

IDEAS PARA UNA TEORÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Cumplimiento por el contratista*. III. *Cumplimiento por la administración*.

I. INTRODUCCIÓN

Redacto estas líneas para contribuir a la memoria del Congreso Internacional de Derecho Administrativo. En un mundo turbulento y relativista como el de hoy su tarea se hace cada vez más necesaria.

Entiendo que los países iberoamericanos compartimos, al menos en los principios, un mismo ordenamiento jurídico-administrativo, activo que debemos conservar y afianzar por medio del conocimiento y el diálogo. Este trabajo, sin duda contribuye a ello. Siendo este el contexto he escogido el tema de los contratos administrativos porque entiendo que pertenece al núcleo esencial de ese ordenamiento común.

Las reflexiones que siguen parten de los datos legales y jurisprudenciales españoles,¹ pero he intentado hacer abstracción de los elementos coyunturales para expresar una síntesis que separándose de ese punto de

* Profesor titular de derecho administrativo en la Universidad de Vigo (España).

¹ En España regía la Ley de Contratos del Estado de 1965 (LCE) hasta que en 1995, atendiendo a la pluralidad de administraciones públicas surgidas del diseño constitucional de 1978, se aprobó una Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). Esta ley tuvo una serie de modificaciones a finales de los años noventa haciendo necesario, para clarificar el régimen que estaba disperso, refundir las normas vigentes. El fruto fue el Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) desarrollado por el Real Decreto 1098/2001 que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP).

partida pueda tener *mutatis mutandis* validez universal en los países de nuestro entorno.

II. CUMPLIMIENTO POR EL CONTRATISTA

Los contratos administrativos hacen nacer para el contratista dos obligaciones: a) la de realizar la prestación en el tiempo previsto; b) la de entregar exactamente la prestación pactada. Correlativamente, el contratista puede incurrir en dos tipos de incumplimientos. Puede realizar la prestación de un modo exacto, pero sin respetar el plazo total fijado o los plazos parciales señalados para la ejecución sucesiva o puede que, cumpliendo con los plazos establecidos, entregue una prestación que no coincida exactamente con la pactada.

1. *Incumplimiento de los plazos imputables al contratista*

A. *Caracterización del plazo en los contratos administrativos* ¿Cabe el cumplimiento en mora?

En la teoría general del cumplimiento de los contratos la demora en la ejecución de la prestación puede significar un supuesto de incumplimiento total y absoluto, cuando el plazo tiene carácter esencial, o constituir un caso de incumplimiento parcial, también denominado cumplimiento moroso. Esto último ocurre cuando, por no ser esencial el plazo del contrato, aun es posible cumplir el contrato si se realiza la prestación fuera de él. En este último caso el exceso temporal implica un incumplimiento, porque se faltó a una de las estipulaciones, pero no hace imposible el cumplimiento porque la realización morosa de la prestación aun es eficaz y útil.

Lo primero es, por tanto, sentar si en el ámbito de los contratos administrativos el término pactado para la realización de la prestación es o no esencial. El Tribunal Supremo y el Consejo de Estado reiteradamente han considerado los contratos administrativos como “negocios fijos” o “negocios a plazo fijo”, queriendo resaltar con ello el carácter esencial que en ellos tiene el plazo. Ahora bien, como la doctrina ha puesto de relieve, esta calificación jurídica no significa que por el vencimiento del plazo sin haber reali-

zado la prestación se haga imposible el cumplimiento del contrato.² En efecto, en muchas ocasiones, y esta reflexión es la que está a la base del artículo 95.3 TRLCAP, el cumplimiento en mora del contrato satisfará mejor el interés público que la resolución del contrato y la convocatoria de uno nuevo, que supondrá, sin duda, un retraso mayor. En conclusión, los contratos administrativos sólo son “negocios fijos” en la medida que esta calificación jurídica sea compatible con el cumplimiento relativo o en mora del contrato.

La esencialidad del plazo se manifiesta en que su incumplimiento hace nacer en la administración pública una serie de prerrogativas como son la de resolver el contrato o la de, manteniendo vivo el contrato, imponer penalidades al contratista para incentivar el cumplimiento en mora. En esta línea la ley española —95.3 TRLCAP— dice que “Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades dia-rias”³.

En este momento cumple hacer tres consideraciones de principio que entendemos deben regir con carácter universal cuando se trata del cumplimiento moroso de un contrato administrativo:

- a) Aunque no lo reconozca expresamente la ley, la administración contratante podrá, si así lo considera más conveniente para el interés público —que no es otro que la rápida realización de la prestación comprometida— optar por la mera tolerancia, esto es, por esperar a que cumpla el contratista sin imponerle ninguna penalidad. A esta conclusión nos conduce ese criterio de flexibilidad y moderación en

2 Véanse, por su especial interés, López-Font Márquez, F., “El término en el contrato administrativo de obra”, *RAP*, Madrid, núm. 97, 1982, pp. 207 y ss.; y García-Trevijano Garnica, E., “Consideraciones sobre el plazo en los contratos administrativos de obra”, *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 469 y 470. Incluso el único efecto que, según estos autores, necesariamente producía el vencimiento del plazo, esto es, la imposibilidad de acogerse a la revisión de precios, la legislación actual lo ha modulado como se expone en esta misma obra, en el comentario al artículo 107.

3 Acerca de la configuración de las penalidades en la ley española pueden verse las reflexiones contenidas en Hernández Corchete, J. A., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, en García Macho, R. (dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 458 y ss. sobre todo 463-465.

la aplicación de los conceptos que el Consejo de Estado propugna para evitar caer en resultados absurdos.⁴

- b) Que la ley confie la opción entre las dos alternativas al libre criterio de la administración contratante no justifica decisiones arbitrarias, pues la arbitrariedad de los poderes públicos, en cualquiera de sus formas, está proscrita por su posición institucional. En España es la propia Constitución la que afirma —artículo 9.3— “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” y —artículo 103.1— que “la administración sirve con objetividad los intereses generales”.

En fin, la administración contratante tiene un amplio margen de apreciación a la hora de decidir si, vencido el plazo estipulado sin haber recibido la prestación, resuelve el contrato, impone penalidades al contratista a modo de incentivo o aplica la mera tolerancia. Pero este margen no es absoluto, pues la decisión debe estar guiada por el mejor servicio al interés público, que en este caso es la más rápida realización de la prestación.

- c) Distinto de que la administración contratante, ante el incumplimiento del plazo estipulado, pueda optar por resolver el contrato, por imponer penalidades incentivadoras al contratista o por la mera tolerancia con la vista en el horizonte del más rápido cumplimiento, el cumplimiento moroso implicará normalmente unos daños para el contratante, el cual esperaba una prestación en un determinado tiempo y no la obtuvo sino más tarde. Esos daños son, cabalmente, indemnizables por el contratista. Resulta obvio, pero nunca está demás insistir, que en este contexto las penalidades impuestas y la indemnización de los daños es perfectamente compatible.

⁴ Véase, Consejo de Estado, Dictamen 2268/98, p. 41, citando en su *Memoria de 1983*, “...el Consejo de Estado entiende, con sensibilidad y realismo, lo que en la práctica es el desarrollo de una relación contractual y como, a veces, cierto grado de ductilidad puede servir al interés público mejor que un excesivo rigorismo capaz, en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa”.

B. *Naturaleza jurídica de las penalidades por demora.*
¿Liquidación a priori de daños, sanción o incentivo
al más rápido cumplimiento?

Es pacífico que las penalidades por demora no admiten ser reconducidas a la figura de la cláusula penal tal como opera en el derecho privado. No tienen, en palabras de Juristo Sánchez, “una simple función liquidatoria que permite establecer previamente el importe del daño, ni mucho menos se concibe(n) como facultad del deudor que le permita liberarse de su obligación pagando la pena”.⁵

La doctrina entiende, por el contrario, que se trata de auténticas manifestaciones de la potestad sancionadora⁶ con lo que no pueden ser impuestas sin respetar las exigencias derivadas del artículo 25 de la CE y, en especial, sin seguir el procedimiento específicamente previsto por la ley para la imposición de sanciones.

Sin embargo, hay una jurisprudencia, que no se puede decir que sea aislada,⁷ que se separa en una parte sustancial de este planteamiento doctrinal. Así, en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la STS del 6 de marzo de 1997 (RJ 1997/1663) se puede leer:

El procedimiento sancionador previsto en los artículos 133 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo ...no resulta de aplicación al presente caso, en el que se discute sobre la multa o penalidad que, en el

⁵ Juristo Sánchez, R., *El contrato de obra pública*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 259 y 260. Son varias las razones que avalan esta conclusión: a) como el mismo autor, *ibidem*, dice: “La administración no tiene autonomía para configurar la cláusula convencional, pues su contenido es reglado, tanto en orden a la penalidad como a la cuantía de su liquidación”; b) el artículo 139.2 afirma: “La aplicación y el pago de estas penalidades no excluye la indemnización a que la administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista”. Domínguez-Berrueta de Juan, M., “Garantías en el cumplimiento contractual: penalidades y *estipulatio penae*”, *RAP*, Madrid, núm. 104, 1984, pp. 43 y ss., pone de relieve que la administración puede pactar, respecto a esos “daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista”, una auténtica cláusula penal tal como se conoce en derecho privado, distinta de las penalidades previstas *ex lege* para el caso de incumplimiento del plazo.

⁶ Por todos, Suay Rincón, J., “La ejecución del contrato administrativo”, en Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 398, con especial atención a la bibliografía ahí citada.

⁷ Aparte de la sentencia que se cita en el texto, véanse la del 30 de octubre de 1995 (RJ 1995/7885) y la del 9 de febrero de 1998 (RJ 1998/865).

seno de la contratación administrativa, permite a la administración pública ejercer facultades de coerción sobre los contratistas para una correcta ejecución del contrato.

La naturaleza jurídica de estas penalidades, que constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual ha sido discutida en sede doctrinal siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la administración contratante. En el presente caso, la parte apelante reconoce que el Pliego de Condiciones del contrato de prestación de servicios en litigio contiene el sistema de multas que se ha aplicado, por lo que es claro que nos encontramos ante sanciones previamente pactadas entre las partes, a semejanza de la multa convencional del artículo 1152 del Código Civil (CC), aunque la multa convencional no ostente en la contratación administrativa las finalidades que cumple en la esfera civil de pena convencional que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (artículos 1152.1 y 1153.2 CC) ni lo que la doctrina privatista ha denominado “dinero de arrepentimiento”(artículo 1153.1 CC).

Precisamente por la naturaleza que se acaba de expresar, la Sentencia de esta Sección de 30 de octubre de 1995 ha declarado ...que cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el Pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, por lo que no es procedente aplicar a su imposición el procedimiento sancionador legalmente establecido al efecto.

De esta sentencia se desprenden las siguientes notas definitorias del régimen jurídico de las penalidades por demora: a) no desempeñan una función liquidatoria *a priori* de los daños y perjuicios ni sustitutoria del cumplimiento del contrato; b) tampoco son verdaderas sanciones en sentido estricto porque, según la sentencia, se integran dentro los poderes de dirección, inspección y control de la administración contratante y pueden ser impuestas sin seguir el procedimiento sancionador legalmente previsto.

