



Roj: **ATS 13514/2024 - ECLI:ES:TS:2024:13514A**

Id Cendoj: **28079130012024202507**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2024**

Nº de Recurso: **6568/2023**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 5678/2023,**  
**ATS 13514/2024**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Fecha del auto: 06/11/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6568/2023

Materia:

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De Marcos Valtierra

Secretaría de Sala Destino: 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6568/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De Marcos Valtierra

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente



D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 6 de noviembre de 2024.

## HECHOS

### PRIMERO.- Proceso de instancia y resolución judicial recurrida

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia n.º 2131/2023, de 12 de junio, desestimando el recurso contencioso-administrativo n.º 117/2020 interpuesto contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra el informe de 17 de octubre de 2019, relativo al contrato de obras de construcción del nuevo edificio destinado a investigación del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau, ampliado a la resolución de 27 de mayo de 2021 de inadmisión del recurso de alzada contra el informe de 30 de octubre de 2019.

Considera la Sala de instancia que es preciso partir de la normativa específica, puesto que se trata de una subvención financiada con Fondos de la UE, siendo de aplicación el Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 y las directrices establecidas por los órganos competentes de la UE, en concreto, la Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 2013 (C (2013) 9527), relativa al establecimiento y la aprobación de las directrices para la determinación de las correcciones financieras que haya de aplicar la Comisión a los gastos financiados por la Unión en el marco de la gestión compartida, en caso de incumplimiento de las normas en materia de contratación pública, y la Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2019 (C (2019) 3452), por las que se establecen las directrices para la determinación de las correcciones financieras que deben aplicarse a los gastos financiados por la Unión en caso de incumplimiento de las normas aplicables a la contratación pública. También se refiere a que las limitaciones del contrato están sujetas a los límites establecidos en los artículos 106 y 107, así como en el artículo 234 para el contrato de obras, todos ellos del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF de 2011).

En cuanto a la Irregularidad núm. 16 de la Decisión C (2019) 3452 de la Comisión Europea, señala que la misma establece un criterio de corrección que consiste en la pista de auditoría insuficiente para la adjudicación del contrato, cuando la documentación pertinente no es suficiente para justificar la adjudicación del contrato, lo que da lugar a una falta de transparencia. Añade que se ha aplicado la irregularidad núm. 16 al entender que el criterio de valoración de la oferta económica no es válido, al estar basado en la desviación sobre la baja media, y la jurisprudencia europea rechaza el establecimiento de fórmulas que priorizan la proximidad de la oferta a la media de las presentadas en detrimento de las bajas mayores, de modo que no se estiman regulares las fórmulas por las cuales los licitadores reciben una puntuación creciente a medida que se acercan a la baja media y se alejan de la baja temeraria, puesto que los licitadores se ven obligados a presentar una oferta con un precio más elevado del que hubieran podido ofrecer.

Y concluye que, en este caso, la fórmula utilizada valora la oferta económica en función de la baja media resultante de todas las ofertas presentadas, por lo que cabe concluir que incurre en la irregularidad apreciada.

En cuanto a la Irregularidad núm. 23 de la Decisión, señala que consiste en las modificaciones de los elementos del contrato establecidos en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones que no son conformes con las Directivas. La resolución administrativa indica que hay dos modificaciones previstas en el contrato y una no prevista que supone un 15,07% del contrato, por lo que se considera una modificación sustancial. Razona la sentencia que la Decisión de la Comisión, al describir la irregularidad 23, establece que las modificaciones de los elementos del contrato no se considerarán una irregularidad sujeta a una corrección financiera siempre que se cumplan las condiciones del artículo 72, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE, es decir: a) el valor de las modificaciones es inferior a los siguientes dos valores: (i) los umbrales establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, y (ii) el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15% del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras; y b) la modificación no altera la naturaleza global del contrato o acuerdo marco.

Y la sentencia concluye estaríamos ante una modificación sustancial del contrato, al rebasar los límites establecidos normativamente para las modificaciones no sustanciales.



Y en relación con las retenciones practicadas en el pago de las facturas en concepto de garantía definitiva, concluye la sentencia que no resultan elegibles, pues es un gasto que deriva de la ejecución del contrato, pero que está incluido en el precio, ya que procede la devolución de la garantía en el caso de que el contrato se ejecute correctamente o se resuelva sin culpa del contratista.

