UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS DOCTORAL

LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

(El irresoluble problema de la modificación)

AUTOR:

RAÚL DE PEDRO ABAD

Licenciado en Derecho

DIRECTOR:

Prof. Dr. JAVIER GUILLÉN CARAMÉS

Madrid 2015

ÍNDICE

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO DE LA TESIS 6

I.- INTRODUCCIÓN Y SISTEMÁTICA 6

II.- OBJETIVO DE LA TESIS 16

CAPÍTULO II. EL RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS 18

I.- INTRODUCCIÓN 18

II.- CONCEPTO 20

III.- EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL. LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO. 25

IV.- LA MODULACIÓN DEL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE OBRAS. 32

V.- CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA. DESDE EL PLIEGO DE 1861 HASTA LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 40

VI.- EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN EL 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. ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE REPARTO DEL RIESGO EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO. 52

CAPÍTULO III. OBJETO CIERTO Y PRECIO CIERTO 62

I.- EL OBJETO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN DE OBRA..... 62

i.- Aspectos Generales 62
ii.- El objeto del administrativo contrato de obras 68
iii.- Determinación del contrato de obra pública..... 73
iv.- Los contratos con pluralidad de objetos 83
v.- La Prohibición del fraccionamiento del objeto contrato de obras..... 90

II.- EL PRECIO DEL CONTRATO DE OBRAS. 93

i.- El precio en el contrato público de obras 94
ii.- La certeza del precio 100
iii.- Actualización, variación y revisión de precios 111
iv.- Los Contratos con precios provisionales..... 142
v.- Breve referencia a la prohibición del pago aplazado..... 142

CAPÍTULO IV.- EL RIESGO IMPREVISIBLE, LA FUERZA MAYOR Y EL "FACTUM PRINCIPIS" COMO EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA Y PRECIO CIERTO..... 145

I.- INTRODUCCIÓN 145
II.- LA FUERZA MAYOR COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA DE OBRAS. 148
III.- EL "FACTUM PRINCIPIS" COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA DE OBRAS..... 160
IV.- EL RIESGO IMPREVISIBLE COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA DE OBRAS Y LA CLÁUSULA *"REBUS SIC ESTANTIBUS"*. 174

CAPÍTULO V.- EL IUS VARIANDI DE LA ADMINISTRACIÓN. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS 184

I.- INTRODUCCIÓN 184

II.- FUNDAMENTO DEL "IUS VARIANDI" 189

III.- NATURALEZA JURÍDICA DEL "IUS VARIANDI" 195

IV.- EL "IUS VARIANDI" EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. DESDE LA LEY DE BASES DE CONTRATOS DEL ESTADO HASTA EL LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007. 196

V.- EL PUNTO DE PARTIDA DEL CAMBIO DEL RÉGIMEN TRADICIONAL DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. 201

VI.- EN GENERAL, LA FACULTAD DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA NORMATIVA COMUNITARIA. 204

VII.- LOS LIMITES DEL "IUS VARIANDI". 218

VIII.- LIMITES CUALITATIVOS AL EJERCICIO DEL "IUS VARIANDI". 220

i.- Limites cualitativos aplicables con anterioridad a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. 221

ii.- Límites cualitativos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y su modificación tras la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. 230

IX.- LOS LÍMITES CUANTITATIVOS AL EJERCICIO DEL "IUS VARIANDI" 269

i.- Los tradicionales limites cuantitativos: 269

ii.- Limitaciones cuantitativas a partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. 272

iii.- Los límites cuantitativos en la Directiva 2014/24/UE 274

X.- LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES EN EL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 277

CAPÍTULO VI.- LA MODIFICACIÓN DEL PROYECTO DE OBRAS 293

I.- LA SISTEMÁTICA DE LA MODIFICACIÓN DEL PROYECTO.....293

i.- El procedimiento para la modificación del contrato de obra. 295

ii.- Modificaciones que no requieren de la redacción de un nuevo proyecto. 302

II.- LOS EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN 305

III.- LA MODIFICACIÓN DEL PLAZO 307

i.- El retraso en el comienzo de la ejecución de las obras 310

ii.- La prórroga del plazo de ejecución.....313

iii.- Las variaciones del plazo debidas a la modificación del proyecto 315

iv.- La suspensión del contrato y la suspensión de la ejecución de las obras.....319

v.- La aceleración del plazo 326

IV.- LA INCIDENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL PROYECTO EN EL PRECIO DE LA OBRA 330

i.- El abono del precio de las modificaciones 331

V.- LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO COMO MÉTODO PARA LA SUBSANACIÓN DE LAS MODIFICACIONES DEL PROYECTO EJECUTADAS SIN UN PROCEDIMIENTO QUE LAS AMPARE. 336

VI.- LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS 344

VII.- MEJORAS SUGERIDAS POR EL CONTRATISTA (LA CLÁUSULA 50 DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS DEL ESTADO).....354

CAPÍTULO VII.- CONCLUSIONES, LÍNEAS DE ACTUACIÓN Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN. 358

BIBLIOGRAFÍA 368

ABREVIATURAS 388

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO DE LA TESIS

I.- INTRODUCCIÓN Y SISTEMÁTICA

Este trabajo trata de la modificación del contrato de obra pública. Desciende desde lo general, la ejecución del contrato, hasta lo particular, su novación modificativa. Se analizan los supuestos que influyen y conducen a la alteración de las prestaciones asumidas por la Administración y por el Contratista tras la perfección del contrato. He tratado de evidenciar las razones que han conducido a la legislación hasta el actual estado de la cuestión y qué soluciones han planteado los legisladores nacional y comunitario para poner fin a esta controversia que existe desde que nació la contratación administrativa. Desde un punto de vista crítico se ha analizado la futura reglamentación que previsiblemente se aprobará en la próxima legislatura y que a, mi modo de ver, en materia de modificación contractual, da un paso atrás con respecto al actual sistema y evita, una vez más, dar una solución definitiva a este antiquísimo e irresoluble problema.

Desde que comencé a prestar servicios en el sector de la construcción siempre me ha llamado la atención la forma en la que la figura del modificado de obra ha sido utilizado como medio para recomponer la aparente pérdida que sufre el contratista cuando hace una oferta a la baja en un procedimiento de licitación. Recuerdo que en cierta ocasión le pregunté al Director General de la empresa para la que prestaba servicios cómo, si la documentación del procedimiento de adjudicación ya fijaba unos precios de por sí bajos para cada una de las unidades de obra, era posible rebajarlos aun más para ganar la subasta. Él me confesó que lo importante era ganar la adjudicación de la obra y confiar en el proyecto. Comprendí que confiar en el proyecto significaba sencillamente esperar a que se

revelasen las carencias o los errores que contuviera o aguardar a que surgiera durante la construcción una nueva necesidad de la Administración o un imprevisto que implicase la introducción de cambios en lo inicialmente proyectado. Ello me llevó al convencimiento de que, en no pocas ocasiones, en la contratación de obras ha venido siendo tan importante ejecutar correctamente la infraestructura o inmueble adjudicado como hacerlo previa aprobación de un modificado que compensase la baja inicial. Si bien esta práctica no es en absoluto deseable[1], la realidad nos demuestra que es complicado encontrar la construcción de un inmueble en el que no se haya modificado el proyecto inicialmente realizado, hasta tal punto que según la STS de 20 de marzo de 2001, "*ha podido decirse que tales variaciones o desviaciones de lo realizado en*

[1] Dictamen del Consejo de Estado 880/1995 de 8 de junio de 1995.

"El dictamen de 17 de junio de 1983 formulaba una observación de carácter general sobre la necesidad de extremar el rigor y el celo en la elaboración del proyecto inicial de "El dictamen de 17 de junio de 1983 formulaba una observación de carácter general sobre la necesidad de extremar el rigor y el celo en la elaboración del proyecto inicial de cualquier tipo de obra pública, de forma que no haya de recurrirse con tanta frecuencia a su ulterior modificación ni, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados."

En este sentido es también interesante el Dictamen del Consejo de Estado 806/2000 de 13 abril de 2000

"Padece en alto grado el interés general -al que siempre debe servir la Administración Pública conforme al artículo 103.1 de la Constitución- cuando conductas difícilmente justificables acarrean no sólo importantes dilaciones en la ejecución de contratos administrativos sino que comportan gastos innecesarios que, muy probablemente, se hubieran podido evitar o paliar tanto con una más cuidada y atenta redacción del proyecto inicial como con un mayor esmero y diligencia en la resolución de procedimientos coetáneos o derivados del presente, especialmente cuando un actuar administrativo (calificable por lo menos de descuidado) ha llegado hasta el punto de haber frustrado la realización de una obra pública."

relación con lo previsto pertenecen a la propia naturaleza del contrato o a la naturaleza de las cosas".

De esta práctica habitual es posible afirmar que para el contratista el objeto de esta tipología contractual no se reduce exclusivamente a la ejecución de la obra y a la consecuente recepción de la justa contraprestación sino que a ello se le añade un tercer elemento, el proyecto modificado, que adquiere una relevancia tan esencial que, con mayor habitualidad de la que sería aconsejable, sin él su actividad se llega a revelar deficitaria e insostenible dado el quebranto económico que supone realizar obras a un coste inferior al presupuestado por la Administración para los proyectos de obras que salen a licitación y que ya es de por sí bajo.

Proyecto y modificado han llegado a ser elementos consustanciales a la propia obra y por eso este último merece ser objeto de un estudio jurídico singular y actualizado. Para ello es aconsejable valorar todo el camino que nuestra legislación ha recorrido en la materia, desde una óptica no sólo puramente administrativa, sino también civil de donde nace la especial idiosincrasia del contrato de naturaleza pública. Así pues, el contrato de obra es un contrato bilateral o sinalagmático con obligaciones recíprocas para el comitente y para el contratista, de forma que el primero está obligado a ejecutar la obra conforme a las instrucciones dadas por el segundo que viene compelido a su vez a abonarlas como contraprestación[2]. Digamos que la traslación de ámbito privado al público parte de que los contratos administrativos eran contratos de Derecho privado,

[2] STS 10 de julio de 1984

"el contrato de arrendamiento tiene un carácter sinalagmático en el que deben considerarse como prestaciones principales a satisfacer por los contratantes la entrega de la obra realizada a satisfacción del dueño y el abono del precio"

cuyo conocimiento era atribuido por razones prácticas a la jurisdicción administrativa y así era reconocido por la doctrina mayoritaria en el siglo XIX ante la escasa sistematización existente en materia de contratación administrativa. Teoría moderada, como estableció García de Enterría, E.[3], por otras proposiciones, de una parte, por un sector de la Jurisprudencia que entendía que la naturaleza de este tipo de contratos que se identificaban con verdaderos actos de poder[4], de otro por la doctrina de las cláusulas exorbitantes y, por otra parte por la modulación que la Administración impone en sus contratos caracterizada por su especial funcionamiento y por su "giro o tráfico" peculiar.

En cualquier caso, si bien la contratación de obras viene de antiguo, dado el escaso interés de las administraciones en ejecutar por sí mismas las obras, la legislación de contratos tal como hoy lo conocemos, es un fenómeno histórico muy reciente. La primera regulación general de contratos públicos, más allá de las instrucciones, órdenes y pliegos generales apareció el año 1963, con la aprobación de la Ley de Bases de Contratos del Estado y, desde entonces, se ha producido un elevadísimo y no sé si justificado número de modificaciones normativas, sobre todo desde los años noventa. La fugacidad de las normas es fruto de la falta de pactos de Estado, de la alternancia y falta de compromiso de

[3] GARCÍA DE ENTERRÍA. E, en "La Figura del Contrato Administrativo" RAP nº 42, 1963 págs. 99 y ss.

[4] STS de 25 de octubre de 1951

"El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-administrativo de 19 de diciembre de 1921 y de 3 de julio de 1941 ha fijado como elementos de distinción entre los contratos civiles y los administrativos el carácter con que interviene en ellos la Administración, pues en estos últimos lo hace a modo de poder, imponiendo como tal condiciones que dejan a salvo sus peculiares prerrogativas, o, como dice el auto recurrido, más bien que contratar puede decirse que manda, viendo en el particular un subordinado."

los partidos que entran y salen del Gobierno y de posturas políticas irreconciliables, pero también de una sociedad en pleno proceso de cambio motivado fundamentalmente por la integración de España en la Unión Europea[5]. Ninguna duda cabe de que las continuas alteraciones del marco normativo por el que se rigen los contratistas genera consecuencias perversas sobre todo en el ámbito de lo público en el que la planificación es un elemento fundamental habida cuenta de la magnitud, complejidad y duración de este tipo de contratos y verdaderamente las Directivas comunitarias, que por supuesto no pueden, en absoluto, ser ignoradas[6], han impulsado nuevos y profundos cambios[7] en nuestra legislación no han ayudado a establecer el clima de seguridad jurídica tan necesario para que progresen los objetivos previstos en aquellas, sea por su errónea trasposición[8], por la renuencia a su correcta aplicación[9] o por la dificultad de dejar atrás las viejas y conocidas normas estatales.

[5] GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., en "La Reforma de las Directivas Comunitarias de Contratación Pública". RDCE nº 13. Págs. 961-975

[6]BERMEJO VERA, J., en "El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural" Ed. Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 2005, págs. 105-117.

[7] Es interesante la reflexión de SANTAMARÍA PASTOR J. A. en "La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública", REDA, número 159, 2013.

[8] DEL SAZ. S., en "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?" RAP nº 174/2007, págs. 335-366 denomina "Vía Crucis" a la trasposición de las normas comunitarias al derecho español

[9] DE LA SIERRA, S., en "Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública" REDA, nº 149/2011, págs. 91-115 califica al legislador de impenitente y contumaz.

En efecto, hasta la fecha, por lo menos en lo que a contratación de obras públicas se refiere, en nuestro país, la apertura a la competencia de contratistas de otros países de la Unión ha sido un fracaso. Las empresas extranjeras no resultan apenas adjudicatarias de contratos de ejecución de obras públicas y las que lo son, a menudo aparecen como integrantes junto a las nacionales en uniones temporales de empresas.

Este es el punto en el que ahora mismo nos encontramos, buscando un mercado verdaderamente común que permita la libre competencia entre todos los empresarios que operan en la Unión. Con ese objetivo se aprobó la Directiva 2014/24/UE[10] que ha supuesto una revolución normativa en el tema objeto del presente estudio y que actualmente se encuentra en fase de transposición por el borrador de anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público que presumiblemente verá la luz el próximo año.

El presente trabajo pretende, sobre todo, poner de manifiesto el irresoluble problema de la modificación del contrato administrativo de obras. Sin perder de vista la citada directiva he querido analizar todos los aspectos susceptibles de producir cambios en las prestaciones derivadas de aquel. La tesis se estructura en siete capítulos que analizan todos y cada uno de los citados supuestos, las circunstancias que los producen y sus efectos y consecuencias.

[10] La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

El Capítulo I contiene la presente introducción, la sistemática utilizada en la presente tesis y sus objetivos.

En el Capítulo II se examina el principio del riesgo y ventura del contratista y la inmutabilidad del contrato. De acuerdo con el principio "pacta sunt servanda" lo pactado obliga y es ley "inter partes", luego el contratista no puede hacer recaer sobre la Administración las vicisitudes que afecten a su actividad económica, sino que se verá obligado a asumir la mayor o menor onerosidad del contrato derivada de su buen o mal hacer como empresario. He querido comenzar por este principio porque, como es bien sabido, en contratación pública existen una serie de supuestos moderadores del riesgo y ventura que, cuando concurren, no sólo son capaces de modificar el contrato –obra, plazo o presupuesto-, sino que permiten la traslación del riesgo del contratista a la Administración que, en tales casos vendrá obligada a compensarle por el mayor incremento patrimonial que supone el cumplimiento de la prestación.

En este sentido, del análisis de la configuración histórica del principio se desprende ya desde pronto lo que antes se ha venido apuntando, la evolución en ocasiones caótica de la normativa en la materia ora más laxa ora más restrictiva y viceversa. Se analiza también la rotura del principio en la normativa actual, con especial mención al sistema de reparto de riesgos en los contratos de colaboración entre el sector público y privado, por suponer la ruptura total del principio de riesgo y ventura al permitir el reparto de los riesgos entre la Administración y el socio privado, al que, en principio, se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público, si bien se admiten las clausulas en sentido inverso.

El trabajo continúa en su Capítulo III analizando el objeto y el precio, elementos que constituyen las prestaciones esenciales que dan vida al contrato y que son

las que, además del plazo, se van a ver alteradas cuando se produce la alteración del contrato. Se valora desde el punto de vista del Derecho Civil para, a continuación, analizar las particularidades que conciernen al ámbito administrativo entre las que destaca preexistencia de una necesidad colectiva que sea preciso satisfacer. En este apartado se trata también el concepto de contrato público contenido en la Directiva 2014/24/UE, con referencia a la anterior Directiva 2004/18/CE, se definen sus caracteres y se detalla su objeto.

Si el elemento sustancial del contrato es, en esencia, la ejecución de la obra, es preciso que antes de obligarse el contratista conozca cual es la prestación que debe realizar. Como expresión de la inicial voluntad del comitente se presenta el proyecto de obras. De él parte, salvo contadas excepciones, cualquier relación jurídica normal que encuadre la construcción de una obra. Por eso y porque en caso de que concurran las circunstancias que obliguen a la inclusión de un reformado se va a ver alterado, es conveniente siquiera hacer una sucinta referencia a su contenido y alcance, como la que consta en este capítulo.

No es posible hablar del objeto del contrato sin mencionar los contratos pluriprestacionales o mixtos. Si bien en nuestro Derecho, lo usual es que cada contrato contenga una única obligación para el contratista, ya sea ejecutar la obra, prestar el servicio, elaborar el proyecto, etc., la legislación de contratos consiente la celebración de contratos con prestaciones diferenciadas siempre que se atienda, desde un plano formal porque habrá una única licitación y sustantivo porque lo permite la Ley, a la obligación más onerosa. La Directiva 2014/24/UE no es ajena a esta situación que considera excepcional y sistematiza el proceso de adjudicación para que cumpla con los principios integradores de la Unión. Y precisamente con el objeto de prevenir la vulneración de los citados principios, tanto el TRLCSP como la legislación europea prohíben, como norma general, el fraccionamiento de los contratos que también se trata en este trabajo.

En lo que incumbe al precio de la obra, en cuyo abono consiste la obligación recíproca que corresponde al propietario, es otro de los elementos que sufren las alteraciones debidas precisamente a la bilateralidad o conmutatividad de este tipo de contratos y, en ese contexto, se analiza, también desde un punto de vista civil y administrativo, la certeza del mismo, su contenido, su devengo y las formas en las que puede ser satisfecho su abono, haciendo referencia a las modalidades que contempla la norma. No pueden dejarse de lado ni las alteraciones que sufre debido a las cláusulas de revisión de precios, en especial tras la aprobación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española que ha endurecido los presupuestos que justifican la inclusión de sistema, ni la actualización que debe experimentar el importe ofertado en el procedimiento de licitación por el contratista cuando concurren determinadas circunstancias jurisprudencialmente fijadas. Por último, se hacen dos breves referencias que considero interesantes, de un lado a los contratos con precios provisionales, procedentes cuando se esté ante un procedimiento negociado de prestaciones complejas y, de otro, a la prohibición del precio aplazado en los contratos de las Administraciones Públicas que se relaciona con la imperativa necesidad de que exista una dotación presupuestara suficiente que permita hacer frente a los créditos que se contraerán durante la ejecución de las obras.

En el capítulo IV se estudia el riesgo imprevisible, la fuerza mayor y el "factum principis" como excepciones al principio del riesgo y ventura y precio cierto. El motivo es evidente, la concurrencia de cualquiera de las tres figuras modifica el contenido de las prestaciones asumidas por los contratantes. Se ha preparado un análisis detallado de cada uno de los supuestos, su configuración histórica y doctrinal, como, cuando y por qué se produce la quiebra del principio del riesgo y ventura y bajo qué circunstancias y en qué cuantía procede la compensación al contratista.

El capítulo V contiene una extensa referencia al "ius variandi" de la Administración como la facultad más exorbitante de la Administración capaz de alterar unilateralmente el contrato suscrito con el contratista. Se analiza su naturaleza jurídica, su configuración histórica con especial referencia a la Directiva 2014/24/UE que recogiendo toda la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de la Unión respecto de los principios de publicidad, libre concurrencia e igualdad de trato, ha alterado completamente la modificación de los contratos tal y como tradicionalmente había sido conceptuada. Se ha valorado el contenido de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible así como el procedimiento incoado por la Comisión Europea contra España que trajo causa de su aprobación. Asimismo se han estudiado las clases de alteraciones que puede sufrir el contrato – legales o convencionales-, los límites al ejercicio de la potestad modificadora, desde las primeras normas de contratos hasta el borrador de anteproyecto de la nueva Ley de Contratos. También consta la crítica a la sistematización y límites incomprensiblemente laxos a la facultad de las entidades adjudicadoras a modificar el contrato una vez adjudicados que no casa en absoluto ni con las recomendaciones que la Comisión hizo a nuestro Estado en el procedimiento ya indicado ni con el rigor con el que los Tribunales de Justicia Europeos se han pronunciado sobre los también referidos principios constitutivos de la Unión.

En el capítulo VI, se aborda la modificación del proyecto de obras y de su incidencia en el plazo y en precio. También se ha hecho referencia a la compensación que corresponde al contratista debido a la modificación por causa que no le es imputable y a dos supuestos particulares que, por su incidencia en la prestación que le corresponde, merecen ser tomados en consideración, las obras complementarias cuyo procedimiento de adjudicación resulta ciertamente controvertido y las mejoras sugeridas por el contratista.

Por último, el Capítulo VII aparece dedicado a las conclusiones que he obtenido de este estudio pormenorizado de las modificaciones del contrato de obras.

II.- OBJETIVO DE LA TESIS

Con este trabajo he querido poner de manifiesto la problemática tan antigua como actual que es la modificación del contrato de ejecución de obras así como el planteamiento de algunas soluciones y cuestiones para el estudio futuro. Para ello se ha hecho referencia a cada una de las circunstancias cuya concurrencia produce o es susceptible de producir en la alteración contractual o, al menos, influir en ella. Se ha pretendido dar una visión histórica, global y empírica de la dificultad que entraña la cuestión para que sea factible comprender como todas las sofisticadas estructuras normativas concebidas para solucionar el problema de los modificados, que se ha traducido y se sigue traduciendo en un preocupante porcentaje de contratos que terminan con un precio muy superior al de la licitación, han fracasado. Creo que esta visión global sirve para comprender y dar cuenta de cómo la abundancia de una legislación que cambia cada tan poco tiempo que no permite la interpretación normativa del Tribunal Supremo, que es en ocasiones absolutamente contradictoria y que resulta cada vez más compleja y hasta ininteligible, no cumple con los pretendidos objetivos que tan denodadamente se recogen en sus disposiciones previas o exposiciones de motivos.

Pero no sólo se da una visión del estado presente y pasado de las disposiciones en materia de modificación de contratos, también se hace una crítica hacia el futuro desconcertante al que nos conduce la Directiva 2014/24/UE. En este sentido, es cierto que no ha sido sencillo transponer las Directivas Europeas a nuestro sistema jurídico porque son normas que aspiran a tutelar una plétora de sistemas jurídicos de idiosincrasia diversa y porque son confeccionados por un

legislador apartado de la realidad de cada Estado, pero la realidad es que se nos presenta un marco regulatorio de contenido muy discutible respecto de los límites, condiciones y fundamentos que afectan a la reforma del contrato público y que es, además, verdaderamente incongruente con el resultado del procedimiento incoado contra España por la Comisión y con la interpretación de la aplicabilidad de los principios de libre concurrencia, publicidad e igualdad de trato que deben presidir los procedimientos públicos de adjudicación. Con la aprobación de esta norma y con su futura incorporación a nuestro ordenamiento ya se ha dado, bajo mi punto de vista, un paso atrás respecto del sistema previsto en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible mucho más riguroso en cuanto a los presupuestos que habilitan la alteración del contrato. Si la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público contemplaba esta institución de modo tan permisivo que contravenía los principios generales de la contratación pública y la doctrina comunitaria contenida en la Sentencia TJCE dictada en el caso "Succhi di Frutta", no se comprende, ni el contenido de la tan señalada Directiva 2014/24/UE, ni la nueva regulación que pretende aprobarse el próximo año que, si bien es más restrictiva que la europea, se torna una vez más extremadamente relajada con el sistema de reformados, permitiéndose la alteración del contrato en cuantías impensables en la legislación actual.

Todo lo anterior justifica la imperiosa necesidad de encontrar un sistema regulatorio que ponga fin a la desconfianza que genera en los ciudadanos la adjudicación de contratos para la ejecución de obras públicas, para lo cual es necesario evaluar el estado de la cuestión desde sus orígenes, identificar los problemas y proponer alternativas que respeten los principios que inspiran la contratación pública y permitan eludir en la medida de lo posible la figura del modificado y, consecuentemente, la desviación del presupuesto y el fraude en los procedimientos de adjudicación.

CAPÍTULO II. EL RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS

I.- INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, existe una vieja discrepancia de criterios doctrinales que ha suscitado la conceptualización del contrato administrativo, bien como una realidad jurídica eminentemente distinta a la delimitada por el Derecho Privado o bien como una simple modulación de una única figura existente, la contratación, que presenta las particularidades propias de la intervención como parte contratante de la Administración[11]. Este trabajo parte de que la unilateral voluntad de la Administración en la constitución de los contratos[12] y las prerrogativas que tiene reconocidas legalmente influyen de un modo tan relevante en las obligaciones surgidas del vínculo contractual que justifican el nacimiento de una categoría específica de contratos al verse alteradas sustancialmente por aquella las bases mismas en las que se funda la contratación civil.

Si existe la figura del contrato administrativo su paradigma por excelencia y aquel que ha contado tradicionalmente con una más detallada regulación es el de obras[13] pues, hasta la entrada en vigor de la LCAP, nuestra legislación no

[11] GARCÍA DE ENTERRÍA. E, en "La Figura del Contrato Administrativo" Ob. cit.

[12] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. en "El nacimiento de los Contratos Públicos: Reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva Comunitaria «De Recursos»" RAP nº núm. 185, mayo agosto 2011, págs. 323-343

[13] SÁNCHEZ MORÓN, M. en "Derecho Administrativo. Parte General" Ed. Tecnos. Madrid 2005. Pág. 605.

establecía unas normas comunes para todos los contratos en los que fuera parte la Administración, sino una detallada sistematización del contrato de obras que servía como supletoria para la escasa regulación referente a la contratación pública.

Dado que el objeto del presente trabajo se centra en el estudio las modificaciones que le afectan y, en especial, las que derivan del ejercicio de la más extraordinaria y singular de las facultades exorbitantes de las que goza la Administración, es conveniente partir uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes durante la construcción, cual es, el principio del riesgo y ventura del contratista que necesariamente asume como parte integrante y fundamental de la obligación de resultado que preside el contrato de arrendamiento de obras.

Los antecedentes del contrato de ejecución de obras públicas son ciertamente remotos[14] puesto que en contadas ocasiones la Administración ha asumido directamente la construcción de obras públicas, si bien la primera norma que viene a poner orden en la caótica situación que se vivía hasta entonces dominada por una regulación confusa, antigua y dispersa que es la Instrucción para

[14] MUÑOZ MACHADO. S., en "Discurso sobre las ideasde administración de Pedro Rodríguez Campomanes". RAP nº 159. Septiembre-diciembre 2002. Págs. 13-43, dice que,

"La política de obras públicas no existía antes del siglo XVIII, y se forma justamente entonces, especialmente por el impulso de los reformistas ilustrados. Algunas regalías de la Corona, como los correos, que habían sido gestionadas en régimen de arrendamiento por familias o empresas privadas, empiezan a estatalizarse, creándose organizaciones, dentro de la Administración del Estado, específica- mente encargadas de su gestión. Comienza de esta manera un proceso de especialización de la Administración estatal para atender servicios de interés general."

promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845[15]. Sin embargo, la figura del riesgo y ventura no se codifica hasta el Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 1861, cuyo artículo 41 negaba al contratista el derecho a percibir indemnización alguna derivada de los perjuicios ocasionados por su negligencia, falta de medios o erradas operaciones.

II.- CONCEPTO

El Tribunal Supremo en su sentencia de 18 junio de 1947 estableció que es el *"riesgo: contingencia y proximidad de un daño"* y que puede entenderse por *"ventura: palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien"*.

Durante la ejecución de la obra el riesgo es la eventualidad de que sobrevenga un evento dañoso cuya última consecuencia es la mayor onerosidad del contrato. Y la ventura es la exposición del contratista a que el cumplimiento de su obligación, esto es, la construcción, le sea más o menos beneficiosa.

Como es bien sabido, la obligación del contratista de obras es de resultado y no de mera actividad y esto quiere decir que este no cumple su prestación[16] sino hasta que entrega la construcción con las características acordadas en el contrato. Y no es sino hasta que no se cumple este primer deber de entrega que no nace la consecuente obligación del contratante de abonar el precio acordado.

[15] FRAX ROSALES, E., en Las Leyes de Bases de Obras Publicas en el Siglo XIX Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 93. Julio-Septiembre 1996. Págs. 513 y ss.

[16] ALBALADEJO, M. en "Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones". Vol. I, séptima edición. Editorial Bosch 1983, establece que "La prestación es el contenido u objeto de la prestación".

Así descubrimos con toda su plenitud la esencia del principio que radica precisamente en la posibilidad de que la obligación de pago del arrendador de la obra no llegue a surgir si la construcción se pierde mientras se encuentra en posesión del contratista.

García de Enterría en el comentario "Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el contrato administrativo"[17] se pronuncia sobre la cuestión: *"En el contrato de obra se produce una particularidad, de la que precisamente debe partirse en esta ocasión: las obligaciones de las partes, y en especial la del contratista, son obligaciones de resultado, concepto que se contrapone al de obligación de medio o de actividad."* Postura que refrenda por el Tribunal Supremo[18] entre muchas otras en la STS de 14 de mayo de 2001 en la que establece que la obligación del contratista es de resultado.

En efecto, nos encontramos en el contrato de obras ante obligaciones recíprocas o bilaterales en las que cada parte acreedora o deudora es, a la inversa, deudora o acreedora de otra obligación. El contratista está obligado a ejecutar y a entregar la obra conforme al proyecto y la Administración a satisfacer el precio pactado siendo cada deber de prestación equivalente del deber de prestación mutuo. Y, así las cosas, es lo cierto que el precio no se debe, sino cuando se entrega la obra

[17] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", RAP, nº 2, mayo-agosto 1950.

[18] STS de 14 de mayo de 2001, rec. 5424/1997

"el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial."

acabada conforme a lo acordado, siendo de cuenta del contratista el deber de soportar las contingencias que sobrevengan durante la ejecución de la obra, a lo que cabe añadir que tales contingencias van a tener, como es evidente, unas consecuencias de marcado carácter económico y que, teóricamente y en aplicación del principio no debieran afectar al precio cierto del contrato[19].

Vemos así que el principio del riesgo y ventura del contratista es consustancial al precio del contrato, de tal forma que, una vez fijado y aceptado el presupuesto del proyecto, el contratista debe asumir y soportar el riesgo de obtener beneficio o pérdida con la ejecución de la obra.

Viene a ser esta norma jurídica, en última instancia, una aplicación, en el ámbito de la contratación administrativa, del tradicional principio común del *"contractus lex"* previsto en el artículos 1091 y 1254 CC y del *"pacta sunt servanda"*[20] propio de la contratación privada o civil, aunque inspirado, sustancialmente, en la

[19] STS 30 de abril de 1999, rec. 7196/1992,

"El principio de que las obras han de realizarse a riesgo y ventura del contratista, de modo que éste no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en dichas obras sino en los casos de fuerza mayor (artículo 46 mencionado), ha sido interpretado en el sentido de que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (e incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato de obras. Esta interpretación es consecuente con el significado que una y otra locución -"riesgo " y "ventura "- ofrecen tanto en el lenguaje jurídico como gramatical, de tal modo que "riesgo " equivale a contingencia o proximidad de un daño, y "ventura" es palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien."

[20] CASTIÑÉIRA JEREZ, J., en "Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias", Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 29, págs. 71-106

necesidad de tutelar el interés público que siempre orbita sobre la figura del contrato administrativo.

Así, como señalara García Enterría[21], *"la tesis es que el principio de "riesgo y ventura" que blasona el contrato administrativo no es sino la enunciación de un principio superior, por lo demás común: la inmutabilidad del contractus lex"*.

En la misma línea y, también, con claridad, se pronuncia Juristo Sánchez, R.[22], cuando señala que *"el principio de riesgo y ventura enuncia, pues, algo tan sencillo como esto: que el contratista debe cumplir el contrato en sus propios términos sin que pueda involucrar a la Administración en los aciertos o desaciertos de su actividad. Puede decirse que queda extramuros del c.o.p. el área del contratista consistente en que la relación coste resultado le sea beneficiosa o perjudicial"*. Y también la Jurisprudencia se pronunciado en sentido idéntico, considerando que la actuación del empresario está sujeta a la inmutabilidad del contrato que suscribió con la Administración si que, en general , le pueda trasmitir los riesgos de su actividad comercial[23].

---

[21] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", Ob. Cit.

[22] JURISTO SÁNCHEZ, R. "El Contrato De Obra Pública". Ed. Raiz TG. Madrid, 1997

[23] Entre otras, la STS de 22 de junio de 1982, señala que

"la reclamación de la accionante, por la primera de las causas anteriormente relacionadas, no puede enervarse con la invocación del principio de «riesgo y ventura», hecha en esta alzada por el representante de la Administración, ya que este principio trata de defender la inmutabilidad del «contractus lex», estableciendo una regla generalizada de «praestando casus», por la que los riesgos («periculum») se imputan al contratista".

Lo pactado, en principio, es inmutable, y por ello queda fuera del acuerdo *"inter partes"* el alea que ha de afrontar el contratista en la ejecución de la obra, al que se veda repercutir sobre el órgano contratante el riesgo de un resultado económico negativo.

Ello significa que el contratista asume las consecuencias derivadas de todos los riesgos surgidos durante la ejecución del contrato de obras salvo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico obligue a la Administración a soportar el sobrecoste producido por los efectos del evento extraordinario que afecte a la construcción (caso, por ejemplo, de la fuerza mayor, de la revisión de precios o de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual. En ese sentido se ha pronunciado de forma pacífica la Jurisprudencia, entre otras la STS[24]

[24] STS de 20 de abril de 2015, rec. 54/2013

El estudio de la solución que haya de darse a dicha cuestión exige previamente efectuar las consideraciones que siguen.:

La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vinculo contractual o para reclamar su modificación.

En definitiva, podemos afirmar, de un lado, que la aplicación del principio del riesgo y ventura obligaría, en general a asumir al contratista el incremento del precio de la obra cuando se producen fenómenos extraordinarios que afectan al presupuesto bien se trate de eventos de naturaleza externa, como fenómenos naturales imprevisibles, bien de naturaleza interna, como por ejemplo un error en el cálculo del presupuesto o del número de unidades de obra y, de otro que en el caso de la contratación pública, las variaciones del precio de las obras producidas por causas imprevisibles y no imputables directamente a la Administración, debe soportarlas el contratista siempre y cuando no opere ninguno de los límites enunciados en la Ley (Dictamen del Consejo de Estado, de 14 de mayo de 1998). Hay, por tanto dos regímenes que regulan el principio, el previsto en el Código Civil y el contemplado en la Legislación de contratación pública. Analizaremos los dos.