Independientemente de la exégesis de esta sentencia,⁸ que debe tener en cuenta las circunstancias concretas del ordenamiento español, quere-

⁸ Se debe tener en cuenta que todas las sentencias de este tenor se refieren al contrato de gestión de servicios públicos, en el cual, excluyendo el artículo 155.5 TRLCAP la aplicación del artículo 95.3 de la misma norma, sólo hay penalidades por demora si así se estipulan en el pliego de condiciones (salvo que se recojan en el reglamento del servicio) con lo que, en opinión de la jurisprudencia, se puede hablar de “sanciones previamente

mos hacer una reflexión que sirva para construir una teoría general. Esta reflexión parte necesariamente de identificar el interés público en esta materia concreta de los contratos administrativos, el cual debe presidir todas las decisiones de la administración. Si la idea fuerza en los contratos administrativos es lograr la más temprana realización del objeto pactado en las penalidades, que la ley permite que se impongan al contratista moroso, deben configurarse como incentivos, que hagan al contratista más interesante cumplir que seguir incumpliendo, no como sanciones ni como instrumento de liquidación apriorística de daños.

2. Incumplimiento de los plazos no imputable al contratista.

La prórroga de los contratos administrativos

Cuando el contratista no realiza la prestación comprometida en plazo por motivos que no le son imputables tiene derecho a que la administración contratante le conceda una prórroga del plazo equivalente al retraso originado por las circunstancias ajenas a su voluntad.⁹ Y si entrega lo debido dentro del

pactadas". Y no queda claro en las sentencias si la no necesidad del procedimiento sancionador legalmente previsto deriva de dicho pacto, en cuyo caso sólo es referible a aquellos contratos de gestión de servicios públicos donde la posibilidad de imponer penalidades deriva del pliego de condiciones, o de su naturaleza jurídica —“medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación ...siendo subsu-mid(o) en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la administración contratante”— supuesto en el cual sería de aplicación general a todos los contratos administrativos.

Parece preferible entender, aun a costa de separarnos de la doctrina más autorizada, que la mezcla de planteamientos obedece a una idea poco clara del juzgador, pues en puridad la improcedencia del procedimiento sancionador como vía para imponer penalidades por demora deriva de que éstas no son verdaderas sanciones. Y así lo confirma, aunque sea como *obiter dicta*, el TC en su sentencia 164/1995, del 13 de febrero.

9 Para España véase el artículo 96.2 TRLCAP que dice que “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”.

Es opinión pacífica, *cfr.* por todos Suay Rincón, J., *op. cit.*, nota 6, p. 401, que la concesión de la prórroga no es discrecional sino reglada por lo que, solicitada en tiempo y forma, el contratista tiene un verdadero derecho subjetivo a obtenerla. Según el artículo 140.3 RGCE, se entiende que renuncia a él cuando deja pasar el plazo reglamentariamente previsto sin pedirla, “quedando, en ese caso, facultada la administración para conce-

tiempo de la prórroga se reputará a todos los efectos que ha cumplido temporáneamente, que no ha habido incumplimiento de ningún tipo.¹⁰

Entiendo que en esta sede, al efecto de elaborar una teoría general del cumplimiento del contratista, deben ser destacados tres asuntos.

A. Ambigüedad jurisprudencial

La jurisprudencia,¹¹ incluso dentro de la misma sentencia, usa el término prórroga en referencia a los contratos públicos de un modo ambiguo. En ocasiones lo utiliza en el sentido propio a que se refiere el artículo 96. En otras, sin embargo, lo desnaturaliza, pues con él alude a los supuestos en que, existiendo un retraso imputable al contratista, se le concede una ampliación de plazo, con o sin imposición de penalidades. Esta ambivalencia del término prórroga no hace sino sembrar confusión e inseguridad jurídica, pues obliga al operador jurídico a desplegar un esfuerzo de interpretación para discernir cuál es el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este punto.

B. Dos instituciones distintas con idéntico nombre: la prórroga en el contrato de obra y la prórroga en el resto de los contratos

En el *contrato de obra* la prórroga interviene en los casos en que circunstancias no imputables al contratista hagan imposible el cumplimiento en tiempo para prolongar dicho plazo, posibilitando así el cumplimiento regular del contratista, que, de este modo, no incurre en mora ni sufre los efectos que ésta comporta. Esta prórroga *supone una nueva oportunidad de realizar en tiempo las prestaciones ya debidas a cambio de la contraprestación ya pactada*.

der, dentro del mes último de vigencia del contrato, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el artículo 138”.

¹⁰ Ello comporta básicamente que el contratista no incurrió en mora y, por tanto, que no surgen en mano de la administración las prerrogativas previstas por el artículo 95 y que el contratista puede beneficiarse de la revisión de precios.

En cuanto a esto último, debemos recordar que la jurisprudencia, salvo excepciones, ha venido exigiendo y todavía hoy exige para que la revisión de precios sea aplicable el cumplimiento regular del contrato. Sobre las modulaciones de este requisito y acerca de la normativa legal actual, que acoge una solución distinta, véase el comentario al artículo 107.

¹¹ Véase, por todas, la STS del 30 de septiembre de 1999 (RJ 8329/1999).

En cualquiera de las técnicas que se agrupan bajo la denominación de *contrato de gestión de servicios públicos* la expiración de su duración, por principio, pone fin a las prestaciones comprometidas, por lo que la prórroga no puede desempeñar una función similar a la anteriormente descrita. En efecto, la prórroga del plazo del contrato en este caso, a diferencia del otro, hace nacer la obligación de realizar nuevas prestaciones a cambio de una contraprestación también nueva. Se trata, a todas luces, de un nuevo contrato, debiendo extremarse las precauciones para que la prórroga del plazo no se convierta en un modo de adjudicar un contrato sin publicidad y sin competencia entre licitadores. Y esta misma función, *mutatis mutandis*, siendo necesario, por tanto, las mismas cautelas, es la que desempeña la prórroga del plazo en los contratos de servicios y, por regla general, en los de suministros.

Se puede concluir, por tanto, que una y otra prórroga sirven a objetivos diametralmente distintos y que merecen ser consideradas instituciones independientes que obedecen a principios propios difícilmente intercambiables. En esta línea, por lo que se refiere al contrato de gestión de servicios públicos, se sitúa el artículo 155.5 TRLCAP, al declarar inaplicable al contrato de gestión de servicios públicos el artículo 96 que ahora comentamos, y el artículo 157 TRLCAP, al establecer que se fijará necesariamente su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, precepto este último que ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹² y, de un modo constante, por la JCCA¹³ en el sentido de que el contrato de gestión de servicios públicos no puede ser objeto de más prórrogas que las que estén expresamente previstas en él. En cuanto a los contratos de servicios y de suministros esta preocupación por que las posibles prórrogas estén previstas en el contrato, se concreta si bien que de un modo menos exigente, en el artículo 67.1 al que haremos referencia más adelante.

C. Prórrogas tácitas

De los artículos correspondientes de la Ley de Contratos (sea la LCE de 1965, sea la LCAP de 1995) y del RGCE de 1975 se desprende que la prórroga del plazo debe ser concedida expresamente. Sin embargo, desde fina-

12 Véase, por todas, la STS del 2 de abril de 1996.

13 Véanse los informes 18/97, del 14 de julio, 38/98, del 16 de diciembre, 47/98, del 17 de marzo de 1999, y 9/99, del 30 de junio.

les de los años setenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado,¹⁴ prefiriendo una interpretación flexible a otra más literal para evitar que la aplicación de la norma condujera a situaciones contrarias a la lógica más básica, admitió en ocasiones la concesión tácita de la prórroga en el contrato de obra.

Interesa en este momento la STS del 1o. de marzo de 1991 (RJ 2502/1991)—porque muestra el transfondo constante de la revisión de precios¹⁵ y porque resalta el valor interpretativo de la conducta de ambos sujetos de la relación, en especial la buena fe del contratista conectándola con el principio de protección de la confianza legítima—, que en su FJ 3 afirma:

El conflicto que se suscita en orden a la prevalencia de los principios de “legalidad” y de “seguridad jurídica”, ambos garantizados por el artículo 9.3 de la Constitución, en relación a la conformidad a derecho y efectos de los actos formalmente producidos por la administración pública, tiene primacía aquél último —seguridad jurídica—, cuando concurre la circunstancia propia de otro que, aunque no extraño a la “bona fides” que informa a nuestro Ordenamiento Jurídico, ha sido acuñado por reiteradas sentencias del TJCE, de la que España forma parte y también asumido por la juris-

¹⁴ Véase una amplia referencia a una y a otra en García-Trevijano Garnica, E., *op. cit.*, nota 2, pp. 473 a 476, que, en resumen, sostiene: a) no se puede *a priori* indicar los casos en que procede la prórroga tácita. Será necesario verificar por supuesto el significado de las conductas del contratista y de la administración contratante dentro de su contexto, valorando sobre todo la buena fe de aquél; b) la recepción por la administración de las prestaciones realizadas con retraso sin haber impuesto penalidades ni haber incoado expediente de resolución del contrato no supone necesariamente la concesión tácita de una prórroga. Y ello porque, expirado el plazo contractual la administración puede adoptar aun una tercera posición distinta del otorgamiento tácito de una prórroga: la mera tolerancia, esto es, esperar a que el contratista cumpla el contrato sin imponerle penalidades por la demora. El cumplimiento así producido es un cumplimiento en mora derivándose de él los efectos propios de ésta; c) Lo normal es que la prórroga concedida de un modo tácito haya sido solicitada por el contratista antes del vencimiento del contrato. Ahora bien, también se puede entender concedida esta prórroga, si así resulta de las circunstancias del caso, cuando la solicitud haya sido posterior al vencimiento del plazo o sin que haya habido una solicitud expresa o, incluso, concurriendo una denegación expresa.

El Consejo de Estado, en su *Memoria 1990*, resume su doctrina legal sobre este extremo de la década anterior.

¹⁵ El tema subyacente era, a menudo, la revisión de precios. En efecto, si se entendía concedida la prórroga el cumplimiento no se producía en mora y, por consiguiente, el contratista no perdía el derecho a beneficiarse de la revisión de precios. Véase STS 29 de marzo de 1988 (RJ 2492).

prudencia de esta Sala que ahora enjuicia en numerosas sentencias de las que son una muestra las del 28 de febrero de 1989 (RJ 1989/1458) y 1 de febrero de 1990 (RJ 1990/1258), entre otras; que consiste en el denominado “principio de protección de la confianza legítima” al que tiene derecho todo ciudadano en sus relaciones con la administración, no tan sólo porque se produzca en el mismo cualquier tipo de convicción psicológica, sino únicamente cuando la creencia del ciudadano se basa en signos o actos externos, que la administración produce, lo suficientemente concluyentes para inducir razonablemente a aquél a realizar u omitir una actividad que directa o indirectamente habría de repercutir en su esfera patrimonial o sus situaciones jurídicas individualizadas.