## **SEGUNDO.- Preparación del recurso de casación**

Notificada la sentencia, la representación procesal de la Fundación privada Hospital de la Santa Creu y Sant Pau ha preparado recurso de casación en el que denuncia, en primer lugar, y en relación con la irregularidad n.º 23, la infracción del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, y de los artículos 106, 107 y 234 del TRLCSP de 2011, y del apartado núm. 23 de la Decisión C (2019). Alega que la sentencia considera que, como una modificación inferior al 15% del valor del contrato inicial de obras no constituye una irregularidad sujeta a una corrección financiera, *sensu contrario* las modificaciones superiores a dicho porcentaje son sustanciales e incurrir en esa irregularidad, lo cual resulta erróneo, pues el artículo 72 de la Directiva y el apartado 1.a) de la irregularidad núm. 23 de la Decisión no se pueden interpretar de forma aislada y *a contrario*, sino que hay que interpretarlos en relación con el resto de apartados. Así, el primer párrafo del apartado 1) de la irregularidad núm. 23 de la Decisión comienza estableciendo una regla general: se incurre en irregularidad si «se han realizado modificaciones en el contrato que no son conformes con el art. 72.1 de la Directiva», el cual establece que los contratos podrán modificarse: a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor económico, estén previstas en los pliegos; b) cuando las modificaciones resulten necesarias para prestaciones adicionales (y no superen el 50% del valor del contrato inicial; y c) cuando se cumplan estas tres condiciones: la necesidad de la modificación deriva de circunstancias imprevistas, la modificación no altera la naturaleza global del contrato y el incremento del precio resultante no excede del 50% del valor del contrato. De modo, concluye, que si un contrato se modifica cumpliendo esas exigencias, las modificaciones son conformes con el citado artículo 72.1 de la Directiva y, por lo tanto, no se produce la irregularidad núm. 23, como ocurre en el presente caso, en que dos de las tres modificaciones estaban previstas y los pliegos y se respetó el porcentaje establecido, mientras que la tercera se llevó a cabo por circunstancias que no pudieron ser previstas en el momento de la licitación y no supera el límite del 50%.

En cualquier caso, añade que la irregularidad núm. 23 prevé una excepción a esa regla general, al añadir que «Sin embargo, las modificaciones de los elementos del contrato no se considerará irregularidad sujeta a una corrección financiera siempre que se cumplan las condiciones del artículo 72, apartado 2», entre las que se encuentra que el precio del contrato de obras supere el 15% del valor inicial del contrato.

Considera que se infringen los artículos 106, 107 y 234 TRLCSP 2011 porque la Decisión, para tipificar la irregularidad núm. 23, únicamente se apoya en el Derecho de la Unión, por lo que los citados preceptos del TRLCSP no son aplicables a efectos de considerar si se incurre o no en la irregularidad, aparte de que ni siquiera serían vulnerados.

En segundo lugar, y en relación con la Irregularidad 16, denuncia la infracción del artículo 84 de la Directiva 2014/24/UE y del artículo 100 de la Directiva 2014/25/UE, y del apartado núm. 16 de la Decisión C (2019). Alega que lo que se imputa a la recurrente no cabe subsumirlo en la irregularidad núm. 16, pues la valoración económica de las ofertas prestadas basada en la desviación sobre la baja media resultante de las ofertas presentadas no tiene nada que ver con la suficiencia de la documentación pertinente para justificar el contrato, ni con la falta o no de transparencia.

Y, en tercer lugar, denuncia la infracción del artículo 102 TRLCSP de 2011, al considerar como gasto no elegible las retenciones practicadas en el pago de las facturas en concepto de garantía definitiva. Alega que precisamente por formar parte del precio, que se devuelve y se ha devuelto al contratista, se debe considerar como un gasto elegible, pues de otra forma se impediría que una parte del precio del contrato que se paga al contratista se considere injustificadamente como subvencionable.

Como justificación del interés casacional objetivo los artículos 88.3 a) y 88.2.b) y c) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (LJCA)

## **TERCERO.- Auto teniendo por preparado el recurso de casación y personación de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.**

La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 27 de junio de 2024, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se ha personado ante esta Sala, la Fundación privada Hospital de la Santa Creu y Sant Pau, representada por el procurador D. Ignacio López Chocarro, en concepto de parte recurrente, y, en concepto de parte recurrida, la



Generalidad de Cataluña, representada por el Abogado de sus Servicios Jurídicos, quien se opone a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde, Magistrado de la Sección.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

### PRIMERO.- Requisitos formales del escrito de preparación

El escrito de preparación cumple, desde el punto de vista formal, con las exigencias del artículo 89 LJCA, por lo que nada puede oponerse, por tanto, a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a), b) y d) del artículo 89.2 LJCA.