III.- EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL. LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO.

El contrato de obras se configura como una *"locatio conductio operis"* en el que el contratista *"conductor"* se obliga a entregar la obra pactada a cambio de un

---

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

precio cierto. Si el contrato es de naturaleza mixta, es decir si el contratista suministrara los materiales la responsabilidad por la pérdida de la obra antes de la entrega será siempre del arrendador según lo dispuesto en el artículo 1589 CC, esto es, que arruinada la obra antes de la entrega, el conductor asume toda la pérdida y el contratante no viene obligado a abonar el precio *("periculum est conductoris"*).

Por su parte, el artículo 1590 CC, que hace referencia a los contratos de obra de naturaleza simple en los que el contratista no aporta los materiales, dispone que el que se obliga a poner sólo su trabajo o industria, carece de acción para reclamar cualquier compensación por la pérdida de la obra antes de la entrega, eso sí, excepción hecha del supuesto en el que la ruina se produzca por la deficiente calidad de los materiales, a condición de que hubiese advertido oportunamente al dueño de la obra, sobre aquello.

El Código Civil, regula exclusivamente dos supuestos en los que el *"contractor"* tiene derecho a ser resarcido antes de la entrega de la obra, la mora del dueño en la recepción de la construcción y la falta de calidad de los materiales cuando hubiera sido debidamente advertida por el contratista. En los demás casos debe asumir a su costa la pérdida del coste del trabajo y los materiales empleados en la construcción si esta se arruina o se pierde por causas diferentes a las mencionadas.

Lo anterior es lógicamente expresión de las prestaciones sinalagmáticas acordadas cuando se produce el arrendamiento de obras, cuales son, entrega de la misma y pago del precio, o lo que es lo mismo la aplicación del ya citado *"contractus lex"* o verdadera ley del contrato que no es sino la inmutabilidad del acuerdo de las voluntades libremente prestado por quienes han consentido en obligarse.

Así las cosas, verificado el acuerdo de las voluntades consistentes en la entrega de la obra y el pago del precio cierto, parece que la mayor onerosidad de la ejecución de la obra no autoriza al contratista a desligarse del contrato (aunque el artículo 1594 CC, sí permite el desistimiento del dueño a su voluntad, "*indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella*"), tampoco es lícito solicitar una contraprestación que compense el sobrecoste surgido, por ejemplo, por una mala previsión o un aumento del precio de los materiales. Esto es así porque como dice García De Enterría, E.[25], *"los riesgos (periculum) que, antes del pago o de la mora accipiendi, afecten a la realización de la prestación, deben ser soportados por el titular respectivo de ésta, habida cuenta de que hacerlos repercutir sobre la parte contraria implicaría imponer a esta otra el cumplimiento de su obligación sin que la anterior hubiera consumado la suya"*.

Esta es la conclusión que, en general, parece la más relevante con respecto al aleas que asume el contratista precisamente por el carácter bilateral de las obligaciones asumidas por una y otra parte, pues no parece lógico que quien contrata una determinada construcción deba asumir coste alguno distinto al del trabajo que ha contratado.

Ahora bien, es conveniente aquí hacer referencia siquiera sucinta al momento en el que produce la transmisión del riesgo de la obra en el contrato civil al objeto de determinar que agente sufre las consecuencias de la ruina de la construcción según el instante en el que se produzca.

[25] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", Ob. Cit.

Son cuatro las situaciones que pueden darse, a saber, a) que se ponga la obra a disposición del comitente sin que este se haya pronunciado sobre su aceptación, b) que se reciba la obra con reservas sobre su cantidad o calidad, c) que se haya producido la recepción expresa o tácita de la propiedad o d) que la rechace la obra.

En el primer caso, si la obra se destruye en el periodo de tiempo que trascurre entre su puesta a disposición conocida por el comitente y la aceptación de este, el riesgo lo asumirá este último cuando incurra en mora conforme a lo dispuesto en los artículos 1589 y 1590 CC.

En el segundo caso, parece claro que si la obra no se ha entregado cumpliendo todos los requisitos de calidad o cantidad pactados y se aprecian defectos que son puestos de manifiesto en el acto de la recepción por parte de la propiedad, el riesgo se transfiere sólo parcialmente, de tal forma que, en caso de ruina, el contratista deberá responder por el precio de las unidades defectuosas o incompletas y el comitente por el resto de la obra. Hablamos aquí del supuesto en el que la ruina sobrevenga por causas exógenas a la construcción (caso fortuito o fuerza mayor) ya que si la obra se arruina como consecuencia de la mala praxis, causa endógena, el supuesto sería otro y la responsabilidad frente al dueño la asumirían los distintos agentes implicados en la construcción según su grado de participación en las consecuencias que conduzcan al resultado ruinógeno, ya sea el proyectista, la dirección facultativa, el constructor o el promotor, respondiendo todos ellos con carácter solidario frente a terceros si es que no se pudiera individualizar su responsabilidad, pudiendo incluso el contratante de los trabajos posponer el cumplimiento de su obligación de pago, mediante la alegación de la excepción de contrato defectuosamente cumplido o *"exceptio no rite adimpleti contractus"*.

En el tercer caso, si se produce la aceptación de la obra, será el dueño el que asumirá desde ese momento el riesgo de su pérdida por causas externas a su correcta ejecución por el contratista.

Y, por último, en el caso en el que no se produzca la aceptación de la obra, si la negativa a recibirla tiene su fundamento en el incumplimiento manifiesto de las obligaciones del contratista, por ejemplo si concurren deficiencias de ejecución de importancia que impidan el uso en condiciones de la construcción o del supuesto de *"aliud pro alio"*, la previa inobservancia del constructor de los deberes contractualmente asumidos, permite al comitente excluir el cumplimiento de su obligación alegando la excepción de inejecución o "*exceptio non adimpleti contractus"* justificando así el deudor su legítimo incumplimiento posterior derivado de la previa inejecución de su contraparte. Ahora bien, si la obra está en condiciones de ser recibida y el comitente se niega a aceptarla sin justa causa, por aplicación de la norma civil, el riesgo le será transmitido *"ex lege"* aun sin su consentimiento.

La dogmática tradicional civilista del "*periculum"* en la "*locatio conductio operis"* muestra para el caso de que no se cumpla la prestación dos posibles escenarios, de un lado Labeón, el primer jurista de la escuela proculeyana se pronunciaba a favor del "*periculum conductoris"* sin ninguna clase de restricciones, esto es, defendía que era el arrendatario de la obra quien asumía todo el riesgo independientemente de la causa de la ruina anterior a la entrega.

De otro lado, Sabino afirma que el "*conductor"* debe responder de todo riesgo, salvo que aquel se produzca por fuerza mayor *("vis maior")*. Para este jurista sucede que:

a) Si se destruye la obra a consecuencia de una causa no tipificada como "*vis maior",* el "*conductor"* no tendrá acción contra el "*locator"* para que le sean satisfechos los gastos en los que ha incurrido en la ejecución de la obra, ni podrá invocar el "*ius retentionis"* por el impago de la "*merces",* que ni se da, ni se debe, precisamente porque el arrendamiento de obra va dirigido al resultado y no a la actividad.

b) Por el contrario, si la destrucción se origina por causa de fuerza mayor, el arrendatario tendrá acción para exigir la "*merces",* y si el arrendador reclama la devolución de la cosa, el primero podrá pedir los gastos en los que ha incurrido y la liberación de la prestación[26].

Si embargo, como se ha indicado con anterioridad, la actual redacción de los artículos 1589 y 1590 CC, no permite la transmisión del riesgo del conductor al "*locator"* sino hasta que la obra haya sido terminada a su entera satisfacción y se produzca la entrega, momento en el que cumple la obligación el primero (1156 CC) y nace la obligación de pago del segundo, consecuencia del cumplimiento de la previa. Vemos que no se hace referencia aquí a la fuerza mayor como causa traslativa del "*periculum"* si bien el CC sí que reconoce los efectos de la concurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito en el artículo 1105 CC que dispone que "*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables"*.

La Jurisprudencia define caso fortuito como todo suceso interno *"culposo imposible de prever, o que previsto sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el*

[26]SERRANO VICENTE, M. en "Custodiam Praestare. La Prestación de Custodia en el Derecho Romano." Ed. Tebar S.L. Madrid 2006)

acontecimiento y el daño sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente. Para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible o inevitable"[27] (y fuerza mayor como aquel acontecimiento externo y ajeno al obligado *"surgido a posteriori de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado"*[28]

Con respecto a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1105 CC en lo referente a la pérdida sobrevenida de la obra en poder todavía del contratista, parece que el CC hace referencia a los efectos de la presencia de fuerza mayor o caso fortuito, no en sentido positivo como la acción que asiste al este para reclamar el precio de lo ya ejecutado sino más bien en sentido negativo, esto es, eximiendo al dueño de la obra de abonar precio alguno por los trabajos realizados que se pierden por la concurrencia de esos extraordinarios acontecimientos.

En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten que la responsabilidad del obligado se extingue por ausencia de culpa *("quae sine culpa accidunt"*) si la falta de ese cumplimiento obedece a circunstancias que no le son atribuibles, en Derecho Romano *"quae sine dolo et culpa eius accidunt"* y *"quae fortuitis casibus accidunt, quum praevideri non potuerant"* y en Las Partidas, "*Casus fortuitus" tanto quiere decir en romance como ocasión que acaesce por ventura, de que non se puede ante ver"*[29]. Ahora bien, es lo cierto que la pérdida de todo o parte la obra ejecutada todavía en poder del contratista por estas causas extraordinarias, lo que supone es, en puridad, un aumento de la onerosidad de la

[27] STS de 9 de febrero de 1998 rec. 222/1994

[28] STS de 18 de diciembre de 2006, rec. 200/2000.

[29] Código De Las Siete Partidas

obligación que ha adquirido libremente lo cual, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1589, 1590 1593 CC, no faculta al constructor para liberarse del contrato pues no se entenderá cumplido su deber sino hasta que ejecute la obra completamente (1156 CC) por su precio cierto, (1544 CC) si que le asista el derecho a reclamar aumento del precio convenido si no media aumento o modificación de la obra contratada (1593 CC).

Sintetizando lo hasta aquí expuesto, podemos concluir, en primer lugar, que el riesgo y ventura en la contratación de naturaleza civil, se define como la exposición del contratista durante el desarrollo del contrato a la producción de cualquier evento de naturaleza exógena a la obligación que libremente asume, cuyas consecuencias no le es posible trasladar a la recíproca obligación del comitente que se mantiene intacta en virtud del denominado *"contractus lex"*. En segundo lugar, que el contratista no puede desligarse del contrato por la mayor o menor onerosidad que le produzcan los hechos externos sobrevenidos tras la contratación, ni tampoco solicitar la modificación del contrato y, en tercer lugar, que el riesgo de la obra no se transmite del contratista al dueño sino hasta que el primero ejecuta la obra y el segundo la recibe (salvo que medie morosidad por su parte o no la acepte sin justa causa), naciendo así el deber del pago de precio pactado.

IV.- LA MODULACIÓN DEL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE OBRAS.

Partiendo de este esquema general el siguiente paso es el análisis de las especialidades que presenta el principio del riesgo y ventura en la contratación administrativa que, sin ninguna duda, aparece mucho más atenuado que en la contratación civil pues presenta excepciones que allí no se contemplan.

La diferencia entre la norma civil y la de contratación administrativa de obras estriba en que en la primera el contratista se compromete a ejecutar y a entregar una obra completa y terminada, por eso es él quien debe soportar el riesgo de la ruina o pérdida de la construcción hasta su entrega (Artículos 1.589 y 1.590 CC.) mientras que en la segunda, la ley prevé una transferencia del riesgo que quiebra el principio y obliga a la Administración a soportar la mayor onerosidad del contrato cuando concurren determinados supuestos dañosos.

Cabe cuestionarse por qué se produce esa quiebra del principio y a qué se debe esa excepción favorable para el contratista y que parece perjudicial, a priori, para la Administración y, en consecuencia, para el interés general. De este estudio se ha encargado, entre otros, García de Enterría que obtiene conclusiones muy interesantes en su comentario sobre el riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo y que parte de la distinción entre la propia naturaleza del contrato de obras y del servicio público que se pretende con su cumplimiento.

Afirma que históricamente existe una razonable contraposición entre el *"contractus lex"* y la exigencia de justicia en caso de que llegue a plantearse el conflicto originado por la aparición de sucesos ajenos al contratista que perjudiquen al normal curso de la obra, siendo que el Derecho conceptuado como una disciplina social, debe inclinarse frente al rigorismo de la ley del contrato a favor, en última instancia, de la justicia aun a costa de desplazar la carga de los riesgos del constructor al dueño y sin que resulte aceptable para los contratos administrativos, el rigorismo que relaciona el equilibrio contractual de las obligaciones bilaterales con el mecanismo sinalagmático.

La regla general del Derecho común cede o se atenúa para el contratista de obra pública, de un lado por la aplicación preferente de la doctrina de la culpa, pues salvo en los supuestos descritos en la norma, cada vez más amplios y sujetos a la

autonomía de la voluntad de las partes (el artículo 215 TRLCAP incluye el siguiente tenor literal: *"lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado"*), el resto de las causas de ruina o pérdida de la obra se imputan "*iuris et de iure"* al contratista[30].

Y, de otro lado, por el carácter de servicio público que, naturalmente, poseen las obras públicas. A este respecto afirma García de Enterría que esa virtualidad de servicio al fin común se explica por el elevado volumen económico que implican generalmente los contratos de obras públicas, de tal forma que *"si los riesgos de destrucción fortuita de lo ya construido fuesen a cargo del contratista hasta el momento de la operis probatio (recepción definitiva) se le afectaría una responsabilidad potencial de una importancia extraordinaria que, en muchos casos, excedería con facilidad de la totalidad de su patrimonio"*. Este argumento

[30] STS, de 7 de junio de 2012, rec. 2050/2009

"En consecuencia, como ha declarado esta Sala, entre otras, en las sentencias de 22 de abril de 2008 –recurso 1611/2006-, 30 de junio de 2009 –recurso 4296/2007- y 21 de julio de 2011 –recurso 110/2009-, estamos ante un supuesto en el que sin existir modificación en el número o clase de obras a ejecutar, éstas suponen una mayor onerosidad al contratista como consecuencia de la aparición de dificultades no previstas ni calculadas en el proyecto que han sido liquidadas con saldo positivo a favor del contratista y dicha situación debe engarzarse con el principio de riesgo y ventura establecido en el artículo 99 de la Ley de Contratos invocado por la parte recurrente en el último motivo, de manera que el contratista ha de soportar las consecuencias derivadas de circunstancias no previstas en el contrato, no imputables a la Administración y que no tengan la consideración de fuerza mayor. De esta forma, la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen alterando muy significativamente el equilibrio económico y contractual existente en el momento inicial del contrato, que han quedado y sobrepasando, en definitiva, los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación contractual, que quedan compensados en la cuestión planteada con la aprobación de un modificado, y la percepción de los incrementos económicos correspondientes, circunstancias que permiten rechazar el motivo".

se ve reforzado además porque los plazos de ejecución también son con frecuencia elevados, de tal forma que las posibilidades de que acaezca un siniestro aumentan cuanto más se prolongue la obra en curso.

Para el autor, exponer al contratista a los riesgos derivados de los incendios por electricidad atmosférica, a los fenómenos naturales que ocasionan efectos devastadores como terremotos o graves inundaciones o a los destrozos producidos en tiempos de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público tiene consecuencias directas para el interés común por una parte porque en épocas convulsas las licitaciones quedarían desiertas y por otra porque las pólizas de seguros que cubren los fenómenos naturales catastróficos sufrirían un aumento de precio que repercutiría a su vez en las cifras de licitación, que, sensu contrario, disminuyen si es la Administración la que asume directamente esos riesgos. *"El elevado volumen económico de una contratación constante permite efectivamente al dominus obtener el beneficio de su autoseguro según la ley actuarial de los grandes números."*

Esta explicación parece asumible y lógica para las grandes obras públicas pero la quiebra del principio de riesgo y ventura no se explica, por más que la administración presente un gran volumen de contratación, por ejemplo en los contratos menores, inferiores a 50.000 €, o en aquellos cuyo plazo de ejecución no se prolonga excesivamente en el tiempo, que son abundantes, tampoco se justifica en periodos de paz en los que el riesgo de destrozos a consecuencia de acciones bélicas es ciertamente insignificante y el precio de asegurar tales riesgos consecuente. Parece razonable pensar que en estas situaciones no se evidencia claramente la quiebra del principio de riesgo y ventura del contratista basada en las nulas consecuencias que dichos aseguramientos tendrían en el precio de las licitaciones y, por tanto, para el interés público.

Por su parte, García Panizo, A[31] nos dice que el principio de riesgo y ventura presenta dos excepciones que identifica con dos figuras, la primera, la revisión de precios, mecanismo con el que el legislador pretende mantener el equilibrio del contrato garantizando la indemnidad de las prestaciones económicas mediante la cláusula que protege al contratista contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

La segunda se refiere al reconocimiento a los contratistas de los aumentos de costes que resultaban imprevisibles al tiempo de realizar su oferta económica, y que no son amparados por las fórmulas de revisión de precio. La doctrina del riesgo imprevisible ya mencionada exige la producción de un desequilibrio patrimonial que, además de imprevisible no sea imputable al contratista, limitándose a aquellas variaciones que en ningún caso el contratista haya podido observar a la hora de redactar la oferta.

Para Villar Palasí, J. L. y Villar Ezcurra, J. L. *"el principio de riesgo y ventura nació en la contratación administrativa como afirmación del carácter esencial del precio y de la certeza del mismo; es decir, todo contrato administrativo se celebra a precio cierto"*[32] La razón de ser de esta afirmación, dice, se encuentra no en el Derecho de contratación, sino en el Derecho presupuestario porque es consecuencia del carácter limitativo de las partidas presupuestarias.

---

[31] GARCÍA PANIZO, A, en la obra colectiva "Comentarios a la Legislación de Contratación Pública. Emilio González Aparicio. Thomson Reuters. Navarra 2009), págs. 867 a 872.

[32] VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L., en la obra colectiva "Comentarios a la Ley De Contratos de las Administraciones Públicas." Ariño y Asociados. Ed. Comares. Granada 2002. También en "Comentarios a la Ley De Contratos de las Administraciones Públicas." dirigido por R. Gómez Ferrer, Ed. Cívitas, Madrid, 1996)

En este sentido, el principio de limitación de las partidas presupuestarias ha sufrido una fuerte erosión, como consecuencia de las técnicas financieras de la Hacienda Pública surgiendo los créditos automáticamente ampliables, como son los dedicados al pago de intereses de la deuda o amortización de la misma, las claves pasivas o los gastos de la Seguridad Social del Estado, lo que junto a la facilidad para la transferencias de crédito de unas partidas a otras, hace que *"el dogma del precio cierto pase a ser una mera entelequia frente a la práctica cotidiana en materia de contratación administrativa"*

Con respecto a la quiebra del principio del riesgo y ventura, después de afirmar que aquel tiene más de nominal que de real debido a las continuas atenuaciones que ha sufrido, indica que aquella se produce debido primero, al reconocimiento hecho por la Administración de la obra realmente ejecutada, precepto este que invalida la intangibilidad del precio total, segundo al derecho a la rescisión de la contrata en caso de aumento de precios y que posteriormente se transformará en la cláusula revisión de precios y tercero la aplicación al contrato de los supuestos de fuerza mayor: *"Atomización y revisión de precios, junto a la fuerza mayor, serán por tanto, las quiebras más importantes al «riesgo y ventura» en materia de contratos de obras y a ello se sumará (por vía de la legislación sectorial y por el reconocimiento jurisprudencial) una formulación más general encuadrable en lo me se conoce como «derecho al equivalente económico»"*

Juristo Sánchez, R.[33], Recoge como quiebras del principio de riesgo y ventura, la fuerza mayor, la mayor onerosidad del contrato provocada por la Administración al contravenir su contenido o por acto extracontractual, la aparición de *"una mayor dificultad en la ejecución de la obra, que la hace más onerosa"*, debida a circunstancias objetivas e imprevistas y las modificaciones profundas en los

[33] JURISTO SÁNCHEZ, R. "El Contrato De Obra Pública". Ob. Cit.

presupuestos económicos en base a los cuales el contratista formuló su oferta, *"que surge la cuestión de determinar hasta qué punto la inalterabilidad del contrato (pacta sunt servanda) ha de mantenerse a toda costa."*

En síntesis, podemos decir que el principio de riesgo y ventura del contratista quiebra cuando se produce la excesiva onerosidad del contrato, producida, no ante cualquier alteración sobrevenida, sino cuando es de tal intensidad que rompe totalmente el equilibrio económico financiero contractual de tal forma que no puede ser compensado por los mecanismos legales o contractuales ordinarios [34].

[34] Dictamen del Consejo de Estado 635/2005 de 5 de mayo de 2005

El contrato de obras está sujeto, como se ha indicado, al criterio general de la obligatoriedad. Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta tal punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula rebus sic stantibus). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (bouleversement, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (factum principis), bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que los desbarata completamente.

De acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, se pueden clasificar esos supuestos de excesiva onerosidad en tres grandes apartados: (i) la que se debe a decisiones de la propia Administración "factum principis" (ii) la que tiene su origen en factores ajenos a la actuación de aquella y (iii) la que se produce como consecuencia de un evento de los que la Ley califica como de fuerza mayor[35].

Como corolario de todo lo anterior tenemos que, en primer lugar, todo contrato establece una relación jurídica inalterable y obligatoria de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1254, 1256 y 1258 del Código Civil, por virtud de la cual el contratista está obligado a terminar la obra asumiendo los riesgos derivados de su ejecución, lo que, en otros términos, significa que el adjudicatario se beneficia de las ventajas y rendimientos de su habilidad empresarial[36] pero consecuentemente, se ve perjudicado por las vicisitudes que

[35] Dictamen del Consejo de Estado 3205/2003 de 20 de noviembre de 2011

La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración "factum principis", bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente.

[36] FUENTETAJA PASTOR, J.A., en "Riesgo y Ventura en la Concesión de Obra Pública Revista de Derecho de la Unión Europea, n°7 -2° semestre 2. Págs. 183 a 195.

afectan a la prestación que realiza ajenas a la culpabilidad de la contraparte. En segundo lugar que, trasladada la regla general al ámbito de la contratación pública, la Administración debe permanecer en principio ajena a la suerte o desventura del contratista. Y, en tercer lugar, que no obstante lo anterior, debido a la especial naturaleza de las prestaciones que se derivan generalmente de este tipo de contratación, la propia Administración, de un lado, garantiza la indemnidad de las prestaciones mediante la cláusula de revisión de precios que, como es bien sabido, ni corrige las variaciones del precio de mercado, ni es es una garantía de beneficio empresaria[37] y, de otro, asume el riesgo en supuestos extraordinarios derivados de fuerza mayor o cuando sobrevienen circunstancias imprevisibles y ajenas al ámbito de responsabilidad del contratista capaces de destruir completamente el equilibrio contractual

V.- CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA. DESDE EL PLIEGO DE 1861 HASTA LA LEY 13/1995, DE 18 DE MAYO, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:

Ariño Ortiz, G., nos dice que La historia del riesgo y ventura en la contratación administrativa tiene su origen en el temor al déficit de la Hacienda del S. XIX[38] La

[37] Dictamen del Consejo de Estado 619/2014 de 3 de julio de 2014

[38] ARIÑO ORTIZ, G., en "Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables?" REDETI nº 22. Págs. 57-83.

"La historia del riesgo y ventura en la contratación administrativa es más la historia de un mito que de una realidad. tiene su origen en el santo temor al déficit de la Hacienda del siglo XIX, parca en recursos y con la preocupación constante de conocer de antemano los gastos que comportaba cada contrato. es un principio que no se encuentra tanto reflejado en los Pliegos como en las Leyes de Contabilidad, lo cual muestra, en muy buena medida, su origen y sentido presupuestario. el "riesgo y ventura" es una herencia

primera referencia relevante a esta figura la encontramos en el pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 1861 y, en concreto, en sus artículos 41 y 42. El artículo 41 se refiere a los supuestos en los que el contratista tiene derecho a indemnización por la concurrencia de supuestos de fuerza mayor y establece que: *"El contratista no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados por su negligencia, falta de medios o erradas operaciones. No se comprenden en esta prescripción los casos de fuerza mayor, siempre que el contratista presente sobre ellos la reclamación oportuna en el preciso término de 10 días después del acontecimiento.*

Para los efectos de este artículo, se considerarán como casos de fuerza mayor: los incendios ocasionados por la electricidad atmosférica; las avenidas repentinas de los ríos; los grandes temporales marinos, y en general aquellos accidentes que es imposible prever ni evitar. La indemnización, en el caso de que haya lugar a ella, consistirá en la cantidad en que se tase, con arreglo a los precios de la contrata, la pérdida que realmente haya experimentado el contratista a consecuencia del desastre ocurrido.

Será circunstancia indispensable para optar a la indemnización, que el contratista acredite haber procurado por todos los medios posibles evitar los afectos del

---

histórica. Pero cuando la contratación administrativa se sustantiviza (se construye y teoriza desde su propio suelo) se advierte que, cabalmente, la contratación administrativa se encuentra presidida por un principio completamente opuesto, como es la "búsqueda del precio justo", cuyo origen se encuentra en el derecho Canónico y en el propio derecho español anterior a la codificación. No deja de ser, por tanto, una especie de mito o "*fable convenue*" afirmar que la contratación administrativa –frente a la civil- se encuentra presidida por el "riesgo y ventura". es completamente al contrario, porque las quiebras a ese principio son constantes (a dios gracias) y hacen que llegue a quedar casi vacío de contenido."

acontecimiento y adoptado as disposiciones que con este objeto le hubiese prescrito el Ingeniero."

Este precepto dispone el derecho del contratista a ser indemnizado en determinados supuestos que la norma denomina de causa mayor y que, al contrario de lo que sucede en normas posteriores, se concretan en unas circunstancias expresamente consideradas, además de otros accidentes *"que es imposible prever ni evitar"*, lo que finalmente se determina en una suerte de *"numerus apertus"* que quiebra por si mismo el principio del riesgo y ventura pues en esas circunstancias análogas cabe cualquier supuesto que para el contratista sea imposible de prever ni evitar.

En el artículo 42 figuran la prohibición de reclamación de aumento de los precios fijados en el presupuesto por la concurrencia de errores u omisiones en el cuadro general. El pliego, limita asimismo las reclamaciones fundadas en la memoria al no otorgar a este documento fundamento suficiente y restringe la facultad de rescisión contractual a la observancia de los posibles errores materiales dentro de los cuatro meses posteriores a la adjudicación:

"El contratista no podrá, bajo ningún pretexto de error ú omisión, reclamar aumento de los precios fijados en el cuadro general que acompaña al presupuesto.

Tampoco se le admitirá reclamación de ninguna especie fundada en indicaciones que, sobre las obras, sus precios y demás circunstancias del proyecto, se hagan en la memoria, por no ser ésta documento que sirva de base á la contrata. Las equivocaciones materiales que el presupuesto pueda contener, ya por variación de los precios respecto de los del cuadro, ya por errores en las cantidades de obra ó en su importe, se corregirán en cualquier época en que se observen; pero no se tendrán en cuenta para los efectos consignados en el art. 49, sino en el caso de

que sobre ellos se hubiese reclamado en el término de cuatro meses, contados desde la fecha de la adjudicación.

Las equivocaciones materiales no alterarán la baja proporcional hecha en el contrato respecto de la cifra del presupuesto que haya servido de base al mismo, que siempre se fijará por la relación entre las cifras de dicho presupuesto (antes de las correcciones) y la cantidad ofrecida."

Este trato favorable para el contratista es abandonado en el posterior pliego de condiciones de 1886 que convierte, en su artículo 40, la amplia lista de supuestos considerados de fuerza mayor en el texto de 1881 en un *"numerus clausus"* de situaciones extraordinarias que dan derecho a indemnización a favor del constructor:

"El contratista no tendrá derecho á indemnización por causa de pérdidas, averías ó perjuicios ocasionados en las obras, sino en los casos de fuerza mayor. Para los efectos de este artículo, se considerarán como tales casos únicamente los que siguen:

1.º Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
2.º Los daños producidos por los terremotos.
3.º Los que provengan de los movimientos del terreno en que estén construidas las obras; y
4.º Los destrozos ocasionados violentamente á mano armada, en tiempo de guerra, sediciones populares ó robos tumultuosos.

Para reclamar y obtener en su caso el abono de los perjuicios, deberá sujetarse el contratista á lo prevenido en los artículos 2.º al 5.º del Reglamento de 17 de Julio de 1868."

Este artículo limita los supuestos en los que tiene derecho el contratista a indemnización a exclusivamente cuatro supuestos incendios, terremotos, movimientos del terreno y destrozos ocasionados a mano armada, en tiempo de guerra, sediciones o robos tumultuosos. Se excluye así la transmisión del riesgo por pérdida de toda o parte de la obra a cualquier otro supuesto distinto a los allí enunciados.

La justificación de la modificación se encuentra en la redacción del los supuestos de fuerza mayor, tal como se hallaban definidos en el pliego de condiciones de 1861 que eran origen de continuas reclamaciones y de interminables expedientes entorpecían el progreso de las obra y no podían resolverse con seguridad de acierto. Según se puso de manifiesto en la exposición de motivos, en aquel tiempo la prueba del acaecimiento del suceso y de su magnitud e importancia dependía de la declaración de testigos cuya capacidad para apreciar las circunstancias de los hechos producidos en las que se fundaban las reclamaciones y su imparcialidad con respecto a la Administración, se criticaba en la norma.

Para evitar el número creciente de reclamaciones que se traducían finalmente en un elevado número de actos de reconocimiento del derecho del contratista a ser indemnizado, se hizo depender la declaración de fuerza mayor, no de la magnitud o entidad del suceso, sino de su propia naturaleza, reduciéndose así el número de expedientes y evitando la necesidad de la declaración de los testigos, por tratarse de casos de pública notoriedad.

Desde la entrada en vigor de este Pliego, el contratista soportaría en todo caso y salvo los cuatro supuestos citados la pérdida de la obra previa a la recepción y asía se hizo constar en la Exposición de Motivos *"Cierto que así podrán quedar á*

cargo del contratista perjuicios que en la actualidad sufraga la Administración; pero ésta es la parte aleatoria del contrato, y los, que acudan á la licitación cuidarán de cerciorarse si, dadas las condiciones en que se ejecuta la obra, los precios de sus diversas unidades y la partida de gastos imprevistos del presupuesto son suficientes para afrontar aquella eventualidad."

Posteriormente, el pliego de 1900[39] amplía los supuestos en los que el contratista tiene derecho a indemnización al incluir los casos en los que la pérdida sea por causa imputable a la Administración. El artículo 41 así lo expone:

"El contratista no tendrá derecho a indemnización por pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obra, sino cuando sean debidos a faltas imputables exclusivamente a la Administración y en los casos de fuerza mayor.

Se considerará que el daño es debido a faltas exclusivamente imputables a la Administración cuando habiendo ejecutado el contratista la obra con estricta sujeción a los planos y condiciones y cumplido las órdenes de los encargados de la Inspección y vigilancia, sobrevenga la avería por defectos del proyecto. Estos deberán probarse por medio de una información técnica y para que se declaren de abono los daños causados será necesaria la aprobación del Consejo de Obras Públicas.

[39] Con anterioridad entró en vigor la Ley de Bases de Obras Públicas de 29 de diciembre de 1876, una Ley pionera que recogió una serie de principios modernos en cuanto a la concepción de la obra pública que todavía perduran. En este sentido ver los estudios de CARRETERO PÉREZ, A., "Configuración jurídica y presupuestaria de las Obras públicas" REVL (1942-1984). Número 163. y ROSADO PACHECO, S., en la "Ley General De Obras Públicas de 13 de abril de 1877. (Una reflexión sobre el Concepto de Obra Pública)", Anuario de la Facultad de Derecho, Nº 6, 1988 págs. 211-279.

Como casos de fuerza mayor serán considerados exclusivamente los que siguen

1.º Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
2.º Los daños producidos por los terremotos.
3.º Los que provengan de los movimientos del terreno en que estén construidas las obras; y
4.º Los destrozos ocasionados violentamente á mano armada, en tiempo de guerra, sediciones populares ó robos tumultuosos.

Para reclamar y obtener en su caso el abono de los perjuicios, deberá sujetarse el contratista á lo prevenido en los artículos 2.º al 5.º del Reglamento de 17 de Julio de 1868 o las que en lo sucesivo puedan regir."

En esta norma, los supuestos de fuerza mayor se mantienen inalterados con respecto al pliego de 1886, si bien se introduce como elemento adicional que da derecho a indemnización, la culpa de la Administración derivada de las deficiencias del proyecto. Se trata de un asunto que ha suscitado siempre mucha controversia, porque las indefiniciones y carencias de un número importante de proyectos impiden la ejecución de la obra en la forma prevista en el contrato, ocasionando finalmente un aumento de los precios y la inclusión de modificaciones que deben ser asumidas por la Administración. Este problema sigue siendo el origen de múltiples controversias en la actualidad.

Se justificó el derecho del contratista a ser indemnizado en los casos en los que el proyecto fuese erróneo, incompleto o deficiente porque si la Administración había tenido tiempo suficiente para redactarlo y no se había percatado de las faltas que contenía, no resultaba extraño que esos desaciertos pasaran

inadvertidos para el contratista que no debía sufrir los perjuicios irrogados por su confianza en su corrección.

Este artículo pretendió ser un punto intermedio entre la laxitud del pliego de 1861 que permitía la inclusión de cualquier circunstancia imprevisible entre los supuestos que daban derecho a indemnización y la rigidez del artículo 40 del pliego de 1886 que limitaba estrictamente a cuatro los supuestos con derecho a indemnización.

Prácticamente la misma redacción que en el pliego de 1886 encontramos en el pliego de condiciones para la contratación de obras públicas de 1903, cuyo artículo vuelve al sistema de cuatro *"numerus clausus"* y no incluye modificaciones sustanciales del precepto:

"El contratista no tendrá derecho á indemnización por causa de pérdidas, averías ó perjuicios ocasionados en las obras, sino en los casos de fuerza mayor. Para los efectos de este artículo, se considerarán como tales casos únicamente los que siguen:

1.º Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
2.º Los daños producidos por los terremotos.
3.º Los que provengan de los movimientos del terreno en que estén construidas las obras; y
4.º Los destrozos ocasionados violentamente á mano armada, en tiempo de guerra, sediciones populares ó robos tumultuosos.

Para reclamar y obtener en su caso el abono de los perjuicios, deberá sujetarse el contratista á lo prevenido en los artículos 2.º al 5.º del Reglamento de 17 de Julio de 1868."

En 1945 se aprobó la ley de 17 julio, sobre revisión de los precios fijados en los proyectos de obras adjudicadas por subasta o concurso. Es conveniente hacer referencia a esta Ley porque la doctrina considera que la existencia de cláusulas de revisión de precios implica la modulación del principio de riesgo y ventura tal y, en concreto del contenido del artículo 1593 CC porque permite que el contratista, contrariamente a lo establecido en el Código Civil, perciba una indemnización por los aumentos de jornales o materiales.

