

## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado mayor del Consejo de Estado*

### SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal del Consejo de Estado: 1. La potestad administrativa de interpretación de los contratos. 2. La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes.

#### 1. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El Consejo de Estado ha emitido diversos dictámenes en interpretación de cláusulas contractuales (dictámenes núms. 877/2017, de 12 de abril; 310/2018, de 11 de enero de 2019; 238/2019, de 11 de abril; 820/2018, de 14 de marzo de 2019 y 945/2019, de 28 de noviembre de 2019), en los que ha ido exponiendo una perfilada doctrina sobre el alcance y el contenido de la potestad administrativa de interpretar los contratos por parte de los órganos de contratación.

Corresponde a la Administración el ejercicio de esa potestad, como auténtica prerrogativa reconocida a su favor en la legislación reguladora de los contratos administrativos y solo respecto de estos. No la tiene atribuida legalmente en los contratos privados, ni aun cuando tengan la consideración de sujetos a regulación armonizada. No obstante, respecto de este último tipo de contratos, se le puede reconocer en el correspondiente

pliego al amparo del principio de autonomía de la voluntad (Código Civil, artículo 1255).

La potestad de interpretar los contratos administrativos estaba reconocida en la Ley 13/1995, de 13 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000 y lo está hoy en el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Este último precepto citado —al igual que el artículo 60 del primero de los textos legales mencionado y el 59 del segundo— establece que

«Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta...».

El ejercicio de la potestad de interpretar el contrato corresponde al órgano de contratación. Se concretará en el correspondiente acuerdo que deberá aprobarse y revestir la forma que proceda según la autoridad que lo dicte: resolución en el caso de que lo sea un secretario de Estado; orden ministerial, si lo es el titular de un departamento ministerial y, en fin, real decreto si el órgano de contratación es el Consejo de Ministros.

El ejercicio de la potestad de interpretación de los contratos debe sujetarse al correspondiente procedimiento (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, artículo 191 y Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 93). En él, ha de formularse la propuesta interpretación de la Administración, darse audiencia al contratista, emitirse informe por el Servicio Jurídico (Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, artículo 93) y evacuarse el dictamen de este Consejo en el caso de formularse oposición por parte del contratista.

A los procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, les resulta de aplicación esta norma aun cuando el contrato —en lo tocante a sus disposiciones sustantivas— se rija por disposiciones anteriores. Y ello porque el procedimiento de interpretación, ni es propiamente un expediente de contratación, ni forma parte del de extinción de los contratos. En consecuencia, no le resulta de aplicación lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que previene que

- «1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior (.../...)
2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Es criterio general de nuestro ordenamiento que, en el caso de cambios legislativos atinentes a cuestiones de procedimientos, los nuevos resulten de aplicación a todos los que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de las nuevas leyes, con independencia de que las cuestiones sustantivas o de fondo se sustancien con arreglo al derecho anterior.

Así las cosas, en el caso de contratos que se rigen por las leyes anteriores a la de 2017, los procedimientos de interpretación quedan sujetos a las prescripciones establecidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, cuando se inicien con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, sin perjuicio de que el fondo del asunto se dilucide conforme con las normas sustantivas vigentes al momento de su celebración (Dictamen 238/2019, de 11 de abril).

El procedimiento de interpretación no está sujeto por otra parte a la inexorable declaración de caducidad que previene el artículo 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, cuando se supera el plazo máximo de tramitación establecido —tres meses en aplicación del artículo 21.3 del mismo cuerpo legal—. Ello por cuanto no se trata de un procedimiento en el que se ejerzan por la Administración ni potestades sancionadoras ni de intervención (Dictamen n.º 877/2017, de 12 de abril de 2018).

Están legitimados para intervenir en el procedimiento de interpretación el contratista y, en su caso, los subcontratistas. No obstante, el Consejo ha declarado el carácter legítimo de la intervención de los fondos de inversión, titulares de derechos de crédito a la sazón transmitidos a su favor por entidades concesionarias, en el caso de los procedimientos de resolución y liquidación de los contratos de concesión de autopistas. En efecto, en el Dictamen 238/2019, de 11 de abril, se señaló que «aun cuando ni son parte en los contratos concesionales ni han prestado las garantías cuya pérdida puede decretarse, tienen la condición de interesados conforme con el artículo 4.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Son titulares de intereses legítimos o efectos reflejos que pueden resultar afectados por la resolución que se adopte en este procedimiento de interpretación en la medida en que determinará el contenido de la liquidación contractual correspondiente e incidirá el alcance de aquellos».