En el supuesto de actual referencia, cumplida por la entidad constructora su carga procedural de presentar ante la administración su solicitud encaminada a obtener su derecho a una segunda prórroga del plazo de terminación de las obras cuestionadas, cumpliendo asimismo con todas las formalidades que el artículo 140 RGCE determina; confiada en que los hechos en que fundaba su petición eran reconocidos favorablemente por la Dirección Técnica de las Obras —que por lo establecido en el contrato la administración designa e impone—, unido a que por parte de esta última, no se exigió ni excitó a la constructora el cumplimiento a ultranza del plazo en principio convenido, ni se inició actuación alguna reveladora de su intención de exigir por ello penalidad alguna, ni para proceder a la resolución del contrato con todas las medidas inherentes a la misma, todo ello lo estipulado en la adjudicación; era razonable pensar que la entidad constructora confiando en que, cuando menos tácitamente, se le concedía la prórroga solicitada, continuara las obras para terminarlas dentro del plazo así prorrogado; siendo impensable, desde el punto de vista razonable y de buena fe, que luego la administración habría de fundarse en la falta de un otorgamiento expreso y formal de la prórroga, utilizando el instituto del silencio administrativo, con clara vulneración del deber de resolver expresamente que le imponen el artículo 140 RGCE y el artículo 94.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para luego con base exclusivamente en ello, denegar la revisión de precios reclamada por la entidad F. O. C., S. A.

Estando así las cosas el legislador ha venido a sembrar la confusión, pues el nuevo artículo 67.1 TRLCAP exige que en el expediente de contratación se haga constar el “plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga, sin que pueda prorrogarse el contrato por el consentimiento tácito de las partes”. Si tenemos en cuenta que el ar-

título 67, por estar en el Libro I y porque lo dice expresamente, es aplicable “a los contratos cuya adjudicación se rige por la presente Ley” no podemos concluir, en lo que aquí interesa, sino que el legislador ha querido prohibir las prórrogas tácitas en los contratos de obra. Si así fuese el nuevo artículo 67.1 sería contrario al principio comunitario —configurado como tal por la jurisprudencia del TJCE— de la protección de la confianza legítima,¹⁶ que, como hemos visto, en opinión del TS puede fundar la concesión tácita de una prórroga del plazo en el contrato de obras.

Para salvar esta contradicción es necesario hacer una interpretación del artículo 67.1 TRLCAP que, en este punto, excluya de su aplicación el contrato de obras. Para esto debemos recordar lo dicho anteriormente acerca de que bajo la denominación de prórroga del plazo de los contratos públicos se han construido dos figuras distintas de principios propios y difícilmente intercambiables para, a continuación, sostener que el artículo 67.1 se refiere solamente a la segunda de esas prórrogas. De este modo la obligación de hacer constar el “plazo de duración del contrato y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga, sin que pueda prorrogarse el contrato por el consentimiento tácito de las partes” que establece el 67.1 queda referida exclusivamente a los contratos de gestión de servicios públicos, de suministros y de servicios con la finalidad de evitar que por medio de la prórroga del contrato se defraude el principio de libre competencia, que es la piedra angular de la construcción del sistema de contratos públicos. Este problema también puede hacerse presente en el contrato de obras, pero entonces adopta, no la ropa de la nuda prórroga del plazo, sino la forma de los reformados de obra por lo que remito su estudio al comentario al artículo 101.

Finalmente, este inciso del artículo 67.1 supone también que cuando las prórrogas estén previstas en el contrato sólo serán efectivas si media mutuo acuerdo, que en ningún caso va ser admisible la tácita reconducción propia del derecho privado.¹⁷

¹⁶ En cuanto a este principio, ver, originariamente, García Macho, R., “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *REDA*, Madrid, núm. 56, 1987, p. 563, y, más recientemente, Castillo Blanco, F., *La protección de confianza en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

¹⁷ También en este punto el legislador recoge una preocupación presente previamente en la jurisprudencia. Véanse recientemente las STS del 10. de diciembre de 1998 (RJ 10437/1998) y del 21 de septiembre de 1999 (RJ 7922/1999).

3. *Incumplimiento objetivo*

Puede darse que el contratista entregue la prestación dentro de los plazos estipulados, pero que lo dado no se corresponda exactamente con lo que debía. Entonces hay un incumplimiento que no afecta al plazo sino al objeto del contrato.

Es común que las legislaciones de contratación pública prevean que este cumplimiento inexacto es una de las causas de resolución del contrato. Surge aquí la primera cuestión ¿Cualquier inexactitud, por pequeña que sea, da lugar al incumplimiento que habilita a la administración para resolver? Parece evidente que no puede ser así.

Entonces surgen varias preguntas. La primera es ¿Qué circunstancias hacen que el cumplimiento inexacto constituya un incumplimiento suficiente para que se pueda optar por la resolución? Para contestar a esta pregunta vamos a acudir a la práctica judicial que es la que tiene mayor contacto con las circunstancias concretas de los asuntos. Afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (STS del 1o. de octubre de 1999) que:

- a) A los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución lo determinante debe ser que se afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación.¹⁸
- b) En cuanto a los temas de si es exigible una especial rebeldía en la conducta de incumplimiento, y de si podría evitar la resolución contractual la mediación que en dicho incumplimiento hubiera podido tener un tercero, ligado al contratista pero ajeno a la administración, es de aplicar la jurisprudencia sentada por la Sala Primera de este Tribunal Supremo sobre resolución contractual por incumplimiento.

En ella se resalta el abandono del matiz subjetivista, y la suficiencia, para aceptar tal incumplimiento, de que se haya producido un hecho obstaculizador al fin normal de contrato, frustrante de las legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido con el vínculo contractual. Y se resalta que no es preciso una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando que al

¹⁸ Véanse, desde el ángulo inverso, las STS del 20 de septiembre de 1983 (RJ 4522/1983) y del 8 de marzo de 1986 (RJ 2309/1986) que no aprecian la concurrencia de causa de resolución porque allí sólo hubo un incumplimiento muy parcial del contrato que no se tradujo en la falta total de la realización de alguna de sus prestaciones básicas.

incumplidor pueda atribuirse una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó.¹⁹

La segunda pregunta sería, ¿tiene la administración contratante algún modo de reaccionar frente al cumplimiento inexacto que, por ser de poca entidad, no se considera incumplimiento del contrato a los efectos de poder resolverlo? La respuesta, entiendo yo, que tiene que ir ligada con la correlativa obligación de la administración contratante de pagar la prestación realizada. En efecto, es lugar común en las legislaciones de contratos públicos que se declare el derecho del contratista al abono de la prestación *realmente* realizada.²⁰ Si la prestación sólo se realiza parcialmente el contratista tendrá derecho a percibir solamente la parte del precio correspondiente, sin perjuicio de que, además, tenga que indemnizar los daños que su falta de exacto cumplimiento hayan podido causar.

Queda aun una tercera cuestión básica, ¿qué puede hacer la administración contratante frente a un supuesto de incumplimiento? Las legislaciones de contratación pública coinciden en prever la posibilidad de *resolver* el contrato. Algunas, como la española,²¹ admiten expresamente, y a mi juicio con acierto, que la administración contratante, dejando vivo el contrato, opte por impulsar la realización exacta de la prestación mediante la *imposición de penalidades* al contratista.

Tal y como expusimos razonadamente en relación al incumplimiento del plazo estas penalidades operan una función incentivadora y no sustituyen la indemnización de los daños causados a la administración por el incumplimiento del contratista.

19 Otras sentencias que recogen esta misma doctrina son las del 8 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7891) y del 14 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9972). De esta última sentencia, interesa destacar esta afirmación: "...el vendedor no puede escudarse en el incumplimiento de la contrata respecto a él, porque le es imputable frente al comprador por haberla elegido, es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades sujetas a su control, no externo, imprevisible o inevitable (fuerza mayor)...".

20 Véanse en España el artículo 99.1 TRLCAP ("el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato y con arreglo al precio convenido"). Aunque ya no está vigente, es de interés el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 que afirmaba que "el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente execute...".

21 Véase el artículo 95.6 TRLCAP, que dice que "Cuando el contratista por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares".

Acerca de la posibilidad de que la administración contratante pudiera decidirse en casos de incumplimiento por la *mera tolerancia* y, sobre si hay algún criterio jurídico que deba guiar esa elección y cuál es este parámetro sirvan igualmente las consideraciones expuestas al apreciar en este mismo trabajo el incumplimiento del plazo.

No podemos dar por terminadas estas reflexiones orientadas a precisar los contornos de la noción de incumplimiento sin *deslindar los supuestos de incumplimiento del contrato de aquellos en que concurre un vicio de nulidad del mismo*. Tomemos como guía en esta tarea a la reciente sentencia del Tribunal Supremo español del 20 de abril de 1999 (RJ 4636/1999). Se trata de un contrato de asistencia técnica, cuyo pliego de prescripciones técnicas exigía que el contratista estuviese en posesión del título de ingeniero agrónomo o de ingeniero de caminos. Este contrato fue resuelto por la administración argumentando incumplimiento del contratista al advertir, a partir de la circunstancia de que los proyectos presentados iban sin firma ni visado, que el contratista sólo estaba en posesión del grado medio de ingeniero técnico agrícola. La sentencia dictada en primera instancia por el TSJ de La Rioja el 19 de octubre de 1992 afirmó que la falta de la titulación requerida al contratista no constituye incumplimiento de las obligaciones que éste había contraído, sino un vicio obstativo a la validez de los contratos, pues según 44.b) RGCE “el órgano de contratación no debería haber realizado la adjudicación o la hubiera debido hacer a favor de distinto empresario”. El TS, en casación, confirma esta sentencia, pudiendo leerse en su FJ 3:

...que no es imputable al contratista ninguna causa de incumplimiento que facultara a la administración para ejercitar la facultad resolutoria... siendo la administración, como reconoce la sentencia impugnada en este punto, la que debió proceder a realizar la adjudicación a técnico competente y, en su defecto, si, como sucedió, no existía más que un posible adjudicatario, debió declarar desierto el concurso.²²

4. *El principio de riesgo y ventura*

Otra de las constantes en las legislaciones de contratación pública es la afirmación de que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de los supuestos de fuerza mayor.

22 En este caso el TS niega en el FJ 4 que el contratista deba perder la fianza sobre la base de una interesante argumentación acerca de la compensación de culpas.

Revisando el extraordinario artículo que García de Enterría²³ publicó bajo el título *Riesgo y ventura y fuerza mayor en los contratos administrativos*, allá por 1950 queda claro que en el ámbito contractual no se debe confundir la teoría de los riesgos con la teoría del incumplimiento. La primera se ocupa de establecer cuál de las dos partes contratantes corre con el riesgo de que, por cualquier circunstancia preexistente o sobrevenida, la ejecución de las prestaciones pactadas resulte más onerosa de lo pensado en un principio. Y, en consecuencia, de qué acontecimientos extraordinarios, agrupados bajo el concepto de “fuerza mayor”, rompen el principio del riesgo y ventura. La segunda persigue determinar cuándo el incumplimiento de las prestaciones pactadas es imputable al obligado a prestarlas, que deberá indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. Y, por consiguiente, en qué casos, también calificados como fuerza mayor, no se produce esa imputación, de modo que no habrá lugar a exigir ninguna indemnización al obligado por la obligación incumplida. Pues bien, tratándose de vicisitudes contractuales distintas, es intuitivo que el concepto de fuerza mayor no abarca las mismas circunstancias cuando aparece en uno o en otro ámbito.