La introducción de este tipo de cláusulas encuentra su justificación en un contexto histórico, tras la guerra civil, en el que la escasez de materiales y la falta de liquidez de la Administración provocaban retrasos en los pagos y en la ejecución de las obras que, a su vez, originaban aumentos de precios que eran reconocidos con una gran dilación y generalmente no en su totalidad.

La Ley autoriza la revisión transitoria de los precios unitarios fijados en los proyectos de obras adjudicadas mediante subasta o concurso con aplicación a las unidades de obras pendientes de ejecución.

Esta Ley fue suspendida por Decreto de 13 de enero de 1955 dictándose posteriormente el Decreto Ley de 18 de enero de 1957 sobre la modificación de los precios de las obras adjudicadas con arreglo al Decreto de 13 de enero de 1955, por virtud de la cual se autoriza por una sola vez la revisión de los precios de las obras adjudicadas con anterioridad al primero de noviembre de 1956 cuando se cumplan los requisitos legamente establecidos y siempre que la revisión sea instada por el contratista.

Posteriormente, el Decreto Ley 16/1963, de 10 de octubre, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y Organismos autónomos

dependientes del mismo, introduce un sistema más moderno de revisión de precios que es modificado por el decreto Ley 2/1964 de 4 de febrero y que mantiene en vigor hasta que es derogado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ya la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado consagra expresamente el tradicional principio del riesgo y ventura del contratista, al constituir, según la exposición de motivos, *"la nota más típica del compromiso del empresario"*. Aseveración esta que parece querer acoger el principio como aparece reflejado en la norma Civil. Ahora bien, la Ley de bases, a pesar de que parece adoptar *"a priori"* un mayor rigor a la hora de distribuir el riesgo entre los contratantes, lo cierto es que admite una mayor flexibilidad en las excepciones a la regla general y vuelve a adoptar el sistema del pliego de 1861 permitiendo la inclusión en los supuestos de fuerza mayor de todas aquellas incidencias perturbadoras del equilibrio técnico financiero del negocio. Y así se establece en el apartado tercero de la Base V

Tres. El contrato se ejecutará a riesgo y ventura del contratista. Se establecerán los supuestos de fuerza mayor que constituyan una excepción a dicho principio, incluyendo la oportuna previsión para que, por razón de analogía, el Gobierno pueda reconocer a sucesos distintos de los que expresamente se enumeren el mismo carácter.

El Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado[40], en su artículo 46 desarrolla el punto referente al principio de riesgo y ventura y establece seis excepciones a este principio

[40] Ver estudio de PARADA VÁZQUEZ, J. R., en "La nueva Ley de Contratos del Estado." RAP nº 47, mayo-agosto (1965). Págs. 397-453.

incluyendo las inundaciones catastróficas y cualquier supuesto que el consejo de Ministros considerase análogo a los expresamente designados.

"La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista y este no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas averías o perjuicios ocasionados en las obras sino en los casos de fuerza mayor. Para los efectos de esta Ley se considerarán como tales únicamente los que siguen

1. Los incendios causados par la electricidad atmosférica.
2. Los daños causados por los terremotos y maremotos.
3. Los que provengan de los movimientos del terreno en que estén construidas las obras o que directamente las afecten.
4. Los destrozos ocasionados violentamente a mano armada en tiempo de guerra sediciones populares o robos tumultuosos.
5. Inundaciones catastróficas producidas como consecuencia el desbordamiento de ríos y arroyos, siempre que los daños no se hayan producido por la fragilidad de las defensas que hubiera debido construir el contratista en cumplimiento del contrato y
6. Cualquier otro de efectos análogos a los anteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros."

Por su parte, el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, transpone en su artículo 132 el artículo 46 del Decreto 923/1965, de 8 de abril y recoge en el artículo 133 el procedimiento que ha de seguir el contratista, si considera que le son de aplicación alguna de las excepciones expuestas al principio de riesgo y ventura.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas recoge en el artículo 99 formalmente el principio de riesgo y ventura de manera

general *"La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144."* y establece tres excepciones para los contratos de obras que se incluyen en su artículo 140. El artículo 157 refiere expresamente al principio cuando se produce la contratación de la gestión de servicios públicos se produce por la vía de la concesión.

"Artículo 144. Fuerza mayor.

1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público."

La Ley de Contratos de 1995, aumenta el listado de fenómenos que se consideran causas de fuerza mayor incluyendo no sólo todos los fenómenos naturales catastróficos sino, además, cualquier otro de naturaleza análoga, dando lugar a una interpretación amplia de supuestos en los que sin culpa del contratista se arruine la obra con derecho a ser indemnizado. El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no sufre modificaciones respecto a la Ley de 1995 y hace referencia al principio en los mismos términos que su

predecesora. El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aún vigente, se limita a definir el procedimiento a seguir en casos en los que concurren las excepciones previstas en el artículo 144 del Texto refundido de 2000. Este reglamento, que deroga la anterior legislación sobre la revisión de precios, fija en sus artículos 104, 105 y 106 el nuevo procedimiento de revisión de los precios que todavía se mantiene.

VI.- EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN EL 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. ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA DE REPARTO DEL RIESGO EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO.

En la actualidad, el principio del riesgo y ventura del contratista aparece recogido en los artículos 215 TRLCAP *"La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado."* y 231 TRLCAP *"1.- En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido. 2.- Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: Los incendios causados por la electricidad atmosférica. Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.",* que transcriben lo dispuesto en los artículos 199 y

214 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, sin perjuicio de lo dispuesto para el procedimiento de revisión de precios que estudiaremos con detalle en el capítulo correspondiente y que aparece regulado en los artículos 89 a 94 del texto legal.

En general, la nueva normativa adopta el sistema de *"numerus apertus"* de la Ley de Bases de Contratos del Estado, permitiendo que fenómenos naturales análogos a los tradicionalmente considerados den derecho al contratista a percibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

La Ley de Contratos de 2007 introduce por vez primera lo que en apariencia parece ser una nueva tipología de contratos caracterizados por la colaboración entre el sector público y privado[41] herederos de la normativa comunitaria[42], que se remontan en su concepción más actual al año 1992[43] como parte de un programa de reformas emprendido por el Gobierno británico presidido por John

[41] CHINCHILLA MARÍN, C., en "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)" Fundación Democracia y Gobierno Local y la Diputación de Zaragoza, en marzo-abril de 2008. Págs. 453-487

"En el contrato de CPP el contratista hace una obra para la Administración y ella es la que le paga por su uso, por mucho que ésta, a su vez, preste sobre esa infraestructura un servicio al público. La remuneración del contratista es, por tanto, la renta que le pagará la Administración a lo largo de la duración del contrato."

[42] BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., en "Los contratos de colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público", Ed. La Ley, Madrid 2009, estudia con detalle esta tipología contractual.

[43] VILLAR PALASÍ J. L., en "La intervención administrativa en la industria", Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, Pág. 262, ya advertía de la tendencia a reducir progresivamente lo público en el conjunto de la economía y de aumentar la eficacia y eficiencia de la Administración de la que se reclaman estándares de funcionamiento similares a los de la empresa ordinaria.

Major denominado PFI (*Private Finance Initiative*), cuyo objetivo era modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada como instrumento prioritario para la dotación de dichos bienes y servicios[44].

Sin embargo, del análisis de sus características, a las que brevemente se hará referencia comprobamos que nos encontramos ante una suerte de contrato de concesión, aquí de obras públicas, que en nuestro ordenamiento jurídico lleva vigente desde el siglo XIX[45], si bien la figura fue progresivamente perdiendo importancia frente al contrato de ejecución de obra con la transición al Estado social e intervencionista[46], hasta tal punto que desapareció en la Ley de contratos del Estado de 1965 la concesión de obras públicas siendo recuperada al menos parcialmente en la legislación sectorial, Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión o Ley 13/1996, de 30 de diciembre en cuyo 173 se recogía el contrato de concesión de obras hidráulicas. No fue hasta que, por imperativo de la legislación comunitaria, el legislador volvió a prever la figura del contrato de concesión de obras públicas en el TRLCAP, después pasó a la LCSP con algunas modificaciones y en la actualidad se encuentra regulado, entre otros, en los arts. 240 y ss. TRLCSP.

[44] GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., en "Contrato de Colaboración Público-Privada", RAP nº 170, Madrid, mayo-agosto (2006), págs. 7-39

[45] Ver artículo 8 de la "Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845". También VILLAR PALASÍ, J. L., "La concesión", en "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo IV, Ed., Barcelona, 1952, págs. 684-770;

[46] MIGUEZ MACHO, L., en "Las formas de Colaboración Público Privada en el Derecho Español" RAP nº 175, Madrid, enero-abril (2008), págs. 157-215

Su formulación encuentra su justificación en la necesidad de paliar, por medio de la financiación privada, las restricciones presupuestarias sufridas por los Estados miembros, buscar la mejora de la eficacia de las inversiones públicas[47] y aprovechar los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado. A través de este tipo de contratos, el legislador pretende cubrir prácticamente cualquier necesidad de la Administración que por su complejidad no pueda ser satisfecha por medio de la contratación ordinaria.

La definición de esta modalidad contractual es imprecisa y deja abierta la posibilidad de que Administración y contratista concreten los elementos del contrato en cada caso concreto[48]. Su objeto está constituido por la ejecución de una actuación global que puede consistir en la fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen nuevas tecnologías o la construcción, reforma, transformación y mantenimiento de obras, equipos o sistemas complejos, entre otros y su periodo de duración se definirá en razón de las amortizaciones de la inversión o por las fórmulas de financiación elegidas. Por esta vía, el Sector Público consigue contener el déficit al repercutir los costes iniciales a lo largo del periodo de ejecución y controlar los gastos difiriendo los pagos en hasta veinte anualidades.

[47] GARCÍA CAPDEPÓN P.M., en "Los Contratos De Colaboración Publico - Privada", Revista española de la función consultiva nº 3, Enero-Junio 2005. Págs. 89 y ss.

[48] MORENO MOLINA, J.A. en "«Un mundo para SARA».Una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada" RAP nº 78, Madrid, enero-abril (2009), págs. 175-213. También, en este sentido MORENO MOLINA J. A., escribe "El requisito subjetivo: sólo los poderes adjudicadores pueden celebrar contratos SARA" en El Consultor Contratación Administrativa. Ed. La Ley

Debido al espacio temporal que es posible mantener estos contratos y a su complejidad, el reparto de los riesgos asumidos por una y otra parte es sumamente importante y justifica su tratamiento de manera individualizada por medio de cláusulas particulares. La Comisión de las Comunidades ha establecido como nota distintiva de esta tipología contractual el *"reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público."*[49]

Así descrito, la nueva regulación parece querer transferir los riesgos derivados de la ejecución de la obra al contratista[50], que asumirá parte de los riesgos que tradicionalmente viene soportando el Sector público. Este reparto de los riesgos debe realizarse caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos[51] y ello independientemente del contenido del artículo 215 TRLCAP que puede ser por esta vía modulado, restringiendo los supuestos que darían, en su caso, derecho a indemnización a favor del constructor en función de lo pactado en el contrato. Ahora bien, la Comisión nos dice que, si bien lo que se pretende con carácter general es la transmisión de los riesgos desde el sector público al privado, es lo cierto que las

[49] "Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones" C 100 2/005 B-1049 Bruxelles

[50] ACERETE GIL, J.B. en "Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas, Ed. IEF. Madrid 1994, indica que

"no se debe incurrir en una transferencia masiva de riesgos al operador privado, porque esta actitud puede provocar ineficiencia. Si se transfieren riesgos que el sector privado no es capaz de controlar, éste rechazará asumirlo o agregará un sobrecoste por él superior en comparación con aquéllos que sí está dispuesto a aceptar."

[51] GARCÍA CAPDEPÓN P.M., en "Los Contratos De Colaboración Publico - Privada" Ob. cit.

operaciones de colaboración público privada no implican que sea el socio privado el que asuma todos los riesgos de la operación, *"ni siquiera la mayor parte de ellos",* añade, sino que el reparto preciso de aquellos dependerá del caso por caso y, en consecuencia, de lo pactado por las partes.

Como ya hemos visto, uno de los elementos clave que determinan la justificación de acudir a este tipo de contratos reside en la restricción del gasto y en la necesidad de control del déficit presupuestario de forma que la Administración, cumpliendo la exigencias que permitan acudir a este sistema de colaboración, podrá acometer determinados proyectos sin que afecten al presupuesto de la misma manera que si optara por la contratación ordinaria mucho más onerosa. Eurostat, la Oficina Estadística de la Unión Europea, hizo referencia a tres tipos de riesgos que eventualmente pueden acontecer durante el tiempo de vigencia de la colaboración y cuya asunción determinaría si los activos han de ser calificados como públicos o privados, de tal forma que en el caso de los primeros el gasto en capital inicial relativo a los activos sería contabilizado como formación bruta de capital fijo de la administración pública (p.ej. obras y edificios), produciendo un impacto negativo en las cuentas y en el caso de los segundos, los pagos regulares hechos a favor del socio privado no tendrán impacto en la cuenta de capital, sino a medida que se vayan obteniendo los bienes y servicios[52].

El factor determinante para poder considerar el activo como financiero y extraerlo del presupuesto es que el contratista asuma, si no la totalidad de los riesgos como sucede en la normativa civil, si la mayor parte de estos. Los tipos de riesgo que pueden ser asumidos por las partes son, el riesgo de construcción, el riesgo de disponibilidad y el riesgo de demanda.

[52] Nota de la Oficina Estadística de la UE 18/2004 de 11 de Febrero de 2004

- El riesgo de construcción cubre situaciones como entregas con retraso, incumplimiento de los estándares especificados, costes adicionales, deficiencias técnicas, o efectos externos negativos. Dentro de estos efectos externos negativos cabe incluir los supuestos de fuerza mayor recogidos en el artículo 231 TRLCP, de tal forma que si la Administración pretende que el precio de la infraestructura se desmarque del presupuesto, en ningún caso podrá asumir el riesgo de construcción.

- El riesgo de disponibilidad se relaciona con la incapacidad del socio de cumplir la prestación conforme a los estándares de calidad o cantidad acordados en el contrato. Básicamente se refiere al incumplimiento de las prestaciones contractuales de forma que la Administración podrá aplicar en estos casos las correspondientes penalidades o eludir su obligación de pago en virtud de las más elementales *"exceptio no adimpleti contratus"* o *"exceptio no rite adimpleti contractus"* como si fuera, dice la nota de Eurostat, *"cualquier cliente normal (consumidor)"*.

- El riesgo de demanda se relaciona como aquella variación de la demanda (mayor o menor que la esperada cuando se firmó el contrato) que es independiente del comportamiento del socio privado. Se refiere al supuesto en el que la disminución de la demanda del servicio no sea el resultado de una inadecuada calidad de los servicios suministrados por el socio o de cualquier acción que modifique la cantidad/calidad de los mismos. La Administración asume el riesgo cuando se obligue a asegurar un determinado nivel de retribuciones al socio independientemente del nivel efectivo de la demanda expresado por el usuario final.

A la vista de lo anterior, para que la Administración pueda acogerse al tratamiento contable que Eurostat otorga a las inversiones acometidas bajo el

sistema de colaboración público privada, el socio privado debe acometer la obra a su propio riesgo y ventura en sentido estricto, esto es, bajo un régimen similar al recogido en el Código Civil sin las modulaciones establecidas en la legislación de contratos, y debe asumir siempre el riesgo de construcción y, al menos, o bien el riesgo de disponibilidad o bien el riesgo de demanda. La Administración, habida cuenta de la duración de este tipo de colaboraciones debe asumir el riesgo derivado de las políticas públicas y la Ley, es decir el denominado *"factum principis"* cuyo contenido y alcance se estudiará en el presente trabajo.

Desde la restricción que impone la legislación civil a cualquier excepción al principio de riesgo y ventura contendida fundamentalmente en los artículos 1589 y 1590 CC, hasta la actual regulación de contratación pública que, en lo que a la ejecución de obras se refiere, se materializa en los artículos 215 y 231 TRLCAP, hemos asistido a la mutación en el fundamento de la responsabilidad del contratista, pasando de la doctrina de los riesgos, a la presunción de culpa al constituirse generalmente una serie de siniestros inevitables como excepción a la rigurosa regla general constituida por el riesgo y ventura del contratista y que implica que la presunción de culpa de este no puede objetivamente mantenerse, en razón a la magnitud del suceso ni de sus consecuencias, sino de su propia naturaleza.

Históricamente, se han alternado periodos de mayor rigidez en los pliegos de 1886 y 1903 en los que las causas de fuerza mayor operaban como un sistema de *"numerus clausus"* y de periodos en los que se sobreviene un número mayor o abierto de supuestos que daban derecho al contratista a percibir una indemnización correspondiente a los perjuicios ocasionados por la concurrencia de estos fenómenos de naturaleza extraordinaria, como así establecen los pliegos de 1881, de 1900 y ya en la Ley de Bases de Contratos de Estado y la legislación posterior que permite la inclusión como supuestos de fuerza mayor aquellos análogos a los legalmente previstos.

La transposición de la normativa referente a la contratación pública comunitaria a la Ley de Contratos del Sector Público nacional en el 2007, en la que se regulan los contratos de colaboración público privada permite una doble interpretación ya que, por un lado, si la Administración pretende beneficiarse del trato contable favorecido por los organismos de control de la Unión y así controlar el presupuesto para evitar incurrir en un déficit excesivo, el principio de riesgo y ventura del contratista se verá reforzado y deberá ser aplicado tal y como aparece en nuestro Código Civil. No obstante, el Sector Público tiene la facultad de computar las inversiones como un activo fijo material desde el principio, en cuyo caso y dado que la norma permite la inclusión en el contrato de cláusulas de reparto del riesgo[53], podríamos encontrarnos en determinados supuestos, en mi opinión, ante la quiebra total del principio de riesgo y ventura del contratista, al

[53] En el Informe JCCA 69/09, de 23 de julio de 2010 se establece la posibilidad de que se establezcan cláusulas en las que la Administración asume riesgos adicionales a los reglados.

A tal respecto, entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir siempre que, considerado el término de vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aún cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto periodo o en relación a determinadas circunstancias.

4. Sentado lo anterior resulta claro que concurriendo las circunstancias de hecho que se establezcan en los pliegos para aplicar la limitación del riesgo prevista en los mismos debe producirse la aplicación de las cláusulas que la regulen. Trasladada esta idea al supuesto referido en el texto de la consulta, debe entenderse que, siempre con el requisito previo de que se den las circunstancias de hecho indicadas, procede el restablecimiento del equilibrio financiero previsto en ella.

trasladar desde el ámbito legal al convencional el sistema de reparto de riesgos facultando a cualquiera de los contratantes a que asuma el precio de la pérdida de la construcción por cualquier causa, lo que modificaría el sinalagma de la obligación derivada del contrato, de tal forma que la prestación no la obtenga el contratista por la ejecución de la obra, sino por la mera acción de construir, lo que convertiría el contrato en un contrato de medio o actividad y no de resultado como está realmente configurado.

CAPÍTULO III. OBJETO CIERTO Y PRECIO CIERTO

I.- EL OBJETO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN DE OBRA.

i.- Aspectos Generales

Nuestro ordenamiento civil regula el objeto de las obligaciones en los artículos 1271, 1272 y 1273 CC señalando al respecto la posibilidad de que sean susceptibles de contratación todas las cosas determinadas y servicios que no sean contrarios a la ley o a las buenas costumbres y que, aun siendo futuros, sean de contenido posible y se encuentren dentro del comercio de los hombres.

Pueden ser, por tanto, objeto del contrato de obra aquellas cosas que sean (i) posibles física y jurídicamente, porque como reza el principio *"ad imposibilia nemo tenetur"*, a lo imposible nadie está obligado. (ii) Lícitas, es decir que el resultado querido esté permitido por la Ley (art. 1255 CC, *"los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público"*. (iii) Determinadas de alguna manera, de forma que la cosa se halle predefinida con arreglo a planos, diseños o circunstancias suficientemente expresivos de la razón que se contrata. Y (iv) materiales o inmateriales, pues el contrato de arrendamiento de obra en sentido general incluye no solo la ejecución de una edificación, sino también de una producción intelectual. Así lo admite la doctrina científica, entre otros Borrel Macía[54], cuando afirma que puede ser objeto de arrendamiento de obras cualquier actividad lucrativa tendente a producir o transformar y esta actividad puede ser, en efecto, intelectual.

[54] BORREL MACÍA "Arrendamiento de obras" en Nueva Enciclopedia Jurídica Volumen II, con cita de CASTÁN.

En este sentido, toda obra constituye una creación destinada a realizarse a través de una operación constructiva o de transformación física de la realidad[55] y, por tanto, es obvio que encaja en la definición dada por el CC., El artículo 1544 CC, que regula la relación jurídica derivada del contrato de arrendamiento de obras y servicios nos dice que, a cambio de un precio cierto, hay arrendamiento de servicios -*"locatio conductio operarum"*- cuando se compromete un *"quantum"* de trabajo y, en lo que aquí interesa, hay arrendamiento de obras -"*locatio conductio operis"* - cuando lo que se promete es el *"resultado"* del trabajo, esto es, cuando el arrendatario se obliga a ejecutar una obra determinada. Para Castán[56], la diferencia entre el arrendamiento de servicios propiamente dichos y el arrendamiento de obra, estriba en que en el primero el objeto del contrato es la prestación del trabajo en sí mismo, no el resultado que produce; mientras que en el segundo se compromete el resultado, sin consideración al trabajo que lo crea.

La obligación esencial del comitente es la del pago del precio y la del arrendatario la de ejecutar la obra conforme a lo querido por el primero. Como ya hemos visto, el contrato de obra es bilateral, pues produce para ambas partes obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, cada una es al tiempo acreedora y deudora de sendas obligaciones enlazadas entre sí por una relación de reciprocidad. El sinalagma está en el génesis de la relación obligatoria, constituyendo el deber de la prestación de una de las partes la causa por la cual se obliga la otra[57].

---

[55] BASSOLS COMA, M., en "Las obras públicas y el urbanismo". Ed. Ministerio de Fomento, Madrid 1994, Pág. 14.

[56] CASTÁN TOBEÑAS, J., en "Derecho Civil español común y foral, tomo IV Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias" 10ª ed. Revisada y puesta al día por FERRANDIS VILELLA, Madrid, 1977, pág. 453.

[57] STS de 15 noviembre 1993

Teniendo en cuenta la naturaleza de este trabajo, que se centra en la obra, no como cualquier producto de un agente en general, sea un dictamen, un cuadro, un libro, etc., sino, en particular, como el resultado de los trabajos de construcción encomendados a un constructor, es posible afirmar que el objeto del contrato de obra es la ejecución de la construcción ordenada por el comitente en las condiciones previamente acordadas.

Pero la obligación del contratista no se agota con la ejecución de la obra sino que ha de finalizarla correctamente y, además, en el plazo acordado. Con respecto al primer término, es esencial que la construcción se ejecute con arreglo a las condiciones convenidas y de acuerdo con las calidad, cantidad y volumen pactados, esto es, *"que reúna las condiciones de aptitud e idoneidad normales"* [58]. De no observarse el requisito, conforme al principio *"artifex spondet peritiam artis"* el arrendatario responderá de su falta de pericia y, en consecuencia, no se entenderá cumplido el resultado mientras la obra presente defectos y no se devengará, por tanto, la obligación de pago del arrendador, asistiendo a este último las excepciones de contrato no cumplido *"exceptio non adimpleti contractus"* o de contrato defectuosamente cumplido *"exceptio non rite adimpleti contractus"*.

Por lo que se refiere al plazo, configura otro de los elementos esenciales del contrato, de tal forma que si se incumple habrá de estarse a las cláusulas penales libremente pactadas por las partes o, en su defecto, al contenido general del artículo 1101 CC. Generalmente se pacta el plazo de comienzo de los trabajos y el final en el que ha de entregarse la obra, pero si no se fija ningún momento para su inicio ha de interpretarse que han de empezar de inmediato, lo que se aprecia

[58] STS de 14 octubre 1968

claramente, por ejemplo, en el caso de una obra de reforma; si, por el contrario, lo que no se ha señalado es la fecha de finalización, es pacífica la doctrina que afirma que la obra ha de realizarse en un tiempo razonable de acuerdo con su naturaleza y circunstancias. Lógico es que la interpretación de lo que se considera "tiempo razonable", corresponde al juez en caso de discrepancia. En cualquier caso se ha de matizar que el periodo de ejecución está sujeto a modificaciones que podrán ser pactadas expresamente o tácitamente cuando deriven de aumentos de obra o adiciones o modificaciones del proyecto, en cuyo caso, el contratista, durante el tiempo que duren las obras, no incurriría en mora.

Un aspecto a tener en cuenta en esta breve introducción al contrato de obras, y me parece interesante mencionar, tiene que ver con el encaje que la construcción de una obra puede tener en dos tipologías contractuales, cuales son, el arrendamiento de obra o el de venta de cosa futura. Esta discusión, que parece disipar el propio artículo 1588 CC[59], ha sido planteada desde antiguo de tal forma que, en su estudio, Justiniano[60] indicaba que el elemento clave para diferenciar si nos encontramos frente a uno u otro contrato, se encontraba en los materiales, es decir, que si el autor del trabajo es el que los proporciona, estaríamos ante un contrato de venta y si es el dueño de la obra el que los suministra, el contrato sería de obra.

Esta forma de discernir la tipología contractual, a mi modo de ver, no resulta aplicable en la actualidad y, en general, al contrato de obras de edificación o infraestructuras, precisamente porque lo habitual es que sea el constructor el que aporte los materiales además de su propia industria y que lo haga para llevar a

[59] "Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material."

[60] Libro III, Título XXV, "De locatione et conductione"

buen termino el proyecto que se le ha encomendado previamente. Caso distinto y en el que podría encajar más adecuadamente esta primera tesis, sería el de las pequeñas obras de reparación o reforma en las que el propietario compra los materiales y encarga al contratista su instalación, pero esa práctica es asimismo mucho menos frecuente que la más usual en la que lo que el dueño solicita es la realización de las reparaciones o reformas sin ocuparse de nada más.

Creo que el elemento clave, pues, para la correcta determinación de esta tipología contractual, es la intensidad con la que en el seno del contrato se desarrollen el *"dare"* o el *"facere"*, de tal forma que si predomina el *"dare"* estaríamos ante un contrato de compraventa que es la transmisión del dominio de una cosa ya fabricada de la que se espera obtener una ganancia patrimonial y si predomina el *"facere"*, es decir, la producción o fabricación, estaremos ante un contrato de obra. Por ejemplo, pensemos en la compra de una tubería para su instalación en una vivienda cuyo precio incluye el montaje; estaremos ante un contrato de compraventa si el elemento esencial es la tubería y no el montaje, pero si se adquiere como parte integrante de la canalización de agua de un cuarto de baño cuya construcción ha sido encargada a un constructor, estaremos ante un contrato de obra. Esta es la tesis que sigue Gullón Ballesteros[61] y que, bajo mi punto de vista más se ajusta a la realidad.

Otros autores como Pothier [62] consideran que hay siempre contrato de arrendamiento de obras cuando se construye un edificio porque lo esencial no son tanto los materiales, como el terreno en el que se ubica. Por su parte, De

[61] GULLÓN BALLESTEROS, en "Curso de Derecho Civil. Contratos en Especial. Responsabilidad extracontractual". Madrid 1968.

[62] POTHIER en "Oeuvres, Tº IV, Traités du contrat de constitutión de rente, du contrat de change, du contrat de louage et du supplement au contrat de louage".

Diego Clemente, F[63], afirma que se ha de estar necesariamente a la intención de las partes a la hora de contratar para determinar la existencia de contrato de obras. Luego intervienen de forma capital el elemento volitivo y, por supuesto, un elemento finalista que se traduce en la entrega de la construcción terminada conforme a lo pactado.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la libertad de forma en los pactos que alcancen las partes, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 1287 y 1280 CC que regula los supuestos que requieren de una forma especial[64].

Pero que se admita en el derecho común la libertad de forma no quiere decir que no sea necesario o cuanto menos muy conveniente, la suscripción de un contrato que recoja, como mínimo, las unidades de obra el plazo de ejecución y el precio convenido. En estos casos cobra especial importancia el proyecto con cuya redacción se cumple el principio de determinación de este tipo de contratos y en el que se contiene, al menos, la memoria, los planos, el pliego de condiciones, mediciones y presupuesto. Como se expone a continuación, en los contratos del

---

[63] DE DIEGO CLEMENTE, F en "Instituciones de Derecho Civil español", tomo II, Madrid 1930.

[64] STS de 11 noviembre 2010, nº 724/2010, rec. 792/2007:

"salvo en los casos en que la ley exige una determinada exigencia de forma para su validez, rige el principio de libertad de forma para su constitución" (STS de 4 marzo 2014, nº 81/2014, rec. 535/2012), "el principio espiritualista o de libertad de forma que, como regla general, inspira el sistema de contratación civil en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1258 y 1278 CC), tiene algunas, aunque escasas, excepciones, integradas por los llamados contratos solemnes, en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento (ad probationem), sino para su existencia y perfección (ad solemnitatem, ad sustantiam, ad constitutionem)".

Sector Público, es preceptiva la elaboración de un proyecto previo que defina el objeto de contrato.

ii.- El objeto del administrativo contrato de obras

La definición del contrato como institución jurídica, nos dice Cosculluela Montaner. L., pertenece a la Teoría General del Derecho y es común a todas las disciplinas jurídicas. Puede ser definido como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas creador de obligaciones entre ellas, siendo el contrato administrativo por estar regido por el Derecho Administrativo[65].

Dentro de las diversas tipologías de contratos administrativos existentes, el de obra es uno de los contratos que ha adquirido mayor relevancia y básicos en derecho público[66]. Se trata de un contrato bilateral[67], en el que, como ya se ha

[65] COSCULLUELA MONTANER. L., en "Manual de Derecho Administrativo". Ed. Cívitas. Madrid 2002. Decimotercera Edición. Pág. 389.

[66] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en "Las obras públicas" RAP. Nº 100-102. Enero-diciembre 1983, págs. 2427-2469 dice que el "concepto de obra pública es, sin duda alguna, uno de los conceptos clave en el proceso de formación de la dogmática iusadministrativa"

[67] STS de 25 enero 2012, Sala 3ª, sec. 7ª, rec. 5571/2009:

"Avanzando en el análisis de la cuestión sometida a nuestra consideración debemos tener presente que el contrato de obras que une a la Administración y al contratista es un contrato bilateral, del que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes y durante todo el tracto sucesivo del contrato. La Administración está sujeta, al igual que el contratista, al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Del vínculo contractual surge la obligación del contratista de ejecutar la obra, garantía de la obras..., y la paralela obligación de la Administración de abonar el precio. El contrato estará vigente en tanto que ambas partes no hayan cumplido sus obligaciones recíprocas."

estudiado en el epígrafe anterior y de conformidad con lo expuesto en el artículo 1261 CC -plenamente aplicable a supuestos de derecho público[68]- han de concurrir tres elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa. La existencia de objeto es, por tanto, uno de esos requisitos que el contrato administrativo ha de cumplir para serlo y así viene establecido en el artículo 26 TRLCSP, que regula el contenido mínimo que necesariamente ha de figurar en el contrato. En su apartado 1.c) encontramos que uno de los elementos que, como mínimo, ha de contener el contrato público es la *"Definición del objeto del contrato",* obligación que casa con el principio de determinación consignado en el artículo 1273 CC ya mencionado.

Al ser la Administración una organización destinada en esencia a la satisfacción de un interés general (art. 103 CE)[69], el objeto del contrato administrativo de obra debe ser, por definición y en más amplio sentido, la satisfacción de ese interés general y, en sentido estricto, el objeto será la realización de la obra concreta que cubra las particulares necesidades de la colectividad[70] que justifican su existencia.

---

[68] STS de 10 febrero 2004, Sala 3ª, sec. 7ª, rec. 8288/1998:

"es cierto que supletoriamente los preceptos del Derecho privado informan la contratación administrativa, lo que impone llevar a sus últimas consecuencias lo que es básico y deriva de la naturaleza del contrato, sin perjuicio de las modulaciones que puedan resultar de la calificación de administrativo del contrato que estamos examinando, pero no se vulneran los preceptos civiles citados como infringidos."

[69] SÁNCHEZ MORÓN, M., en "Los bienes públicos (régimen jurídico)" Ed. Tecnos. Madrid 1997. Pág. 20.

[70] MORELL OCAÑA. L., en "La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años" RAP Núm. 150. Septiembre-diciembre 1999. Págs. 379-411, establece que

"en el contrato de obra, hay una obligación de resultado; por un precio, el contratista se compromete a realizar un producto determinado."

Esto es así porque el contrato público se debe al servicio común, de tal forma que sin el segundo el primero no puede existir. El artículo 1 TRLCSP ya dispone que la contratación pública ha de asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos *"mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer"* y el artículo 22 TRLCSP impide a los entes, organismos y entidades del Sector Público, celebrar contratos que sean innecesarios *"para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales"* y exige la determinación, con precisión, de la idoneidad de su objeto que deberá ser concordante con la naturaleza y extensión de las necesidades sociales.

El artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/UE, cuya redacción es idéntica a la contenida en el artículo 2 a) de la Directiva 2004/18/CE, nos dice que son Contratos públicos: *"los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios."* De lo que se deduce, que el contrato público ha de reunir cuatro características debe ser:

(i) Oneroso[71], La directiva excluye, además de su ámbito de aplicación, los servicios prestados por entidades sin ánimo de lucro. Se excluyen, por tanto, los contratos de carácter gratuito.

[71] Así lo indica la STJUE de 25 marzo 2010, en el asunto C-451/08, cuando establece que:

"sólo un contrato celebrado a título oneroso puede constituir un contrato público" y "El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación".

(ii) Escrito, esto es, se excluye la libertad de forma, si bien el artículo 28 TRLCSP permite la contratación verbal cuando, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 113.1 TRLCSP, el contrato revista el carácter de urgente a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.

(iii) Suscrito entre operadores económicos y entes adjudicadores, se excluye del concepto de organismo de derecho público cualquier entidad que opere en condiciones normales de mercado, tenga ánimo de lucro y soporte las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad. El concepto de operador económico es interpretado en sentido amplio y comprende a cualquier persona o entidad que ofrezca la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el mercado, incluidas las agrupaciones de empresas. Se excluyen del concepto de contrato público en el sentido de la Directiva los convenios de colaboración suscritos entre los distintos componentes del sector público cuando tengan por objeto las funciones de servicio público que les son encomendadas legalmente. La Directiva trata de evitar que las entidades controladas por los organismos públicos se sitúen en una posición de ventaja frente a los operadores económicos a la hora de resultar adjudicatarias de una determinada prestación[72].

Por su parte, el artículo 4 TRLCSP, regula las exclusiones del ámbito de aplicación de la legislación de contratos entre las que se incluyen, salvo en

[72] El considerando 33 dispone que "Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés publico y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores".

supuestos especiales y entre otros, los convenios de colaboración entre los integrantes del sector público tal y como establece la norma europea.

(iv) El objeto del contrato público debe ser la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios, se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva, no obstante, el transporte público de viajeros, determinados servicios jurídicos o la seguridad social de los estados.