La potestad de interpretación subsiste aún después de haberse extinguido el contrato. Dicha pervivencia lo es a los efectos del procedimiento de su liquidación. El Consejo de Estado ha afirmado que dicha potestad pervive también como efecto reflejo de la situación contractual preexistente, señalando que así lo reconoce expresamente el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Por otra parte, la potestad de interpretar los contratos se ciñe a determinar el alcance y contenido de la voluntad contractual coincidente de las partes. Los procedimientos de interpretación tienen pues un objeto delimitado a este ámbito sin que, ni sea dable extenderlo a otros distintos, ni quepa resolver a través de él solicitudes o pretensiones de diferente índole.

En tal sentido, el Consejo de Estado tuvo ocasión de señalar en el dictamen 945/2019, de 28 de noviembre, que el procedimiento de interpretación no es cauce adecuado para sustanciar las reclamaciones formuladas por los contratistas. Desde el momento en que estos formulan una pretensión indemnizatoria, el cauce a seguir es previsto para las reclamaciones, con independencia de que para resolverlas deba operarse una operación interpretativa de la norma o del pliego contractual. Así las cosas, las reclamaciones formuladas en el seno de una relación contractual que contienen una pretensión de indemnización, ni pueden, ni deben encauzarse como solicitudes de interpretación por el hecho de que la solicitante invoque una cláusula contractual que la Administración considera que no la ampara. Los procedimientos para resolver reclamaciones y para interpretar un contrato tienen objetos y finalidades distintas. Aquellos, pronunciarse sobre una pretensión de indemnización. Estos, por su parte, encontrar la voluntad común de las partes concretada en la cláusula contractual correspondiente.

También ha señalado el Consejo la necesidad de deslindar el procedimiento de interpretación del de resolución de las incidencias surgidas durante el cumplimiento del contrato.

Junta a la prerrogativa de interpretar los contratos, la Administración tiene también la de resolver las incidencias surgidas durante su cumplimiento.

Los procedimientos a seguir en los casos de interpretación del contrato y de resolución de incidencias surgidas con ocasión de su ejecución son parejos. En ambos casos, corresponde al órgano de contratación la adopción de la decisión pertinente previa audiencia del interesado e informes de la Asesoría Jurídica y la Intervención —conforme previene el artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre—. Ahora bien, en el supuesto de interpretación, la oposición del contratista a la formulada por la

Administración comporta que el Consejo de Estado intervenga preceptivamente conforme con lo establecido en el artículo 22.11 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril. Intervención que, por el contrario, no es precisa en el caso de que se trate incidencias surgidas con ocasión de la ejecución.

La distinción entre interpretación y resolución de incidencias surgidas con ocasión de la ejecución de un contrato no es siempre sencilla o fácil. En muchas ocasiones, basta columbrar la cuestión suscitada para incardinarla en una u otra categoría. Pero, en otras, la delimitación de uno y otro concepto exige adentrarse en la controversia surgida entre la Administración y el contratista y examinar su alcance y contenido.

Existe una incidencia cuando esta consiste o trae causa de un incumplimiento por parte del contratista de las previsiones legales y contractuales aplicables, sin que exista duda o discrepancia sobre el alcance y contenido de estas; cuando se trata de divergencias atinentes a la mera cuantificación de las prestaciones de las partes —mediciones y precios aplicables—; cuando en la discrepancia prevalecen los aspectos fácticos; o, en fin, cuando versa sobre aclaración o determinación de aspectos meramente técnicos de las prestaciones.

En las incidencias, puede haber necesidad de interpretar las cláusulas legales o contractuales pero ello no las convierte en cuestiones de interpretación. Lo prevalente en ellas es el hecho controvertido, que tiene fundamentalmente carácter fáctico, y su subsunción en la norma. Por ello, son casos de incidencias aquellos supuestos en los que se discute por las partes el sentido concreto y el alcance que ha de darse al clausulado en atención a las singulares circunstancias fácticas concurrentes. La incidencia requiere, bien la ponderación solo de elementos de hecho, bien de índole jurídica y fáctica pero, cuando se da esta concurrencia, han de prevalecer estos últimos.