Antes de entrar a verificar estas diferencias debemos resaltar un punto oscuro común a ambos ámbitos. En efecto, a pesar de las vacilaciones jurisprudenciales,²⁴ tanto la imputabilidad o no del incumplimiento al contratista co-

²³ García de Enterría, E., “Riesgo y ventura y fuerza mayor en los contratos administrativos”, *RAP*, Madrid, núm. 2, 1950, pp. 83 y ss.

Véase, en cuanto a los orígenes históricos de la fuerza mayor y al seguimiento que ha tenido el novedoso planteamiento que hace García de Enterría en ese artículo, Villar Palasí, J. L. y Villar Ezcurra, J. L., “Fuerza Mayor”, en Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 675 y ss. *Cfr.* de los mismos autores, también sobre el principio de riesgo y ventura, pero desde una óptica presupuestaria, “El principio de riesgo y ventura”, *ibidem*, pp. 427 y ss.

²⁴ Véase, por todas, STS del 24 de septiembre de 1999 (artículo 10014/2000) que dice en FJ 3 “La casación del proceso contencioso administrativo no es cauce adecuado para la revisión de las apreciaciones fácticas que, tras la valoración de las pruebas practicadas en el proceso, haya realizado la Sentencia de instancia ... No hay pretensión de revisión de hechos cuando lo postulado es solo negar virtualidad jurídica a unos acontecimientos concretos los que no hay controversia entre los litigantes en orden a los exactos términos en que se produjeron. Ni tampoco cuando lo que se denuncia es que el Tribunal de instancia omitió hechos, trascendentales para resolver el litigio, sobre los que hubo coincidencia en los escritos de alegaciones de todas las partes litigantes. En este último supuesto, más que de revisión fáctica de lo que se trata es de corregir el posible incumplimiento, por

mo la decisión sobre si concurre o no un supuesto de fuerza mayor que excluya el principio de riesgo y ventura no es una cuestión de hecho sino de derecho y, por consiguiente, revisable en casación por el TS. Ciertamente la fijación de los hechos es tarea exclusiva del juez de instancia, pero el significado jurídico de los hechos fijados por éste es algo diferente que cae dentro del alcance de la revisión jurídica confiada al tribunal de casación.

A. Teoría de los riesgos. Principio de riesgo y ventura y fuerza mayor

El dato relevante en este tema es que en los contratos públicos las prestaciones de las partes se configuran como obligaciones de resultado. De aquí deriva, conforme a la teoría de los riesgos construida en el ámbito del derecho civil, que las pérdidas acaecidas antes de la entrega de la cosa son a costa del obligado. Es lo que se conoce como principio de riesgo y ventura, principio que, en palabras de García de Enterría, supone que “el contratista no puede dejar el contrato ni pedir aumento del precio convenido porque la realización de la obra prometida sobrepase la onerosidad por él prevista, y aun cuando este exceso sea debido a causas supervinientes absolutamente objetivas y extrañas...”²⁵

La normativa de contratación pública ha recogido ese principio, hoy en el artículo 98 TRLCAP que ahora comentamos, modulándolo para ajustarlo de la contratación pública. El matiz principal es que el acaecimiento de ciertos hechos muy extraordinarios determinados legalmente,²⁶ calificados

parte del Tribunal de instancia, de su deber, impuesto por el artículo 43.1 de la Ley Jurisdiccional de 1956 de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentarlas. Y para la denuncia de ese incumplimiento es cauce adecuado el motivo del ordinal 3 del artículo 95.1 de la citada Ley Procesal”. Para en el FJ siguiente decir: “Las consideraciones que antes se expusieron traen como consecuencia el necesario fracaso del recurso de casación de la Junta de Andalucía y la acogida del primer motivo de la casación deducidas por «Cubiertas y Mzov, SA». En lo que hace al recurso de la Junta de Andalucía, porque lo realmente pretendido mediante él es una revisión de la convicción fáctica formada por el Tribunal de instancia, acerca del dato, controvertido por los litigantes, de a quién fueron imputables las paralizaciones de la obra”.

25 García de Enterría, E., *op. cit.*, nota 23, p. 90.

26 El actual artículo 144 TRLCAP no incorpora ninguna novedad respecto del mismo artículo de la Ley 13/1995, del 19 de mayo. Con anterioridad, por el contrario, han esta-

de fuerza mayor, exceptúan la aplicación del principio de riesgo y ventura, de modo que se puede afirmar que este principio juega en los contratos públicos con un rigor atenuado.²⁷

do vigentes otros sistemas de definir la fuerza mayor: a) el artículo 42 del Pliego de 1903 recogía cuatro supuestos; b) el artículo 46 LCE del 8 de abril de 1965 enumeraba cinco casos y permitía al Consejo de Ministros añadir algún otro hecho de efectos análogos.

Por motivos de derecho transitorio esta última regulación aun se seguirá aplicando durante bastante tiempo por el TS por lo que interesa atender a la jurisprudencia que la interpreta. Así, entre las más recientes, la sentencia del 11 de mayo de 1999 (artículo 5034/1999) —que, refiriéndose a los actos violentos de protesta ciudadana que afectaron a las instalaciones y maquinaria de la empresa adjudicataria de la construcción de una nueva presa, dice que para definir el concepto jurídico “sedición popular” *ex* artículo 46.4 LCE “ha de partirse de la base de que tal concepto no equivale necesariamente al que, en el área del derecho penal, corresponda, hoy artículo 544 del Código Penal, aunque puede servir de referencia, sino que ha de entenderse comprensivo de alzamiento violento contra la autoridad o el orden público como tumulto violento, levantamiento popular o insurrección, sea quien sea el afectado por sus resultados puesto que en definitiva la empresa constructora lo fue en su calidad de adjudicataria de obras decididas por la Administración del Estado y, desde tal punto de vista, si aparece tal clase de alzamiento como dirigido contra la Autoridad, y, como tal incluido en la acepción del *Diccionario de la Real Academia...*”—, la del 20 de mayo de 1999 (artículo 5201/1999) —que califica de fuerza mayor a los efectos del artículo 46.3 LCE el movimiento de terrenos derivado de lluvias torrenciales indicando que le carácter tasado con que se configuran los supuestos que dicho artículo contempla obliga a deducir de la no mención de la causa del movimiento del terreno que ésta es indiferente—, la del 2 de junio de 1999 (artículo 5750/1999) —que afirma que “...ni la interrupción debida a causas climatológicas crea derecho a indemnización a favor del contratista, ni tampoco constituyen un caso de fuerza mayor a tenor del artículo 132 del Reglamento de Contratación del Estado, puesto que es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (así en la Sentencia del 6 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6170]) que los agentes meteorológicos impiden el trabajo de determinados medios o equipos y pueden legitimizar en un determinado momento la interrupción como garantía da la buena ejecución, pero no confieren al contratista más que un aumento del plazo para la ejecución de la obra”—, y la del 24 de septiembre de 1999 (artículo 10014/1999), de la que se desprende indirectamente que la huelga no excluye la aplicación del principio de riesgo y ventura.

En cuanto a la doctrina, véase Ariño Ortiz, G., “La teoría del equivalente económico de los contratos administrativos”, Madrid, 1968, pp. 150 y ss.; y más recientemente Rodríguez-Arana Muñoz, J., “La prórroga de los contratos administrativos”, *Libro homenaje al profesor Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 1102-1105.

27 La razón de ser de esta modulación del principio de riesgo y ventura es lo que García de Enterría, E., *op. cit.*, nota 23, pp. 98-100, llama principio de la conveniencia del servicio público, pues, lejos de tener por objeto beneficiar al contratista, persigue la mejor obtención del interés público, criterio que informa la normativa de contratación pública y que ha de presidir su interpretación.

Aun cuando resulte obvio no está de más recordar que el principio de riesgo y ventura también se exceptúa en aquellos casos en que la mayor onerosidad sea imputable a la administración contratante.²⁸ Sí opera, sin embargo, cuando aquélla proviene de la actuación de un tercero, incluso cuando éste no está ligado al contratista. Así se desprende, en un caso donde el mayor coste se debió a la paralización de la obra provocada por la interposición de un interdicto, de la STS del 2 de febrero de 2000 (artículo 1587/2000) en la que se puede leer.

Con el argumento de que el cauce indemnizatorio previsto en los artículos 49 de la Ley de Contratos del Estado y 148 del Reglamento General de Contratación parte de la idea de culpabilidad, negligencia o incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración, rigiendo supletoriamente los artículos 1105 y 1124 del Código Civil por lo que si no existe esta culpabilidad de la Administración —y salvo los casos de fuerza mayor— toda actuación ajena a las partes cae dentro de los riesgos imprevisibles que debe asumir el contratista en virtud del principio de “riesgo y ventura”, incluyendo en tal sentido los actos de tercero.²⁹

28 Son dos los casos típicos en que es imputable a la administración contratante el mayor coste de la obligación del contratista. De un lado, tema que abordaremos en el comentario al artículo 102, cuando aquella paraliza las obras. De otro lado, cuando, usando de sus prerrogativas, produce una alteración de la ejecución del contrato que haga más gravosa la prestación, ora por medio del ejercicio del *ius variandi* (véase el comentario al artículo 101), ora a través de las órdenes de la dirección facultativa. Es de interés en este punto de STS del 15 de junio de 1999 (artículo 6449/1999) en la que se lee que “el principio general de riesgo y ventura por parte del contratista no sólo quiebra en los sucesos de fuerza mayor recogidos en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado, sino también cuando la administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución, como sucede en el caso de autos, en el que las obras han sido ejecutadas con alteraciones en virtud de las órdenes realizadas por cuenta de la dirección facultativa que actuaba en representación de la Corporación local”.

Dicha sentencia presenta otros aspectos de interés: a) por una parte, que la compensación del contratista por esa mayor onerosidad se funda en el principio de la interdicción del enriquecimiento injusto; b) por otra parte, que “los vicios existentes en dichas órdenes «las del director facultativo») como consecuencia de los requisitos de competencia o procedimiento que no son imputables al contratista, no pueden oponerse a él para que éste pueda percibir su importe, puesto que consta acreditado que las órdenes se dieron por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad en la contratación administrativa”.

29 En supuestos como éste al contratista se le abren otras vías de resarcimiento como es la responsabilidad del órgano jurisdiccional si resultara excesiva la demora en resolver

B. *Teoría del incumplimiento: incumplimiento imputable al obligado y fuerza mayor*

Que el incumplimiento de la prestación, que en la práctica totalidad de los casos aparece en forma de retraso en el cumplimiento, sea o no imputable al contratista tiene una importancia trascendental como ya queda expuesto en el comentario a los artículos 95 y 96. Dentro de la teoría del incumplimiento la fuerza mayor hace referencia a aquellos supuestos en que la no realización de la prestación no se considera imputable al obligado, en este caso al contratista. En cuanto a su alcance en esta sede hay que rehuir, porque es a todas luces errónea, la equiparación con el concepto homónimo utilizado en el ámbito distinto de la teoría de los riesgos. No hay ningún rastro de que el legislador haya querido en este campo utilizar, para definir los supuestos de fuerza mayor, un método restrictivo como el sistema de lista como sí lo hace de un modo expreso cuando se trata de la teoría de los riesgos (artículo 98 y 144 TRLCAP).