Dentro de este último apartado y en lo que a este trabajo interesa, el artículo 2.1.6) de la Directiva 2014/24/UE, nos dice que es contrato de ejecución de obras aquel contrato público, es decir que cumpla los requisitos que se acaban de enumerar, cuyo objeto consista en la ejecución, sola o conjuntamente con su proyecto, de las actividades descritas en el anexo II de norma, en la ejecución, sola o con su proyecto, de una obra o en la realización de una obra definida por el poder adjudicador o en cuyo proyecto haya intervenido de manera significativa. La nueva Directiva reordena los supuestos ya contemplados en la anterior 2004/18/CE que se refería a los supuestos mencionados en el anexo correspondiente, obra u obra más proyecto y a *"la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador"*. Incluye únicamente un supuesto adicional con respecto a la norma de 2004, referido a la influencia decisiva del poder adjudicador no sólo en el tipo de obra, sino también en el proyecto.

El TRLCSP en su artículo 6 transpone el contenido de la Directiva y establece que "Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas

prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto".

La Ley española transpone también el concepto de "obra" y se expresa en términos prácticamente idénticos a los de la norma europea considerando que *"por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble"*.

La definición del concepto objeto de obra no se agota con la descripción del significado de obra ni de los requisitos que revelan la existencia de un contrato público, es precisa una mayor concreción para satisfacer los requisitos del artículo 1273 CC, cuyo reflejo en derecho público de contratación lo encontramos en el artículo 86 TRLCSP que establece, primero, la obligatoriedad de determinación de los contratos de esta naturaleza *"El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado"* y, segundo, la prohibición de su fraccionamiento. Abordaremos ambos puntos por separado.

iii.- Determinación del contrato de obra pública

El principio de determinación de los contratos exige fijar con claridad cual es el objeto de la prestación. Para satisfacer este requisito no es suficiente la mera indicación de que se va a ejecutar una obra, sino que es necesario definir cuál es la obra que se va a llevar a cabo[73] ya que el arrendamiento de obras, tanto en

[73]BARCELONA LLOP, J., en "La obra publica y su protección jurídica en Francia."n especial, el principio d e intangibilidad (ouvrage public mal planténe se détruit pas)". RAP nº 154. Enero-abril 2001. Págs. 463-499, indica que en Francia la doctrina suele referirse al concepto de obra pública en términos muy sencillos, al menos en apariencia: es un inmueble adaptado o acondicionado (aménagé) y afectado a un fin de interés general."

Derecho Común como en Administrativo, es un contrato en el que lo esencial es el resultado y no la mera actividad que se realice[74]. El documento en el que se contiene dicha definición es el proyecto en el que se identifican las prestaciones que son objeto del contrato[75]. Si bien en este trabajo se tratará posterior y diferencialmente lo relacionado con su ejecución y modificación, en este epígrafe se quiere hacer referencia al contenido del proyecto[76] de forma primordialmente descriptiva como punto del que parte la relación jurídica que mantiene el poder adjudicador con el contratista.

El contenido mínimo de los proyectos[77] se encuentra regulado en el artículo 123 TRLCSP que dispone que **"***los proyectos de obras deberán comprender, al menos"*,

[74] FISAC DE RON, M. P. en "El cumplimiento del contrato de obra: La recepción." Ed. Marcial Pons. Madrid 2001. Pág. 29.

[75] El artículo 121 TRLCSP**,** establece la obligatoriedad de elaboración previa de un proyecto que defina con la adecuada precisión el objeto del contrato, es decir de la obra.

[76] Sobre este particular CALVO Y RUATA, P., en Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos). Ed. Thomson Reuters. Madrid 2010. Págs. 200 y ss.

[77] Debe tenerse en cuenta que los proyectos han de sujetarse a las instrucciones técnicas de obligado cumplimiento y que, antes de su aprobación, los órganos de contratación deben solicitar informe de las oficinas de supervisión de proyectos encargadas de examinar su contenido y vigilar el cumplimiento de las normas que los regulan y que deben realizar una verdadera labor de supervisión. En este sentido TESO GAMELLA, P., en "Los contratos administrativos de obras, suministros y gestión de servicios". Cuadernos de Derecho Judicial, 1995. Págs. 109-156.

(i) la memoria descriptiva de las obras, que es el documento en el que se describe la obra, en ella se contienen, de acuerdo con el artículo 127 RGLCAP, como aspectos más relevantes, los factores económicos, sociales, administrativos y estéticos de la obra, así como la justificación de la solución técnica y funcional adoptada, situación previa de las obras, materiales que se van a utilizar en su construcción, precios y presupuesto, tanto de los propios trabajos como de las expropiaciones. En este documento, se hace constar si el proyecto comprende una obra completa o, en su caso, fraccionada. La jurisprudencia ha reconocido el valor de la memoria como documento del proyecto que permite conocer la verdadera voluntad de las partes[78].

Con respecto al carácter contractual de la memoria, el artículo 128 del Reglamento, viene a aclarar este punto que era controvertido ya que el artículo 82.1 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, no la mencionaba entre los documentos que ostentaban este carácter de obligatoriedad como sí lo tenían los planos, el pliego de prescripciones técnicas y los cuadros de precios.

(ii) Los planos, de conjunto y de detalle *"para que la obra quede perfectamente definida"*. Los planos contienen la representación gráfica de la obra con el detalle suficiente que permita conocer su forma y dimensiones. El nombre corresponde al soporte clásico en el que se llevaba a cabo esa representación que ya se suministra en soporte informático.

[78] STS de 24 abril 1985, Sala 3ª, sec. 4ª, rec. 407884:

"la doctrina jurisprudencial ha dicho también que la Memoria forma parte integrante del Proyecto y que está llamada a considerar las necesidades a satisfacer y los factores de todo orden a tener en cuenta"

El artículo 129 RGLCAP establece que "Los planos deberán ser lo suficientemente descriptivos para que puedan deducirse de ellos las mediciones que sirvan de base para las valoraciones pertinentes y para la exacta realización de la obra." El Reglamento utiliza términos como "deducirse" o "que sirvan de base", eso es así porque los planos que acompañan a todo proyecto no pueden ser omnicomprensivos de cada uno de los elementos de las obras, sino que de ellos ha de partir el constructor para proponer la solución constructiva que más se ajuste a las particularidades que se encuentre sobre el terreno. En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que la más exacta descripción de los trabajos no se logra sino con la redacción de los planos auxiliares de ejecución o de taller, según la obra de la que se trate y en los que figuran con precisión milimétrica cada uno de los elementos que componen la construcción. En la práctica, no son pocas las ocasiones en las que los contratistas colaboran con su propio departamento de estudios en la elaboración y modificación de estos estudios de detalle, habida cuenta de las carencias de las que eventualmente adolecen los planos y la necesidad de una rápida y adecuada solución constructiva que contribuya a la continuación de los trabajos para cumplir con los plazos de entrega. En no pocas ocasiones, la imposibilidad de ejecutar lo proyectado tiene como consecuencia la necesidad de recurrir a modificaciones con las consecuencias que mas adelante se tratarán pormenorizadamente.

(iii) El pliego de prescripciones técnicas particulares comprensivo de la forma en la que se ejecutará la construcción, la manera en la que se producirá la medición, el control de calidad y las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista. El artículo 68 RGLCAP establece que el pliego ha de contener, al menos, las características técnicas de los bienes, los precios descompuestos y el número aproximado de unidades de material que requiere la construcción y, en su caso, de las posibles variantes. Con respecto a los contratos de obras, el pliego debe regular las características técnicas de los materiales, de las instalaciones, del

estudio de seguridad y salud, las formas de llevar a cabo la medición y las normas y pruebas necesarias para poder recibir los trabajos. Asimismo permite que se haga referencia a los pliegos de prescripciones técnicas generales o a otras normas específicas, como por ejemplo a la Instrucción Española del Hormigón Estructural (EHE). En resumen, el pliego de prescripciones técnicas particulares tiene como principal objeto definir las características técnicas de los distintos componentes que formarán la obra y establecer los criterios de valoración que permiten determinar la contraprestación económica que corresponde al contratista.

(iv) El presupuesto, en el que se incluyen los precios unitarios de las unidades de obra y sus descompuestos y la forma de pago. Sin perjuicio de los pormenores de la certeza del precio de al obra que se tratarán separadamente, el presupuesto es el resultado de aplicar una función polinómica que abarca la suma de los productos obtenidos de multiplicar las mediciones de cada unidad por su precio unitario. La clave para la determinación del precio final reside en las unidades de obra que podrán coincidir o no con las previstas inicialmente, dependiendo del desarrollo de la obra y que, en caso de exceso, deberán ser abonadas al contratista en función de la obra efectivamente ejecutada y en virtud de la prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración y de la reciprocidad, onerosidad y conmutatividad del contrato de obras.

Con respecto a la formación del presupuesto, baste aquí mencionar como es posible estructurarlo con arreglo las modalidades de pago del precio que pueden darse en la contratación de ejecución de obras. Son las siguientes:

(i) A precio alzado, este tipo de contratación es de carácter excepcional tal y como establece el artículo 120 RGLCAP y consiste en que la administración abona un precio determinado por la totalidad de una obra o partida completa, sin

tener en cuenta los precios de cada unidad de obra, ni la medición final. En derecho civil aparece regulado en los artículos 1588 a 1600 CC[79]. El artículo 233 TRLCSP permite acudir a este sistema *"cuando la naturaleza de la obra lo permita"* y *"cuando el criterio de retribución se configure como de precio cerrado"* sería posible adicionalmente cuando las normas de desarrollo de la Ley lo admitiesen. En cualquier caso es un supuesto poco utilizado que en la práctica sólo se da en obras o partes de aquella que carecen de complejidad.

(ii) Por precio unitario, en este caso el órgano contratante abona cada unidad de obra ejecutada al precio previamente pactado en los cuadros de precios en los que figuran, de un lado el precio descompuesto de cada unidad y, de otro, su descripción que incluye mano de obra, materiales y costes indirectos.

(iii) Precios por administración, en esta modalidad, el precio se determina reembolsando al contratista los gastos en los que haya incurrido al ejecutar la unidad o unidades de obra sujetas al sistema. Son de precio variable por lo que el coste no se conoce hasta que se termina la unidad.

Una vez concretadas las unidades de obra, aplicando la función polinómica que resulta de sumar los productos obtenidos de multiplicar las mediciones de cada unidad por su precio unitario, obtenemos el presupuesto de ejecución material al que se refiere el art. 131 RGLCAP. Para obtener el presupuesto base de licitación se ha de agregar al de ejecución material, de un 13 al 17 por 100 en concepto de

[79] Es posible contratar el arrendamiento de obra conviniendo con quien la ejecute, que ponga solamente su trabajo o su industria, o también suministre el material. El contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo no puede por ello pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales, pero si lo podrá hacer si ha habido modificaciones que produzcan aumento de obras consentidas por el propietario.

gastos generales de empresa[80], gastos financieros, cargas fiscales (excluido el IVA y el IRPF), tasas y demás gastos del contrato y b) El 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista.

El tipo del IVA que grava la ejecución de la obra, se aplica sobre la suma del presupuesto de ejecución material y los gastos generales de estructura.

Para el cálculo del presupuesto de ejecución por contrata habrá que esperar al resultado de la licitación porque dependerá, en su caso, de la oferta realizada por el contratista y su aceptación por el órgano de contratación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, en las obras que se encuentren bajo su ámbito de aplicación, la adjudicación atenderá al criterio de la oferta económicamente más ventajosa que se identifica con la propuesta que presente la mejor relación coste-eficacia.

La Directiva 2014/24/UE, se refiere también al presupuesto aunque se refiere a él como el *"valor estimado de la contratación"* y establece, en el artículo 5, que su cálculo del se basará en el importe total a pagar, IVA excluido, estimado por el poder adjudicador, incluido cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas

[80] Informe JCCA 50/08, de 2 de diciembre de 2008. «Determinación de cuáles son los conceptos particulares que deben considerarse incluidos en los genéricos "gastos generales" y "beneficio industrial"».

"De lo anterior se deduce que por gastos generales de estructura, tal como los conceptúa el Reglamento en su artículo 131, debe entenderse aquéllos que no tienen la consideración de coste (directo o indirecto) del servicio, por cuanto no dependen directamente de la prestación de éste, siendo costes derivados de la actividad general de la empresa contratista. Ello explica que junto a los gastos generales de estructura, pero separadamente de ellos, se enumeren los costes que inciden sobre la propia prestación objeto del contrato y demás derivados de las obligaciones de éste, es decir los mencionados en el apartado b) del párrafo anterior."

de los contratos que figuren explícitamente en los pliegos de la contratación. A la vista del contenido de la norma, parece claro que dentro del concepto *"importe total a pagar"* se incluye el precio de la ejecución material de cada unidad (materiales, costes indirectos y mano de obra), además de los gastos generales y del beneficio industrial. Lo anterior se desprende del contenido del apartado 7 de este mismo artículo que regula, en particular, el contenido del contrato de obra y que dispone que dentro del cálculo de su valor estimado, se habrá de tener en cuenta, además de los suministros y servicios que la Administración ponga a disposición del contratista, el coste de las obras, en el que, como ya hemos visto, se incluyen los conceptos contenidos en el artículo 131 RGLCAP.

(v) El plan de obra, que consiste en la previsión de los diferentes hitos de la ejecución de los trabajos. Este plan, que no hay que confundir con el programa de trabajos que ha de presentar el contratista en el plazo máximo de treinta días desde la formalización del contrato, en el caso de que el plazo de ejecución supere el año, debe contener la previsible financiación de la obra durante la construcción y el momento en el que ha de terminarse cada una de las partes fundamentales en las que se puede dividir la obra (p.ej. excavación, cimentación, estructura…). Generalmente se representa con un diagrama de Gantt en el que figura el tiempo de dedicación previsto para las fases más relevantes de la construcción.

(vi) Las referencias de todo tipo en que se fundamentará el replanteo de la obra. El replanteo del proyecto está regulado en el artículo 126 TRLCSP y se practica después de la aprobación del proyecto y antes de iniciar la tramitación del expediente de contratación de la obra. Esencialmente consiste en la comprobación "in situ" de la realidad geométrica de la obra, es decir, de la inexistencia de errores técnicos o de medición y en la comprobación de la efectiva disponibilidad de los terrenos necesarios para llevar a cabo la obra. La

verificación de la disposición de los terrenos en los que se ha de emplazar la obra, adquiere relevancia no en esta fase, sino posteriormente cuando se produce la comprobación del replanteo junto al contratista puesto que, como dispone el artículo 139.4 RGLCAP la obra podrá ser suspendida desde el día siguiente al de la firma del acta si se aprecia tal circunstancia y no es posible comenzar los trabajos. Y es que no se ha de confundir el replanteo del proyecto con el acta de comprobación de replanteo, pues mientras el primero autoriza la iniciación del expediente de contratación y es un acto de la propia Administración que corrobora el objeto de la obra y la posibilidad de llevarla a cabo, la comprobación del replanteo se realiza en un momento posterior a la adjudicación, es decir cuando ya existe un contratista que interviene en este ulterior acto junto a la Administración y en el que ambas partes comprueban que el replanteo del proyecto previo verificado por el órgano contratante es correcto y la obra plausible, concediéndole al contratista la Ley la posibilidad de hacer cuantas reservas considere oportunas al respecto.

(vii) El estudio de seguridad y salud: El Real Decreto 1627/1997, de 24 de Octubre, establece, en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales, las Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud de aplicación obligatoria en todo tipo de obra, publica o privada, en la que se realicen trabajos de construcción o ingeniería civil. El artículo 4 del citado Real Decreto determina la obligatoriedad de elaborar un Estudio de Seguridad y Salud en las obras, siempre que se de alguno de los supuestos siguientes:

a) Que el presupuesto de ejecución por contrata incluido en el proyecto sea igual o superior a 75 millones de pesetas.

b) Que la duración estimada sea superior a 30 días laborables, empleándose en algún momento a más de 20 trabajadores simultáneamente.

c) Que el volumen de mano de obra estimada, entendiendo por tal la suma de los días de trabajo del total de los trabajadores en la obra, sea superior a 500.

d) Las obras de túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas.

En otro caso será precisa la elaboración de un estudio de seguridad y salud de carácter básico.

(viii) Cualquier otra documentación específica que requiera el tipo de obras que se vaya a construir. Podemos citar aquí, a modo de ejemplo de documentación específica y adicional, el estudio de "Acciones sísmicas" obligatorio en el caso de ejecuciones de obras de *"importancia especial"*[81] de las previstas en el Real Decreto 997/2002, de 27 de septiembre, por el que se aprueba la norma de construcción sismorresistente: parte general y edificación (NCSR-02), o la Declaración de Impacto Ambiental[82], cuando sea preceptiva según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

---

[81] Aquellas cuya destrucción por el terremoto, pueda interrumpir un servicio imprescindible o dar lugar a efectos catastróficos.

[82] "informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que concluye la evaluación de impacto ambiental ordinaria, que evalúa la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos."

STS de 8 abril 2011 (Casación 1139/2007):

"las evaluaciones de impacto ambiental, son medidas de protección ambiental de carácter anticipado o preventivo, dirigidas a introducir la variable ambiental en la ejecución de proyectos tanto de obras y actividades públicas como de obras y actividades promovidas por particulares."

La Ley permite simplificar el contenido de los proyectos en determinados supuestos recogidos en la norma siempre y cuando *"la documentación resultante sea suficiente para definir, valorar y ejecutar las obras que comprenda"*.

El alcance y precisión con que el proyecto define la obra, son claves para que el licitador adquiera un conocimiento pleno sobre la oferta que debe realizar, pues de ella va a depender la suficiencia de la contraprestación que perciba del órgano licitador. Este último debe, a su vez, poner especial cuidado en la correcta y completa elaboración de aquellos y es que, si durante la fase de comprobación del replanteo o durante la ejecución de la obra se ponen de manifiesto indefiniciones o carencias que impidan acometer los trabajos conforme a lo proyectado, será preciso introducir modificaciones que las completen o corrijan y que, consecuentemente, incrementarán el precio final del contrato.

iv.- Los contratos con pluralidad de objetos

Lo normal en materia de contratación pública de obras es que el licitante, redacte con sus propios medios el proyecto o lo haga mediante un contrato de asistencia técnica. Aprobado el proyecto, se inicia un procedimiento de adjudicación, presidido por el principio de libre concurrencia y publicidad[83], al que acuden los licitadores interesados en ejecutar la obra. Esta solución, no sólo garantiza el interés público, sino que, a priori, resulta la más eficiente y económica en los

[83] STS de 19 septiembre 2000:

"el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incursos en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el presupuesto de la publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos"

supuestos más comunes, esto es, cuando estamos ante obras de ejecución simple y que no entrañan especial dificultad técnica o en el caso de construcciones de gran envergadura.

Ahora bien, el artículo 6 TRLCSP, admite dos excepciones a la unidad que como norma debe presidir el contrato público, son los supuestos de fraccionamiento del contrato y de contratos con pluralidad de objetos.

Con respecto a los segundos, el artículo 12 TRLCSP permite la celebración de contratos con prestaciones diferenciadas, aunque establece la obligatoriedad, en cuanto a su adjudicación, de atender a carácter de la prestación de mayor onerosidad[84], postura que no ha seguido el TJUE[85] que considera que el ámbito de

[84] STS de 14 diciembre 1995:

"El problema radica en decidir el alcance que en la naturaleza jurídica del contrato, y en las normas que lo regulan, tiene el hecho de que sobre el negocio concesional del servicio público de abastecimiento de aguas se superponga la realización de obras en cuantía superior a 10.000.000 de pesetas. Para la resolución de la cuestión así formulada, y a la que no da respuesta la sentencia de instancia, es necesario partir del hecho de que la superposición de las obras mencionadas no da lugar a la existencia de dos contratos, uno, de gestión de servicios públicos, y, otro, de obras, que es lo que parece sostener la recurrente. No hay más que un contrato, que de puro pasa a ser mixto. En el plano formal este aserto es evidente, pues no hay más que un procedimiento de contratación, y no dos, como sería necesario si los contratos realizados fueran dos. Desde la perspectiva sustantiva es evidente la posibilidad del contrato mixto por venir expresamente contemplado en el artículo 67 del Texto Refundido de la LCE. La importante conclusión que de lo anteriormente expuesto se deriva es la de que las normas de capacidad contractual aplicables son las que rigen el contrato de gestión de servicios públicos."

[85] STJUE 21-2-2008, nº C-412/2004, la Comisión contra la República Italiana.

44. Por consiguiente, procede pronunciarse sobre la eventual existencia del incumplimiento alegado en el marco del presente motivo a la luz de la normativa en vigor el 15 de diciembre de 2003, fecha de expiración del plazo de dos meses concedido

en el dictamen motivado de 15 de octubre de 2003, teniendo en cuenta que, en aquella fecha, aún no se había adoptado ni la circular mencionada en el apartado 39 de la presente sentencia ni la normativa nacional citada en el apartado 40.

45. En cuanto al concepto de "contratos públicos de obras ", en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, procede señalar que dicho concepto se refiere a los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b) de este artículo, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de las obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II de esta Directiva o de una obra definida en la letra c) del antedicho artículo 1, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

46. Por otro lado, del considerando decimosexto de la Directiva 92/50, en relación con el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, resulta que un contrato sólo se considerará contrato público de obras si su objeto responde a la definición dada en el apartado precedente y que las obras que son accesorias y no forman parte del objeto del contrato no pueden justificar la clasificación de éste como contrato público de obras .

47. Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria sobre contratación pública debe en principio aplicarse (véase la sentencia de 18 de abril de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 37).

48. En particular, de este modo, el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 está vinculado al objeto principal del contrato, el cual debe determinarse en el marco de un examen objetivo del conjunto de dicho contrato.

49. Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato, pues la cuantía respectiva de las diferentes prestaciones que forman parte del contrato tan sólo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a dicha determinación.

aplicación de las directivas en materia de contratación está vinculado al objeto del contrato y su determinación está sujeta a sus obligaciones esenciales[86]. Por su parte, el artículo 2 RGLCAP establece que *"podrán celebrarse contratos con pluralidad de objeto, pero cada una de las prestaciones deberá ser definida con independencia de las demás"*. Para la Directiva 2014/24/UE, las normas aplicables a la adjudicación, deben determinarse en función del objeto principal del contrato siempre y cuando las distintas prestaciones no sean objetivamente separables y certifica el carácter excepcional de este tipo de contratación al establecer la insuficiencia de la declaración del poder adjudicador de que el contrato posee el carácter de mixto, sino que la determinación de la necesidad de fijar la pluralidad de prestaciones en un mismo contrato ha de sustentarse en pruebas objetivas que lo justifiquen. La directiva distingue entre los contratos que tengan por objeto dos o más tipos de prestaciones consistentes en: obras, servicios y suministros -en los que respecto a su adjudicación habrá de estarse al objeto principal- y aquellos que comprendan varios servicios o servicios y suministros, en cuyo caso el objeto principal se determina por el mayor valor de los servicios o suministros[87].

---

[86] En el mismo sentido MORENO MOLINA J. A., en "Contratos mixtos", Contratación Administrativa Práctica nº 77, julio 2008, pág. 26. La Ley.

[87] XIMENA LAZO, V.. en Los Contratos Mixtos" RAP nº 179, Madrid, mayo-agosto (2009), págs. 143-165

"La regla del value test aporta certeza y seguridad en la elección del respectivo régimen y es claramente más fácil de aplicar que la segunda. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TJCE, entraña al mismo tiempo el riesgo de que, en determinados su- puestos, se inaplique el Derecho de la contratación publica. Por ello, el citado Tribunal ha insistido en la necesidad de analizar el contrato en su conjunto, ya que sólo así será posible determinar si las obras constituyen efectivamente la prestación principal tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo. Dicho esto, también es cierto que, más allá del estudio caso por caso, los pronunciamientos del TJCE no aportan luz suficiente sobre qué criterios o subcriterios (cualitativos) deben aplicarse

El supuesto de un contrato con pluralidad de objetos más interesante a efectos del presente trabajo lo encontramos en el artículo 124 TRLCSP en el que figura, con carácter excepcional, la posibilidad de contratar conjuntamente proyecto y ejecución de obra[88]. Para acceder a este tipo de contratación, es requisito

en cada caso para dicha determinación. Lo que sí parece suficientemente asentado es que, en los casos señalados, ni el criterio económico ni el de la accesoriedad de las obras pueden justificar por sí solos la aplicación de un determinado régimen jurídico al contrato resultante."

[88] El artículo 124 TRLCSP regula la presentación del proyecto por el empresario y, a estos efectos establece que:

"1. La contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y sólo podrá efectuarse en los siguientes supuestos cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente:

a) Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra.

b) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas.

2. En todo caso, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente anteproyecto o documento similar y sólo, cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse.

3. El contratista presentará el proyecto al órgano de contratación para su supervisión, aprobación y replanteo. Si se observaren defectos o referencias de precios inadecuados en el proyecto recibido se requerirá su subsanación del contratista, en los términos del artículo 310, sin que pueda iniciarse la ejecución de obra hasta que se proceda a una nueva supervisión, aprobación y replanteo del proyecto. En el supuesto de que el órgano de contratación y el contratista no llegaren a un acuerdo sobre los precios, el último

imprescindible que concurran circunstancias de orden técnico que obliguen a vincular al empresario al proyecto por ser necesario para la posterior ejecución de las obras, que la construcción sea de dimensión excepcional o que su ejecución entrañe dificultades singulares cuya solución se confíe a la capacidad técnica del contratista. Estamos pues ante un contrato de carácter excepcional[89] que admite la necesidad de una colaboración público privada. La Directiva 2014/24/UE también recoge la posibilidad de que se promueva la adjudicación

---

quedará exonerado de ejecutar las obras, sin otro derecho frente al órgano de contratación que el pago de los trabajos de redacción del correspondiente proyecto.

4. En los casos a que se refiere este artículo, la iniciación del expediente y la reserva de crédito correspondiente fijarán el importe estimado máximo que el futuro contrato puede alcanzar. No obstante, no se procederá a la fiscalización del gasto, a su aprobación, así como a la adquisición del compromiso generado por el mismo, hasta que se conozca el importe y las condiciones del contrato de acuerdo con la proposición seleccionada, circunstancias que serán recogidas en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.

5. Cuando se trate de la elaboración de un proyecto de obras singulares de infraestructuras hidráulicas o de transporte cuya entidad o complejidad no permita establecer el importe estimativo de la realización de las obras, la previsión del precio máximo a que se refiere el apartado anterior se limitará exclusivamente al proyecto. La ejecución de la obra quedará supeditada al estudio de la viabilidad de su financiación y a la tramitación del correspondiente expediente de gasto. En el supuesto de que se renunciara a la ejecución de la obra o no se produzca pronunciamiento en un plazo de tres meses, salvo que el pliego de cláusulas estableciera otro mayor, el contratista tendrá derecho al pago del precio del proyecto incrementado en el 5 por 100 como compensación."

[89] Informe JCCA 41/00, de 30 octubre 2000:

"los contratos de proyecto y obra, […], se apartan de lo que puede estimarse normal en la doctrina legal de la contratación administrativa y, por tanto, requieren justificación."

conjunta de proyecto y ejecución de obras si bien bajo el epígrafe de *"contratos públicos de obras"*.

La singularidad de este tipo de contratación encuentra su justificación precisamente en los principios de libre concurrencia y publicidad que blasonan los procedimientos de adjudicación de los contratos de naturaleza pública. Y es que si el Sector Público acude al sistema mixto en supuestos ajenos a los tasados en el artículo 124 TRLCSP, podría vulnerar el la libre concurrencia al impedir a determinadas empresas que ostenten una clasificación determinada, pero suficiente por ejemplo para acudir a un concurso de proyectos, licitar en las mismas condiciones que otras que contasen con una clasificación adicional que les permitiera, además de redactar proyectos, ejecutar obras, lo que conduciría a la desaparición, fusión o absorción de determinadas compañías disminuyendo así la competencia.

No obstante lo anterior, no deja de ser cierto que, en la práctica, no son pocas las ocasiones en las que indefiniciones y errores de proyecto obligan a la redacción de modificaciones que encarecen el precio de la obra y aumentan los plazos de ejecución, conduciendo a los intervinientes en el contrato a acudir a costosos y prolongados procedimientos judiciales en reclamación de la satisfacción de los sobrecostes derivados de estos incrementos de obra y de plazos.

La experiencia nos dice que, en la confianza de que los proyectos de obras son incompletos o inexactos, los licitadores ofertan, cuidándose de bajas temerarias, precios significativamente inferiores a los contemplados en los pliegos, con la esperanza o la certeza de obtener posteriormente a la adjudicación un beneficio adicional con cargo a sus modificaciones. Esta práctica, ciertamente censurable, ha sido y sigue siendo uno de los motivos principales por los que los precios de

las obras a menudo superan los presupuestos de la licitación y disparan el precio de las obras.

Para evitar este proceder, sería conveniente valorar la posibilidad de distender los presupuestos taxativamente previstos en el artículo 124 TRLCSP incentivando que un mayor número de obras se liciten por la vía de la contratación mixta concentrando así la responsabilidad de proyecto y ejecución en un solo agente ante eventuales defectos en el proyecto o en la construcción de las obras.

v.- La Prohibición del fraccionamiento del objeto contrato de obras

El artículo 86 TRLCSP establece la prohibición de fraccionamiento de los contratos con la finalidad de disminuir su cuantía, eludiendo así los requisitos de publicidad o aquellos que afecten al procedimiento de adjudicación[90]. La prohibición del fraccionamiento de los contratos ya aparecía en la legislación de contratos anterior, al referir la obligatoriedad de que el expediente contemple a la totalidad del objeto del contrato. La Directiva 2004/18/CE recoge también la prohibición del fraccionamiento del contrato en su artículo 9 apartado 3[91]. La misma línea sigue la Directiva 2014/24/UE que, en su artículo 5.3, prohíbe la fragmentación del contrato con la intención de evitar la aplicación de la propia Directiva, a menos que se justifique la división por razones objetivas[92]. La nueva

[90] "No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan."

[91] "No podrá fraccionarse ningún proyecto de obra ni ningún proyecto de compra tendente a obtener una determinada cantidad de suministros y/o de servicios con vistas a sustraerlo a la aplicación de la presente Directiva."

[92] "Una contratación no deberá fragmentarse con la intención de evitar que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a menos que esté justificado por razones objetivas."

normativa permite la división en lotes, cuando se acrediten adecuadamente las razones que lo justifiquen.

La norma no permite que determinadas prestaciones puedan dividirse y ser objeto de contratación independiente cuando con ello se pretenda eludir las normas de publicidad, procedimiento o adjudicación[93]. Elusión que, de producirse, deberá ser calificada de fraudulenta siendo, por tanto, el objeto de esta norma impedir el fraude de Ley.

No quiere decir que no se consienta el fraccionamiento de los proyectos de obra, porque el propio artículo 86 TRLCSP en su apartado 3 permite el fraccionamiento cuando se justifique debidamente en el expediente, las obras sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto[94]. Y lo mismo para prestaciones diferenciadas que integren una obra completa y que

[93] Informe JCCA 69/08, de 31 de marzo de 2009. «Fraccionamiento de un contrato de obras y división en lotes»

"la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente."

[94]JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO. El Objeto del Contrato: Análisis del informe 31/12, de 7 de mayo de 2013 JCCA:

"existe fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten por separado no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas."

puedan ser ejecutadas separadamente por distintas empresas de distinta clasificación. Es, por ejemplo, el supuesto en el que la Administración contrata una obra ferroviaria y se adjudica la infraestructura (puentes, viaductos, pasos a distinto nivel…) a un contratista y la superestructura (vías, traviesas, etc.) a otra compañía diferente.

Los requisitos para que proceda el fraccionamiento del contrato de obra son, por tanto y a salvo de los supuestos de integración separada de prestaciones en una obra determinada como el ejemplo que acabamos de ver, (i) que el contrato lo admita, (ii) que exista unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones o que la naturaleza del objeto lo permita, (iii) que así se justifique debidamente y (iv) que dichas prestaciones sean susceptibles de aprovechamiento separado.

En definitiva y de acuerdo con el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, no será posible contratar por separado prestaciones que conformen un único objeto, que no podría cumplirse si no concurrieran todas ellas y sí podrían ser objeto de contratación independiente aquellas que aún siendo similares no tengan entre sí una unidad funcional de la que derive la imposibilidad de contratar la una sin la otra[95].

[95] Informe JCCA 69/08, de 31 de marzo de 2009. «Fraccionamiento de un contrato de obras y división en lotes»

"no podrán contratarse por separado prestaciones que se integren en un solo objeto por razón de su propia naturaleza o porque consideradas conjuntamente sirven a la funcionalidad de la prestación contractual, que no podría lograrse si no concurrieran todas ellas. Por el contrario, sí pueden ser objeto de contratación independiente aquellas prestaciones que, aún cuando de naturaleza similar, no tengan entre sí una unidad funcional de la que se derive la imposibilidad de contratar la una sin la otra.

II.- EL PRECIO DEL CONTRATO DE OBRAS.

Como es bien sabido, el arrendamiento de obras es un contrato consensual, bilateral, oneroso y conmutativo cuyos elementos reales son la obra y el precio. El primero, como objeto del contrato, acaba de ser tratado, por lo que procede hacer referencia ahora al segundo, el precio, que sufre a menudo, derivado de la bilateralidad y conmutatividad que es propia de esta tipología contractual, las alteraciones que se producen en la recíproca obligación de ejecución de la obra que adquiere el contratista.

El artículo 1544 CC, nos dice que "En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto." Por lo que respecta al precio, este puede consistir en una prestación de cualquier clase, aunque comúnmente consista en dinero y ha de ser verdadero y determinado o susceptible de determinación. Puede consistir en una remuneración única para toda la obra o bien en un precio fijado por piezas o

3. La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad o no de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

Fuera de estos casos la contratación por separado de prestaciones que puedan guardar alguna relación entre sí no deberá ser considerada como fraccionamiento del contrato, como tampoco deberá considerarse vetado por la Ley el fraccionamiento del objeto del contrato en todos aquellos casos en que no origine alteración de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación que deben aplicarse ni a las normas de publicidad."

medidas[96]. El precio existe siempre y puede ser fijado bien de antemano en el contrato, siendo indiscutible su certeza o bien "a posteriori" en cuyo caso la determinación de su certeza se obtendrá de tarifas oficiales, de un dictamen pericial, por informe de Colegio Profesional[97], o incluso según la costumbre.

La doctrina jurisprudencial en la materia, establece que la indeterminación en el contrato o la falta de prueba del precio pactado no da lugar a la nulidad del contrato, puesto que ha tenerse como precio cierto el que resulte del uso o de la tasación pericial de la obra[98].

i.- El precio en el contrato público de obras

[96] CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. Derecho civil español, común y foral, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, pág. 512. Decimoquinta Edición. Ed. Reus S.A. Madrid 1993.

[97] Dice la STS de 18 noviembre 2005, nº 925/2005, rec. 776/1999 que, en realidad, "el consentimiento contractual alcanza el precio que resulte de datos que, existiendo "a priori", se reflejan "a posteriori", de tarifas de perito o de Colegio Profesional".

