificación de las obras así como su ampliación procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero. El artículo 290 de la Ley se refiere a la modificación del contrato de servicios y mantenimiento de su equilibrio económico disponiendo que la Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, **únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en los artículos 203 a 207** (Subsección 4ª de la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la Ley).

5ª Se establece un límite para obligar al contratista a aceptar la modificación del contrato, que es del 20 por 100 del precio inicial. Hay que tener en cuenta que este límite se va a aplicar también a otros contratos llevados a cabo por entes que sean poder adjudicador.

- Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral.

El artículo 201 de la LCSP representa una novedad respecto a la legislación anterior y supone una proyección de lo dispuesto en el artículo 1,3 de la Ley al ámbito de la ejecución del contrato. El artículo 1,3 citado exige incorporar a la contratación, de manera transversal y preceptiva, criterios sociales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato con la finalidad de hacer efectiva la llamada “Estrategia Europea 2020”. El artículo 201 de la LCSP hace efectiva la incorporación de esos criterios en la fase de ejecución del contrato exigiendo que el órgano de contratación adopte las medidas pertinentes para garantizar que el contratista cumpla con las obligaciones derivadas de la incorporación indicada.

Además, el artículo que se está analizando establece las consecuencias del incumplimiento de esas obligaciones, que se concretan en la imposición de las penalidades previstas en el artículo 192 (10 por 100 del precio del contrato por cada una hasta un máximo acumulado del 50 por 100). El artículo, de manera singular, se refiere al incumplimiento del contratista referido al retraso, que debe ser reiterado, en el pago de los salarios a los trabajadores y en la aplicación a éstos de unas condiciones de trabajo inferiores a las previstas en los Convenios Colectivos que puedan calificarse de graves y dolosas.

-Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental y de otro orden.

El artículo 212 del TRLCSP posibilitaba que los pliegos de condiciones pudieran establecer condiciones especiales de ejecución del contrato y penalidades por incumplimiento de las mismas. El artículo 64,2 se refería, como condición especial, al compromiso del licitador, luego contratista, de adscribir a la ejecución del contrato medios personales y materiales suficientes para ello y el artículo 118 asociaba el establecimiento de condiciones especiales a la compatibilidad con el derecho comunitario y a la concreción en el pliego y en el anuncio de

licitación enumerando, de manera indicativa, algunas de ellas (de tipo medioambiental, social, laboral...etc.). Es importante destacar que la Ley establecía la posibilidad aunque era el pliego el que la tenía que concretar de manera que sin esa concreción las condiciones especiales no tenían eficacia.

La LCSP refuerza la posición jurídica de las condiciones especiales de ejecución del contrato estableciendo una regulación más completa y detallada, que, en lo esencial, tiene el siguiente contenido atendiendo a lo dispuesto en el artículo 202:

1º Es necesario, como ocurría en la legislación anterior, que se establezcan en el pliego y se indiquen en el anuncio de licitación. Esta posibilidad, sin embargo, está más acotada en cuanto **se establece la obligación de incluir, al menos, una condición especial de las previstas en la Ley** (párrafo 2º del artículo 202,1).

2º Las condiciones que se establezcan **han de estar relacionadas con el objeto del contrato y ser compatibles con el derecho comunitario** sin que, en ningún caso, puedan ser, directa o indirectamente, discriminatorias.

3º **Se enumeran, de manera indicativa, algunas de las condiciones** de tipo medioambiental y de tipo social o relativas al empleo.

4º **El incumplimiento de esas condiciones especiales puede tener dos efectos siempre que así se establezca en el pliego.** Puede suponer simplemente la imposición de penalidades según lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley. También puede implicar, si en el pliego se les atribuye la condición de obligación contractual esencial, la resolución del contrato en los términos previstos en el artículo 211 f). Además, en el caso de que no se prevea como causa de resolución del contrato, el pliego puede considerar el incumplimiento como infracción grave que tenga como consecuencia la imposibilidad del empresario de contratar con entes del sector público (artículo 71,2 c)) aunque ello necesita un desarrollo reglamentario.

5º Las condiciones especiales y sus consecuencias son exigibles, por mandato legal, a los subcontratistas que participen en la ejecución del contrato.

6º Son condiciones de ejecución del contrato por lo que no pueden ser requisitos de solvencia ni actuar en la fase de preparación y licitación.

- La subcontratación.