### SEGUNDO.- Cuestión litigiosa y marco jurídico.

Tres son las cuestiones que se plantean:

Una, si el aplicar un criterio de valoración de la oferta económica basado en la desviación sobre la baja media integra o no la Irregularidad núm. 16 de la Decisión C (2019) 3452 de la Comisión Europea «Pista de auditoría insuficiente para la adjudicación del contrato», irregularidad, en lo que a este recurso de casación interesa, descrita como «La documentación pertinente (indicada en las disposiciones aplicables de las Directivas) no es suficiente para justificar la adjudicación del contrato, lo que da lugar a una falta de transparencia».

Dos, si varias modificaciones del contrato que sumadas todas ellas superen el 15% del valor del contrato inicial suponen una modificación sustancial que vulnera el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE e incurre, por ello en la Irregularidad núm. 23 de la Decisión C (2019) 3452 de la Comisión, o si, por el contrario, hay que estar a la naturaleza sustancial o no de cada una de las modificaciones, individualmente considerada, para apreciar la referida Irregularidad.

Y tres, si resultan o no elegible las retenciones practicadas en el pago de las facturas en concepto de garantía definitiva.

### TERCERO.- Verificación de la concurrencia de interés casacional objetivo en el recurso.

Partiendo de lo anterior, esta Sala considera que, de las cuestiones planteadas la representación procesal de la recurrente, presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la referida a las modificaciones del contrato a efectos de determinar si hay que estar a la naturaleza sustancial o no de cada una de las modificaciones, individualmente considerada, para apreciar la referida Irregularidad núm. 23 de la Decisión C (2019) 3452 de la Comisión, o hay que estar a la suma de todas ellas.

Y es que, sobre este particular, esta Sala considera que no carece manifiestamente de interés casacional objetivo el referido interrogante jurídico y plantea una cuestión jurídica de alcance general, referida a correcciones financieras en relación con gastos financiados por la Unión Europea, que trascienden del caso objeto del proceso.

### CUARTO.- Admisión del recurso de casación. Normas objeto de interpretación.

Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación, y declaramos que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si varias modificaciones del contrato que sumadas todas ellas superen el 15% del valor del contrato inicial suponen una modificación sustancial que vulnera el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE e incurre, por ello en la Irregularidad núm. 23 de la Decisión C (2019) 3452 de la Comisión, o si, por el contrario, hay que estar a la naturaleza sustancial o no de cada una de las modificaciones.

Los preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 72 de la Directiva 2014/24/UE, 106, 107 y 234 del TRLCSP de 2011 -actuales artículos 204, 205 y 242 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014-, y apartado número 23 de la Decisión C (2019). Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

Es cierto que el Real Decreto Legislativo 3/2011 ha sido derogado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Ahora bien, ello no obsta para la admisión del recurso, pues la recurrente sostiene que para tipificar las Irregularidades la Administración únicamente se apoya en el Derecho de la Unión, y a él habrá que estar, a lo que se añade que



la razón de decidir de la sentencia respecto de dichas Irregularidades se fundamenta en la normativa europea específica al respecto.

#### **QUINTO.- Publicación en la página web del Tribunal Supremo**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

#### **SEXTO.- Comunicación y remisión**

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

#### **La Sección de Admisión acuerda:**

1.º) Admitir el recurso de casación n.º 6568/2023 preparado por la representación procesal de la Fundación privada Hospital de la Santa Creu y Sant Pau contra la sentencia n.º 2121/2023 dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo n.º 117/2020.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si varias modificaciones del contrato que sumadas todas ellas superen el 15% del valor del contrato inicial suponen una modificación sustancial que vulnera el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE e incurre, por ello en la Irregularidad núm. 23 de la Decisión C (2019) 3452 de la Comisión, o si, por el contrario, hay que estar a la naturaleza sustancial o no de cada una de las modificaciones, individualmente considerada, para apreciar la referida Irregularidad.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014s sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; los artículos 106, 107 y 234 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -actuales artículos 204, 205 y 242 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014-, y apartado número 23 de la Decisión C (2019) de la Comisión, por la que se establecen las directrices para la determinación de las correcciones financieras que deben aplicarse a los gastos financiados por la Unión en caso de incumplimiento de las normas aplicables a la contratación pública. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

4.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.