[98] STSS de 12 junio 1984, de 16 enero 1985 y de 14 febrero 1987, entre otras. También la STS de 18 noviembre 2005, nº 925/2005, rec. 776/1999:

"En cuanto al problema del precio cierto, hay que tener en cuenta, en todo caso, que la jurisprudencia de esta Sala, ante la evidencia de que el problema planteado no es infrecuente, en función que le es propia ha completado o aclarado lo dispuesto en el artículo 1544 del Código Civil en el sentido de que el requisito de precio fijo existe, aunque no se fije de antemano -a lo que equivale que no se puede probar esa fijación antecedente-, sí puede inferirse por tasación pericial conforme al coste de los materiales y mano de obra (Sentencias de 16 de enero, 21 de octubre y 25 de noviembre de 1985) o cuando lo fija el juzgador según el resultado de la prueba practicada (Sentencia de 12 de junio de 1984) sentando incluso la Sentencia de 3 de octubre de 1986 que el hecho de que originalmente se hablase de precio alzado no impide la posibilidad de modificaciones ulteriores que alteren o aumenten la obra, debiendo efectuarse el pago según la ejecutada (Sentencia de 4 de septiembre de 1993)."

La regulación del precio aparece en la legislación de contratos en el artículo 87 TRLCSP en el que figura la obligatoriedad de que los contratos del sector público remuneren al contratista en un precio cierto expresado necesariamente en euros y adecuado para el cumplimiento del contrato, atendiendo al precio de mercado y al contenido de las ofertas con valores anormales o desproporcionados.

La concepción actual del precepto tiene su origen y presenta una íntima relación con la elección por la Administración del sistema de pago por la construcción de obras públicas. Prácticamente hasta el primer pliego de condiciones de 1846, el sistema que se venía utilizando era el de tanto alzado que consiste en la realización de la obra completa a cambio de una suma fija previamente estipulada y a la que no afectan los incrementos o disminuciones de unidades necesarias para llevar a cabo la construcción. Este sistema que de antemano puede parecer beneficioso para la Administración puesto que se conoce exactamente cuál es la remuneración que corresponde a la obra, tiene como contrapunto que no admite ninguna modificación y, por tanto, requiere que la obra esté perfectamente definida en todos sus términos. Sin embargo, dadas las vicisitudes que surgen durante la construcción y la habitual necesidad de completar los proyectos y estudios previos, ocasionaban que cualquier alteración surgida después de la firma del contrato tuviera como consecuencia la novación de la obligación, con el consecuente impacto en los plazos y la correspondiente indemnización a favor del contratista. Este sistema que en la actualidad sólo se utiliza para obras muy concretas, cayó en desuso y fue sustituido por el de ajuste por unidades de obra.

El ajuste por unidades de obra, heredado de Francia, imponía la obligación, previa a la construcción, de fijar, en un cuadro general de precios, la descripción, la calidad y el importe de las unidades que conformaban la obra y los medios

necesarios para ejecutar cada unidad. Aplicando el cuadro de precios a las unidades efectivamente realizadas se conformaba el verdadero precio de la obra.

Este fue el sistema que se adoptó en la real Orden de 16 de marzo de 1846, en el Pliego de Condiciones Generales aprobado por Real Decreto de 10 de julio de 1861[99] y en el Real Decreto de 11 de junio de 1886, por el que se aprueba el tercer Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas. Esta última norma restringe el contenido del cuadro de precios, de tal modo que a cada unidad de obra le corresponde un precio fijo e inamovible determinado con antelación a la firma del contrato y que permanece incólume independientemente de *"la naturaleza de los terrenos y las distancias de donde procedan o a donde se conduzcan los materiales"*. Ello tiene como consecuencia que es el contratista y no la Administración quien soporta la mayor o menor onerosidad del contrato, puesto que el precio de la ejecución de cada unidad de obra no puede variar.

Este es el sistema presente en la actualidad. El precepto relativo al precio adquirió su moderna redacción derivado del contenido de la Ley de Contratos del Estado de 1965 que ya establecía la obligación de su certeza, la necesidad de que se expresase en moneda nacional y su dependencia de la importancia real de la prestación y de lo convenido por las partes. La adecuación del precio al valor del mercado se introduce con la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado[100], con el objeto sufragar el coste real de

[99] "se abonará al contratista la obra que realmente ejecute, sea más o menos que la calculada, y por el importe total que resulte de la aplicación de los precios del cuadro general a los distintos elementos empleados o a las distintas operaciones que haya habido que realizar en la construcción de la obra"

[100] "En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado."

la prestación, evitando el enriquecimiento injusto y el consecuente empobrecimiento sin causa.

En la actual redacción del precepto, subyace, sin duda, la necesidad impuesta por la UE de adecuar los precios del contrato a los precios del mercado económico, dando a los licitadores una información veraz sobre las prestaciones objeto del contrato y rehuyendo así el incumplimiento de los principios de libre concurrencia y publicidad.

Que el precio de la obra se corresponda con el de mercado, obedece, sin duda, a la necesidad de que el precio final de la prestación se ajuste al presupuesto evitando las desviaciones de costes que la encarezcan significativa e injustificadamente. Contratar obras por debajo del valor de mercado implica, con toda certeza, que el contratista va a tratar de obtener réditos adicionales por medio de modificaciones, incrementos o alteraciones en la obra cuyos importes adicionales a menudo superan los precios de licitación. No es un problema nuevo[101].

[101] Sébastien Le Prestre, Señor de Vauban. 1683:

"... hay algunos trabajos en los últimos años que no se han terminado y que no se terminarán, y todo eso, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que para atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquellos que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y lo que un contratista que pierde hace lo mismo que un náufrago que se ahoga, agarrarse a todo lo que puede; y agarrarse a todo, en el oficio de contratista, es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello. ...Y de ahí bastante, Monseñor, para hacerle ver la imperfección de esa conducta, abandónela pues, y, en nombre de Dios, restablezca la buena fe; encargar las obras a un contratista que cumpla con su deber será siempre la solución más barata que podréis encontrar."

En España desde el siglo XIX cuando se inicia la legislación de contratación pública ya se advierte de la necesidad de evitar las continuas paralizaciones y resoluciones contractuales que finalmente incrementaban el precio de los contratos. Lo cierto es que a tenor de los continuos cambios que ha sufrido la normativa y de la práctica general, el resultado no se ha conseguido o, al menos, no completamente.

En cualquier caso las novedades más relevantes que el actual artículo 87 TRLCSP introdujo respecto de la anterior de Contratos de las Administraciones Públicas son la posibilidad de abono del precio mediante contraprestaciones distintas al pago en dinero, la variación del precio cuando el contratista actúe con exceso de diligencia, la posibilidad de que, en determinados supuestos, se establezcan precios provisionales y la introducción como norma general de las cláusulas de revisión de precios.

Todas estas novedades van encaminadas, en definitiva, a consecución de la difícil tarea que es determinar con la mayor certeza posible el precio que finalmente alcanzará la obra, tratando de ajustarla lo máximo posible al precio de la licitación.

La nomenclatura utilizada para valorar la prestación que viene obligado a satisfacer el ente adjudicador, en el TRLCSP y en la normativa europea.

Tanto la Directiva 2004/18/CE, como la Directiva 2014/24/UE, se refieren, no al precio del contrato, sino a su valor estimado, concepto que también refiere el artículo 88 TRLCSP y que no es más que la transposición de la normativa europea. No se deben confundir el precio del contrato, el valor estimado del

contrato y el presupuesto, pues, si bien se trata de conceptos que valoran la prestación a la que viene obligada el órgano adjudicador, lo hacen en momentos diferentes y por distintas causas[102].

El precio del contrato se identifica con la retribución que percibirá el contratista, bien en dinero, o bien por medio de otras contraprestaciones cuando la Ley lo permita por la ejecución del contrato, incluido el importe correspondiente al IVA.

El valor estimado del contrato se corresponde con el contenido del artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE -hoy artículo 5 de la Directiva 2014/24/UE-, que tiene por objeto establecer un método de cálculo para verificar si un contrato se encuentra dentro de los umbrales que obligan al cumplimiento de la normativa

[102] Informe 44/12, de 7 de mayo de 2013. "Cálculo del valor estimado de un contrato con modificaciones previstas."

"se habla de precio del contrato deben entenderse el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista. (...) en el precio está incluido el importe a abonar en concepto de IVA" (informe 43/08).

Por otra parte el valor estimado se regula en el artículo 88 del TRLCSP y es un concepto que "tiene su origen directo en el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE que tiene por objeto establecer el método para el cálculo del valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, a efectos de determinar los que se encuentran por encima de los umbrales que determinan la aplicación de sus normas" (informe 28/09). Su cálculo debe hacerse de acuerdo con lo establecido en el artículo 88 del TRLCSP, y a diferencia del precio, el valor estimado viene determinado por el importe total pagadero sin incluir el IVA.

Pero además del concepto de valor estimado y de precio, debemos referirnos al presupuesto de licitación, concepto al que el escrito de consulta hace referencia. El mismo, según doctrina de esta Junta Consultiva, es un "concepto distinto del valor estimado, debiendo calcularse conforme a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas."

europea. El valor estimado viene determinado por la totalidad del importe que se ha de abonar al contratista, incluidas, entre otros, las prórrogas, los posibles premios, los suministros o servicios que el poder adjudicador ponga a su disposición y excluido el IVA.

El Presupuesto de licitación es el resultado de la suma de los productos obtenidos de multiplicar las mediciones de cada unidad previstas por su precio unitario a los que se añaden los gastos generales, el beneficio industrial y el IVA. Ni coincide con el precio del contrato porque este no se conoce hasta la liquidación, ni con el valor estimado porque aquel incluye el IVA y este no.

Sin embargo, estos no son los únicos términos que utiliza la Ley pues, a estos efectos, también habla de cuantía, importe o valor íntegro. Conceptos que deberán ser interpretados, a falta de definición específica, según la fase del contrato que a la que se refiera el concreto precepto[103].

ii.- La certeza del precio

Como se acaba de tratar, el contrato administrativo tiene como uno de los elementos esenciales que lo configuran el del precio, que podrá ser satisfecho por

[103] Informe JCCA nº 43/2008, de 28 de julio:

"Ello no obstante, y por regla general cabe decir que deberán identificarse con el término que, en función de la fase en que se encuentre el contrato -fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución- indique el valor del mismo con arreglo a la Ley. Así en la fase de preparación y adjudicación deberán entenderse los términos como referidos al presupuesto que deba servir de base para la celebración de la licitación pública y en la de ejecución deberá entenderse que los términos utilizados se refieren al precio de adjudicación del contrato, es decir el que deba percibir íntegro el contratista que hubiera resultado adjudicatario del contrato. Estas conclusiones, sin embargo, deberán matizarse en función del texto del artículo que contenga el término examinado."

el ente adjudicador en dinero o en otra clase de prestaciones, tal y como sucede en determinados supuestos en los contratos de concesión de obra pública o de gestión de servicios.

El artículo 87 TRLCAP establece que la retribución del contratista consistirá en un "*precio cierto*", que es aquel que remunera la prestación efectivamente ejecutada por el contratista[104].

No se debe confundir precio cierto con precio fijo y cerrado[105] pues, con respecto al contrato de obras, este último opera exclusivamente en los supuestos en los que la prestación se contrata por el sistema de abono de las obras a tanto alzado en el que se pacta de antemano la totalidad del precio sin atender a las unidades

[104] STS de 22 junio 2005, rec. 8140/2002:

"un elemento esencial para la celebración de contratos administrativos, al igual que en el ámbito de derecho privado (art. 1544 C.Civil) es la existencia de un precio cierto, tal cual estatuye el art. 14 LCAP (de igual número en el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP y similar al precedente art. 12 Ley Contratos del Estado de 1965, LCE) que, además, determina que se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido."

[105] Dictamen del Consejo de Estado de 4 de marzo de 1993. Expte.: 1409/1992:

"III.- En el ámbito del derecho administrativo de la contratación, como ocurre también en el régimen jurídico privado del contrato de obras (artículo 1.544 del Código Civil), los contratos han de tener un precio cierto. Precio cierto no es precio fijo; no es lo mismo precio cierto que precio fijo, pues, con referencia a aquél, lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no sus contingencias. Aquí, en el caso considerado, el precio fue el ofertado por el luego contratista, de modo que, al aceptarse su oferta por la Administración, se erigió en precio del contrato, y éste es, en principio, el que se abona al contratista en función de la importancia real de la prestación efectuada y de acuerdo con el convenido."

que lo componen. No admite variación y, como ya se ha anticipado, es excepcional. Usual es el sistema de precios unitarios o descompuestos en el que se determinan las unidades en las que se divide la obra y el importe de cada una de ellas que se va satisfaciendo a medida que se ejecutan, por medio de certificaciones a buena cuenta del precio final que será el que resulte de la liquidación del contrato[106]. Precio cierto es pues precio determinado o, en todo caso, susceptible de determinación por medio de los criterios fijados en el pliego o en el contrato[107].

Algunos autores, consideran que la exigencia del precio cierto en los contratos administrativos "obedece, no tanto a la necesidad de fijar a priori un elemento esencial del contrato, sino a la de asegurar la existencia de cobertura

[106] STS de 10 mayo 1980:

"la cifra global del Presupuesto aparte de otras funciones tiene el carácter y valor jurídico de ser un precio alzado pues el precio de adjudicación no se forma por la adicción de los precios parciales denlas distintas unidades de obra sino que constituye el precio por el que el contratista se obliga a ejecutar el conjunto de la obra, el contrato de obras públicas participa de los fundamentales rasgos que caracterizan al de arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado en el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto por lo que la cifra global presupuestada con la rebaja del coeficiente resultante de la adjudicación constituye el precio del contrato de obra sirve para precisar el precio cierto aunque sea preciso corregirlo en más o en menos según el volumen de obra realmente ejecutada, aplicando a la medición de obra el Cuadro de Precios aprobados por unidades de obra"

[107] STS de 22 junio 2005, rec. 8140/2002:

"Es decir que no cabe equiparar el término precio cierto con el precio alzado figura absolutamente excepcional en nuestra regulación contractual pública (art. 126 LCAP, art. 120 Reglamento General de la Ley de Contratos, RD 1098/2001, de 12 de octubre EDL 2001/34761, RGLC). La certitud o fijeza implica inamovilidad en los elementos a salvo de que se hubiere pactado una revisión de precios."

presupuestaria suficiente para la obligación que va a contraerse"[108], sin embargo, si bien es cierto que es esencial asegurar la necesaria cobertura presupuestaria con el objeto de atender a la obligación que la Administración va a contraer, so pena de nulidad, ex artículos 46 Ley 47/2003, de 26 de noviembre[109] y 32 c) TRLCSP[110], no lo es menos que el sinalagma del contrato de obras exige una contraprestación derivada de la ejecución de la obra y que el artículo 26 TRLCSP recoge de entre los elementos que "necesariamente" ha de contener el contrato público el del precio, de lo que se deduce que no están permitidos los contratos gratuitos.

En mi opinión la afirmación del citado autor no es del todo correcta y el ejemplo que, en la práctica, demuestra que esto es así es el supuesto típico en el que la Administración ordena la realización de obras adicionales inicialmente no contempladas en el contrato sin tramitar el preceptivo proyecto modificado, si bien puede darse también el caso, excepcional, de que encargue obras sin contrato y sin dotar siquiera una partida presupuestaria previa. En esos casos, la aplicación estricta del artículo 46 de la Ley General Presupuestaria al contenido

[108] EMILIO JIMÉNEZ APARICIO "Comentarios a la Legislación de Contratación Pública", Tomo I. pág. 939.

[109] "Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta ley."

[110] "Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia."

del acto administrativo referido a la orden de ejecución de las obras, determinaría su nulidad de pleno derecho. Esta clase de nulidad, que es la más rigurosa de las que se prevé en derecho administrativo, implica que dicha orden no pueda ser convalidada, que sea posible impugnarla en cualquier momento y por cualquier interesado sin que opere la prescripción y que su nulidad se extienda a aquellos otros actos consecuentes del reputado nulo. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad serían, lógicamente, los del artículo 1303 CC[111], esto es, la devolución de las cosas al estado en el que se encontraban antes haberse emitido ese acto administrativo viciado, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 35 TRLCSP[112].

Sin embargo, esos trabajos adicionales están ahí, se han ejecutado y deben ser satisfechos en base al más elemental principio de prohibición del enriquecimiento injusto, pues se ha de considerar que, realizadas las obras, el

[111] "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses…"

[112] "1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio."

constructor se empobrece y la Administración se enriquece sin que esta última pueda apropiarse de los nuevos bienes sin ningún titulo que acredite ese desplazamiento patrimonial *"allegans turpitudinem propriam non auditur"* y *"venire contra propium factum non valet*[113]*"* y, por supuesto de acuerdo con el

[113] En el interesante estudio denominado "Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo", REBOLLO PUIG, MANUEL, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba, expone la interpretación errónea que la jurisprudencia hace de los aforismos latinos "allegans turpitudinem propriam non auditur" y "venire contra propium factum non valet" que, dice, no significan que la Administración no pueda alegar sus ilegalidades como vicios invalidantes, porque lo que es nulo, nulo es, independientemente de quien lo haya provocado y lo alegue y así, dice

"Dicho lo anterior, nuestra misión puede darse por terminada y solo nos queda decir, en consecuencia, que debe abandonarse esa jurisprudencia contencioso administrativa sobre el nemo auditur: ni el aforismo latino significa que nadie pueda alegar sus propias ilegalidades para conseguir la nulidad de un acto, ni es verdad que nadie pueda alegar sus propias ilegalidades para conseguir la nulidad de los actos administrativos; en particular, la Administración pública sí puede alegar sus ilegalidades como vicios invalidantes, sobre todo, si determinan la nulidad de pleno derecho de sus actos: afortunadamente es así en nuestro Derecho y debe seguir siendo así como regla general. Ese nemo auditur es falso, y se basa en una suma de errores y en un cúmulo de, si se me permite la expresión, torpezas.

Pero todavía conviene añadir que lo que de justicia y acierto tiene esta jurisprudencia podía y debía haberse conseguido por otras vías: respetando el régimen positivo de la invalidez, sobre todo de la nulidad de pleno derecho, pero moderándolo drásticamente con una aplicación más amplia del artículo 106 de la LRJPAC.65 Este artículo puede suministrar la vía correcta para llegar a las soluciones aceptables en las que la jurisprudencia se ha servido de su peculiar nemo auditur. Para extraer del artículo 106 de la LRJPAC todas sus virtualidades, sin que en absoluto se traicione su sentido general, debe aceptarse que se aplique, no solo como límite a las facultades de revisión de la Administración, que es como formalmente aparece en la LRJPAC, sino también, al menos, como límite a la posibilidad de que la Administración alegue, en los recursos contencioso-administrativos en que aparece como demandada, la excepción de invalidez de sus actos y contratos debida a sus propias ilegalidades.

El artículo 106 de la LRJPAC llama a la buena fe y ello debe completarse con la actual proclamación de la con- fianza legítima (artículo 3.1 in fine de la LRJPAC). Todo ello mitiga en favor de la seguridad jurídica el régimen de la invalidez y sobre todo el más severo de la nulidad de pleno derecho. En alguna medida eso podría ser suficiente para llegar a las mismas soluciones que el Tribunal Supremo alcanza por la incorrecta vía del nemo auditur o a otras próximas o similares y tal vez más ajustadas.[…]

Pero creo que la buena fe y la confianza legítima no son suficientes por sí solas para justificar todas las soluciones razonables a las que llega la jurisprudencia del nemo auditur. Hay algo de razón y de justicia en esa jurisprudencia que no se consigue del todo con la buena fe y la confianza legítima (máxime teniendo en cuenta que la doctrina de los actos propios –concreción de la buena fe– se desvanece ante los supuestos de nuli- dad de pleno derecho, según la doctrina dominante, como ya recordamos). Algo, sin embargo, que también está en el artículo 106 de la LRJPAC y a lo que se ha prestado mucha menos atención que a la buena fe y la con- fianza legítima, y que ya no se basa en el valor de la seguridad jurídica sino en otro muy distinto: la equidad. Según el artículo 106 de la LRJPAC tampoco pueden ser ejercitadas las facultades de revisión de actos inválidos cuando, por cualesquiera circunstancias (el precepto dice "cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias") "su ejercicio resulte contrario a la equidad". Así que el régimen estricto de la invalidez se atempera, por un lado, en favor de la seguridad jurídica y, por otro, en favor de la equidad. Y cabe pensar que los tribunales, en el fondo, han aplicado esta limitación a los casos en que la nulidad se pretende hacer valer en un contencioso-administrativo, ya sea por el demandante ya sea, sobre todo, por la Administración demandada causante de la invalidez alegada por ella misma. Sólo que lo han hecho, en vez de invocando sin más la equidad, disfrazándola con ese nemo auditur del que hemos dado cuenta. Pero con esto no queremos decir, a la postre, que el nemo auditur esté realmente justificado como un principio general que se deduce de la equidad. Nada de eso. La equidad es la justicia del caso concreto, una válvula de escape cuando la fórmula de la ley es muy rígida y su aplicación, mecánica y ciega a todos los casos, incluso a aquellos en que no pensó el legislador, está reñida con lo que pare- ce razonable. La equidad no se deja encerrar en reglas ni principios so pena de dejar de ser lo que es. Por definición, las soluciones de equidad no son susceptibles de organizarse en un cuerpo de principios que determine las soluciones futuras, pues dependen de las circunstancias particulares de cada caso considerado individualmente. Así que, como hemos dicho, no cabe de ninguna forma establecer una regla de equidad en virtud de la cual nadie pueda alegar los vicios de nulidad que haya originado y menos aún cabe predicar eso de la Administración pública respecto de sus actos y contra- tos viciados por su culpa."

ideal de justicia conmutativa y equidad que caracteriza las contraprestaciones en la contratación pública. Lo relevante es que la obra se ha realizado y que ha de ser abonada, haya habido o no previa partida presupuestaria y se hayan o no seguido los procedimientos legalmente establecidos[114]. En los supuestos enunciados, si lo que se ordena es la construcción de obras adicionales, precio de lo construido por el contratista podrá determinarse con arreglo a los precios unitarios pactados en el contrato original, en cambio, si lo que se le pide es la ejecución de obras nuevas, sin partida presupuestaria que lo respalde, los precios serán los pactados o, en su defecto, se podrán determinar de acuerdo a los cuadros de precios oficiales o recurriendo a un perito.

La certeza del precio, además de ser una cualidad del mismo que encuentra su origen en la normativa civil, determinante de la obligación que se contrapone a la de ejecución de la obra encomendada al contratista, es clara representación del principio de seguridad jurídica y de que el precio de la obra no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes[115].

---

[114] STS de 20 diciembre 1983:

"la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras, de las reclamaciones por los excesos sobre el Proyecto que hubieren sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que él percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quiénes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad"

[115] Artículo 1256 CC: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes."

Para dar cumplimiento a este principio, la Administración elabora y dispone de cuadros representativos de las distintas unidades de obra que se ejecutan en cada tipo de infraestructuras y sus precios de mercado. A modo de ejemplo se puede citar la Base de Precios de Referencia de la Dirección General de Carreteras contenida en la nota de servicio 7/2014 en la que se fijan los precios máximos de las unidades de obras típicas para este tipo de infraestructuras o el Decreto de 9 de febrero de 2011 de la Delegada del Área de Gobierno de Obras y Espacios Públicos por el que se aprueba el cuadro de precios 2011, aplicable a los presupuestos de los proyectos de urbanización y edificación de obra nueva.

Ya hemos visto la diferencia entre presupuesto, valor estimado y precio del contrato. Para calcular el precio de la obra, se fijan las unidades de obra necesarias para completar la obra conforme a los cuadros de precios descompuestos, se suman, y al resultado se le añade el importe de los gastos generales, el beneficio industrial y el IVA. Tenemos entonces el precio del proyecto, pero "stricto sensu" todavía no tenemos el precio del contrato pues este no será sino el que resulte de la liquidación final, una vez se haya ejecutado, medido y valorado la obra conforme a los parámetros acordados en los pliegos y en el contrato.

Ninguna duda cabe de que la licitación puede afectar al precio del contrato sobre todo cuando el método de adjudicación acordado es el de la subasta. La Directiva 2014/24/UE en su artículo 68 establece que los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar un contrato público, el criterio de la oferta más ventajosa. La oferta más ventajosa no ha de ser necesariamente la más económica puesto que no se corresponde exclusivamente con el coste sino que atiende a la relación coste eficacia, al coste del ciclo de la vida o a la correlación entre los conceptos de calidad y precio. Para la evaluación de esta última ha de estarse a

criterios referidos a *"aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate."*[116]

Las relaciones de coste eficacia y calidad y precio son bien conocidas, sin embargo, la nueva legislación incluye como criterio relacionado con el coste del contrato el coste del ciclo de la vida[117] y dispone que cuando el poder adjudicador utilice este criterio, deberá tener en cuenta los costes de adquisición, de utilización, de consumo de energía, de mantenimiento o los costes del final de

[116] "a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución."

[117] El artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE establecía respecto a los criterios de adjudicación del contrato que:

"1. Sin perjuicio de las disposiciones legales o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán:

a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato publico de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución;

b) o bien solamente el precio más bajo."

la vida útil como son los de recogida o reciclado de materiales. También podrán tenerse en cuenta los factores medioambientales, si es que su valor se puede determinar. Tanto los datos a tener en cuenta como el método de evaluación constará en los pliegos.

El contratista también interviene en la determinación del precio del contrato y lo hace por medio de la oferta que responde a la licitación promovida por el adjudicador. Partiendo de que el precio del proyecto se presupone ajustado al mercado, dado que se utilizan para su cálculo cuadros de precios elaborados conforme a los valores usuales de las unidades de obra que contiene la totalidad del proyecto, el licitador que presente una oferta que supere el presupuesto del licitante deberá ser excluido del procedimiento. Lo mismo cuando la que presente sea una propuesta anormalmente baja aunque, en este caso, la normativa europea prevé que los operadores económicos puedan explicar el precio ofertado y cómo obtienen el ahorro propuesto, si del proceso constructivo, de las soluciones técnicas adoptadas, de la originalidad de las obras, del cumplimiento o no de la normativa medioambiental, de la subcontratación o de la posible obtención de una ayuda estatal. Si no se dan las explicaciones precisas que justifiquen que la oferta se ajusta a los precios de mercado y, especialmente, si aquella incurre en temeridad por la inobservancia de las normas de Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional, o por recibir ayudas estatales incompatibles con el mercado interior, la oferta deberá ser desestimada.

La facultad de rechazar las ofertas anormalmente bajas está directamente relacionada con la obligatoriedad del sector público de abonar al contratista un precio justo por la obra ejecutada de manera que reciba una contraprestación proporcional al exacto valor de la prestación en el tráfico comercial. Los

principios de publicidad y concurrencia, sin duda, contribuyen con esta labor al favorecer la competencia de los interesados en la realización de los trabajos.

Adjudicada la obra y celebrado el contrato, el precio es, en principio, invariable, sin embargo, hay determinadas circunstancias que, durante la ejecución de los trabajos, influyen en la determinación del montante que finalmente recibirá el contratista, circunstancias que, en cumplimiento del principio de certeza del precio deben ser determinadas en el pliego o en el contrato.

iii.- Actualización, variación y revisión de precios

Como excepción a los principios contractuales de riesgo y ventura, precio cierto e inmutabilidad del contrato, existen, además de las indemnizaciones previstas para los casos de fuerza mayor, una serie de excepciones cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de garantizar el equilibrio económico financiero del contrato público. Se trata de abonar al contratista, como ya hemos visto, la prestación que realmente ejecute a precios de mercado y de manera que la actividad económica le permita, en condiciones normales, obtener un cierto beneficio.

- Actualización del precio

El TRLCSP establece la posibilidad en su artículo 87, apartados 4 y 5 de que los precios puedan ser variados y revisados. No se refiere a la "actualización" del precio del contrato que consiste en la adecuación de los precios del presupuesto cuando, entre la licitación y la adjudicación, se exceden los plazos legalmente establecidos. Esta figura que está prevista en el apartado 4 del artículo 130 RGLCAP [118] para las obras que ostenten el carácter de urgentes, ha resultado un

[118] "En aquellos casos en que oscilaciones de los precios imprevistas y ulteriores a la aprobación de los proyectos resten actualidad a los cálculos de precios que figuran en

tanto controvertida en cuanto a su aplicación en la práctica. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1977, estableció que en la contratación administrativa, por aplicación del principio del equilibrio técnico financiero del negocio jurídico, el precio se abona por la Administración al empresario en función de la importancia real de las prestaciones efectuadas y no de lo convenido por la parte como ocurre en derecho civil. En el caso allí enjuiciado decía el Alto Tribunal que la regla del equilibrio financiero, quebraría si *"el precio que ha de recibir el empresario fuese el que ofertó 18 meses antes del perfeccionamiento del contrato"* y que si es la Administración la causante de la demora habida entre licitación y adjudicación, a ella le corresponde indemnizar al contratista para que el precio se ajuste a la prestación real.

Sin embargo, posteriormente el Tribunal Supremo ha cambiado de criterio y ha rechazado esta doctrina indicando que si, una vez adjudicada la obra, el contratista ratifica con su firma a los precios del contrato, a sus términos ha de estar sin que pueda alegar después la irrogación de perjuicio alguno por lo que él mismo consintió firmar[119].

El artículo 54 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas establecía que los contratos se perfeccionan con la adjudicación[120] y no con la formalización como establece en la actualidad el

sus presupuestos podrán los órganos de contratación, si la obra merece el calificativo de urgente, proceder a su actualización aplicando un porcentaje lineal de aumento, al objeto de ajustar los expresados precios a los vigentes en el mercado al tiempo de la licitación.

[119] STS de 10 octubre 2006.

[120] "Los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados."

artículo 27 TRLCSP[121] modificación que limita los supuestos que dan derecho a la actualización de precios. Pero eso no quiere decir que no se pueda generar este derecho basado en el principio *"neminem laedere"* que es el germen de la responsabilidad patrimonial y que, a falta de otras fórmulas de resarcimiento a favor del contratista[122], obligará al licitador a indemnizar al contratista en los casos en los que, formalizado el contrato, no pueda iniciarse la obra por causas imputables a la Administración y cuando resulten acreditados los sobrecostes que perturben el equilibrio del contrato.

- Variación del precio

El TRLCSP establece la posibilidad de que el contrato incluya clausulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados hitos[123].

[121] "Los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización"

[122] La STS de 2 de julio de 2004 establece que si el contrato contiene una cláusula de revisión de precios, su aplicación resarce al contratista de los perjuicios ocasionados por la tardanza en la suscripción del contrato desde la adjudicación:

"Y sentado lo anterior, no es ciertamente suficiente que se alegue y razone que se trata de evitar el perjuicio injustificado al contratista y de restablecer el equilibro del contrato, pues, el equilibrio se ha de valorar a partir de los términos estrictos del contrato que el contratista acepto y firmo, y por otro lado, si la revisión de precios, como el Abogado de Estado alega y razona, alcanza a un periodo incluso anterior al de la perfección del contrato, es claro, que en esa revisión de precios se ha buscar el oportuno equilibrio, y desde luego evitar, que el contratista que ha firmado y aceptado un contrato por unos términos concretos, después, pueda revisarlo y percibir una doble entrega de dinero, derivada de la actualización y de la revisión de precios."

[123] "Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, así como penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales,

Puede tratarse de cláusulas de éxito o *succes fee* cuyo fundamento se encuentra en el cumplimiento de especialmente diligente de las obligaciones contractualmente adoptadas por el contratista, aunque también se ha admitido por esta vía la posibilidad de que el precio se determine, por ejemplo, de acuerdo con un porcentaje de los réditos obtenidos por la contrata de servicios[124]. En estos

---

debiendo determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación."

[124] Informe 52/09 JCCA, de 26 de febrero de 2010. «Ámbito y exclusiones de los contratos de servicios. Posibilidad de que el precio del contrato consista únicamente en un porcentaje sobre los rendimientos obtenidos»

"Como ya adelantó el Consejo de Estado antes de que el legislador introdujera el actual artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, como por otra parte exige el actual artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y exigía antes el ya derogado artículo 14 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, "precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquél lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias" (dictamen del Consejo de Estado de 4 de marzo de 1993). Así el principio del precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso.

Ahora bien, estas variaciones deben introducirse respetando lo dispuesto en el artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público. El mismo dispone que los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento. En el caso que nos ocupa la cuantía del precio dependerá del cumplimiento del objetivo de incrementar la recaudación del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, objetivo que queda perfectamente definido. Adicionalmente el artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público exige que se determine con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación. El supuesto es, una vez más, el incremento en la recaudación y la regla para la determinación del montante del precio es tan claro como aplicar un porcentaje sobre ese incremento.

Cabe concluir que esta Junta Consultiva entiende que la formulación del precio en los términos que plantea la consulta es conforme con el artículo 75.4 de la Ley de Contratos

supuestos y en los términos en los que se expresa la JCCA, parece que no se requiere del cumplimiento de ningún objetivo especial, ni de la realización de una prestación especialmente diligente (si no se obtiene ningún rédito el precio del contrato podría llegar a ser de 0 €). Asimismo, la norma establece la posibilidad de que el contrato contemple penalizaciones por el incumplimiento contractual del contratista, como las que pueden imponerse cuando el contratista incumple la cláusula del pliego que establece la obligatoriedad de contratar a un determinado volumen de trabajadores. Entiendo que estas penalizaciones deben ser adicionales y diferenciadas a las penalidades ya determinadas en el artículo 212 TRLCSP, puesto que, en otro caso la precisión que en tal sentido ofrece el artículo 84 TRLCSP resultaría innecesaria por redundante.

En cualquier caso debe decirse que la variación del contrato afecta al precio por causas dependientes en exclusiva del buen o mal hacer del contratista mientras que, como veremos a continuación, la revisión de precios tiene su fundamento en circunstancias externas y ajenas a su control y al de la propia Administración.

- La revisión de precios

La revisión de precios constituye otra de las alteraciones de los principios *"pacta sunt servanda"* y de riesgo y ventura que, como es bien sabido, rigen el contrato público. El fundamento de su concepción inicial lo obtiene de la doctrina del riesgo imprevisible y de la cláusula *"rebus sic stantibus"*[125]. Sin embargo, esta

del Sector Público, resultando un precio determinable que cumple con el principio del precio cierto."

[125] STS de 20 junio 1983:

"Que tanto la doctrina del "factum principis" como la de la alteración de las circunstancias,"rebus sic stantibus ""riesgo imprevisible""grundgaescheft" y otras diversas que pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato en función de circunstancias sobrevenidas, como excepción admitida del principio fundamental

postulación primera no era jurídicamente correcta, habida cuenta de que tanto la doctrina del riego imprevisible como la cláusula *"rebus sic stantibus"*, exigen como fundamento de un resarcimiento adicional a favor del contratita que quiebre el *"contractus lex",* es decir, la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato y que, además, altere sustancialmente las condiciones de su ejecución, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo inicialmente previsto, rompiendo así el equilibrio económico financiero de la prestación.

Sin embargo, la función real de la revisión de precios, su base, es el mantenimiento del equilibrio financiero frente a la inestabilidad económica de un momento temporal concreto, para que, en los contratos de duración prolongada, el precio del contrato no se vea perjudicado por la inflación.