Por el contrario, la interpretación requiere la existencia de una duda jurídica; esto es, de una situación de oscuridad que exige averiguar la intención, sentido y voluntad común de los contratantes (Código Civil, artículo 1281, 1282 y 1289) plasmada en la ley del contrato (Código Civil, artículo 1091). Hay duda jurídica en los casos en los que es preciso determinar, en abstracto, el sentido de una norma aplicable o cláusula contractual. La interpretación requiere por tanto la ponderación de elementos, bien estrictamente, bien relevantemente, jurídicos.

Por ello, cae de lleno en el ámbito propio de las cuestiones interpretativas de los contratos las divergencias que versan sobre la determinación de su objeto y del contenido de las obligaciones de las partes cuando se opera con ignorancia de las circunstancias fácticas. Y lo hacen, en el ámbito de

las incidencias, cuando esas mismas divergencias han de dilucidarse a la vista de unos concretos hechos dados (Dictamen n.º 820/2018, de 14 de marzo de 2019).

La potestad de interpretar los contratos se extiende a todo el grupo normativo aplicable a los contratos; esto es, no se limita a las cláusulas contractuales —generales y particulares— sino a todas las normas jurídicas aplicables.

El ejercicio de la potestad está sujeta *mutatis mutandis* a las reglas hermenéuticas generales establecidas en el Código Civil; en particular, en los artículos 1281 y siguientes. Ello comporta que el proceso de interpretación está encaminado a determinar la voluntad de las partes, esto es, su intención común. No tiene por finalidad, ni reconstruir, ni complementar la citada voluntad.

El hito inicial de toda interpretación está en el hecho de que el significado literal de los términos del contrato expresa la intención de las partes (Código Civil, artículo 1281, párrafo primero), sin que proceda «tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones» (Código de Comercio, artículo 57). Ese es el sentido del brocardo *in claris no fit interpretatio*.

Solo en el caso de insuficiencia de la regla expuesta, resultan de aplicación las demás que previene el ordenamiento jurídico. Solo entran en juego cuando existe oscuridad.

Hay oscuridad cuando la literalidad de las cláusulas, bien no permite determinar el supuesto de hecho al que resulta aplicable, bien es incomprensible en todo sentido, bien genera una situación en la que no se sabe en qué forma serán operativas, bien no contempla directamente una regulación precisa para un supuesto de hecho concreto. No la hay por el mero hecho de que la cláusula sea difícil de leer, que pueda contradecir a otras, que presente lagunas, que se oponga a reglas de derecho dispositivo o que no se ajuste a previsiones legales nuevas.

Las reglas subsidiarias de interpretación de los contratos, contenidas en los artículos 1282 y siguientes del Código Civil, se han de aplicar conforme a los siguientes cánones hermenéuticos: el de totalidad, que obliga a hacer una interpretación sistemática de las cláusulas en relación con las otras del propio contrato (Código Civil, artículo 1285); el de finalidad, que comporta que la interpretación debe ser la más adecuada para que el contrato produzca efectos (Código Civil, artículo 1283); el de equivalencia, que implica que la duda debe ser resuelta, en el caso de los contratos

onerosos, en favor de la mayor reciprocidad de intereses (Código Civil, artículo 1289) y, finalmente, el de coherencia o interpretación normativa, que exige que la interpretación sea internamente homogénea (Dictamen n.º 310/2018, de 11 de enero de 2019).

Todos estos cánones tienen un límite de aplicación en la regla contra proferentem, contenida en el artículo 1288 del Código Civil que previene que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

La regla contra proferentem tiene no obstante su ámbito propio. Viene delimitado por la existencia de una oscuridad causada por una de las partes. Cuando no la hay, no opera. No existe oscuridad causada por una de las partes cuando la eventualmente existente deriva de la aplicación de las cláusulas contenidas en los pliegos generales de contratación, ya que estos tienen naturaleza reglamentaria. Por tanto, no es un mecanismo que resulte aplicable cuando la eventual oscuridad de las cláusulas es consecuencia de su integración con las previsiones legales y reglamentarias.

Finalmente, el Consejo de Estado ha señalado que la citada regla tampoco es un mecanismo de retorsión contra quien la estableció, que pueda utilizarse como técnica encaminada a menoscabar su posición jurídica en beneficio de la contraparte. Es técnicamente neutra.