En materia de incumplimiento, en definitiva, la fuerza mayor, como concepto opuesto a la culpa en la teoría de la imputación de los hechos, estará integrada por cualquier motivo ajeno a la voluntad del contratista y no sólo por los enumerados en el artículo 144. La fuerza mayor, por tanto, tiene un mayor alcance en esta sede que en aquella.

La reciente sentencia del TS del 3 de febrero de 2000 (artículo 1587/2000) citada más arriba, ilustra muy claramente esta diferencia. Los hechos relevantes son que iniciadas las obras comprometidas se suspendieron a raíz de la interposición por un tercero de un interdicto de obra nueva que fue desestimado casi nueve meses después, lo que permitió continuar las obras hasta el final. El contratista reclamó ser indemnizado por la mayor onerosidad que le supuso la paralización de las obras durante la sustanciación del interdicto, pretensión desestimada sobre la base de que los actos de tercero caen dentro de los riesgos imprevistos que debe asumir el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura. Por el contrario, en ningún caso cabría sostener, y de hecho no hay mención de este extremo en la sentencia, que el retraso que dicha paralización hubiera eventualmente causado fuese imputable al contratista.

el interdicto y, en todo caso, la posibilidad de reclamar una indemnización del particular que sin fundamento interpuso el interdicto.

Como en la teoría de los riesgos, en la teoría del incumplimiento tampoco se puede imputar lo ocurrido al contratista cuando la falta de cumplimiento viene determinada por una actuación de la administración contratante.³⁰ Eso sí, no basta para producir este efecto acreditar un incumplimiento administrativo. Es necesario, además, que esa circunstancia haya tenido influencia en la realización de la prestación fuera de plazo.³¹ Sí hay diferencias impor-

³⁰ Véase la STS del 15 de junio de 1999 (artículo 6449/1999), referente a un supuesto donde la tardanza fue debida al aumento de obra, afirma en FJ Sexto que “la obra efectivamente ejecutada superó de forma notoria el contenido inicial de lo proyectado, cuya repercusión sobre el plazo de terminación del contrato se estima indudable y ello determinó una ampliación o prórroga tácita del plazo contractual, que la Sala asume en su integridad, puesto que considera que no existen en el expediente administrativo datos relevantes de que se produzca un retraso por causa imputable al contratista y deja sin efecto la referida penalización”.

Como se puede observar se trata de la misma sentencia que antes hemos visto que reconocía en el aumento de obra ordenado por la administración un supuesto de excepción al principio de riesgo y ventura. No es una coincidencia, sino algo buscado con el fin de hacer patente que es posible, incluso no extraño, que un mismo hecho desplace la aplicación del principio del riesgo y ventura a la vez que convierte el incumplimiento del plazo por el contratista en algo que no le es imputable a éste.

³¹ Véase la STS del 23 de marzo de 1998 (artículo 2239/1998) que dice que “en el devenir del contrato la administración ha incumplido diversos deberes que sobre ella pesaban (no ha puesto a disposición del contratista las licencias necesarias para la realización de las obras, y el proyecto reformado de obras no ha sido aprobado por el órgano competente para ello ...Como el acto impugnado ha sido la resolución contractual y su causa es la no terminación de las obras contratadas en el plazo legalmente establecido, es preciso establecer la relevancia e incidencia que en el incumplimiento del plazo de realización de las obras ha tenido el comportamiento de la administración.

A pesar de la importancia de los incumplimientos administrativos no parece que han tenido relevancia sobre la realización de las obras fuera de plazo ...pues el contratista aceptó comenzar la obra cuando el director se lo ordenó pese a no tener el reseñado documento. Igual efecto cabe atribuir a la no aprobación del proyecto reformado por el órgano competente, pues el contratista aceptó iniciar las obras que dicho proyecto contemplaba ...Es verdad que tales incumplimientos son graves e implican omisión de deberes contractuales de notoria importancia por parte de la administración, pero pese a ello tales incumplimientos no han tenido relevancia en el incumplimiento del deber de realización de las obras en el plazo señalado. Otra cosa hubiese sido si el contratista desde el momento inicial, cuando recibió la orden de iniciar las obras, hubiese puesto de manifiesto la imposibilidad de acatar tal mandato sin disponer de la preceptiva licencia ...Tampoco se ha demostrado en el pleito de este hecho, falta de licencias y de competencia del órgano que autorizó el proyecto reformado, ha tenido alguna incidencia en el plazo contractual, como consecuencia de paralizaciones acordadas por la autoridad municipal u obstáculos a la normal realización de las obras derivados de decisiones procedentes de órganos de la administración central”.

tantes entre uno y otro campo cuando la circunstancia desencadenante es la actividad de un tercero. Mientras en la teoría de los riesgos el contratista soporta la mayor onerosidad resultante de los actos de cualquier tercero, sólo se entiende imputable al contratista el incumplimiento originado por la actuación de un tercero a él conectado, pero no aquél en que desempeña un papel determinante un tercero por completo desligado de él.

II. CUMPLIMIENTO POR LA ADMINISTRACIÓN

1. *Derecho del contratista al abono del precio*

Si la obligación del contratista es, según el artículo 95.1 TRLCAP, “cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”, su contrapartida viene indicada en el artículo 99.1 del mismo cuerpo legal, según el cual “el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato y con arreglo al precio convenido”.

El precio será cierto³² (artículo 14.1) y deberá establecerse, como el resto de criterios que sirven de base para la adjudicación del contrato, en el PCAP (artículo 86.1). Si, por cualquier vicisitud que altere la ejecución del contrato, el contratista viene requerido a realizar unidades de prestación distintas de las inicialmente pactadas, éstas serán remuneradas a través de precios fijados contradictoriamente. También cabe que se abone un precio inferior al convenido en los casos en que, aun siendo admisible la prestación realizada, ésta no cumple estrictamente con las condiciones del contrato, presentando defectos en alguna de sus unidades.³³

³² Se debe recordar que la certidumbre no va referida al precio global del contrato sino al precio de la unidad de obra.

³³ Según el último párrafo de la cláusula 44 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado si la Dirección estima que las unidades de obra defectuosas y que no cumplen estrictamente las condiciones del contrato son, sin embargo, admisibles puede proponer a la administración contratante la aceptación de las mismas, con la consiguiente rebaja de los precios. *Cfr.* STS del 26 de marzo de 1999 (3027/1999) que aplica esta regla a un caso donde los hormigones empleados no se ajustan a las exigencias fijadas en el PCTP.

Los términos en que se abonará el precio serán los pactados sin olvidar que los pactos no podrán contrariar el interés público, la buena administración y el ordenamiento jurídico. Vamos a ver con algún detalle las pautas que éste último establece.

A. Prestación realmente ejecutada

Así lo decía expresamente la LCE³⁴ al regular el derecho del contratista al abono del precio. Ahora el artículo 99.1 TRLCAP no hace esta alusión explícita pero que sigue siendo así. Resulta, además del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto, del artículo 14.1 de la misma Ley que dice que “los contratos... se abonarán al contratista en función de la prestación realmente efectuada”.

Es numerosa la jurisprudencia que ha contribuido a la configuración precisa de los contornos de este verdadero principio de la contratación pública, haciéndolo descansar de un modo constante sobre la prohibición del enriquecimiento sin causa. Aquí me limitaré a traer una reciente sentencia que lo enuncia con extraordinaria claridad en relación con el exceso de obras. Se trata de la sentencia del 7 de octubre de 1999 (artículo 9035/1999) cuyo FJ Quinto afirma:

Cierto es que, atenuando y flexibilizando el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato establecido en el artículo 46 LCE y 132 de su Reglamento, por vía de equidad y de la prohibición del enriquecimiento sin causa, de indiscutible raigambre en nuestro derecho desde el derecho romano hasta Las Partidas, la jurisprudencia ha venido reiteradamente a admitir indemnizaciones y abonos en supuestos como el de exceso de obras sobre el proyecto cuando aquéllas sean necesarias, se hayan realmente ejecutado y determinen un beneficio para la administración correlativo al perjuicio derivado para el contratista, con el fin de llegar a un resultado de equilibrio entre aquélla y éste que sólo se lograría con la pertinente indemnización a favor del contratista, y de obtener la mayor reciprocidad de intereses entre las partes contratantes, modulaciones aquéllas al principio de riesgo y ventura de indiscutible apoyo en razones de justicia cuya toma en consideración resulta imprescindible en la

³⁴ “El contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute...” decía el artículo 47 LCE.

aplicación del derecho y en la hermenéutica de sus normas, aunque su procedencia un examen casuístico y ponderado de las circunstancias concurrentes en un supuesto determinado al no ser posible la formulación de criterios generales al margen de aquéllas.³⁵

35 En el caso de autos se denegó el derecho de abono al contratista del exceso de obra sobre la base de que el director de la obra, después de apreciar importantes deficiencias en el proyecto inicial, “acordó suspender temporalmente las obras hasta que se redacte un nuevo proyecto de lo que es consciente el contratista, que renuncia a los derechos que le amparan a tenor del artículo 158 del Reglamento de Contratación, que no “denuncia” el contrato, y que es informado de que sólo es posible una ampliación del crédito “como mucho hasta un 10% para afrontar los gastos que surgieran a mayores”, pese a lo cual el contratista comienza las obras y las ejecuta a su arbitrio incurriendo en un exceso que repercute en más del 10% del presupuesto inicial resultando luego que la obra, según otro informe, no se encuentra en buen estado y no puede ser entregada al uso público, denegándole su recepción por la administración...” (FJ Sexto).

Otros supuestos en que se rechaza igualmente la pretensión del contratista de abono del exceso de prestación por tratarse de una imposición unilateral del contratista son el resuelto en la STS del 17 de julio de 1997 (6036/1997) y muy recientemente en la STS del 28 de enero de 2000 (1579/2000) que dice que “si bien es cierto que el contratista tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, constituye regla general que el cumplimiento y efecto de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de la que expresamente fueron convenidas cuando no ha mediado orden alguna de la administración para su realización ...de otro modo, la extensión de las obras, su posible ampliación y el derecho a su cobro dependería exclusivamente de la empresa contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por voluntad de una sola de las partes”.

La misma sentencia afirma también que “la jurisprudencia, en los supuestos en que ha considerado pertinente su utilización [la del principio de prohibición del enriquecimiento injusto como justificativo del abono del exceso de prestación], ha puesto de manifiesto que para ello, era necesario que el exceso de obras que habían de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes de la administración”, siendo suficiente al efecto las órdenes de la administración aunque tengan vicios de forma (STS del 27 de febrero de 1984) y aunque procedan de quien, aun no siendo competente, tuviese para el contratista apariencia de efectiva potestad (STS del 20 de diciembre de 1983) y también la previsión por las partes contratantes de la necesidad de obras no incluidas en el proyecto (STS del 24 de enero de 1984).