La revisión de precios se regula mediante fórmulas e índices de oficiales que sirven para calcular los coeficientes de revisión en cada momento respecto a la fecha de adjudicación por lo que trata *"ex ante"* de paliar los efectos previsibles del incremento de determinados costes (energía, materias primas, mano de obra, etc.), que conforman junto a otros que no tienen derecho a revisión (amortizaciones, gastos generales, beneficio industrial, entre otros), el precio del contrato. O *"sensu contrario"*, la revisión de precios es el mecanismo ideado para paliar la pérdida del valor del dinero originada por la inflación en la contratación administrativa.

"contractus lex" cuando se trata del contrato administrativo de ejecución de obras ha sido objeto de una regulación legal específica, que se concreta en el concepto de "revisión de precios".

Es evidente a la vista de los anteriores argumentos que riesgo imprevisible y cláusula *"rebus sic stantibus"*, son incompatibles con revisión de precios[126] pues mientras las circunstancias que la Administración viene obligada a compensar en

[126] Informe 29/00, de 30 de octubre de 2000. "Interpretación de las cláusulas del pliego. Los principios de riesgo y ventura y de mantenimiento del equilibrio financiero en relación con la revisión de precios en el contrato de gestión de servicios públicos suscrito por el Ayuntamiento".

"Incluida en el pliego una cláusula de revisión de precios, como la que figura en la cláusula 9 del pliego que se examina, resulta obligado su cumplimiento, como obligación de la Administración de pagar el precio revisado y derecho del contratista de percibirlo, sin que ahora pueda cuestionarse, que es lo que parece se pretende, la inadecuación de la fórmula de revisión pactada pues tal cuestión, como es lógico debió plantearse y ser resuelta en el momento anterior de elaboración y aprobación del pliego con arreglo al cual se convocó la licitación del contrato.

2. La anterior conclusión no puede quedar enervada por una alegación genérica a los principios de "riesgo y ventura", mencionado expresamente en la misma cláusula del pliego y de "mantenimiento del equilibrio económico y financiero" de las prestaciones del contrato. El primero -riesgo y ventura- viene establecido legalmente, para todos los contratos, en el articulo 98 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, constituyendo una excepción o atenuación del mismo, como ha señalado la doctrina más autorizada y una jurisprudencia reiterada, las cláusulas de revisión de precios reguladas en los artículos 103 a 108 del propio Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas. El segundo -equilibrio económico financiero- se establece en su aplicación en el contrato de gestión de servicios públicos, (articulo 163 de la Ley), como contrapartida al "ius variandi" de la Administración y como derecho del contratista al mantenimiento de dicho equilibrio cuando, consecuencia de modificaciones de la Administración, se altere el equilibrio inicial existente en el momento de la adjudicación.

Con ello se quiere resaltar que los dos principios reseñados tienen que actuar al margen y con independencia de la revisión de precios y se articulan a través de mecanismos que circunstancias extraordinarias e imprevisibles, permiten una alteración de la prestación contratista y no de la Administración que por las mismas circunstancias podrá ejercitar el "ius variandi".

el primer caso, son inimaginables a la firma del contrato[127], con el mecanismo de la revisión de precios se compensa una situación ya prevista de antemano, cual es, la pérdida del valor del dinero que ocurre con el transcurso de periodos de tiempo prolongados. La consecuencia de lo anterior, una vez reconocido el derecho al resarcimiento, es naturalmente divergente en uno y otro caso, pues si lo que se alega es la concurrencia de un perjuicio producido por un riesgo imprevisible *"ab initio"*, lo que corresponde es una indemnización acorde con tal perjuicio que deberá ser probado, mientras que si lo que se aplica es la cláusula de revisión de precios, el importe será calculado de manera automática de lo que resulte de la aplicación de las fórmulas e índices fijados en el contrato.

El mecanismo de la revisión de precios hasta la reciente aprobación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, procedía,

[127] STS de 19 enero 1998:

"Pero también es cierto que cuando dicha figura de la revisión de precios deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo precaver, incluso empleando una diligencia fuera de las normas en este tipo de contrataciones, entonces y en éste último supuesto ha de acudirse a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la "revisión de precios", es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes."

según lo establecido en el derogado artículo 89 TRLCSP[128], siempre, salvo que el contrato lo hubiera excluido expresamente[129]. Es decir, que era la regla general, al contrario de lo establecido en el antiguo TRLCAP que acogía la revisión excepcionalmente cuando el contrato así lo previese. A este respecto debe decirse que tal excepcionalidad sería sin duda cuestionable, dado que los efectos de la pérdida de valor que sufre el dinero los padecen todos los contratos cuya ejecución se desarrolle en un largo periodo de tiempo, no unos sí y otros no y, si el fundamento de la cláusula es precisamente evitar ese padecimiento, no parece lógico compensar a unos contratistas y no a otros, sin un criterio fijo.

[128] "La revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y el primer año transcurrido desde la formalización quedarán excluidos de la revisión."

[129] Resolución nº 327/2014 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 25 de abril de 2014.

Así la revisión de precios, que constituye una excepción tanto al principio de precio cierto como al de riesgo y ventura, tiene por objeto lograr el mantenimiento del equilibrio financiero entre las prestaciones de los contratantes (por todas SSTS 23 de octubre de 1987, 18 de mayo de 1988, 17 de octubre de 1988, 21 de enero de 1992, 30 de junio de 2009)

Esto no obstante, la cláusula de revisión de precios tiene su origen en los pliegos o en el contrato, sin perjuicio de que las causas que la hacen nacer y los criterios de aplicación vengas establecidos en el TRLCSP, de modo que es legítima su exclusión, sin perjuicio de que la exclusión de la revisión de precios ha de ser motivada. Establecida en el pliego o en el contrato la exclusión de la revisión rige plenamente el principio de riesgo y ventura, con la consiguiente posibilidad de desequilibrio económico para el contratista que, aceptando las condiciones del pliego, acepta tal riesgo (por todas SSTS 10 de marzo de 1989, 1 de junio de 1993, 30 de junio de 2009, 21 de julio y 22 de noviembre de 20119)

Con anterioridad al 1 de abril de 2015, la exclusión de la revisión de precios había de ser motivada y no afectaba a los contratos de arrendamiento financiero, arrendamiento con opción a compra o contratos menores. Los requisitos para que operase el derecho eran que se hubiese ejecutado al menos el 20 por ciento del contrato y que hubiera transcurrido, al menos, un año desde la adjudicación del contrato, siempre aquel tuviera una duración prevista superior a un año, pues si los pliegos determinaran un plazo de ejecución inferior, la revisión de los precios no sería de aplicación[130].

Con respecto al *"dies a quo"*, que determinaba el comienzo del plazo para la aplicación de la clausula de revisión, el texto de la Ley decía que no procederá sino hasta que se haya ejecutado el 20 por 100 de su importe y haya transcurrido

---

[130] Informe JCCA 47/06, de 11 de diciembre de 2006.

En primer lugar que el contrato tenga una duración superior a un año, dado que el artículo 103 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determina que el primer año de ejecución no puede ser objeto de revisión y, en segundo lugar, tratándose de contratos de obras, que la fórmula de revisión de las aprobadas por el Consejo de Ministros, sea detallada en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pues así resulta de los artículos 103.3 y 104.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 104.1 de su Reglamento.

En el presente caso no concurre ninguno de los requisitos reseñados porque en el momento de elaboración de pliegos y adjudicación del contrato la duración prevista es inferior a un año y, en consecuencia, no se incluye en los pliegos formula alguna de revisión, según manifestaciones vertidas en el propio escrito de consulta.

La primera conclusión que debe ser mantenida, por tanto es la de que en los contratos de obra pactados por plazo inferior a un año no es posible aplicar la revisión de precios por impedirlo el artículo 103.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y al no haberse incluido en los pliegos la fórmula adecuada para la práctica de dicha revisión.

un año desde la formalización del contrato. Ambos plazos pueden parecer contradictorios porque es posible que haya transcurrido un año desde la formalización del contrato y no se haya siquiera comenzado a ejecutar la obra o no se haya alcanzado el 20%. Esta cuestión fue interpretada, entre otros, por la abogacía del Estado y por la JCCA, si bien en supuestos en los que la adjudicación era el hito que marcaba el inicio del cómputo del plazo para la aplicación de la cláusula. La JCCA consideró que sólo se puede revisar el precio del contrato cuando se haya ejecutado el importe correspondiente al 20 por 100 del contrato y además haya transcurrido un año desde la adjudicación definitiva. Es decir, que hasta que no se haya completado ese porcentaje en ningún caso habrá derecho a revisión, lo que, en todo caso, se producirá después de la adjudicación[131]. En el mismo sentido se pronuncia la abogacía del Estado[132] que

[131] Informe JCCA 35/10, de 6 de abril de 2011. "Día que determina el inicio del plazo para la revisión de precios en los contratos administrativos".

"En este sentido, -siguiendo el principio de "in claris, interpretatio non fit"-, de la lectura del primer inciso del artículo 77.1 podemos concluir que la revisión de precios en los contratos administrativos sólo podrá tener lugar una vez haya transcurrido el plazo de un año desde su adjudicación. Por otro lado, a la misma consideración podemos llegar si nos atenemos al estudio de los antecedentes legislativos sobre esta misma cuestión. En la Ley de Contratos con las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995, (artículo 104.1) ya se establecía que la revisión de precios solo puede tener lugar "cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación". Posteriormente, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, (artículo 103, 1), recogía que la revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar (...) cuando el contrato se hubiera ejecutado en el 20 por 100 de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación, de tal modo que ni el porcentaje del 20 por 100, ni el primer año de ejecución, contando desde dicha adjudicación, pueden ser objeto de revisión". Así pues, podemos ver que, a lo largo de la regulación de esta institución, se ha considerado como momento de inicio de la revisión de precios, el de la adjudicación del contrato, criterio que se ha mantenido dentro de la actual Ley.

5. Las dos limitaciones del artículo 77.1 no se pueden considerar excluyentes, ambas son condiciones mínimas de aplicabilidad de la institución de la revisión de precios, es decir, sólo se puede revisar el precio en el contrato en el caso de que se haya ejecutado un 20 por 100 de su importe, porcentaje mínimo que, en toda lógica, deberá cumplirse después de que se haya iniciado la ejecución y, una vez que haya transcurrido un año desde la adjudicación definitiva. Al mismo tiempo que no se excluyen, son dos requisitos distintos, que, no obstante, deben cumplirse de forma conjunta, de manera que necesariamente el porcentaje del 20 por 100 solo se puede referir a un aspecto material, relativo a la prestación objeto del contrato, cuyo plazo de iniciación sólo puede ser el de la ejecución del contrato, mientras que el requisito temporal, relativo al plazo de un año, lo marca la Ley a partir del momento de adjudicación del contrato. Por tanto, podemos concluir que el hecho de que el último inciso del artículo 77.1 haga referencia al "primer año de ejecución" simplemente se refiere a un periodo de tiempo de un año, exento de revisión de precios, posterior en todo caso al momento de adjudicación y computable a partir de éste."

[132] Informe Abogacía General del Estado de 8/2009 "Revisión de precios en los contratos mixtos de elaboración de proyectos y ejecución de obras del ADIF sometidos al TRLCAP. Fecha desde la que debe computarse el plazo de un año durante el cual no procede la revisión de los precios. Fecha a considerar para el cálculo de la revisión de precios. Precios a los que habrá de aplicarse la revisión. Inaplicación literal de los artículos 103.1 y 104.3 del TRLCAP y prevalencia de una interpretación lógica, sistemática y teleológica de esos preceptos."

"1º De una parte, el legislador, al condicionar el inicio de la aplicación del sistema de revisión de precios al transcurso de un año contado desde la adjudicación, parte de la idea de que sea el contratista quien asuma, durante ese primer año de ejecución del contrato, las consecuencias (favorables o desfavorables) que se deriven de la evolución (a la baja o al alza) de los precios de mercado de los elementos comprendidos en el contrato, y de que una vez transcurrido ese primer año, y durante el resto del plazo de ejecución, esas consecuencias pasen a ser soportadas o a redundar en beneficio (dependiendo del sentido de las eventuales oscilaciones de los precios) de la Administración contratante.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que la fecha tomada como referencia por el legislador para establecer el dies a quo del cómputo del plazo de un año durante el cual no procederá la revisión de precios es la fecha de adjudicación del contrato, momento a partir del cual da comienzo la ejecución del mismo. Es decir, que el mencionado plazo

indica que la pretensión del legislador ha sido la de fijar el plazo de un año durante el cual no procederá la revisión de precios y que dicho plazo no correrá en ningún caso mientras el contrato *"no haya comenzado a estar en ejecución"*. Esta interpretación parece lógica si entendemos, como lo hace el Tribunal

---

de un año no correrá en ningún caso mientras el contrato no haya comenzado a estar en ejecución, como refleja expresamente la redacción del artículo 103.1 del TRLCAP al señalar que «ni el porcentaje del 20 por 100, ni el primer año de ejecución, contando desde dicha adjudicación, pueden ser objeto de revisión».

2.º Por otro lado, al fijar la segunda regla, la mens legislatoris es la de que, en cada momento en que haya de calcularse la revisión de precios mediante la aplicación de los índices o fórmulas establecidas, el cálculo se referencie al momento en que los precios del contrato quedaron fijados de forma definitiva e irrevocable para las partes contratantes (Administración y contratista), por ser ése el último momento temporal en el cual una y otra parte pudieron conocer la situación del mercado y, por consiguiente, pudieron tenerla en consideración para ofrecer, en un caso, y aceptar, en el otro, esos precios. Este momento difiere según el tipo de procedimiento o forma de adjudicación utilizado en cada caso. Si el contrato hubiera sido adjudicado por subasta o concurso, será la fecha de conclusión del plazo de presentación de las ofertas por parte de los licitadores, dado que en este supuesto, los precios consignados en la oferta presentada (para cuya fijación el empresario pudo tomar en consideración la situación del mercado a esa fecha) vinculan irrevocablemente al licitador que resulte posterior- mente adjudicatario y a la Administración, mientras que si se hubiera seguido el procedimiento negociado, será la misma fecha de la adjudicación, ya que hasta entonces la Administración y el licitador habrían podido discutir y fijar los precios aplicables al contrato, tomando en consideración la situación del mercado en ese momento temporal. En ambos casos, al determinar la fecha que ha de tenerse en cuenta como referencia para la fijación del período temporal considerado para el cálculo de la revisión de precios, el legislador pretende que no quede incluido en el mismo el tiempo anterior al momento en que los precios quedaron fijados de forma definitiva, respecto del cual no tendría sentido ninguno proceder a la revisión de unos precios que aún no estaban determinados, sino solamente el tiempo transcurrido con posterioridad a ese hecho."

Supremo en la Sentencia de 24 octubre 2001[133], que la finalidad de la clausula de revisión de precios es la de *"restablecer el equilibrio contractual"* y nada más. Efectivamente, eso es así pero lo que se ha de tener en cuenta es el por qué esa norma pretende restablecer el equilibrio contractual, y lo hace, como ya se ha visto, para compensar la pérdida del valor del dinero, pérdida que ocurre, por el simple transcurso del tiempo, independientemente de que una obra concreta se comience o no o, en otras palabras, si formalizado el contrato, la obra tarda en desarrollarse, el valor del dinero disminuirá de la misma amanera que si la obra se está ejecutando, en consecuencia, si se ha de interpretar esa cláusula a favor del equilibrio contractual deberá hacerse teniendo en cuenta el transcurso del tiempo desde que los precios de las unidades de obra con derecho a revisión no pueden ser ya negociados.

Con respecto a los índices de la revisión de precios serían los oficiales creados *"ad hoc"* para cada tipo de contrato, reflejarán al alza o a la baja las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y serán invariables durante toda la vigencia del contrato. Cuando se hubiera aplicado el IPC, la revisión no podría superar el 85 por 100 de la variación sufrida por dicho índice. Con respecto a las fórmulas aplicables, debían reflejar *"la ponderación en el precio del contrato del coste de los materiales básicos y de la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo"*. Actualmente, el último en vigor es el contenido en la Orden

[133] STS de 24 octubre 2001:

"Por consiguiente -termina la sentencia-, si la cláusula IV tiene como finalidad restablecer el equilibrio contractual, la interpretación más acorde con dicha finalidad es la que toma en consideración el año efectivo de vigencia del contrato, pues de otro modo se repercutiría sobre la Administración un incremento de precios que no ha sido soportado por el contratista, desde el momento que el contrato no estuvo en vigor los dos primeros meses del año 1994".

HAP/1747/2014, de 16 de septiembre, sobre los índices de precios de la mano de obra y materiales para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012, aplicables a la revisión de precios de contratos de las Administraciones Publicas, lo que, como es usual, lleva un importante retraso.

La Ley de contratos excluía, salvo en los supuestos especiales previstos en el derogado artículo 91.2 TRLCSP, el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales, los gastos de estructura y el beneficio industrial. Con respecto a los costes financieros, gastos generales y gastos de estructura, es comúnmente aceptado que son importes que corresponden al ámbito de la propia organización de la empresa y su variación no puede ser trasladada a la otra parte. Los costes de mano de obra no se incluían, salvo supuestos excepcionales e imprevisibles, en el antiguo texto de la Ley de Contratos, sin embargo, la nueva redacción del artículo 89 TRLCSP aprobado por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española sí considera este coste susceptible de revisión, como también lo hacía el artículo 104 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, con respecto al beneficio industrial, la exclusión de la revisión ha sido controvertida. Para ARIÑO ORTIZ[134] este concepto y otros cuya no inclusión es comúnmente aceptada, deberían ser objeto de revisión pues, según dice, esas cantidades serán utilizadas para la reparación del material, inversión de maquinaria inservible, amortización de capitales cuya minusvaloración por no revisión repercutirá en la insuficiencia de presupuesto para la ejecución de ulteriores obras en las mismas condiciones. Su invariabilidad, dice, constituye un posterior daño emergente.

[134] ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968). "Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos." ED. Instituto de Estudios Administrativos.

Por su parte, la JCCA en su informe nº 46 de 12 de junio de 1964 dijo que al ser el beneficio industrial un factor fijo y no supeditado al valor monetario del presupuesto, sino a las reglas del mercado empresarial, su variación conforme al sistema de revisión de los precios, supondría un enriquecimiento injusto del contratista al exceder de la compensación de los jornales y materiales que es lo que, según el informe, mantiene estables las condiciones del contrato[135]. Sin

[135] Informe JCCA 46/1964, de 12 de junio:

"La revisión no constituye una indemnización de daños y perjuicios que dé derecho al contratista, no sólo a la actualización de precios (daño emergente), sino además a la revisión del beneficio presunto, ya que constituye una medida del legislador para mantener estables los supuestos objetivos del contrato, dentro de los cuales no se halla el beneficio industrial.

Conviene, a mayor abundamiento, hacer algunas observaciones sobre la naturaleza del beneficio industrial. A este respecto debe citarse el artículo 3 del Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964, puesto que contiene, en términos de gran claridad, el tratamiento que ha de recibir la partida de beneficios en los supuestos de revisión. Esta última disposición establece que las fórmulas polinómicas se completarán con un sumando fijo, cuyo valor será el tanto por uno correspondiente a los gastos que han de permanecer invariables y entre los cuales cita el beneficio previsto. Nótese cómo el beneficio del contratista queda al margen de la revisión por constituir un factor fijo del contrato y no supeditado al valor monetario del presupuesto, sino a las reglas genéricas del mercado empresarial. La revisión cumple su misión garantizando al empresario que le serán abonadas las elevaciones de precios que surjan en jornales y materiales, de manera que se mantengan estables las condiciones iniciales del convenio, pero constituiría un enriquecimiento sin causa que el beneficio se moviera al ritmo de los precios del presupuesto, pues tal proceder implicaría una plusganancia del empresario sin razón contractual ni fundamento jurídico, Si la de beneficios calculada por el empresario al tiempo de la adjudicación se mantiene estable, el Estado ha culminado su deber dentro de la mecánica de revisión, si esta cuota de beneficios, que se ha mantenido estable, ha perdido su significación monetaria o poder adquisitivo al tiempo de terminar el contrato, no es por causa que quepa atribuir a éste como parte del contrato, sino a razones económicas de tipo general, en cuyo caso la problemática se sitúa más allá de las fronteras del negocio jurídico revisado".

embargo, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el informe 10/09, de 25 de septiembre de 2009, parece adoptar la decisión inversa al establecer que, en los casos en los que procediese la aplicación de la revisión de precios debían tomarse en consideración además del coste de ejecución material, los conceptos previstos en el artículo 131.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas[136], donde se

[136] Informe JCCA 10/09, de 25 de septiembre de 2009. «Cálculo de la revisión de precios en los contratos de obra sobre las cantidades certificadas»

"3. En consecuencia, para establecer la forma en que debe calcularse el importe sobre el cual ha de aplicarse la fórmula de revisión de precios prevista en cada caso ha de atenderse a las normas de la Ley de Contratos del Sector Público y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aún vigente.

Para ello, tomaremos en cuenta en primer lugar lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley de Contratos del Sector Público de conformidad con el cual el coeficiente proporcionado por la aplicación a las fórmulas de revisión de los índices de precios correspondientes "se aplicará a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión a los efectos de calcular el precio que corresponda satisfacer".

Se trata, así pues, de determinar qué entiende la Ley por "importes líquidos de las prestaciones realizadas".

En primer lugar, está claro que se trata del coste de la ejecución de la prestación en que consiste el objeto del contrato. Pero, ¿este importe se refiere exclusivamente al coste material de la ejecución, es decir tomando en consideración tan sólo los factores que intervienen directamente en su ejecución, o, por el contrario, debe entender por coste líquido el que considera también los gastos generales o de estructura?

En nuestras leyes una cantidad es líquida cuando esté debidamente cuantificada en la moneda en que deba efectuarse el pago. Así se deduce, por ejemplo, de los artículos 1160, 1196 o 1825 del Código Civil. Pues bien, la deuda derivada de la certificación de obra ejecutada no puede ser líquida sino desde que se ha calculado su importe en la cuantía en que lo debe percibir el contratista. Este importe, de conformidad con el artículo 148 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones

incluyen, del 13 al 17 por 100, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, tasas de la Administración legalmente establecidas y demás derivados de las obligaciones del contrato y el 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista.

La diferencia de soluciones, como en tantas otras materias, parece que depende de la coyuntura y de las interpretaciones que en cada momento interesen y así, donde unas veces se incluye la mano de obra, otras se excluye, mientras la doctrina más autorizada aboga por la revisión de los gastos generales y el beneficio industrial, unos tribunales la consideran y otros no. En unas épocas la revisión de precios se aplica con carácter restrictivo y en otras es de aplicación general, para poco tiempo después volver al sistema restringido.

Ahora bien, si, como es debido, atendemos al espíritu de la norma sobre la cual se configuró el derecho a la revisión de precios, que es la de procurar al contrato el equilibrio que salvaguarde al adjudicatario frente a la inestabilidad económica y que no se vea así perjudicado por la inflación, parece que el objetivo se cumple

---

Públicas al elaborar la relación valorada mensual, se calcula multiplicando los precios unitarios establecidos en el presupuesto de la obra por el número de unidades ejecutadas.

Pues bien, si la Ley de Contratos del Sector Público indica que la revisión de precios "se aplicará a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión a los efectos de calcular el precio que corresponda satisfacer", es evidente que deberá practicarse sobre el importe calculado en los términos dichos en el párrafo anterior.

Para el cálculo del precio a satisfacer al contratista en los contratos de obras, cuando proceda la aplicación de la revisión de precios, deberán tomarse en consideración, además del coste de ejecución material de la misma reducido en el porcentaje de baja, los conceptos previstos en el artículo 131.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sobre estas cantidades se aplicarán las fórmulas de revisión que correspondan. "

si se le compensan los efectos perniciosos de la pérdida del valor del dinero mediante la aplicación de la revisión a los elementos que componen el presupuesto de ejecución material, esto es, mano de obra, gastos de combustible y energía y los materiales utilizados para la construcción. Eso no quiere decir que los gastos generales y beneficio industrial no se vean afectados por esa revisión, porque si el precio de la obra aumenta como consecuencia de esa revisión, aumentarán los gastos generales y el beneficio industrial al tratarse de porcentajes sobre el presupuesto de ejecución material (del 13 al 17 por 100 por gastos de estructura y del 6 por 100, en concepto de beneficio industrial). De calcularse estos conceptos sobre el precio inicial del contrato, ninguna duda cabe de que se produciría el empobrecimiento injusto del contratista y lo mismo sucede con el IVA puesto que, al incrementarse la base imponible, aumenta el impuesto en consecuencia.

El recién derogado sistema de revisión de precios, excluía el coste de la mano de obra, cuyo incremento o disminución debía soportar el contratista entrando de lleno dentro de la esfera de su propio riesgo y ventura. El artículo 91.1 TRLCSP determinaba que las fórmulas de revisión de precios reflejarían la ponderación de los materiales básicos y de la energía, sin incluir mano de obra, gastos financieros, gastos de estructura ni beneficio industrial. Parece claro que salvo los materiales básicos y la energía el resto de costes surgidos con ocasión de la ejecución de la obra deben ser asumidos por el adjudicatario. La norma, sin ninguna duda, excluye cualquier posibilidad de revisar cualquier elemento distinto a los que expresamente regulan los índices de precios de materiales y, en su caso, mano de obra. Los materiales básicos a los que se refiere la Ley son, además de la energía, el aluminio, los Materiales Bituminosos, el cemento, los focos y luminarias, la cerámica, las plantas, la madera, los productos plásticos y químicos, los áridos y rocas, el acero, los materiales siderúrgicos y electrónicos, el cobre, y los explosivos. Fuera de aquellos y hasta que reglamentariamente se

amplíe el número de materiales con derecho a revisión, el contratista vendrá obligado a soportar las desviaciones que se produzcan en el precio.

La aplicación de los índices de revisión se lleva a cabo mediante la multiplicación de los coeficientes de las fórmulas de revisión de precios, por los importes líquidos de las prestaciones que tengan derecho a revisión. Importes líquidos que deberían corresponderse con el presupuesto de ejecución material afectado por la posible baja (art. 131 RGLCAP) pero no con el presupuesto de licitación que es al que se refiere el informe de la JCCA 10/09, de 25 de septiembre de 2009 cuando afirma que los importes líquidos se obtienen multiplicando los precios unitarios establecidos en el presupuesto de la obra por el número de unidades ejecutadas.

Con respecto a las fórmulas polinómicas de revisión de precios, estas derivan del Decreto-Ley 16/1963, de 10 de octubre y, en la actualidad están vigentes: de la 1 a la 39 del Decreto 3650/1970 de 19 de diciembre y de la 40 a la 48 del Real Decreto 2167/1981 de 20 de agosto. Estas 48 fórmulas tipos, sirven para la revisión de 76 clases de obras[137]. La fórmula aplicable será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación.

[137] http://www.fomento.es/mfom/lang_castellano/atencion_ciudadano/informacion_estadistica/construccion/indicerevisionprecios/irp_metodologia.htm:

"Para la elaboración de estos índices, se utilizan los precios de factoría o gran almacén en cada capital de provincia, de los artículos o materiales de construcción básicos más utilizados en la estructura de las 48 fórmulas. Son precios situados en un escalón intermedio entre precios de producción, industrial o salida de fabrica (utilizados para obtener el IPRI) y precios de comercialización autorizada y detallista situado el material a pié de obra."

- Modificación de la cláusula de revisión de precios por la entrada en vigor de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

Para comprender el alcance de la nueva Ley de desindexación, debemos partir de la concepción de la revisión de precios como cláusula de estabilización o de actualización. A este tipo de cláusulas acuden las partes contratantes en derecho común para que, mediante la aplicación de un índice de valor elegido, *"repercuta, subiendo o bajando la suma o cantidad de dinero final a pagar en el momento del cumplimiento"*[138]. Su uso se generaliza el las épocas en las que el valor real del dinero sufría una pérdida importante entre la constitución del contrato y el cumplimiento, es decir en periodos inflacionistas de la economía.

Lo usual cuando se constituyen las obligaciones recíprocas en las que una de las prestaciones consiste en la entrega de un determinado capital es que, o bien deudor se comprometa a satisfacer la suma nominal a la que se había obligado, independientemente de su valor -teoría nominalista-, o bien se pacta que abone una cuantía equivalente a la debida en el momento de constitución de la obligación –teoría valorista-. La doctrina se inclina generalmente por la primera opción que es la más común en la actualidad.

Sin embargo, las partes pueden acordar mediante estipulaciones de estabilización monetaria, que la cantidad debida al momento del pago sea debidamente actualizada, de acuerdo a un patrón preestablecido. Generalmente se toma como patrón, o bien la cotización del valor de oro, la plata, o una moneda extranjera en un momento determinado como referente del precio –cláusulas de patrón oro o plata-, o bien se aplica un índice de precios –cláusulas de escala móvil, de índice o indexadas-. La cláusula de revisión de precios se encuentra dentro de las

[138] ALBALADEJO "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo XVI, Vol. 1, pág. 146.

de esta última categoría y busca, como ya se ha visto, la estabilización de las prestaciones.

La exposición de motivos de la nueva Ley 2/2015 de 30 de marzo nos dice que la práctica indexadora, esto es la aplicación de las cláusulas de escala móvil, es mas generalizada en economías en las que predomina la inestabilidad macroeconómica y una elevada inflación que erosiona el poder adquisitivo. Afirma que esta práctica genera los denominados *"efectos de segunda ronda"* materializados en el aumento automático de un bien referenciado a un índice por los efectos que, sobre ese índice, tienen otros bienes, de tal forma que si aumenta el precio de un bien, consecuentemente aumentará el índice y ese aumento hará que los precios de los bienes referenciados a él se eleven también. Y así dice, la indexación genera una inflación más elevada, *"desvirtúa la información que deben transmitir los precios, dificulta la concertación de contratos a largo plazo y deteriora la competitividad"*. Entre las maldades de las cláusulas de indexación, el preámbulo del texto predica la imposibilidad de que los mecanismos de fijación de precios transmitan información relevante respecto de los costes y la demanda porque aplicando índices los precios evolucionan conjunta y homogéneamente y no por sectores, bienes o servicios concretos.

Por otra parte, el preámbulo legislativo, nos dice también que "la integración en el área euro exige una mayor flexibilidad no sólo en el establecimiento de los niveles absolutos de precios y rentas, sino en su actualización". El objetivo de la ley es, en definitiva y en lo que a este trabajo interesa, establecer una disciplina no indexadora en el ámbito de la contratación pública y para ello se procede a eliminar la regulación indexadora que "data de épocas con una inflación notablemente mayor"

Los principales cambios que introduce la Ley respecto a la revisión de precios son, con carácter formal, la derogación de los artículos 90, 91, y 92 del TRLCSP, refundiendo el sistema de revisión de precios en el artículo 89 TRLCSP y manteniendo invariables los artículos 93 y 94 TRLCSP.

En el ámbito material, la norma comienza declarando la improcedencia de la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos, lo que significa que no caben revisiones de precios no basadas en fórmulas preestablecidas ni aquellas que no ostenten un carácter recurrente, o, en otras palabras, que la revisión de precios deberá ser siempre periódica y predeterminada.

Se limita ahora la posibilidad de revisión a los contratos de obra, a los contratos de suministro de fabricación de armamento y de equipamiento de las Administraciones Públicas y a aquellos otros en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Con respecto a los conceptos revisables, se incluyen ahora los costes de mano de obra sin ninguna restricción en los contratos de obra y se excluyen las amortizaciones e igual que en el texto anterior los costes financieros, los gastos generales y el beneficio industrial.

Se aumenta el plazo de tiempo de carencia durante el cual, mientras se ejecuta el contrato, no hay derecho a revisión que pasa de uno a dos años quedando el porcentaje del 20 por 100 sin derecho a revisión inalterado.

Los índices mensuales de precios de los componentes básicos de costes incluidos en las fórmulas de revisión, serán elaborados por e Instituto Nacional de Estadística y aprobados por orden del Ministro de Hacienda y Administraciones

Públicas, mientras que en la regulación anterior eran aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

La cláusula de revisión de precios con esta norma sufre un nuevo recorte desde que el artículo 104.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas en su primera redacción estableciera que procedía la revisión siempre que se hubiese ejecutado al menos el 20 por 100 del contrato y hubiesen transcurrido al menos 6 meses desde su adjudicación[139]. Así, el artículo único de la Ley 53/1999, 28 diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, modificó el plazo durante el que la ejecución de la obra no tendría derecho a revisión y lo aumento hasta el año[140] plazo y porcentajes que se han mantenido invariables hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española que modifica el artículo 89 TRLCSP y aumenta el plazo de carencia hasta los dos años manteniendo invariable igualmente el porcentaje de ejecución del contrato[141], salvo en los contratos de gestión de servicios públicos en los que no será necesario haber cumplido dicho 20 por 100 del contrato.

[139] "La revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido seis meses desde su adjudicación."

[140] "La revisión de precios en los contratos regulados en esta Ley tendrá lugar en los términos establecidos en este Título cuando el contrato se hubiese ejecutado en el 20 por 100 de su importe y haya transcurrido un año desde su adjudicación, de tal modo que ni el porcentaje del 20 por 100, ni el primer año de ejecución, contando desde dicha adjudicación, pueden ser objeto de revisión."

[141] "Cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia el primer 20 por 100

Lo más relevante de esta nueva norma en lo que al contrato de obras incumbe, se refiere en primer lugar a la eliminación de la generalidad de la aplicación del sistema de revisión que pasa a ser excepcional y sólo previa justificación en el expediente de contratación, en segundo lugar, al aumento del periodo de carencia que aumenta de un año a dos, en tercer lugar a la eliminación de los costes asociados a las amortizaciones, lo que supone trasladar a la esfera del riesgo y ventura del contratista un elemento más que deja de asumir la Administración y, por último, la inclusión como revisables de los costes de mano de obra.

En este sentido, creo que los gastos de mano de obra han sido incluidos en el nuevo texto del artículo 89 TRLCSP sencillamente por la forma en la que se calcula ese índice y es que, de la misma manera que la mayoría de los materiales básicos no toman en consideración el IPC [142], en el caso de los gastos de mano de

ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión."

[142] De acuerdo con la nota metodológica del ministerio de fomento (www.fomento.gob.es) y con al publicación de la Subdirección General de Estadísticas Coyunturales y de Precios del INE (Madrid, septiembre de 2012), denominada "Índices de precios utilizados en las revisiones de los contratos de las Administraciones Públicas" la elaboración de los índices se realiza teniendo en cuenta los siguientes datos:

GRUPO MADERAS: Para cada empresa y artículo se elabora un índice simple a partir de los datos facilitados por estas, relacionando por cociente los precios del mes corriente, con el precio base.

El índice de cada artículo se obtiene por media aritmética de todos los índices de este artículo de todas las empresas.

El índice del grupo se obtiene por media aritmética ponderada de los artículos que lo forman.

GRUPO LIGANTES:Para Península, Baleares y Canarias (Base Jul. 1991).

Actualmente solo se obtiene el índice de este grupo, teniendo en cuenta únicamente el betún asfáltico, ya que los datos del kutbacks dejaron de tenerse en cuenta a partir de la Orden Ministerial del 4/12/80 que prohíbe expresamente el empleo de betunes fluidificados.

Para cada provincia se elabora un precio en destino (precio factoría + transporte).