El artículo 215 de la Ley se refiere a la subcontratación regulando los artículos 216 y 217 el pago a los subcontratistas y la comprobación de ese hecho. La Disposición Adicional 51ª de la Ley se refiere a la posibilidad de realizar, por parte del órgano de contratación, pagos directos a los subcontratistas. Esta regulación es mucho más completa y detallada que la contenida en el TRLCSP y responde a la finalidad de la Ley de facilitar el acceso a la contratación pública a las pequeñas y medianas empresas protegiendo su posición respecto al contratista

principal pudiendo destacarse, como más importantes, los siguientes aspectos:

1ª La subcontratación está sometida al cumplimiento de unas formalidades.

2ª La relación del subcontratista lo es con el contratista principal y no con la Administración contratante y, además, la subcontratación no altera la responsabilidad del contratista principal ni tampoco atribuye al subcontratista una acción directa frente al ente contratante por las obligaciones que haya contraído con él el contratista principal.

3ª No puede ser subcontratista del contratista principal la persona que esté inhabilitada para contratar con el sector público.

4ª La subcontratación deberá ser comunicada por el contratista principal a los representantes de los trabajadores del subcontratista atendiendo a lo que al respecto determine la legislación laboral.

5ª El subcontratista, como ya se ha dicho, queda obligado a cumplir las condiciones especiales de ejecución del contrato.

6ª Las condiciones de pago al subcontratista no pueden ser menos favorables que las establecidas en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre y, además, esas condiciones de pago no son renunciables no resultando aplicable, por lo tanto, el artículo 1110 del Código Civil.

7ª La Administración contratante podrá comprobar el cumplimiento de las condiciones de pago posibilitando la imposición de penalidades al contratista principal en caso de incumplimiento.

8ª En los pliegos se puede prever el pago directo al subcontratista siendo posible, en este caso, que el subcontratista ceda el crédito en los términos previstos en el artículo 220 de la Ley. Los retrasos que se produzcan en la relación del contratista con el subcontratista respecto a la conformidad del justificante de la ejecución de lo subcontratado a efectos de que la Administración pague su importe directamente al subcontratista no se tendrán en cuenta para cumplir los plazos de pago previstos en el artículo 198,4 de la Ley.

- Plazo de duración de los contratos y plazo de ejecución de la prestación.

El artículo 29 de la Ley deja muy claro lo que es la **prórroga del contrato**, que afecta al plazo y a la prestación contratada, **de la demora en la ejecución del contrato así como de la prórroga del plazo de ejecución de la prestación del contrato, que se mantiene inalterada, aunque se amplía el plazo para poderla llevar a cabo respecto al inicialmente previsto.** El artículo citado, además, posibilita que en los contratos de servicios que tengan por objeto servicios a personas en los que el cambio de prestador del servicio pueda repercutir negativamente el plazo de duración del contrato sea

superior al establecido legalmente siempre que sea necesario garantizar la continuidad del servicio personal.

2º RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PRIVADOS DE SERVICIOS Y A LOS CONTRATOS DE SUSCRIPCIÓN DE REVISTAS, PUBLICACIONES PERIÓDICAS Y BASES DE DATOS LLEVADOS A CABO POR LA ADMINISTRACIÓN.

El artículo 25,1 a) de la Ley considera que determinados contratos de servicios (los de seguros, los bancarios, los de espectáculo y otros) llevados a cabo por la Administración son privados. También son privados los contratos que celebre la Administración para suscribirse a revistas, a publicaciones periódicas y a bases de datos.

Estos contratos, en lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción, se rigen por el derecho privado cuando no estén sujetos a Regulación Armonizada (SARA). Cuando esa sujeción se produzca la aplicación del derecho privado queda **matizada en cuanto que a los efectos y extinción se les aplicará lo dispuesto en la LCSP respecto a la modificación de los contratos, cesión, subcontratación, condiciones especiales de ejecución y resolución (artículo 26,2, último párrafo, de la Ley).**

La Jurisdicción Contencioso-administrativa, siendo esta una **novedad de la Ley** que está orientada a potenciar el ámbito de actuación de ese orden jurisdiccional en el ámbito de la contratación pública, será la competente para enjuiciar, cuando los contratos indicados sean SARA, las cuestiones que se susciten respecto a la modificación por incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 204 y 205 de la Ley por entender que esa modificación debía ser objeto de una nueva licitación.

El resto de las controversias que surjan en la ejecución de estos contratos, sean o no SARA, serán enjuiciadas por el orden jurisdiccional civil (artículo 27, apartados 1 c) y 2).