Para un completo estudio de la jurisprudencia sobre la conexión entre el precio y la prestación realmente ejecutada, que tiene otras manifestaciones fuera del abono del exceso de obra, *cfr.* Rebollo Puig, M., *El enriquecimiento injusto de la administración pública*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 245 y ss. Una de estas manifestaciones es el abono de la prestación efectivamente realizada aunque el contrato sea nulo. Un ejemplo posterior al estudio de Rebollo es la STS del 8 de abril de 1998 (artículo 3090/1998).

Conectado con la instrumentación en lo concreto de este principio es de mucho interés el reciente Informe 71/1999, del 11 de abril de 2000, en el que la JCCA (consideración jurídica sexta) permite expresamente la acreditación en las certificaciones de obra, sin necesidad de acuerdo de modificación del contrato, de pequeños excesos de medición, siempre que se tramite previamente el correspondiente expediente de gasto, con el límite del 10% global del precio del contrato y con independencia de su *obligada inclusión* en las eventuales modificaciones que sean autorizadas con posterioridad en los términos exigidos en la cláusula 62 PCAG.

B. Prohibición del pago aplazado

La razón última de que el artículo 14.2 prohíba el aplazamiento del pago es que supone una operación de crédito sin cumplir con las formalidades necesarias. El TRLCAP, recogiendo en este punto la modificación operada por la Ley 53/1999, introduce en el artículo 171 dos nuevas modalidades de contrato de suministro (arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra), que según el artículo 14 quedan exceptuados de la presente regla.

Este precepto, ya en la redacción originaria de la Ley 13/1995, permitía configurar por ley supuestos exentos de este límite. En ningún momento ha quedado claro si necesariamente debía ser una ley estatal³⁶ o si lo básico —notemos que este precepto en todos los textos ha formado parte de lo básico— se reduce a que la exención se consagre en una norma con rango de ley, aun cuando sea autonómica.³⁷ Personalmente siempre he creído que la

³⁶ Véase el artículo 173, en especial el apartado dos, letra d), de la Ley 13/1996, del 30 de diciembre de 1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, regulador del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas. También el artículo 147 de la Ley 13/1996, del 30 de diciembre de 1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que regula “los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio”, prevé, *ut infra*, dos posibilidades: a) el pago total del precio en el momento de recibir la totalidad de la prestación, que no implica aplazamiento alguno; b) pagar el precio *a partir* del momento de recibir la totalidad de la prestación, pudiendo distribuirlo hasta en diez anualidades. Esta opción, que no integra la esencia de la figura si implica aplazamiento.

³⁷ Valga como ejemplo ley autonómica que autoriza un supuesto de aplazamiento del pago, la Ley del Parlamento de Cantabria 11/1999, del 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, que en su Disposición Adicional Cuarta afirma que “se declara obra pública de interés general para la Comunidad Autónoma de Cantabria la planifica-

segunda opción abre peligrosamente una puerta a que el legislador autonómico, que está vinculado por los preceptos básicos de la legislación de contratos, les pueda establecer excepciones a ellos. Ahora, con la TRLCAP hay un argumento de peso en favor de esta tesis. En efecto, al haber desaparecido el apartado cuarto de la Disposición Adicional Primera, que ordenaba que en determinados supuestos la referencia a la ley se entendiese hecha a la ley estatal, es obvio que se ha unificado el sentido de las varias remisiones a la ley que se contienen en el TRLCAP. Y es igualmente indiscutible que algunas de esas remisiones —por ejemplo la que hace el 97.2 en materia de responsabilidad de la administración contratante por daños causados por el contratista a tercero derivados de orden de aquélla o defecto del proyecto— no pueden entenderse sino a favor de ley estatal.

C. Adecuación de la financiación del contrato al ritmo de la ejecución

La JCCA —Informe 29/1997, del 14 de julio— ha puesto de relieve, interpretando este principio recogido en el artículo 14.4 TRLCAP, que en los casos en que, sin petición de la administración contratante, se adelanten las prestaciones cuya realización en el contrato y en la documentación incorporada al mismo estuvieran previstas para un ejercicio presupuestario sucesivo el derecho del contratista a que se le hagan efectivos los abonos a cuentas correspondientes no nace hasta el inicio de dicho ejercicio presupuestario.

Diametralmente distinto, dice el mismo informe, es el supuesto en que respetando el contratista el ritmo de ejecución previsto en el programa de trabajo, el abono a cuenta no sea posible sencillamente por falta de liquidez o porque las unidades de obras necesarias han superado las previstas en el proyecto. En estos casos el artículo 14.4 exige la adecuación de la dotación presupuestaria mediante las modificaciones oportunas o, en su caso, recurrir a la operación de tesorería pertinente. En ningún caso, la solución puede ser condicionar el comienzo del cómputo del plazo para hacer efectivo el pago a la disponibilidad de créditos resultantes de un nuevo ejercicio presupuestario.

ción y construcción del edificio administrativo de usos múltiples del Gobierno de Cantabria. Se autoriza el pago aplazado del precio en los contratos que celebre la Comunidad Autónoma de Cantabria en relación con la realización de la mencionada obra”.

D. Pago de manera total o parcialmente mediante abonos a cuenta

Debemos recordar en este momento que la prestación debida por el contratista se configura como obligación de resultado que no se entiende cumplida y, en consecuencia, no surge en la otra parte la obligación de pagar hasta que no se realiza aquélla en su totalidad y se produce la entrega.³⁸ Dicho de otro modo, el único pago en sentido estricto, esto es, con virtualidad solutoria, es el que hace el deudor una vez recibida la prestación íntegra a que tiene derecho. Este esquema propio de las obligaciones de resultado, aun siendo perfectamente trasladable a los contratos administrativos, presenta un inconveniente notable para los intereses públicos: el contratista, que corre con la carga financiera del contrato, pesada carga por la larga duración que normalmente tiene ésta, la repercute en el precio de su oferta.

Para evitar este efecto negativo sin contrariar la esencia teórica de las obligaciones de resultado, lo cual podría tener consecuencias negativas,³⁹ se prevé el abono a cuenta de las prestaciones parciales. Así, por un lado, se libera al contratista de la carga financiera, posibilitando precios más bajos en los contratos, y, por otro, se respeta la integridad teórica de las obligaciones de resultado, en tanto que los abonos a cuenta no son verdaderos pagos en sentido jurídico, pues quedan pendientes de la liquidación final.⁴⁰ Por lo anteriormente expuesto, aunque el artículo 99.2 establece una libre opción entre el pago del precio de manera total o parcialmente mediante abonos a

³⁸ El artículo 147.5 TRLCAP —ya existente en la redacción originaria de la LCAP— contempla en sede de contrato de obra un supuesto excepcional de recepción parcial vinculado a la posibilidad de entregar esa parte de obra al uso público. Ahora, desde la Ley 53/1999, este precepto tiene un apartado sexto que recoge un caso de recepción tácita que, curiosamente, se conecta a la misma circunstancia. ¿Podrá por ello admitirse un supuesto de recepción parcial tácita?

³⁹ Si se admitieran los cumplimientos parciales se correría el riesgo de que el contratista después de haber realizado y cobrado las partes más rentables del contrato se desligara del mismo.

⁴⁰ Parece, no obstante, que es válido el pacto que convierte a las certificaciones de obra en inmodificables. Así, al menos resulta de la STS del 22 de enero de 1999 (1393/1999) en cuyo FJ 5a., recogiendo lo razonado por el Tribunal de instancia, dice que “...la inmodificabilidad de esas cinco certificaciones la deduce la Sentencia del convenio de rescisión del contrato de obras y de lo en él estipulado por la Corporación Local, argumentación que no se combate por la parte recurrente por lo que tal inmodificabilidad, resultante de un pacto válido en nada vulnera el artículo 142 del RCE...”.

cuenta, es éste último la modalidad ordinaria de pago. Excepcionalmente, no obstante, hay casos en que se sigue el otro modo de efectuar el pago.⁴¹

El abono a cuenta de las prestaciones parciales se instrumenta a través de la expedición y pago de documentos que acreditan la realización de esa parte del contrato, que en el contrato de obra se conocen como certificaciones de obra. El proceso de formación de estas últimas está detallado en los artículos 147 (mediciones mensuales realizadas por la dirección de la obra), 148 (la dirección de obra, teniendo en cuenta la medición de unidades de obra y los precios contratados, redactará mensualmente una relación valorada) y 149 (audiencia del contratista) del RCAP. Además, el artículo 150 del mismo cuerpo legal afirma que el director de la obra las expedirá en el plazo máximo de 10 días siguientes al periodo correspondiente.

E. Abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias

Ahora bien, además de los anticipos a cuenta por el valor de la obra ejecutada, el artículo 99.3 TRLCAP también admite, con base en un razonamiento similar, los

...abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos,⁴² debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

⁴¹ Así, por ejemplo, en un momento donde el recorte del déficit público se había convertido en objetivo básico dentro de la lucha por cumplir con los *criterios de convergencia europea* que daban acceso a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, se incluyó un precepto —el artículo 147— en la Ley 13/1996, del 30 de diciembre de 1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que regulaba “los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio”.

Esta figura es distinta del aplazamiento del pago del precio. Lo que ocurre es que la norma que la regula prevé la posibilidad de diferir el pago hasta en diez anualidades. Aquí el aplazamiento del pago del precio es un elemento accidental que puede concurrir o no.

Véase su régimen jurídico, además de en dicho artículo, en el RD 707/1997, del 16 de mayo. Las leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 1999 —disposición adicional 21a. de la Ley 49/1998, del 30 de diciembre de 1998— y 2000 —disposición adicional 13a. de la Ley 54/1999, del 29 de diciembre de 1999— suspenden la posibilidad de usar dicha modalidad de contrato durante los ejercicios de referencia.

⁴² La JCCA, en Informe 19/1998, del 30 de junio, interpretando el inciso “en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos” ex artículo 145.2 (pero siendo extensible su juicio al artículo 99.3 en tanto que utiliza la misma dicción literal para regular con carác-

2. *Derechos del contratista ante la mora en el pago de la administración contratante*

Conforme a la LCE la mora en el pago, que exige intimación por escrito, sólo daba derecho a percibir intereses de demora (tres meses), pues respecto de la suspensión (seis meses) y la resolución (un año) sólo cabría la solicitud graciosa, siendo la administración contratante la que en última instancia decide discrecionalmente. Fue la LCAP, la que ya desde su redacción originaria, reequilibró las posiciones estableciendo que, a partir del plazo de dos meses y, sin necesidad de intimación previa, la administración deberá abonar intereses de demora, y que si el retraso superase los cuatro o los ocho meses el contratista tendrá derecho, respectivamente, a suspender o a resolver el contrato.⁴³

Sobre este valiente avance producido por LCAP conviene hacer dos apuntes: a) aun no hay jurisprudencia que lo aplique porque el TS, por razones de derecho transitorio, sigue aplicando, y lo seguirá haciendo aun algunos años, la normativa LCE,⁴⁴ b) quizás porque, como consecuencia de no haber sido aun aplicado, no se han apreciado aspectos que se pudiesen mejorar este modo de regular los derechos que nacen para el contratista de la mora en el abono del precio, originario de la LCAP, no ha sido objeto de ninguna de las leyes de modificación de ésta, por lo que ha pasado intacto al TRLCAP.