## 2. LA POTESTAD NORMATIVA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

A lo largo del año 2019, se sometieron a consulta del Consejo de Estado diversos proyectos de circulares del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (dictámenes 775/2019, de 26 de septiembre de 2019; 823/2019, de 7 de noviembre de 2019; 824/2019, de 21 de noviembre de 2019; 825, de 5 de diciembre de 2019; 836/2019, de 14 de noviembre de 2019; 837/2019, de 5 de diciembre de 2019; 942/2019, de 28 de noviembre de 2019 y 975/2019, de 5 de diciembre de 2019). Con ocasión de dichas consultas, el Consejo de Estado ha ido conformando un cuerpo doctrinal sobre estas normas, que se sintetiza en los siguientes criterios:

a) La intervención del Consejo de Estado en el procedimiento de su elaboración es la misma que en el caso de los reglamentos. En efecto, el dictamen de este cuerpo consultivo es preceptivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 22, números 2 y 3, de su Ley Orgánica, el cual, en su redacción actual, establece que «la Comisión Permanente del Consejo de Esta-

do deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) 2. Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo. 3. Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones».

b) El ejercicio de la potestad reglamentaria de estas autoridades administrativas independientes está reconocido legalmente. El reconocimiento legal está hecho genéricamente en el artículo 129.4. párrafo cuarto de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y específicamente en sus normas reguladoras —v.gr., en el artículo 30 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, en el caso de la CNMMC—.

c) El ejercicio de la potestad normativa de estas autoridades administrativas independientes tiene características propias, tanto frente a la reglamentaria atribuida al Gobierno como entre cada una de las citadas autoridades entre sí.

En el Estado contemporáneo, tal y como hoy se configura bajo las cláusulas del Estado social y democrático de derecho, el ejercicio de la potestad normativa se vincula de ordinario a la existencia de una particular legitimidad política del titular de dicha potestad, legitimidad que explica no solo la atribución de la posibilidad de dictar normas, sino también la propia fuerza de obligar de sus normas y su posición en el orden jurídico. Esto es aplicable, desde luego, a la Constitución y a las leyes, pero también a la potestad reglamentaria del Gobierno, atribuida por el artículo 97 de la Constitución, y que se explica, precisamente, por la responsabilidad política de este órgano (artículos 99 y 108 siguientes de la C.E.). Ello no quiere decir que no sea legítimo desde el punto de vista constitucional la atribución de potestad normativa a los organismos de la denominada Administración independiente (Banco de España, CNMV o CNMC); sin embargo, dicha atribución no tiene, ni la misma intensidad, ni los mismos límites en cuanto a su ejercicio. La posibilidad de atribuir potestad normativa a estas Administraciones —analizada por el Tribunal Constitucional— es legítima desde el punto de vista constitucional. Así, lo dijo la Sentencia 135/1992, que se pronunció sobre el reconocimiento de la potestad de dictar circulares a favor del Banco de España y la Sentencia 133/1997, de 16 de julio, en relación con la potestad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

La razón que justifica, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, el ejercicio de la potestad normativa por parte de los organismos independientes no es su discrecionalidad («no se legitima por su carácter discrecional»), sino que «la especialización técnica del Banco de España explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o ex lege».

d) El ejercicio de la potestad normativa de estas autoridades administrativas independientes tiene características propias, tanto frente a la reglamentaria atribuida al Gobierno, como entre las atribuidas a cada una de ellas. No es ni genérica ni uniforme en todos los ámbitos. No ser genérica implica que no cuentan con una competencia general para dictar normas en cualquiera de los ámbitos a los cuales se extiende su supervisión, sino que responde a un principio de atribución: solo tienen potestad para dictar circulares allí donde una norma se lo reconoce expresamente. Tampoco es uniforme: su capacidad normativa depende de la materia a regular y de la atribución que le hace el correspondiente texto legal, pudiendo ser diferente según el ámbito sobre el que opere. Y finalmente es limitada, es decir, no supone ajenidad al derecho —artículo 9.3 de la Constitución— y al ordenamiento jurídico; no es un derecho propio, al margen del resto del ordenamiento jurídico administrativo. Ello implica que las circulares no pueden regular materias que no queden dentro del ámbito material al que se refiere la habilitación existente o que, de alguna forma, han sido atribuidas expresamente a otra autoridad (por ejemplo, al desarrollo normativo por parte del Gobierno o de uno de sus miembros). Y, de otra parte, los límites de la potestad derivan de la sujeción de su ejercicio al resto de las normas vigentes, tanto legales como reglamentarias.