El índice de cualquier período en cada provincia, se obtiene relacionando por cocientes los precios en destino del mes corriente y el mes base de cálculo.

El índice general del grupo se obtiene por media aritmética de los índices de todas las provincias.

GRUPO ACERO: La muestra es de la serie desagregada del IPRI-90.

Los índices de cada clase de artículo, se obtienen relacionando, por cociente, los índices de la serie mencionada, correspondiente al mes corriente, con los del mes que sirve de base a los índices del Comité Superior de Precios.
Los artículos de los subgrupos "Alambres no revestidos" y "Chapas laminadas en caliente", se halla la media aritmética de los índices de estos artículos, antes de relacionarlos.
El índice general del grupo se obtiene por media aritmética ponderada (según subgrupos) de los índices de los 6 subgrupos.

GRUPO ENERGÍA: Para obtener el índice de las tarifas eléctricas, se toma el precio del Kw/h de la tarifa 3.0 de baja de tensión incluyendo los complementos de discriminación horaria y de energía reactiva. En alta tensión se toma el precio de la tarifa 1.1, incluyendo los mismos complementos que en baja tensión.

El precio medio del conjunto de la electricidad se estima como media aritmética de los precios de baja y alta tensión, ponderado el primero por el 65% y el segundo por el 35% restante.

El índice de cualquier período se calcula relacionando por cociente los precios medios del conjunto, según se indica anteriormente, del período corriente y del período base de los cálculos.

Para los "Explosivos", se calculan los índices simples tanto de la Nagolita como de la Goma 2, relacionando por cocientes sus precios por unidad, en el mes objeto de cálculo y el mes base.

Para el "Gas-oil", el INE facilita los índices del artículo gasóleo A, del sistema de Índices de Precios de Consumo (IPC-92). A partir de estos índices se forma una serie, para el Comité, con base en diciembre de 1992.

Este índice se obtiene mediante relación por cociente, del índice del INE en el período t, y el índice del INE base cálculo, por el índice base del Comité.

En cuanto al "Fuelóleo" nº 1, nº 2 y Bia (bajo índice de azufre), se dispone de los datos facilitados por suministradoras de estos combustibles.

Para la obtención del índice de cada artículo, se relacionan por cociente los precios medios de las zonas surtidoras por la ponderación de cada empresa suministradora, en el mes corriente y en el mes base de cálculo.

Se trata en los tres casos de obtener índices, tipo Laspeyres, paachizados, puesto que podría revisarse la ponderación de la base según la actividad de las empresas en el mes de diciembre del año anterior, y quedaría fija dicha ponderación para todos los meses del año en curso.

El índice general del grupo se obtiene por media aritmética ponderada (según artículos) de los índices de los distintos artículos, que lo componen.

GRUPO CEMENTO: La obtención del índice para cada artículo en cada punto de distribución, se obtiene relacionando por cociente los precios del período corriente, con el precio base.

El índice de cada artículo se obtiene por media aritmética ponderada (según punto de distribución) de los índices de cada artículo en todos los puntos de distribución.

El índice general del grupo se obtiene por media aritmética ponderada (según artículos) de los índices de los dos artículos que lo componen.

obra, hasta la aprobación de la Ley 2/2015, reflejaba mensualmente el 85% de la variación porcentual provisional experimentada por el IPC, de acuerdo con lo

---

GRUPO CERÁMICA: Para cada provincia y artículo se elabora un índice simple a partir de los precios que facilitan estas empresas, relacionando por cociente los precios del período corriente, con el precio base.

El índice de cada artículo se obtiene por media aritmética ponderada (según provincias) de los índices de este artículo de todas las provincias.

El índice general del grupo se obtiene por media aritmética ponderada (según artículos) de los índices de los artículos que componen el grupo.

GRUPO COBRE: Para Península, Baleares (Base Dic. 1974)Para Canarias (Base Dic. 1985)

Este grupo consta de un solo artículo: cobre en cátodos, representando el 100% de la ponderación.

El índice de este grupo se obtiene relacionando por cociente, el precio en el mes contemplado y el mes base de cálculo.

GRUPO ALUMINIO: Para Península, Baleares y Canarias (Base Dic. 1992)

Este grupo consta de un solo artículo, por consiguiente representa el 100% de la ponderación.

Se ha sustituido el artículo "Aluminio en lingotes" utilizado por el Comité, para la obtención de este índice, por la rúbrica de la serie "Barras, varillas, perfiles y secciones de aleaciones de aluminio" del Sistema IPRI-90.

Los índices de este grupo se obtienen relacionando por cocientes, los índices de la rúbrica del IPRI que se cita anteriormente, correspondiente al mes corriente, con el mes base de cálculo.

establecido en el artículo 2 de la Ley 46/1980, de 1 de octubre, sobre limitación de determinadas rentas[143] según la siguiente fórmula:

$$IMO_{mc} = 1 + \frac{0{,}85\ \Delta}{100} \times IMO_{ma}$$

Donde:

IMO_{mc}= Indice Mano de Obra mes corriente

Δ = Variación del IPC provisional respecto al mes anterior, expresado en tanto por ciento.

IMO_{ma}= Indice Mano de Obra del mes anterior.

Teniendo en cuenta esta base de cálculo, así como el objeto de la nueva norma que es, en definitiva, desligar la contratación pública del IPC y cuyos primeros pasos se dieron con la Disposición Adicional Octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que ya establecía la no sujeción de los contratos del sector público a ningún índice general de precios[144], no es difícil comprobar que la revisión de los

[143] "Dos. Por lo que se refiere al índice de mano de obra reflejará mensualmente el ochenta y cinco por ciento de la varia-ción porcentual experimentada por el índice nacional general del sistema de Índices de Precios al Consumo qua elabora el Instituto Nacional de Estadística."

[144] Octogésima octava Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público

Uno. El régimen de revisión de los contratos del sector público cuyo expediente se haya iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes. Se entiende que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

precios va a tener un muy escaso impacto en el precio final del contrato, dado que en el escenario actual parece ser especialmente relevante la *"flexibilidad"* como motor de la competitividad. Competitividad que, en materia laboral, se está forzando por la vía de la devaluación salarial. Por esta razón el futuro índice a tenor de lo establecido en la propia Ley 2/2015 se apruebe por la vía de Real Decreto y que regule *"Los supuestos y límites para la traslación de los costes de mano de obra al valor monetario sujeto a revisión periódica y predeterminada"*[145], se intuye que será muy restrictivo en este aspecto impidiendo que se produzcan

---

El régimen descrito en el párrafo anterior, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, resultará de aplicación a la aprobación de sistemas de revisión de tarifas o valores monetarios aplicables a la gestión de servicios públicos cualquiera que sea la modalidad de prestación, directa o indirecta, por la que se haya optado.

Dos. A efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entiende por índice general de precios cualquier índice de precios directamente disponible al público que esté construido a partir de otros índices disponibles al público. No tendrán esta consideración los índices de precios referidos a agrupaciones de bienes o servicios suficientemente homogéneos que sean habitualmente asimilables entre sí en su utilización en las actividades productivas, cuando no se encuentren disponibles para su utilización pública precios específicos o subíndices más detallados.

Tres. Asimismo, se entiende por sector público el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el apartado primero del artículo 3 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.

Cuatro. Esta disposición adicional no será de aplicación a la revisión de precios basada en las fórmulas establecidas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.

[145] Artículo 4.3 Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

grandes desviaciones presupuestarias, pues lo que se trata de obtener es un clima de estabilidad a toda costa. Especialmente ilustrativo es el siguiente párrafo del preámbulo de la Ley *"Para ello, es imprescindible conseguir una contención de los precios españoles de forma que observen una tasa anual de crecimiento inferior a la media de la Unión Europea (UE), donde se dirigen las dos terceras partes de las transacciones comerciales."*

De acuerdo con este fundamento y hasta que se apruebe el real decreto, la Disposición Transitoria de la Ley ya establece que en las fórmulas en las que se haga referencia a las variaciones que sufran los índices generales, tales como el Índice de Precios de Consumo o el Índice de Precios Industriales, esas referencias deberán sustituirse por el valor cero[146]. Este criterio, aplicado a la fórmula ya referida relativa al índice sobre el coste de la mano de obra, significa que, en tanto no se apruebe el Real Decreto que regule la traslación de los costes de mano de obra a la revisión de precios, no se tendrá en cuenta el aumento de dicho coste.

En definitiva, el nuevo sistema de revisión de precios plantea en este momento serias dudas sobre su aplicación y genera incertidumbres en tanto que, no sólo la redacción de la Ley no es todo lo nítida que debiera, sino que hasta que no se produzca su desarrollo no es posible su aplicación práctica habida cuenta de que seguirá vigente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria, el régimen actual salvo lo establecido para las variaciones de los índices generales

[146] "Por lo que se refiere a los valores monetarios en cuya determinación interviene el sector público distintos a los referidos en los apartados anteriores, los regímenes de revisión periódica y predeterminada aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley mantendrán su vigencia hasta la entrada en vigor del real decreto referido en el artículo 4 de la misma, si bien en las fórmulas las referencias a las variaciones de índices generales, tales como Índice de Precios de Consumo o el Índice de Precios Industriales, deberán sustituirse por el valor cero."

como el IPC o el IPI. Será importante ver como afecta el nuevo Real Decreto que, con toda seguridad, será de carácter muy restrictivo, al sistema de revisión de precios y si todo este afán de contención del gasto, de la búsqueda, por cualquier medio, del abaratamiento de los precios de los contratos, de los reajustes de anualidades, del incremento de los plazos por falta de presupuesto y de recortes en las revisiones de precios, no acaba vulnerando el propio artículo 87 TRLCSP al no corresponderse los precios de los contratos con los precios del mercado.

iv.- Los Contratos con precios provisionales

Es una de las novedades del la Ley de contratos. Según el apartado 5 del artículo 87 TRLCSP, es posible celebrar contratos con precios provisionales cuando se licite mediante un procedimiento negociado o un diálogo competitivo y se acredite que existen prestaciones complejas, técnicas innovadoras o falta de información técnica o contable que permita la determinación de un precio cierto al inicio del procedimiento. En los contratos celebrados con precios provisionales, el precio final será el resultado de sumar los costes en los que realmente haya incurrido el contratista y el beneficio pactado dentro del precio máximo fijado.

v.- Breve referencia a la prohibición del pago aplazado

El TRLCSP, como lo hacía la LCAP[147]. prohíbe el aplazamiento del pago en los contratos de las Administraciones Públicas excepto en los supuestos en que el

[147] Informe JCCA 20/02, de 13 de junio de 2002

3. En cuanto a la segunda cuestión suscitada - la posibilidad de realizar el pago de un contrato de obras en cuatro anualidades, aunque el plazo de ejecución sea de 12 meses (posteriormente parece que este plazo de ejecución se amplía en el escrito de consulta a dos años) hay que tener en cuenta que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 14.2, considerado básico según resulta de su disposición final

sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, así como en los casos en que la Ley lo autorice expresamente Sí se admite el aplazamiento del pago en otros contratos de los entes del Sector público que no sean Administraciones Públicas[148]. La prohibición tiene que ver con la necesidad de que previamente a la contratación exista dotación presupuestaria suficiente que permita atender los créditos contraídos. La asunción de créditos por parte de la Administración está sometida al principio de legalidad, razón por la que el órgano contratante no

primera, prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, salvo en el sistema de arrendamiento financiero y en el sistema de arrendamiento con opción de compra y en los casos en que una Ley lo autorice expresamente, no pudiendo cuestionarse que el pago del precio en los dos años siguientes a la ejecución de la obra, supone un supuesto de pago aplazado sin que puedan aplicarse las excepciones a la prohibición previstas en dicho artículo y apartado. Por otra parte, confirma esta tesis el apartado 3 del mismo artículo 14, también considerado básico en cuanto significativamente establece que "la financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin por el órgano de contratación las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades y del periodo de ejecución".

[148] Informe JCCA 10/11, de 7 de junio de 2012.

"Por último procede advertir que tal requisito y su excepción está referido solo para las Administraciones públicas, ya que la norma así lo expresa, no citando al Sector público, cita que habrá que recordar al tratar la última cuestión.

Diferentes leyes, cuando el legislador lo ha considerado, han declarado la posibilidad de aplazar los pagos. Así en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se autoriza el aplazamiento del pago en diversas normas, como son las citas que en el articulo 87.7 se expresan cuando se trate de un arrendamiento financiero o de un arrendamiento con o sin opción de compra, en la disposición adicional segunda, apartado 13, respecto del aplazamiento de pago hasta cuatro años en la adquisición de bienes inmuebles por las Entidades locales, y también se establece en el articulo 116.6 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Publicas."

puede contraerlos por su exclusiva voluntad sin soporte de norma con rango de Ley legal que lo autorice.

Supuestos que excepcionan la norma son, entre otros y además del contrato de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, el contrato de obra con abono total del precio o también denominado modelo alemán o llave en mano, contenido en el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio y por el que la Administración abona el precio del contrato a su finalización o fraccionado en anualidades hasta en un máximo de diez, o el contrato de mantenimiento de autovías en cuanto a las obras de mantenimiento cuyos pagos se producen diferidos a lo largo del contrato.

CAPÍTULO IV.- EL RIESGO IMPREVISIBLE, LA FUERZA MAYOR Y EL "FACTUM PRINCIPIS" COMO EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA Y PRECIO CIERTO.

I.- INTRODUCCIÓN

El principio del riesgo y ventura del contratista y el precio cierto del contrato son figuras que, como es bien sabido, conforman la regla del "pacta sunt servanda" que se configura como una de las derivaciones del principio de seguridad jurídica[149] e impone, en Derecho común, estar a la literalidad de las cláusulas establecidas en el contrato que son, como regla general inalterables y obligatorias[150].

Esta inalterabilidad o inmutabilidad de lo libremente suscrito por las partes configura, una vez que han consentido definitivamente en obligarse a cumplir esas y no otras cláusulas, la verdadera ley del contrato o "lex contractus" que impide cualquier posibilidad de una posterior y unilateral alteración de quienes previamente a su celebración gozaban de la más amplia libertad de pactos.

[149]BLANQUER CRIADO, D. "Los principios jurídicos del Derecho Administrativo". ED. La Ley, pág. 112.

[150] STS de 14 marzo 1987, Sala 1ª:

"Los contratos una vez perfeccionados, por razones de equilibrio en las prestaciones que trascienden a la causa de los mismos son inalterables según el aforismo "pacta sunt servanda" (artículo 1256, 1257 y 1258 del Código Civil)

Y así, en Derecho privado y tal y como establece el artículo 1091 CC[151], cada parte ha de soportar los riesgos derivados de las prestaciones que se obligó a cumplir y que se presumen equivalentes porque cuando han sido libremente negociadas y aceptadas. Las consecuencias jurídicas del riesgo y ventura del contratista hacen excepcional cualquier causa invalidante del consentimiento y le obligan a soportar la injusticia del resultado adverso obtenido del contrato bien sea por error de cálculo, caso fortuito o causa de fuerza mayor[152].

El principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es, por tanto, la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico y lo hace para la contratación privada y para la contratación administrativa.

No obstante, la contratación pública lleva inherente cierta aleatoriedad en el resultado económico de la prestación, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista. Los efectos de este principio imponen al contratista la obligación de asumir, de un lado las eventuales contingencias surgidas en el transcurso de la ejecución de la obra y, de otro, las consecuencias que se produzcan, para bien o para mal, derivadas de su gestión como empresario, atenuadas (i) por la concurrencia de la doctrina de la culpa que, salvo en los supuestos legalmente previstos, traslada "iuris et de iure" el riesgo de soportar cualquier otra vicisitud surgida durante la construcción al contratista (ii) por el carácter de servicio público que ostentan las obras

[151] Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

[152] BLANQUER CRIADO, D. "Los principios jurídicos del Derecho Administrativo". Ob. cit., pág. 122.

públicas[153] y (iii) por la vigencia del principio del equilibrio económico-financiero del contrato.

La presencia de los citados límites que, en abstracto, modulan el riesgo y ventura del contratista trasladando el alea del contrato desde su órbita a la de la Administración, no pueden entenderse como máximas que en todo caso interfieran en las prestaciones a las que las partes se han obligado. En efecto, que el contrato ostente el carácter de público y contemple prestaciones de extraordinario volumen o que sea necesario mantener su equilibrio económico financiero, no significa que el contratista se encuentre exento de soportar cualquier riesgo, porque la regla general es precisamente la inalterabilidad de lo acordado, dejando a cargo del contratista el alea normal del contrato, esto es, los efectos de su buena o mala gestión como empresario[154].

La normativa actual previene, además de las tradicionales limitaciones del principio de riesgo y ventura (fuerza mayor, "ius variandi" y "factum principis") la posibilidad de que se introduzcan cláusulas de reparto de riesgos con el objeto de que quien tenga mejor capacidad para asumirlos sea el que los soporte. Ninguna duda cabe de que, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes, previamente a la perfección del contrato, pueden pactar lo que tengan por mejor y más conveniente, siempre de acuerdo con lo establecido en la Ley, ahora bien, lo cierto es que por más que haya casos en los que determinados riesgos puedan ser asumidos de forma más eficiente por uno u otro sector, a mi modo de ver, la admisión de este tipo de cláusulas y la posible generalización de su aplicación entraña un cierto peligro de que un contrato de resultado como es

[153] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", RAP, nº 2, mayo-agosto 1950.

[154] STS de 24 abril 1985

el de obra acabe convirtiéndose en un contrato de medios por virtud del cual la prestación del empresario consista simplemente en construir a cambio de un beneficio totalmente asegurado por la Administración independientemente del resultado final.

Dejando a salvo las citadas clausulas particulares de reparto de riesgo que deberían, en su caso, ser analizadas individualmente y caso por caso, este capítulo se centra en tres de los tradicionales supuestos que, en concreto, excepcionan el principio del riesgo y ventura.

Esas tasadas excepciones a la aleatoriedad de los contratos administrativos tienen por objeto reequilibrar la ecuación financiera del contrato, bien cuando quiebra por causa imputable a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o bien cuando concurren circunstancias externas excepcionales al contrato incardinables en los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Son, por tanto, elementos que devalúan el principio de riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de los que se deban al “ius variandi” de la Administración que veremos con mayor detenimiento en sucesivos capítulos por ser mas trascendente para este trabajo, aquellos que sean reconducibles a esos tasados supuestos de fuerza mayor, "factum principis" y riesgo imprevisible.

II.- LA FUERZA MAYOR COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA DE OBRAS.

Es posible clasificar el riesgo que asume el contratista al suscribir el contrato en tres grupos, de un lado el derivado de las vicisitudes que surgen durante la ejecución de las obras, que son inherentes al tipo de construcción y que es factible prever de antemano por el licitante cuando estudia la oferta. Serían por ejemplo, aquellos que afectan a un determinado tipo de materiales, a la

instalaciones preexistentes, al tipo de terreno, etc. En segundo lugar es posible mencionar aquellos riesgos internos del propio contrato de obra y que, si bien no han sido previstos al realizar la oferta, son inherentes a la propia actividad económica a la que se dedica el adjudicatario y, en consecuencia la pérdida o beneficio sufridos por el acontecimiento deberán ser soportados íntegramente por él. En esta clasificación sería posible incluir los defectos en la maquinaria, actuación de subcontratistas, aumento o disminución del precio de los materiales, etc. Y un tercer grupo en el que se incluyen los vicios externos al contrato, excepcionales y ajenos totalmente al ámbito de la responsabilidad del contratista y que imposibilitan el cumplimiento de la prestación tal y como había sido configurada.[155]

Dentro de este tercer grupo encontramos los supuestos de fuerza mayor[156] cuya identificación como "numerus clausus" apareció en el artículo 86 del pliego de cláusulas de 1886 [157] como justa compensación a las dificultades de los contratistas y concesionarios para encontrar entidades aseguradoras dispuestas a asumir los riesgos derivados de la eventual pérdida o destrucción de las obras

[155] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Riesgo y Ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo"

[156] PERELLÓ JORQUERA, A., en la obra colectiva "Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público" Ed. Bosch. Tomo II, Madrid 2009, aborda la cuestión.

[157] Si bien el artículo 26 del pliego de 1836, ya preveía una serie de supuestos en los que el contratista no debía ser indemnizado, lo que "sensu contrario" permitía que fuera de aquellos procediese la compensación y el pliego de 1861 se refería a la fuerza mayor como causa habilitante para la comensación.

públicas[158] y que actualmente aparecen regulados en el artículo 231 TRLCSP que establece un "numerus clausus" de sucesos que, sin mediar imprudencia del contratista generan cuando suceden el derecho de compensación de los daños y perjuicios sufridos. Son, los incendios causados por la electricidad atmosférica, los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes y los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Estos supuestos se caracterizan por ser excepcionales, imprevisibles, injustificables y de una onerosidad tal que cuando acontezcan rompan el efectivo equilibrio de prestaciones o trastoquen totalmente la relación contractual[159]. Se

[158] STS de 14 julio 1986:

"La razón de que se establezca la indemnizabilidad de los daños en caso de fuerza mayor es la de evitar el encarecimiento de la contratación por la repercusión en el precio contractual de las primas de los seguros que, en otro caso, el contratista habría de concertar; con ello es la Administración la que, en último término, resulta beneficiada, pues le resulta más ventajoso el autoseguro -ella sufre el riesgo de la fuerza mayor-, dado el elevadísimo número de contratos que pacta, por un lado, y lo excepcional de la fuerza mayor, por otro."

[159] Dictamen del consejo de estado 1075/2001 de 26 de julio:

"Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (bouleversement, decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (factum principis), bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en las concesiones cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el concesionario."

trata de una garantía que no puede ser entendida como un seguro gratuito que da cobertura a todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegramente al erario público[160], pues ello implicaría desnaturalizar totalmente el principio de riesgo y ventura al que se sujeta este tipo de obligaciones de resultado.

Por esta razón tanto los Tribunales como el Consejo de Estado han sido tradicionalmente ciertamente restrictivos a la hora de apreciar el derecho del contratista a ser indemnizado cuando suceden estos acontecimientos y exigen no sólo que sucedan, sino que los perjuicios económicos causados al contratista adquieran tal magnitud que se produzca un grave desequilibrio de prestaciones. En este sentido, el máximo órgano consultivo llegó a afirmar en el dictamen 1075/2001 que, *"Los daños sufridos por la infraestructura viaria explotada en régimen de concesión por Aurea, se deban o no a causa de fuerza mayor, deben ser soportados por ésta, pues entran dentro del riesgo y ventura del otorgamiento de que es titular. Y, al no ser tan importantes como para alterar el equilibrio económico- financiero de la concesión, es claro que tampoco procede adoptar ninguna de las medidas compensatorias excepcionales que el derecho ofrece."* Primando así la onerosidad del perjuicio frente a la causa de su producción.

El Tribunal Supremo por su parte ha considerado que son supuestos de fuerza mayor en el ámbito contractual o aquellos factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista y que inciden negativamente en la ejecución de las obras. Este agravamiento de las condiciones del contrato debe *"exceder de las contingencias propias del riesgo asumido"* para que nazca el derecho del contratista a ser indemnizado[161] y no ser causa de su actuación directa o imprudente.

[160] FUENTE TAJA PASTOR, J.A. "Riesgo y ventura en la concesión de obra pública", Revista de Derecho de la Unión Europea, pág. 187.

[161] STS de 9 marzo 2005, rec. 5247/2000:

Si bien la regla general es que el suceso sea imprevisible el propio Tribunal Supremo ha admitido en ocasiones que caben en los supuestos de fuerza mayor sucesos naturales de efectos catastróficos[162] que no hubieran podido preverse o que, aun previsibles, fueran inevitables[163], luego no sólo se admiten eventos imprevisibles, sino también aquellos previsibles pero inevitables.

En cualquier caso, la fuerza mayor es un fenómeno exógeno a las partes que integran el contrato y, por tanto, sus consecuencias no pueden ser imputadas a ninguna de ellas luego, de acuerdo con la doctrina de la culpa a la que ya se ha

---

"tiene como excepción los supuestos de fuerza mayor, al constituir factores imprevisibles, anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista, que inciden negativamente en la ejecución del contrato, suponiendo para el mismo un agravamiento sustancial de las condiciones, que por exceder de las contingencias propias del riesgo asumido en la contratación, se contemplan específicamente por la Ley a efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato, como principio sustancial en materia de contratación."

[162] STS de 24 junio 2009, rec. 3799/2007:

"Es decir que la condición primera para que pueda concurrir ese supuesto, condición inexcusable, por otra parte, es que se esté en presencia de un fenómeno natural que tenga efectos catastróficos, y entre esos fenómenos naturales el precepto enumera, y se trata de una enumeración cerrada, no ampliable a otros supuestos no previstos, salvo que sean semejantes, expresión sinónima de parecido o similar, los maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes."

[163] STS de 28 junio 1983:

"la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al suceso que esté fuera del circulo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuese inevitable"

hecho referencia, a la magnitud que suele caracterizar a las obras públicas -si bien se ha de matizar aquí que cuando concurren estos fenómenos es indiferente el tamaño de la obra y la entidad del posible perjuicio para el contratista- y a la vigencia del principio equilibrio económico financiero del contrato, cuando estos supuestos acaecen el rigor del principio general consignado en el artículo 215 TRLCSP se atenúa y nace el derecho del contratista a ser indemnizado. La fuerza mayor matiza el riesgo y ventura y coloca al contratista en una posición distinta a la surgida de las relaciones de Derecho privado[164], mucho mas restrictiva.

Es cierto que la Ley de Contratos recoge un listado exhaustivo y cerrado de supuestos de fuerza mayor pero el propio TRLCSP prevé la posibilidad de que concurran, respecto a fenómenos meteorológicos, otros sucesos análogos a los referidos que por ser anómalos, irresistibles y catastróficos encajen en el concepto de fuerza mayor. La jurisprudencia, dentro de la excepcionalidad que revisten estos casos, ha acogido la pretensión indemnizatoria a favor del contratista cuando sobrevienen de situaciones equivalentes, imprevisibles y ajenas por completo a la voluntad de las partes contratantes. Se ha producido, por ejemplo, la equiparación a los supuestos semejantes a los que se refiere la letra c) del apartado 2 del artículo 231 TRLCSP, cuyos efectos perniciosos han de ser excluidos de la esfera del riesgo que contractualmente asume el contratista, la presencia de fuertes precipitaciones o lluvias torrenciales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2008, rec. 226/2005, refiere que lo determinante para apreciar la concurrencia de fuerza mayor es la existencia de un fenómeno natural de carácter catastrófico, sin que el modo o la forma en que se manifieste revista un carácter esencial, apreciando, en aquel caso, que las lluvias acaecidas eran tan extraordinarias que la pretensión

[164] MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. "La nueva Ley de contratos del sector público: estudio sistemático". Ed. La Ley (2007), pág. 581.

indemnizatoria instada por el contratista debió ser acogida por la Administración[165].

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1999, rec. 5130/1993, en consonancia con la Sentencia de la Audiencia Nacional, interpreta el concepto jurídico *"sediciones populares"* y lo equipara al alzamiento que recoge la legislación de contratos[166], situación que sí recogía el artículo 46.4

[165] STS de 27 febrero 2008, rec. 226/2005:

"El carácter tasado de los supuestos de fuerza mayor en la LCE, art. 46, determinaba que la jurisprudencia los viniera interpretando restrictivamente, al partir de que eran los que "únicamente" podían ser considerados como tales en la norma legal y en la reglamentaria a salvo de la analogía acordada por el Consejo de Ministros. Sin embargo, ello no ha sido óbice para la inclusión de perjuicios derivados de lluvias torrenciales. Así se contempla en la STS de 22 de marzo de 2005, recurso de casación, respecto unas lluvias torrenciales aún sin referencia al desbordamiento de ríos o arroyos pero con movimiento de tierras que afectaron a las obras; siguiendo un criterio ya vertido en la STS de 20 de mayo de 1999; en la de 28 de marzo de 2005, recurso de casación 3275/2001, en supuesto similar al anterior; y en la de 12 de julio de 2005, recurso de casación 2125/2002, respecto de lluvias torrenciales reputadas catastróficas con desbordamiento de distintos cursos de agua (regueros, barrancos, arroyos, etc.) y movimientos de tierras con arrastre de materiales y deterioro de unidades de obra ya construidos."

[166] STS de 1 mayo 1999:

"Mas, partiendo de dichos hechos, sí corresponde a la Sala de casación la interpretación de conceptos jurídicos como el de "sediciones populares" que es clave para la solución de la cuestión planteada, si bien ha de partirse de la base de que tal concepto no equivale necesariamente al que, en el área del Derecho Penal, corresponda, hoy art. 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 se 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, sí aparece tal clase de "alzamiento" como dirigido contra la Autoridad, y, como tal,

del Texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965 de 8 de abril como supuesto de fuerza mayor.

El Consejo de Obras Públicas ha admitido también que los supuestos de fuerza mayor son los legalmente tasados, previsibles pero inevitables y admite como indemnizables aquellos daños producidos por hechos que sean totalmente asimilables a los fijados en la Ley. No admite que los perjuicios ocasionados por acontecimientos catastróficos predecibles y evitables con la adopción de sistemas de previsión deban ser indemnizables[167].

---

incluido en la acepción del Diccionario de la Real Academia, lo que implica que la interpretación de la sentencia recurrida ha de considerarse como acertada a los efectos de que se trata."

[167] Memoria 2013 del Consejo de Obras Públicas.

"El artículo 231 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (como antes lo hacía el artículo 144 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) regula el derecho a indemnización, que ampara al contratista, en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por su parte.

El Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones que: «... son causas de fuerza mayor aquellas, legalmente tasadas, que constituyen acontecimientos realmente insólitos y extraordinarios por su magnitud. Se trata de hechos que están fuera del círculo de actuación del obligado; de hechos que exceden visiblemente los accidentes propios del curso normal de los acontecimientos y de la vida por la importancia de su manifestación; de hechos ajenos e independientes de quienes los alegan; de hechos, en fin, que, aun siendo previsibles, tienen el carácter de inevitables; en especial, en lo tocante a la previsibilidad del acontecimiento y siendo éste un concepto de límites imprecisos, hay que entender la fuerza mayor, en su aplicación legal y práctica, como excluyente de los acontecimientos extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son de los que se puede calcular con una conducta prudente, atenta a los acontecimientos que el curso de la vida depara ordinariamente» (dictamen 3112/2004, de 3 de febrero de 2005).

De acuerdo con lo expuesto, la apreciación de la existencia de un suceso que encaje en los tasados supuestos de fuerza mayor ha de analizarse caso por caso, de tal forma que el derecho de compensación no surge automáticamente con la producción de uno de los supuestos recogidos en la norma, sino que, además,

---

Este Consejo de Obras Públicas comparte el criterio expresado por el Consejo de Estado que recuerda que los casos de fuerza mayor se encuentran «legalmente tasados» y son aquellos comprendidos en el artículo 231 antes mencionado, aunque esta afirmación debe ser matizada.

En efecto, este Consejo considera que, aunque el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en su artículo 231, enumera los casos tasados que pueden ser considerados fuerza mayor, deberían admitirse como tales otros supuestos no contemplados entre los explicitados en dicho artículo siempre que sean totalmente asimilables a aquellos. De hecho, el propio artículo 231, en su apartado 2.b) admite la calificación como fuerza mayor de los fenómenos naturales «semejantes» a los específicamente citados en el mismo. En tal sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su dictamen no 1333/2008.

A mayor abundamiento, existen sentencias del Tribunal Supremo que admiten la existencia de casos no tasados de fuerza mayor como los efectos extremos producidos por lluvias extraordinarias (S.T.S. 5816/2005, de 10 de marzo de 2008) o el incorrecto ejercicio de sus competencias por parte de la Administración (S.T.S. 3923/2003, de 17 de abril de 2007) o la alteración de las condiciones contractuales por esta última (S.T.S. 328/2006, de 16 de mayo de 2008), entre otras.

Sin embargo, este Consejo ha constatado numerosos casos de daños causados durante la ejecución de las obras en circunstancias previsibles, y que, por tanto, no pueden tener la consideración de fuerza mayor, que podrían haberse evitado con la adopción de medidas preventivas apropiadas y razonables. Estas deberían quedar establecidas o incluidas, en lo posible, en los documentos contractuales (proyectos, pliegos de prescripciones técnicas, etc.) y valorarse adecuadamente.

Quiere llamar la atención este Consejo, al respecto de lo anterior, sobre el hecho de que los sistemas de previsión y alarma frente a inundaciones y contaminación por vertidos, harían previsibles, en cierta medida, fenómenos que podrían producir daños y serían susceptibles de evitarse, al menos en parte, con un comportamiento más diligente.

deberán concurrir requisitos adicionales que activen el mecanismo. De esta manera, una inundación, un incendio producido por la caída de un rayo o los destrozos debidos a actos tumultuosos, deben surgir de manera imprevisible, inevitable e irresistible y además alterar significativamente el equilibrio económico financiero del contrato. De otro modo, el riesgo no se traslada desde la esfera del contratista a la de la Administración y es el primero el ha de asumir los sobrecostes derivados del supuesto acontecido.

El procedimiento para la reclamación de los daños surgidos por la concurrencia del hecho causante se encuentra recogido en el artículo 146 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas[168] y obliga al contratista a comunicar al director de la obra el acontecimiento en el plazo de 20 días siendo este último el que informe sobre la existencia de los daños y de su importe. La resolución del expediente corresponde al órgano de contratación.

[168] Artículo 146 Procedimiento en casos de fuerza mayor.

1. El contratista que estimare que concurre la aplicación de alguno de los casos de fuerza mayor enumerados en el artículo 144.2 de la Ley presentará la oportuna comunicación al director de la obra en el plazo de veinte días, contados desde la fecha final del acontecimiento, manifestando los fundamentos en que se apoya, los medios que haya empleado para contrarrestar sus efectos y la naturaleza, entidad e importe estimado de los daños sufridos.

2. El director de la obra comprobará seguidamente sobre el terreno la realidad de los hechos, y previa toma de los datos necesarios y de las informaciones pertinentes, procederá a la valoración de los daños causados, efectuando propuesta sobre la existencia de la causa alegada, de su relación con los perjuicios ocasionados y, en definitiva, sobre la procedencia o no de indemnización.

3. La resolución del expediente corresponderá al órgano de contratación, previa audiencia del contratista e informe de la Asesoría Jurídica.

La resolución del expediente no está exenta de polémica en el sentido de que en ocasiones se aparta de las opiniones de los técnicos que han presenciado directamente los acontecimientos. No es infrecuente encontrar informes jurídicos emitidos con posterioridad a la producción de los hechos que contradicen la valoración del director de la obra y que desembocan en procedimientos judiciales interminables resueltos a menudo años después. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 marzo 2005, es buena prueba de ello. En aquel caso la Sala se pronunciaba sobre la procedencia de la indemnización que correspondía al contratista debido a los daños producidos por un supuesto de fuerza mayor en 1989, es decir 16 años antes. Todos los técnicos que visitaron la obra y fueron testigos de los daños se pronunciaron a favor de la compensación, mientras que la Administración se amparó en un informe jurídico emitido ocho años después que concluía que los daños producidos parecían no corresponderse a daños causados por inundaciones[169].