Por estas razones, y dado el carácter de esta obra, he optado por no hacer un tratamiento más profundo. Remito al efecto al excelente comentario de José Suay Rincón⁴⁵ acerca de la regulación de la ejecución del contrato en

ter general para todos los contratos los anticipos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias), afirma que el contratista sólo tendrá este derecho si en el PCAP se regulan expresamente las condiciones concretas de disfrute.

De mucho interés es el Informe JCCA 71/1999, del 11 de abril (Consideración Jurídica 5), también en materia de anticipos a cuenta del importe de materiales, instalaciones y equipos adscritos a la obra, más en concreto sobre el modo de detraer dichos adelantos de las certificaciones expedidas a partir la concesión de los mismos.

⁴³ Véase Disposición Final Primera, apartado segundo, donde queda patente que dichos plazos de dos, cuatro y ocho meses se entienden básicos en tanto que máximos.

⁴⁴ Cfr. Disposición Transitoria 8a. TRLCAP que, merece ser notado, fija el punto de inflexión en la adjudicación y no en el inicio del expediente de contratación.

⁴⁵ Cfr. Suay Rincón, J., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, en Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), Madrid, Civitas, 1996, pp. 389 y ss.

la LCAP y a la bibliografía que allí se cita. Sí me detendré en la jurisprudencia reciente en materia de intereses de demora (epígrafes A), de la que son notables los siguientes apuntes, y en el desarrollo que hace el RCAP del derecho del contratista que ahora nos ocupa (epígrafe).

A. Intimación a la administración

El artículo 47.2 LCE —recordemos que, aunque esa norma fue sustituida en la Ley 13/1995, del 18 de mayo por el artículo 100 (ahora artículo 99 TRLCAP) de sentido opuesto seguirá siendo de aplicación a todos los contratos adjudicados antes del 9 de junio de 1995— establecía la intimación a la administración como requisito para el devengo de los intereses de demora. Pues bien, la jurisprudencia, de un modo unánime, considera que se trata de “un requisito meramente formal que pone en marcha la actuación administrativa, pero no un requisito sustancial condicionante de la Constitución en mora” (STS del 24 de septiembre de 1999, 8061/1999).⁴⁶

La trascendencia que tiene este calificativo es que aunque es necesaria para poder pedir intereses de demora, una vez hecha la intimación, dichos intereses se cuentan desde que transcurrió el plazo de franquicia fijado en la ley para que la administración realice el pago.

B. Anatocismo

La jurisprudencia considera también unánimemente que, ante el silencio de la normativa de contratación pública y sobre la base del artículo 4o. LCE (precepto hoy recogido en el artículo 7.1 TRLCAP), los intereses de demora vencidos devengan a su vez intereses desde su reclamación judicial conforme al artículo 1109 CC.⁴⁷

⁴⁶ Son innumerables las sentencias que reiteran esta doctrina. A modo de muestra, *cfr.* las del 19 de abril 1999 (3498/1999), del 24 de noviembre de 1998 (259/1999), del 1o. de julio de 1998 (5896/1998), del 2 de febrero de 1998 (1291/1998) y del 1o. de abril de 1996 (4572/1996).

⁴⁷ *Cfr.*, por todas, las recientes STS del 29 de octubre de 1999 y del 23 de marzo de 1998 (2240/1998). Esta última, además aclara que pedir la aplicación del anatocismo en vía contencioso-administrativa sin haberlo hecho en vía administrativa no es suscitar una cuestión nueva. Así resulta del siguiente extracto: “Alega también la parte apelante que la pretensión de la entidad recurrente en la instancia de que se abonasen intereses de la cantidad reclamada al Ayuntamiento de Fuenlabrada desde la fecha de presentación del escrito

C. El principal debe ser una cantidad líquida

Para que una cantidad devenga intereses debe ser líquida, vencida y exigible. Acerca de la liquidez es de particular interés la STS del 29 de octubre de 1999 (10049/1999) que asienta el siguiente criterio general.

1) Ciertamente una reiterada jurisprudencia de esta Sala, cuya cita resulta innecesario por lo conocida, viene exigiendo para que proceda la condena de intereses que sea líquida la deuda principal que haya de generar tales intereses.

2) Esa doctrina debe ser interpretada en consonancia con lo establecido en los artículos 9.3 y 24 de la Constitución.

El primero de esos preceptos, en cuanto prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, impone fundar todas sus decisiones en criterios de racionalidad.

Y el segundo, en aras de lograr la más plena realización del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama, aconseja que sea apurado hasta lo máximo posible el restablecimiento de las situaciones jurídicas que haya de llevarse a cabo a consecuencia de un resultado procesal.

3) Del juego de ambos preceptos se deriva, pues, que sólo será de apreciar la no concurrencia de esa inexcusable liquidez cuando haya existido una efectiva contradicción sobre el importe de la deuda principal, y de manera tal que haya sido necesaria una verdadera tarea de enjuiciamiento, por parte del órgano jurisdiccional, para fijar el importe de la deuda susceptible de generar intereses.

Por lo mismo, el proceso habrá de ser considerado como una mera dilación innecesaria, en relación a un determinado importe, cuando éste haya sido objeto de común aceptación por quienes formalmente hayan sido las partes litigantes en este proceso, y, por ello, la función jurisdiccional se haya limitado a ratificar ese importe comúnmente aceptado.

Consiguentemente, el reconocimiento de intereses, en este segundo caso, será una exigencia tanto del principio de racionalidad como de ese máximo restablecimiento que aconseja el artículo 24 CE en relación a las situaciones jurídicas objeto de reconocimiento procesal.

que inicia el presente proceso es una cuestión nueva que no fue planteada previamente en vía administrativa, pero se trata de una alegación de muy escaso fundamento. No se trata de una pretensión nueva sino de una consecuencia derivada de la necesidad de acudir ante los tribunales al no haber aceptado la administración la petición que se le dirigió, y cuya propia naturaleza determina que únicamente pueda plantearse en vía jurisdiccional, una vez fracasada la reclamación efectuada ante la propia administración”.

4) Lo anterior es aplicable al caso enjuiciado, según resulta de lo que se expresó en el primer fundamento de la presente Sentencia, pues la suma generadora de los inertes controvertidos fue comúnmente aceptada por los litigantes en el proceso de instancia.⁴⁸

48 Esta misma sentencia considera que la aplicación de ese criterio general determina que en el caso concreto —“El Consell Metropolitá de L’Horta, en el apartado de alegaciones de su escrito de contestación, manifestó que la cantidad procedente por intereses de demora debería de ser la de 12.118.155 pesetas y no la de 13.321.538 pesetas; y explicó que la razón de ello estribaba en que el cálculo de los intereses debía hacerse sobre el importe líquido resultante de restar, al importe bruto, los conceptos de garantía especial y control de calidad … La parte actora, según recoge la Sentencia de instancia, admitió en su escrito de conclusiones que el importe de intereses de demora reclamados alcanzaba efectivamente la cantidad de 12.118.155 pesetas. Y esa Sentencia de instancia que ahora se combate en casación estimó los pedimentos de la demanda, si bien señalando para la condena a los intereses de demora la cifra de 12.118.155 pesetas”—, deba reputarse líquida la deuda.

Véanse, aplicando el mismo principio general con resultados distintos, *la STS del 23 de marzo de 1998 (2440/1998)* —“Finalmente se opone la Corporación apelante a la declaración de la sentencia de instancia de que procede abonar a “Contractor, S.A.” los intereses legales de la cantidad de 2.910.959 pesetas desde la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo, sosteniendo que, en caso de deberse aquella cantidad, al tratarse de una cantidad líquida sólo procedería condena al pago de los intereses derivados de ella desde que por este Tribunal se dictase sentencia. Sin embargo, esta Sala ha declarado (Sentencias del 23 enero 1995 RJ 1990, 63, del 10 noviembre 1994 RJ 1994, 8507 y del 18 septiembre 1990 RJ 1990, 7120, entre otras) que en la aplicación del artículo 1109 del Código Civil ha de partirse siempre de la existencia de una cantidad exigible, es decir, líquida y determinada, lo que no ocurre cuando no ha resultado precisado lo que se debe y su importe ha de determinarse previamente en el proceso por existir discrepancias entre las partes, y que producido al supuesto de intereses para que éstos puedan reputarse líquidos, según resulta del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si no perfectamente determinados en su importe total, sí deben estarlo en dos factores a considerar para su determinación, o sea, el tanto por ciento o tipo y el tiempo por el que han de abonarse, y estos dos factores tal como fueron fijados por la cantidad recurrente en la instancia en la reclamación deducida ante el Ayuntamiento de Fuenlabrada no han sido cuestionados por éste en términos que permitan concluir que es la discrepancia sobre ellos lo que ha dado lugar a la posterior reclamación judicial”—, y *la STS del 4 de mayo de 1999 (4296/1999)* “lo que con claridad implica que fue necesario que las sentencias fijaran las cifras o cantidades que había de satisfacer el Ayuntamiento, sin que quepa admitir, como pretende la recurrente, que no eran antes cantidades ilíquidas, cualquiera que fuera la aproximación no similitud entre las pretendidas por él y las señaladas en ambas sentencias, sino que, por el contrario, como recoge la sentencia ahora recurrida, no cabe concluir que la revisión hubiera debido efectuarse con arreglo a una sencilla operación aritmética al existir una efectiva controversia sobre tales cuantificaciones, lo que significa que antes de las sentencias carecían del carácter de líquidas que la jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo para la procedencia de intereses”.

D. Impuesto sobre el valor añadido (IVA) e intereses de demora

Hay varias sentencias que se ocupan de la relación entre el IVA y los intereses de demora. La STS 10049/1999 distingue acertadamente dos cuestiones distintas. La primera versa acerca de si los intereses devengados por el retraso de la administración en abonar la prestación realizada generan o no obligación tributaria en orden al IVA y si, consiguientemente, procede o no la correspondiente repercusión del tributo. Esta cuestión, dice la sentencia, es materia que debe ser planteada y resuelta a través de la vía económico administrativa, sin que la administración contratante pueda pronunciarse sobre este extremo en la vía administrativa abierta para ventilar reclamaciones en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La segunda es si, sentado que ha nacido una obligación tributaria en orden al IVA y que corresponde su repercusión, su cuantía debería considerarse o no incluirla en el precio de la obra, de lo que depende, como es obvio, que en caso de retraso en el pago devenga intereses de demora. En este postre problema, que sí entra en el ámbito de decisión del órgano de contratación en vía administrativa, hay discrepancias profundas en la jurisprudencia del TS, dentro de la misma Sección 7a. de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y en apenas 15 días. Mientras la STS del 15 de octubre de 1999 (9039/1999) —ponente Goded Miranda— afirma que “los intereses de demora, según los preceptos que la parte recurrente invoca como infringidos, deben girar sobre el importe de la obra ejecutada, importe en el que no está incluido el IVA, razonando la sentencia sobre la legislación reguladora de este impuesto” la STS del 10. de octubre de 1999 (1394/2000) —ponente Maurandi Guillén— que deja intacta en este punto la sentencia de instancia, en la cual el TSJ de Andalucía, después de desglosar las partidas que integraban una certificación de obra, una de las cuales era el IVA, afirma que el importe total de la certificación devenga inte-

Se separa inexplicablemente de este criterio general la *STS del 30 de diciembre de 1998 (771/1999)*, pues admitiendo que la controversia se centra en si hay o no obligación de abonar una cantidad en concepto de revisión de precios, no afectando para nada a la determinación de dicha cantidad, concluye que no se puede “imputar a la administración retraso en el pago de la liquidación de revisión de precios, sino a partir del reconocimiento del derecho por la citada sentencia ... Todo lo cual conduce a la Sala ... a considerar procedente el reconocimiento del derecho a la percepción de intereses de demora a partir del 11 de marzo de 1982, en que se dictó la sentencia de este Tribunal por la que se reconoció el derecho a la revisión de precios”.

reses de demora. Quizá esta discrepancia se debe a que el TS mantuvo en ese punto la Sentencia de instancia porque el recurrente no le pidió que lo revisara.