3º RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El artículo 26,1 a) de la Ley califica como privados los **contratos que celebre una Administración Pública siempre que no sean administrativos, típicos o especiales, ni tampoco privados de los analizados en el apartado 2º anterior.** La ejecución de estos contratos, incluida la modificación de los mismos, se rige por el derecho privado (primer párrafo del artículo 26,2 de la Ley) **siendo el orden jurisdiccional civil el competente para conocer de las cuestiones que se susciten en esa fase de ejecución del contrato (artículo 27,2 de la Ley).**

4º EJECUCIÓN DE CONTRATOS LLEVADOS A CABO POR PODERES ADJUDICADORES QUE NO TENGAN LA CONDICIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Estos contratos, según lo dispuesto en el artículo 26,1 b) de la Ley, son siempre privados pudiendo, atendiendo al tipo de contrato y a su valor estimado, estar o no Sujetos a Regulación Armonizada (SARA).

La ejecución de estos contratos, sean o no SARA, estará regulada por el derecho privado (artículo 26,3 de la Ley). No obstante lo anterior **y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 319 de la Ley, les resulta aplicable, siempre que el objeto del contrato se corresponda con alguno de los regulados en la Ley, es decir obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios** (creo que es lo que resulta de la expresión utilizada por el artículo 26,3 de la Ley “cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley. Entiendo que ese ámbito es el que resulta de aplicar lo dispuesto en el artículo 12 y no el de aplicar lo dispuesto en el artículo 2), **lo previsto en los siguientes artículos de la Ley:** artículo 201 de la Ley (obligaciones en materia medioambiental, social o laboral); artículo 202 (condiciones especiales de ejecución); artículos 203 a 205 (modificación del contrato); artículos 214 a 217 (cesión y subcontratación); 218 a 228 (racionalización técnica de la contratación); y artículos 198,4, 210,4º y 243,1º (condiciones de pago del precio del contrato). Debe tenerse en cuenta que siempre será causa de resolución del contrato la imposibilidad de modificarlo según lo dispuesto en los artículos 204 y 205 así como la prevista en el artículo 211 i).

Lo que se acaba de señalar supone una novedad importante respecto a la legislación anterior en la que toda la fase de ejecución del contrato, salvo lo referido a la modificación, se regía por el derecho privado. Ahora, en la fase de ejecución del contrato, aún siendo privado, se aplican normas de derecho administrativa propias de los contratos de esta naturaleza aunque el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como se va a indicar a continuación, solo va a conocer de esa aplicación en lo que se refiere a la modificación del contrato.

El orden jurisdiccional civil será el competente, con carácter general, para conocer de las cuestiones que se susciten respecto al cumplimiento, efectos y extinción de este tipo de contratos, No obstante, conocerá el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, siendo esta una novedad de la Ley orientada, como ya se ha dicho, a reforzar la posición de este orden jurisdiccional en el conocimiento de las cuestiones que se susciten en la contratación pública, de las cuestiones que se planteen respecto a las modificaciones contractuales (no respecto a otras cuestiones en las que, según se ha dicho, se aplica la LCSP) cuando se cuestione la aplicación de lo dispuesto en los artículos 204 y 205 de la Ley y se entienda que la modificación

aprobada debía haber sido objeto de una nueva licitación (artículo 27,1 c) y 27,2 de la Ley).

En relación con lo señalado en el párrafo precedente hay que indicar que la modificación del contrato, cuando éste sea de los previstos en el artículo 44,1 de la Ley, es objeto del recurso especial no aplicándose, cuando no ocurra así, el recurso de alzada impropio al que se refiere el artículo 44,6 de la Ley dado que la modificación del contrato no puede ser considerada un acto dentro del “procedimiento de adjudicación”.

5º EJECUCIÓN DE CONTRATOS LLEVADOS A CABO POR ENTES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SEAN PODER ADJUDICADOR.

Estos contratos son privados aplicándose ese derecho, es decir el privado, a la ejecución de los mismos (artículo 26, apartados 1 c) y 4, de la Ley puesto en relación con el artículo 322 de la misma). La LCSP no se aplica para nada en la fase de ejecución del contrato, ni siquiera en lo que se refiere a la modificación del mismo, por lo que el orden jurisdiccional civil es el competente para regular las cuestiones que se susciten en esta fase de ejecución (artículo 27,2 de la Ley).

6º RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS SUBVENCIONADOS.

Los contratos subvencionados a los que se refiere el artículo 23 de la Ley son privados. La modificación de estos contratos, cuando sean SARA, está sujeta a lo dispuesto en los artículos 204 y 205 de la Ley siendo el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo el competente para conocer de las cuestiones que se susciten en el aspecto indicado (artículo 27,1 e) de la Ley). El artículo citado se refiere a la “modificación” de estos contratos lo que permite entender, aunque nada se dice de manera expresa al respecto, que les resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 204 y 205 citados.