e) En su elaboración han de respetarse ciertas reglas procedimentales imperativas. La caracterización de la potestad que antes se ha efectuado tiene consecuencias relevantes en orden al proceso de elaboración de las circulares. Como se ha señalado, el ejercicio de la potestad normativa no se legitima por su carácter discrecional, sino por su especialización técnica. Por ello, resulta particularmente relevante la justificación técnica de las soluciones adoptadas. Cuando en una circular se recogen medidas susceptibles de afectar de forma relevante a los derechos o deberes de los sujetos que participan en el mercado, es preciso llevar a cabo una justificación técnica adecuada de ellas, analizando sus efectos económicos generales y particulares y las razones las amparan.

Mas cuando, de ordinario, el ejercicio de las potestades públicas va acompañado de mecanismos de responsabilidad, coherentes con la propia naturaleza del órgano al que se atribuye dicha potestad. Y en el caso de las autoridades administrativas independientes, por lo general, no están sujetas a mecanismos de responsabilidad política, pues, por relevante que sean las previsiones contempladas en sus normas reguladoras en relación con el control parlamentario, no se trata propiamente de un mecanismo de responsabilidad política análogo al que comporta su ejercicio por el Gobierno o sus miembros.

f) Las circulares no pueden derogar las normas reglamentarias del Gobierno o sus miembros que hasta ahora regulaban aquellas materias que, como consecuencia de la atribución de competencias operadas por otras normas, son objeto de circulares de las autoridades administrativas independientes. Ello, entre otras razones, porque no existe una relación jerárquica entre unas y otras.

No obstante, la aprobación de circulares que regulan determinados aspectos hasta entonces recogidas en normas reglamentarias tiene como consecuencia que sean ellas las que, a partir de dicho momento, pasen a ser de aplicación, deviniendo inaplicables las que, hasta entonces, lo hacían.

Habida cuenta de que las normas reglamentarias que hasta entonces regulaban esta materia siguen formalmente vigentes, es necesario desde la perspectiva de la seguridad jurídica realizar los ajustes necesarios en el orden jurídico con el fin de derogar las que han devenido inaplicables. Dicha derogación debe hacerse, en cada supuesto específico, por la propia autoridad que dictó la norma, el Gobierno o el titular del departamento.

g) En relación con el procedimiento de elaboración de las circulares de las autoridades administrativas independientes, el Consejo ha afirmado —en relación con la potestad de dictar circulares del Banco de España, el Dictamen 726/2019, y en relación con la CNMV, el Dictamen 745/2019— la cuestión de si les resultan de aplicación las reglas recogidas con carácter general en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y en la Ley 39/2015. Ha dicho que la Ley del Gobierno no les es aplicable, al menos de forma directa, y tampoco el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, de desarrollo de dicha Ley. En efecto, aquella, en su título V, se refiere a la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno y de sus miembros, pero no a las circulares que puedan dictar otros organismos independientes, como el Banco de España o la propia CNMC. Así resulta, en particular, de la enumeración contenida en el artículo 24.1 (que se refiere a los diferentes tipos de normas y acuerdos); y así resulta, igualmente, del régimen recogido en el artículo 26, que toma en consideración de forma explícita las propuestas o proyectos que se elaboran en los departamentos. Si bien la no aplicación de estas previsiones es clara y razonable en unos casos —cuando se regulan aspectos tales como la exigencia de la aprobación previa del Ministerio de Política Territorial y Función Pública o se prevé el informe del Ministerio de la Presidencia—, en otros supuestos —como cuando se regula la memoria de impacto normativo— puede generar vacíos normativos que suscitan mayores dificultades. La memoria es un documento clave para conocer la oportunidad de la propuesta, las al-

ternativas de regulación, los diferentes impactos, la adecuación al derecho nacional y de la Unión Europea o el análisis de cargas.

En lo que hace a la Ley 39/2015, su artículo 129 regula los principios de buena regulación (entre los cuales, se incluyen los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia) y el Consejo de Estado ha afirmado la aplicabilidad de estos principios a las iniciativas normativas de las autoridades administrativas independientes