Aunque así fuese, es significativo que el TSJ de Andalucía resolviese en aquel sentido y que la condenada en instancia y recurrente en casación se conformara con tal decisión. Y todavía más significativo que el TS no incluyese algún *obiter dicta* sobre el tema, máxime cuando se le pide que aplique un régimen jurídico distinto a las certificaciones de obras y a los anticipos por actividades preparatorias, siendo que la misma divergencia se reproduce respecto de la inclusión o no de dichos anticipos en el precio a efectos de devengar intereses de demora.

E. Anticipos por operaciones preparatorias e intereses de demora

Como acabo de indicar, la STS 9039/1999 niega que los anticipos a cuenta por instalaciones y equipos se integren en el precio a efectos de devengar intereses, mientras que la STS 1394/2000 que llega a afirmar, aunque con otro objeto, que dichos anticipos tienen la misma naturaleza que las certificaciones de obras, no revisa la sentencia de instancia que reconoce intereses de demora por retraso en el pago de esos anticipos.

F. Los intereses de demora corresponden al endosante

La STS del 24 de septiembre de 1999 (artículo 8061/1999) reconoce la legitimación al endosante para reclamar los intereses que resulten del retraso de la administración en abonar al endosatario la certificación en aquellos casos en que, debido a que el endosatario descuenta una cantidad de dinero variable en función del tiempo de demora, aquél es el único perjudicado por el retraso en el pago.

3. Reflejos de la regulación comunitaria acerca de la morosidad en el pago de las obligaciones en los efectos de los contratos administrativos. La recomendación 95/198/ce y la directiva 2000/35/ce

Aun cuando las directivas que regulan los contratos públicos sólo contienen previsiones respecto de los momentos anteriores a la adjudicación, el derecho comunitario europeo a través de otras normas influye puntual-

mente en los efectos de los contratos públicos. El caso más importante está constituido por las normas que tratan de acabar con los plazos de pago excesivos y con la morosidad, que son, según la Unión Europea, una de las principales causas de insolvencia de las pequeñas y medianas empresas y, consecuentemente, de la pérdida de numerosos puestos de trabajo.

A. La recomendación de la comisión del 12 de mayo de 1995 (95/198/CE)⁴⁹

El Parlamento Europeo en su Resolución sobre el Programa Integrado en favor PYME⁵⁰ y del Artesanado instó a la Comisión a presentar propuestas con objeto de solucionar el problema de la morosidad. En respuesta, la Comisión adoptó la presente Recomendación en la que invitaba a los Estados miembros a “adoptar las medidas jurídicas y prácticas necesarias con objeto de hacer respetar los plazos de pago contractuales en las transacciones comerciales y garantizar mejores plazos de pago en los contratos públicos”. A este segundo objetivo dedica en particular su artículo 6o. en el que insta a los Estados miembros:

- a) Tomar medidas para sensibilizar a todas las autoridades implicadas sobre las consecuencias que las demoras en los pagos tienen para la salud financiera de los operadores económicos;
- b) Respetar un plazo de sesenta días para los pagos en el marco de los contratos públicos sin perjuicio de los plazos más cortos que pudieran estar en vigor;
- c) Establecer procedimientos administrativos precisos, con unos plazos que garanticen la mayor rapidez de los pagos públicos. En concreto, deberían fijarse plazos para realizar los trámites administrativos previos al pago, como puedan ser los procedimientos de recepción en las obras públicas;
- d) Realizar a todos los niveles controles regulares sobre los plazos de pago de las autoridades públicas; los resultados deberían darse a conocer de forma oficial;
- e) Prever el pago simultáneo al pago del principal de los intereses de demora adeudados en el caso de que se sobrepasen los plazos contractuales, cuando ello sea imputable a las entidades adjudicadoras o empresas públi-

⁴⁹ DO L 127 del 10.6.95, pp. 19 y ss.

⁵⁰ DO C 323 del 21.11.94, pp. 19 y ss.

cas. Deberían preverse sistemas de control adecuados para garantizar que las autoridades públicas respeten este principio; y

f) Adoptar las disposiciones necesarias para garantizar que se realice, en plazos razonables, el pago a los subcontratistas en el marco de los contratos públicos.

De esta Recomendación se hace eco la Ley 66/1997 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que señala que

...en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley de reforma de la Ley 13/1995, del 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el que, entre otros aspectos, se tengan en cuenta las recomendaciones efectuadas por la Comisión Europea con fecha del 12 de mayo de 1995, relativas a los plazos de pago en las transacciones comerciales.

Pues bien, contrariando este encargo del legislador, la memoria que acompañaba al anteproyecto de ley afirmaba expresamente que los artículos 100.4 y 116.2.c de la ley entonces vigente (Ley 13/1995) eran suficientes para alcanzar los objetivos fijados por esa Recomendación con lo que resultaba innecesario introducir ningún otro precepto.

El Consejo de Estado, al dictaminar por partida doble⁵¹ sobre dicho anteproyecto, puso de relieve que sí hay algún artículo —en todo caso el intento en el artículo 116 bis de evitar retrasos excesivos en el pago de los contratistas a los subcontratistas— en el que persigue incorporar las previsiones de Recomendación y, sobre todo, que algunas de éstas están sin incorporar citando como ejemplos las enumeradas en las letras d) y e) del artículo 60. de la Recomendación.

Estas observaciones del Consejo de Estado no tuvieron reflejo ni en el proyecto de ley enviado a las Cortes Generales ni en el texto finalmente aprobado por la Ley 53/1999, del 28 de diciembre. Ahora bien, esta era una opción válida, puesto que las recomendaciones comunitarias no vinculan a los Estados miembros.

⁵¹ *Cfr. Dictamen 2268/98*, pp. 27-31, y *Dictamen 4464/98*, pp. 18-20.

B. *La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo del 29 de junio de 2000 (2000/35/CE)*

Las observaciones del Consejo Económico y Social⁵² acerca del aumento de los retrasos en el pago de parte de los adjudicadores públicos y sus negativos efectos sobre las empresas contratistas y, en especial, la constatación por la Comisión⁵³ del nulo calado de una norma meramente indicativa como su Recomendación del 12 de mayo de 1995 llevó a ésta última a recoger gran parte de su contenido en una propuesta de Directiva del Consejo⁵⁴ que, después de una agitada tramitación, ha culminado recientemente en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2000/35/CE,⁵⁵ sobre cuyo carácter vinculante parece innecesario insistir. En definitiva, ante la pasividad de los Estados miembros en acoger las sugerencias de la Recomendación del 12 de mayo de 1995, la Unión Europea ha reaccionado imponiendo a través de la Directiva 2000/35/CE unos objetivos, que han de ser cubiertos por todos los Estados miembros a más tardar el 8 de agosto de 2002 (artículo 60.).

Merece, en consecuencia, el legislador español una cierto reproche, pues a pesar de haber sido advertido por el Consejo de Estado⁵⁶ de la inminencia de la aprobación de una Directiva de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, ha perdido dos ocasiones —la Ley

⁵² Cfr. *Dictamen sobre el Libro Verde de la Comisión*, “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones de futuro”, DO C 287 del 22.9.1997, p. 97.

⁵³ Cfr. *Comunicación de la Comisión*, “Informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales”, DO C 216 de 17.7.1997, pp. 10 y ss.

⁵⁴ El Parlamento Europeo es el primero, en su Resolución sobre la Recomendación del 12 de mayo de 1995 (DO C 211 de 22.7.1996, pp. 43 y ss.), en manifestar sus dudas sobre la conveniencia de un instrumento comunitario no vinculante para garantizar unos plazos de pago razonables, por lo que invita a la Comisión a que estudie la posibilidad de convertir su Recomendación en una propuesta de Directiva del Consejo lo antes posible. En su respuesta al Parlamento, el Comisario Papoutsis indicó que antes de decidir sobre esa posibilidad esperarían a conocer los resultados de la evaluación que tenían programado realizar a principios de 1997 sobre la incidencia de la Recomendación.

Estos resultados se publicaron en virtud de la Comunicación citada en la nota anterior en la que se puede leer “El informe señala que ...en la mayoría de los países no se ha hecho nada o muy poco. Por consiguiente, la Comisión va a proponer medidas adicionales encaminadas a reducir los pagos morosos en Europa tales como la propuesta de una Directiva”.

La propuesta de Directiva puede consultarse en DO C 168 del 3.6.1998, pp. 13 y ss. y DO C 374 de 3.12.1998, pp. 4 y ss.

⁵⁵ DO L 200 de 8.8.2000, pp. 35 y ss.

⁵⁶ Cfr. *Dictamen 4464/98*, p. 20.

53/1999 y el RDL 2/2000— para incorporar a nuestra legislación de contratos públicos sus previsiones, abocándonos a una inmediata reforma que romperá la unidad de texto recien alcanzada.

Esta Directiva, a diferencia de la Recomendación del 12 de mayo de 1995, no recoge en una disposición especial las exigencias respecto de los contratos públicos, sino que al definir su ámbito de referencia apunta que “debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre éstas y los poderes públicos” (considerando 22).

En primer lugar, por lo que se refiere a los objetivos que apunta esta Directiva, persigue evitar plazos de pago excesivamente prolongados. A estos efectos señala que, cuando no se fije un plazo en el contrato, se devengarán intereses, sin necesidad de denuncia de la mora, desde los 30 días siguientes a la solicitud de pago, plazo que en casos especiales puede alargarse hasta los 60 días (artículos 3.1.a y 3.2).

En segundo lugar, para que las consecuencias de la morosidad sean disuasorias,⁵⁷ prevé tres medidas: *a*) un alto tipo de interés de demora (artículo 3.1.d); *b*) el derecho del acreedor a reclamar del deudor una compensación razonable por todos los costes de cobro que haya sufrido a causa de la morosidad de éste (artículo 3.1.e); *c*) procedimientos de reclamación rápidos y eficaces en manos del acreedor (artículos 3.3, 3.4, 3.5 y 50.).

⁵⁷ Es patente que en la situación actual “la morosidad es un incumplimiento de contrato que se ha hecho económicamente provechoso para los deudores en la mayoría de los Estados miembros a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en mora y/o de la lentitud de los procedimientos de reclamación” (considerando 16).