[169] STS de 22 marzo 2005, rec. 4815/2002

"La sentencia señala que la Resolución impugnada discrepa de los informes emitidos por el Director de las obras y demás órganos informantes, todos favorables a la indemnización por entender que los daños se encuadran dentro de los casos de fuerza mayor previstos en el art. 46 de la L.C.E. y 132 de su Reglamento, y aun cuando acepta que las obras sufrieron determinados daños debido a las fuertes lluvias caídas en la zona, mantiene que no serían indemnizables por no estar incluidos en ninguno de los casos de fuerza mayor y deberían ser asumidos por el contratista en concepto de riesgo y ventura.

Se indica en la sentencia que tanto el Director de la obra, como la Demarcación de Carreteras y la propuesta de la Dirección General de Carreteras consideraron indemnizables los daños, en la cuantía de 61.338.659 pesetas, como daños catastróficos derivados de las lluvias torrenciales, mientras que la Resolución impugnada se aparta del criterio de esos órganos técnicos, amparándose en el Informe del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo de 27 de febrero de 1997, que deduce, más de ocho años después y sin ningún informe técnico, que los daños no fueron debidos a un desbordamiento de ríos y arroyos, analizando al efecto la relación de daños y valoración de Director de la

Con respecto a la determinación de los daños y perjuicios indemnizables, el apartado primero del artículo 231[170] 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 establece que serán aquellos perjuicios que se le hubieran ocasionado al contratista, redacción que, en sentido amplio, se refiere a todos los sobrecostes derivados del suceso extraordinario[171]. En efecto, la compensación a la que tiene derecho el constructor, una vez que ha sido declarada la concurrencia de fuerza mayor, no sólo se reduce al importe de los menoscabos sufridos por la obra en curso, sino que se extiende también a todos aquellos otros

obra y observando que la mayor parte de los mismos corresponde a partidas de excavación en desmontes, en terraplén y en préstamos y aterraplenados y rellenos, por lo que concluye que no parecen corresponder a daños causados por inundaciones.

Señala la sentencia que sorprende que con este informe se desoiga los demás informes técnicos, siendo que incluso en el mismo se hacía referencia al RDL 6/1989, de diciembre EDL 1989/14909, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por lluvias torrenciales a la sazón ocurridas. Se invoca el informe emitido en periodo probatorio por el Instituto Nacional de Meteorología y refiere que "el informe de la Dirección Facultativa de la obra, es categórico, cuando señala que "la gran cantidad de agua, consecuencia del desbordamiento de los arroyos cercanos, debilitó las obras de explanación y excavación en curso, produciendo una serie de desplazamientos y acarreos que se extendieron de una forma prácticamente continua a lo largo de la traza y caminos afectados" y concluye señalando que los daños de las obras deben considerarse como catastróficos... justificándolo las inundaciones ocasionadas como consecuencia del desbordamiento de las aguas que transcurren por los barrancos y arroyos que atraviesan las referidas obras".

[170] "En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido."

[171] En el mismo sentido se pronuncian GARCÍA DE ENTERRÍA. E y T.R. FERNANDEZ T.R., "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 2008

que haya experimentado, incluidos los medios puestos a disposición para la ejecución de los trabajos, como maquinaria, instalaciones, materiales acopiados e incluso jornales[172].

III.- EL "FACTUM PRINCIPIS" COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA DE OBRAS.

El "factum principis" o hecho del príncipe se refiere a la modificación que sufre la ecuación económico financiera del contrato público como consecuencia del dictado de una nueva ley o de un acto administrativo de carácter general. Se produce así una alteración indirecta de la prestación del contratista dado que, si bien las medidas generales adoptadas por la Administración no pretenden modificar ni incidir directamente sobre el contrato en ejecución, al ser aplicadas la hacen más onerosa[173] para el empresario y le producen un perjuicio patrimonial que debe ser compensado. Derecho de resarcimiento que, para ARIÑO ORTIZ, G., encuentra su fundamento en la obligación del Estado de

[172] STS de 5 febrero 1986:

"deberá satisfacerse el valor residual que la maquinaria tiene y conserva una vez deducible los que hayan sido fraccionados, y la respuesta no puede ser más convincente a la vista de los términos utilizados por el legislador en los que, como efectivamente subraya la sentencia, habrá que distinguir los supuestos de pérdidas y averías, de una parte, y los de perjuicios, de otra, entendiendo es cierto que los primeros se limitan a los daños físicos causados en la obra, mientras que los perjuicios como causados en las obras, es decir, ajenos a la realidad física de las que vengan construidas, pero cierta y directamente ocasionados por la fuerza mayor apreciada en la realización de las mismas, con lo que habrá de entenderse no sólo las que afectan real y directamente a las obras, sino todos aquellos otros perjuicios que haya experimentado el contratista y que puedan afectar a cuantos medios pusiera al servicio y ejecución de la obra, entre los que se encuentra con una especial y singular dedicación la maquinaria empleada."

[173] QUINTANA LÓPEZ, T, en "El anacronismo del factum principis en la legislación de contratos", REDA, nº 50, abril - junio 1986.

indemnizar la pérdida de los derechos recogidos en contrato que resulten expropiados por la aprobación de una nueva Ley[174].

El acto administrativo o la ley dictada debe ser de carácter general e imprevisible para las partes en el momento de la perfección del contrato y producir al contratista un daño de relevancia[175]. Asimismo, la asunción del acto o ley por el

[174] ARIÑO ORTIZ, G. en "El Enigma del Contrato Administrativo" nº 172, enero-abril (2007), págs. 79-102.

"Así pues, contestando a la pregunta más arriba formulada (¿puede una nueva Ley cambiar los términos del contrato?), la respuesta sería ésta: el Estado, en buen derecho, no puede alterar los términos pactados en un contrato. Lo que sí podrá es expropiar, por Ley, los derechos emergentes del mismo, que tienen la misma garantía constitucional que la propiedad, porque son derechos de propiedad, de los que no pueden ser privados sus titulares sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. Los contratos del Estado serán, por consiguiente, modificables en su contenido por una Ley posterior que declare la utilidad pública de esa modificación, pero sus titulares deberán ser indemnizados."

[175] CORREA, I. "Manual de licitaciones públicas". Naciones Unidas 2002. Pág. 59.

En derecho administrativo se habla de factum principis o "hecho del príncipe" para aludir a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el que contrata con la Administración o para el que opera un servicio público concedido, sin culpa de este.

El factum principis se aplica en cuanto se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan (relación de causalidad) un daño especial al contratista con lo que da lugar a compensación que puede traducirse en una revisión de la tarifa. Los casos en que se producen este tipo de circunstancias se clasifican en función de su causa en aquellos que tienen causa política administrativa o normativa. La causa política es la razón de estado por urgencia o emergencia; la urgencia debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva y al producirse el Estado puede establecer obligaciones especiales para el contratista o prestador de un servicio. Las causas administrativas estarían referidas

empresario afectado ha de ser imperativa, esto es, que pese a su naturaleza gravosa, le sea de obligado cumplimiento.

El Consejo de Estado en su conocido dictamen 3725/1948 de 3 de noviembre de 1948 especifica los caracteres que tiene que revestir el acto administrativo o ley para que su aplicación genere el derecho de compensación a favor del contratista. Deben tratarse, nos dice, de medidas de índole puramente económicas, imprevistas, posteriores a la adjudicación, que causen un perjuicio cierto, evaluable y especial y que entre aquellas y el daño experimentado exista una relación de causalidad sin culpa del contratista. Doctrina seguida en el Dictamen, también relevante, nº 632/1994 en el que dispone que las medidas devaluatorias de moneda del Estado no están incluidas en los hechos del príncipe cuyo perjuicio es susceptible de ser indemnizado[176].

---

a la distinta valoración del interés público originario y puede acontecer que, otorgado un contrato o una licencia para prestar un servicio de manera monopólica con determinadas contraprestaciones, tenga que sufrir cambios para adaptarse a nuevas condiciones. La causa normativa implica una modificación al ordenamiento jurídico positivo."

[176] Dictamen del Consejo de Estado 632/1994

Comparte el Consejo de Estado la anterior doctrina, pues, como ya estableció en su conocido dictamen número 3.725, de 12 de noviembre de 1948, existe "factum principis" cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del "imperium". Institución que si, por otra parte, no está expresamente recogida en la legislación española, está presupuesta en varias normas (así, artículo 80 de la Ley de Contratos) y, desde luego, está francamente admitida por la jurisprudencia. Sin embargo, el "hecho del príncipe", para que se traduzca en una medida imperativa y de obligado acatamiento para el contratista ha de producir un daño especial a ese último que no derive de disposiciones de carácter general que se impongan como cargas públicas para todos los ciudadanos; por otro lado, es necesario que exista una conexión directa e inmediata entre "el hecho del príncipe" y el perjuicio del contratista. Y es evidente que las medidas devaluatorias de septiembre y noviembre de 1992 y mayo de 1993, aparte de su carácter general, no encierran por sí mismas perjuicios al contratista,

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha definido el "factum principis" como una *"alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación, debido a medidas administrativas generales que, aunque no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste"*[177].

A modo de ejemplo de actos compensables es posible citar las nuevas obras que es obligado ejecutar en una planta de tratamiento de residuos a partir de la entrada en vigor de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación[178], o la creación de un nuevo impuesto sobre

---

puesto que, de existir estos últimos, no resultan directamente de las medidas devaluatorias, sino de las adquisiciones de divisas que se vio forzado a adquirir para cumplir sus compromisos contractuales.

Y como también se recogió en el dictamen 31/92, de 13 de febrero de 1992, relativo a un expediente de reclamación de daños por incremento del precio del petróleo y derivados, los acuerdos del Gobierno español sobre subida de precios del petróleo y derivados no constituyen actos libres, sino condicionados por exigencias de la realidad económica, que impide apreciar un supuesto de "factum principis" .

[177] Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado nº 7/2003, de 22 de diciembre.

[178] Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado nº 61/08, de 31 de marzo de 2009. "Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos".

2. Comenzando por el análisis de la primera cuestión planteada señalaremos que las obras a realizar en la Planta de tratamiento indicada son consecuencia directa del acto administrativo dictado por la Junta de Andalucía en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, por la que se somete a la autorización ambiental integrada la actividad

depósito de residuos creado por la Ley 6/2003, de 20 de marzo, de la Comunidad de Madrid[179].

---

objeto de este informe. Dicha autorización fue concedida con una serie de prescripciones cuyo cumplimiento exige, al parecer, la realización de obras de importe elevado con respecto del volumen económico total de la concesión. Esta circunstancia, unida al hecho de que no es factible la amortización de las obras a ejecutar pues el plazo concesional expira apenas dos años después de surgir la obligación de realizarlas, plantea la cuestión de si esta obligación impuesta al concesionario implica la ruptura del equilibrio financiero de la concesión y debe llevar consigo la correspondiente compensación que lo restablezca.

Se trata, en consecuencia de un supuesto claro de aplicación de la denominada doctrina del "factum principis ". Ello plantea a su vez dos cuestiones: la primera de ellas si se cumplen o no los requisitos precisos para la aplicación de dicha doctrina y la segunda, si su aplicación estaba admitida en la legislación aplicable a la concesión que se analiza, habida cuenta de la fecha de su adjudicación, o, en su defecto, si estaba aceptada por la jurisprudencia la posibilidad de aplicarla.

Tradicionalmente, para considerar que nos encontramos ante un supuesto de "factum principis " se exige que concurran una serie de requisitos, cuales son una medida administrativa de carácter obligatorio y general de la que se derive un perjuicio para el contratista. Caracteriza de modo trascendental esta figura el hecho de que la medida de que se trate ha de ser adoptada fuera del ámbito propio de la relación contractual.

En el presente caso, podemos considerar que existe una medida de carácter general cual es la exigencia de una autorización para la actividad cuya obtención es exigida "ex novo" en virtud de lo dispuesto en una nueva norma jurídica (la Ley 16/2002, de 1 de julio EDL 2002/22876), y de la que se deriva obligatoriamente la realización de determinadas obras de adaptación de las instalaciones.

[179] Informe 7/2003, de 22 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre posibilidad de compensación económica en supuestos producidos por incremento de tarifas del impuesto municipal sobre vertidos y por nuevo impuesto sobre depósito de residuos.

Por lo expuesto, esta Comisión Permanente estima que el mayor gasto derivado del incremento del canon, se encuentra incluido en el riesgo y ventura del contrato y, por

El "factum" principis" o hecho del príncipe carece de una articulación legal expresa que regule los supuestos a los que es aplicable y sus efectos. La jurisprudencia ha reconocido el derecho indemnizatorio debido a la necesidad de respetar el tradicional equilibrio económico financiero del contrato que no puede verse quebrado por actuaciones unilaterales de la Administración que, sin

---

consiguiente, ha de ser soportado por el contratista. No obstante, al amparo de la doctrina del factum principis y con carácter excepcional, sería posible reconocer una compensación económica a favor del contratista siempre y cuando se acredite que el incremento del canon ha ocasionado una alteración sustancial del equilibrio económico del contrato. A tales fines, deberá tramitarse el correspondiente expediente contradictorio en la forma dispuesta en el artículo 97 del RGLCAP.

4.- En cuanto al segundo extremo de la consulta planteada relativo a la repercusión del importe correspondiente al impuesto sobre depósito de residuos creado por la Ley 6/2003, de 20 de marzo, de la Comunidad de Madrid, se observa lo siguiente:

El impuesto grava, a partir de 1 de abril de 2003, el depósito de residuos de construcción o demolición, siendo sujetos pasivos del impuesto los que entreguen los residuos en vertedero, obligación que corresponde al contratista. El impuesto se devenga en el momento de la entrega de los residuos, su base imponible según dispone el artículo 13 de la mencionada Ley, estará constituida por el peso o volumen de los residuos depositados, y el artículo 15 c) de la misma fija el tipo impositivo en 3 euros por m3. de residuos procedentes de construcción y demolición. Por otra parte, el artículo 17 de la citada Ley dispone que el sustituto del contribuyente deberá repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre el contribuyente quedando éste obligado a soportarlo.

En este caso se ha producido un hecho nuevo consistente en la aparición de una carga económica para el contratista, al aprobar la Comunidad de Madrid un nuevo tributo que altera el equilibrio económico del contrato por un hecho que no es imputable al mismo, de general aplicación y cuya existencia no pudo preverse en el momento de la adjudicación del contrato, por lo que en aplicación del citado principio del factum principis, procede la compensación repercutiéndose el importe del nuevo tributo.

culpa del contratista, implique la mayor onerosidad de la prestación a la que se obligó cuando suscribió el contrato.

En este sentido, tanto la jurisprudencia[180], como algunos autores[181], han venido considerando a la revisión de precios como clausula restauradora del equilibrio económico financiero del contrato en los supuestos de *"factum principis"*. Mi opinión es distinta. Si atendemos a la función real y tradicional de la revisión de precios que, en efecto, es el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, podemos comprobar que esta cláusula no está configurada para compensar desequilibrios producidos por actuaciones administrativas imprevistas y generales, sino que su fundamento se reduce a combatir el desequilibrio originado por la pérdida del valor del dinero en contratos de duración prolongada[182].

[180] STS de 20 junio 1983, Sala 3ª:

"TERCERO.- Que tanto la doctrina del "factum principis" como la de la alteración de las circunstancias,"rebus sic stantibus""riesgo imprevisible""grundgaescheft" y otras diversas que pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato en función de circunstancias sobrevenidas, como excepción admitida del principio fundamental "contractus lex" cuando se trata del contrato administrativo de ejecución de obras ha sido objeto de una regulación legal específica, que se concreta en el concepto de "revisión de precios " y en su normativa vigente que se contiene, básicamente en el D.-Ley 2/64 y sus disposiciones complementarias."

[181] CASARES MARCOS A.B., Los principios jurídicos del Derecho Administrativo. ED La Ley (Madrid 2010) pág. 1371.

"No cabe duda que la regulación actual de la revisión de precios en los arts. 77 a 82 LCSP para todos los contratos de las Administraciones Públicas la erige en técnica compensatoria por excelencia de los perjuicios causados al contratista a consecuencia del fatcum principis".

[182] Dictamen del Consejo de Estado 667/2014 de 17 de julio de 2014:

La revisión de precios no debería ser el método idóneo para compensar supuestos de *"factum principis"* porque se regula mediante fórmulas e índices oficiales ya previstos por lo que trata *"ex ante"* y de forma automática de paliar los previsibles efectos perniciosos de la pérdida del valor del dinero, sin embargo, cuando concurren hechos del príncipe el derecho compensatorio no se produce hasta que se han producido los perjuicios derivados del supuesto, es decir a posteriori.

Además, la revisión de precios puede ser excluida voluntariamente del contrato por parte de la Administración y se aplica sólo a determinadas materias primas o mano de obra que pueden verse afectadas por incrementos de precio. Sin embargo los perjuicios derivados de los hechos del príncipe pueden ser compensado en su totalidad y no incluyen supuestos tasados sino otros tan heterogéneos como la necesidad de acometer obras nuevas derivadas de la aprobación de una nueva licencia de actividad o la creación de un nuevo impuesto o tasa que grave la actividad realizada por el contratista y que no existía en el momento del contrato, circunstancias muy dispares a las que la revisión de precios compensa.

El argumento se aprecia con más nitidez a partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española que ha endurecido los requisitos para la aplicación de la revisión de precios y ha incrementado el plazo para su aplicación de uno a dos años, lo que obedece a la búsqueda de un escenario de estabilidad de precios en el que no se produzcan, o

"Lo que sí hace la Administración es garantizar la indemnidad de las prestaciones económicas del contratista a que se obliga en virtud de la relación contractual mediante la técnica de la revisión de precios (cuando resulte de aplicación) que no es sino una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda."

al menos no tan intensamente como con anterioridad, desequilibrios en el contrato por la pérdida de valor de la moneda.

En consecuencia y a la vista de las heterogéneas génesis de las que surge el derecho indemnizatorio, de un lado la pérdida de valor de la moneda y de otro, los actos o la actividad legislativa de la Administración, no sería posible compensar por la vía de la revisión de precios supuestos de *"factum principis"*, sino que lo que procedería remediar, caso de que concurran, serían desequilibrios distintos por distintos supuestos. Abona esta postura el propio Consejo de Estado que, entre otros en el Dictamen 684/2013 de 10 de octubre de 2013 viene a decir que procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando la alteración sobrevenida de las circunstancias (fuera de los casos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una excesiva onerosidad por su imposible compensación mediante los mecanismos regulares y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales[183]. En otras

[183] Dictamen del Consejo de Estado 684/2013 de 10 de octubre de 2013:

"El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebre enteramente el equilibrio contractual (dictámenes 3.205/2003, de 20 de noviembre, y 635/2005, de 5 de mayo). Es por tanto esta doctrina la que ha de examinarse para su aplicación en este concreto supuesto. El principio de riesgo y ventura que rige la actuación económica de la contrata no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando ésta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del

palabras que la afectación al contrato por los hechos del príncipe debe ser imprevista, excepcional y excesivamente onerosa para el contratista, de manera que su obligación devenga en desproporcionada. Esa excesiva onerosidad no puede ser subsanada por la revisión de precios por lo que se hace necesaria una compensación adicional que no es incompatible con la primera, de lo que se deduce que ambas figuras resarcen perjuicios dispares.

No sería este el caso, especial por previsto, de que el contrato o la ley prevean indemnizaciones fijadas de antemano para el caso de que concurran determinados acontecimientos que encajen en la acepción del "factum principis", en cuyo caso el sistema resarcitorio sería, lógicamente, el pactado conforme al "contractus lex" y a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, como sucede por ejemplo cuando resulta de aplicación el art. 258. 2 b) TRLCSP[184] y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, entre otras en su Sentencia de 29 de mayo de 2007, rec. 8202/2004[185]. Pero este no es el supuesto típico de la concurrencia

---

equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios cuando procede entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente)."

[184] b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231.

[185] STS de 29 mayo 2007, rec. 8202/2004:

"En efecto, el principio «"factum" príncipis» se asocia, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de contratos de concesión de obras públicas, anterior a la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que consagra expresamente en el artículo 248 dicho principio como causa de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, a aquellos supuestos en que la adopción por la Administración de medidas de carácter económico o social, acordadas al margen del contrato, que tienen una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso

de hechos del príncipe que, como ya se ha indicado, derivan de la actuación administrativa, de obligada observancia, de carácter general, que no modifican pero afectan indirectamente a las prestaciones y que ocasionan un daño evaluable al contratista nacido de la ruptura del equilibrio financiero del contractual.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo ha matizado más recientemente que la indemnización, basada en razones de equidad, derivada de los actos calificados como "factum principis" es independiente de la aplicación de otras formulas de restablecimiento del equilibrio económico financiero como lo son las fórmulas de revisión de precios o tarifas, si bien matiza que cuando la Ley, como lo hace el citado artículo 258.2 b) TRLCSP, prevé otros mecanismos de compensación para asegurar un determinado tipo de riesgos serán aquellos los

para una de las partes, causando perjuicios concretos para el contratista o el concesionario, determina el reconocimiento judicial de la obligación de la Administración, con base a razones de equidad, con independencia de la aplicación del procedimiento contractual de revisión de precios o tarifas, de mantener indemne el equilibrio de las prestaciones económicas, compensando o indemnizando por los daños y perjuicios ocasionados, de donde se deduce que este principio deviene inaplicable cuando la Ley establece directamente un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato concesional, como acontece en este proceso, en que el artículo 8 del Real Decreto-Ley 6/1999 prevé la iniciación del procedimiento de revisión de los contratos de concesión de autopistas para rebajar las tarifas de peaje satisfechas por los usuarios en un 7 por ciento de su importe e impone a la Administración General del Estado la obligación de liquidar a las sociedades concesionarias de su ámbito competencial por la pérdida de ingresos que les suponga la bajada de tarifas, y de celebrar convenios de colaboración cuando la Administración concedente sea una Comunidad Autónoma."

que habrán de tomarse en cuenta para restituir al contratista por los daños y perjuicios que la actividad administrativa le hubiere ocasionado[186].

Diferenciar entre fuerza mayor, riesgo imprevisible, *"factum principis"* y el *"ius variandi"* de la Administración que estudiaremos con más detenimiento en el siguiente capítulo, es en ocasiones una tarea ciertamente compleja porque la distinción depende de ciertos matices que, de no ser apreciados adecuadamente, pueden dar lugar a calificaciones erróneas.

[186] STS de 29 mayo 2007, Sala 3ª, rec 8202/2004:

En efecto, el principio «"factum " príncipis » se asocia, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de contratos de concesión de obras públicas, anterior a la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que consagra expresamente en el artículo 248 dicho principio como causa de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, a aquellos supuestos en que la adopción por la Administración de medidas de carácter económico o social, acordadas al margen del contrato, que tienen una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso para una de las partes, causando perjuicios concretos para el contratista o el concesionario, determina el reconocimiento judicial de la obligación de la Administración, con base a razones de equidad, con independencia de la aplicación del procedimiento contractual de revisión de precios o tarifas, de mantener indemne el equilibrio de las prestaciones económicas, compensando o indemnizando por los daños y perjuicios ocasionados, de donde se deduce que este principio deviene inaplicable cuando la Ley establece directamente un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato concesional, como acontece en este proceso, en que el artículo 8 del Real Decreto-Ley 6/1999 prevé la iniciación del procedimiento de revisión de los contratos de concesión de autopistas para rebajar las tarifas de peaje satisfechas por los usuarios en un 7 por ciento de su importe e impone a la Administración General del Estado la obligación de liquidar a las sociedades concesionarias de su ámbito competencial por la pérdida de ingresos que les suponga la bajada de tarifas, y de celebrar convenios de colaboración cuando la Administración concedente sea una Comunidad Autónoma.

De acuerdo a las consideraciones expuestas en este epígrafe, la aplicación del "factum principis" exige que un acto administrativo de carácter general o una Ley aprobados de manera imprevista, afecte indirecta e ineludiblemente al contrato y ocasione al contratista unos daños capaces de quebrar el equilibrio económico financiero de las prestaciones por hacer la suya especialmente onerosa.

Sin embargo, cuando la Administración hace uso del *"ius variandi",* ejercita, por razones de interés público que está obligada a tutelar, la facultad que le asiste de modificar unilateralmente el contrato que, en particular, le une al contratista, de tal forma que este último tiene derecho a ser indemnizado cuando se desestabilice el equilibrio económico financiero o a instar su resolución cuando se produce una alteración sustancial de las prestaciones incompatible con la oferta que presentó en su día.

Por otra parte, sobreviene un riesgo imprevisible cuyas consecuencias deben ser indemnizadas cuando aparecen circunstancias que no pudieron ser previstas cuando se celebró el contrato, que alteran sustancialmente su ejecución y que, a consecuencia de ello, cualquiera de las prestaciones resulta mucho más onerosa de lo pronosticado inicialmente.

Y, por último, concurren supuestos de fuerza mayor en los casos en que sobrevienen súbitamente los hechos tasados previstos en el artículo 231 TRLCSP u otros fenómenos naturales análogos que por su especial virulencia consiguen quebrar la equivalencia de prestaciones.

En definitiva, el elemento determinante para apreciar la concurrencia de supuestos de *"factum principis"* frente a los de riesgo imprevisible, fuerza mayor o *"ius variandi"* es que la Administración adopte una medida de carácter general por circunstancias ajenas al propio contrato que le afecte indirectamente porque,

en todos los casos, para ser indemnizado, el evento deberá ser imprevisible ineludible y excesivamente oneroso para el contratista. Esta excesiva onerosidad se ha venido determinando jurisprudencialmente en, al menos, el 2,5 % del precio del contrato –cifra que, no obstante, no es determinante[187]-, de esta manera aunque se den los presupuestos y exista el hecho del príncipe si no supone una carga especialmente gravosa no se producirá la quiebra del principio del riesgo y ventura y el contratista deberá asumir el sobrecoste[188].

En cualquier caso hay situaciones que son realmente confusas y que originan opiniones divergentes entre los propios órganos de justicia Así sucedió, por

[187] STS de 25 abril 2008, rec. 5038/2006:

"En el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero al cifrarlo en el 2,5 % del contrato, supuestos analizados en las sentencias esgrimidas.

Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57 % en presupuesto inicial, o 3,14 % en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible .

[188] Dictamen del Consejo de Estado nº 1834/2011 de 15 de diciembre de 2011:

"el mayor importe de costes de seguridad determinado por la aplicación de una medida general no supone una afectación directa y especial a la contratista para la realización de la obra en cuestión, ni por su entidad económica (mínima, el 0,48% del precio de adjudicación según los cálculos que obran al expediente) tiene la significación suficiente para alterar el equilibrio económico del contrato."

ejemplo en la STS de 19 enero 1998, rec. 1290/1990 donde el Tribunal Supremo, corrigiendo a la Audiencia Nacional, declaró en la que la elevación en sucesivas veces de los precios de los asfaltos acordados por el Estado en uso de las atribuciones que le confería la legislación del monopolio de petróleos no era un supuesto de *"factum principis"* sino de riesgo imprevisible[189], de lo que se infiere que, ante la ausencia de una regulación legal que determine los supuestos que encajan en esta figura, salvo claro está de lo dispuesto en el artículo 258. 2 b) TRLCSP, deberá examinarse cada caso concreto y siguiendo las pautas dadas por la doctrina y la jurisprudencia, confiar en la interpretación al efecto lleve a cabo la Administración y, en su caso, los órganos judiciales competentes.

IV.- EL RIESGO IMPREVISIBLE COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA DE OBRAS Y LA CLÁUSULA *"REBUS SIC ESTANTIBUS"*.

Como es bien sabido, la regla esencial en la contratación administrativa es que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, lo que implica que aquel debe asumir, con carácter general, los riesgos derivados de la prestación que se obliga a ejecutar. Esta regla general presenta una serie de excepciones, fuerza mayor, *"factum principis"*, revisión de precios, clausulas de

[189] STS de 19 enero 1998, rec. 1290/1990:

"produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo precaver, incluso empleando una diligencia fuera de las normas en este tipo de contrataciones, entonces y en éste último supuesto ha de acudirse a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato."

reparto del riesgo etc., que tienen por objeto garantizar el equilibrio económico financiero de la relación contractual.

Esta teoría del equilibrio o ecuación financiera, basada en la proporcionalidad de las prestaciones a las que se obligan los intervinientes en la contratación pública, en nuestro sistema, admite, entre otras limitaciones al principio del riesgo y ventura del contratista, la doctrina de la imprevisión o del desequilibrio producido por eventos excepcionales o imprevisibles ajenos al ámbito de responsabilidad de Administración y contratista que ha sido reconocida por la Jurisprudencia y por la doctrina del Consejo de Estado[190].

Si se rompe el equilibrio económico contractual a consecuencia de una mayor onerosidad sobrevenida e imprevisible parece claro que la esencia misma del contrato desaparece junto con la bilateralidad que es propia de este tipo de obligaciones [191] y ya no puede hablarse de la equitativa equivalencia de prestaciones que subyace en toda contratación pública. Por eso, si bien no hay

[190] Dictamen del Consejo de Estado nº 99/1998 de 14 de mayo de 1998:

"cuando las previsiones contractuales ordinarias devienen ineficaces debido a la 113 concurrencia de acontecimientos extraordinarios, ajenos a la voluntad 6 de las partes contratantes, y que, a su vez, suponen una ruptura de la ecuación financiera del contrato, como sucede en el caso ahora contemplado, es posible que pueda resultar aplicable excepcionalmente la denominada doctrina de la "imprevisión" o del "riesgo imprevisible".

[191] LARENZ, K., "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos", Ed. Comares (Granada, 2002), pág. 122.

"un contrato celebrado como "bilateral" pierde su sentido y carácter originarios cuando, a consecuencia de una transformación de las circunstancias, la relación de equivalencia se modifica tanto, que ya no puede hablarse de "contraprestación", de un equivalente que pueda considerarse como tal. En semejante supuesto ha de afirmarse que "la base" de todo contrato ha desaparecido"

que olvidar que de la teoría del equilibrio económico surge la obligatoriedad de lo pactado por las partes en el contrato, *"pacta sunt servanda"*, y que cada parte ha de asumir con todo rigor los riesgos derivados del cumplimiento de sus respectivas obligaciones, lo cierto es que si acontecen circunstancias excepcionales e imprevistas que convierten la obligación, sin culpa del deudor, en excesivamente onerosa o, en otras palabras, si dichas obligaciones no son ya exigibles en la forma pactada, *"sería contrario a las más elementales exigencias de la buena fe contractual y al principio de proporcionalidad en las relaciones sinalagmáticas mantener el pacta sunt servanda cuando de forma sobrevenida ha desaparecido la base objetiva del negocio jurídico"*[192].

La doctrina del riesgo imprevisible, que se desarrolla en nuestro derecho a partir de lo dispuesto en el artículo 127 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales[193], todavía vigente, cobra en tales casos todo su sentido al paliar los efectos de esa excesiva onerosidad tan grave que quiebre absolutamente el equilibrio prestacional de manera que el contratista se vea ante una obligación cuyo cumplimiento le

---

[192] BLANQUER CRIADO, D. "Los principios jurídicos del derecho administrativo", Ed. La Ley (Madrid 2010), pág. 133.

[193] 2.º Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:

a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución y

b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

resulte absolutamente desproporcionado con respecto a la contraprestación recibida o que va a recibir.

Es cierto que este mecanismo de compensación atípico, ideado para contratos de larga duración, ha sido aplicado generalmente a las concesiones de obra pública para las que el artículo 258 TRLCSP garantiza el mantenimiento del equilibrio económico en los términos de la adjudicación de acuerdo con unos supuestos tasados. Ahora bien, en mi opinión, dicho mecanismo es perfectamente aplicable a otros contratos como el de ejecución de obra si se cumplen los requisitos de la norma, y con mayor determinación en los últimos años en los que se han producido importantes reajustes de anualidades por órdenes de ralentización de las construcciones derivadas de una falta de presupuesto consecuencia de la crisis económica que afecta especialmente al sector de la construcción. La disminución del ritmo de las obras incide directamente sobre el plazo de ejecución que aumenta de la misma manera que lo hace el riesgo de que se produzcan hechos excepcionales que trastoquen significativamente el precio de la oferta y quiebren de manera desproporcionada el equilibrio económico del contrato.

En este sentido, es especialmente relevante que el hecho sobrevenido acabe totalmente con la equivalencia de las prestaciones dada la absoluta excepcionalidad de la medida de restitución del equilibrio, esto es, que no basta con que el acontecimiento imprevisto desajuste parcialmente o merme el resultado económico esperado, porque la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible de ninguna manera puede excluir el alea normal del contrato impidiendo que, por virtud de esta teoría, el contratista goce del privilegio de que la Administración leasegure, sin coste, ante cualquier contingencia derivada del devenir ordinario de su actividad económica. El Tribunal Supremo ha venido reconociendo históricamente lo extraño e inusual de esta fórmula de resarcimiento y así ha sido desde la Sentencia de 2 de julio de 1873 hasta la más

actual de 28 enero 2015 rec. 449/2012 en la que, como en otras muchas ocasiones, establece que la aleatoriedad del contrato administrativo tiene como consecuencia que la frustración de sus expectativas económicas no faculta al contratista para liberarse de su obligación o reclamar su modificación y que son tasados y excepcionales los supuestos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato que perturban esa aleatoriedad[194].

Los requisitos para que se genere el derecho del contratista a ser compensado por la concurrencia de un suceso que encaje en la doctrina del riesgo imprevisible parten de que el hecho que motive la quiebra del equilibrio de prestaciones revista el carácter de objetivamente inesperado y fundado en criterios de racionalidad, de manera que como establece el Tribunal Supremo en su sentencia

[194] STS de 28 enero 2015, rec. 449/2012:

"La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vinculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible ."

de 20 de abril de 2004, lo que importa *"no es si el contratista prevé o no el acontecimiento, sino si éste era racionalmente previsible y si a pesar de su previsibilidad el contratista que concluyó el contrato, asumió un riesgo perfectamente previsible y su producción o materialización no debe incidir en los contenidos económicos de la relación"*.

Además, los hechos deben ser totalmente ajenos a la conducta del contratista de manera que si aquel interviene directamente su producción e incluso indirectamente, por ejemplo con una mala gestión empresarial[195], no estaríamos ante un supuesto indemnizable.

[195] STS de 23 noviembre 1981:

"Que en autos existen elementos de prueba suficientes para declarar acreditado que la estructura de la empresa concesionaria es anacrónica e ineficaz -insuficiencia y vetustez de normas estatutarias, amalgama de propiedades individuales y colectiva, plantilla excesiva y de alto nivel de envejecimiento, porcentaje muy elevado de nómina, descontrol y falta de organización mínima de mantenimiento y reparación de los vehículos, nepotismo, etc. y que su funcionamiento se realiza de manera irregular y desorganizada hasta bordear lo caótico -ruptura total entre directivos y trabajadores, división y enfrentamiento entre las distintas categorías de estos últimos, descontrol contable y financiero, indisciplina, desigualdad y tratos, de favor, deterioro de gran parte de los vehículos, abandonos de servicio, mala distribución y atención de líneas, imagen publica deteriorada de la empresa y de la prestación del servicio, personal directivo y conductores sin preparación técnica suficiente, etc.- y si bien tales hechos pudieran autorizarla entender que la causa del desequilibrio económico es exclusivamente debida a la mala gestión empresarial, no es sin embargo necesario acudir a tan radical afirmación para tener por infundada la pretensión de la demandante en orden a la corrección de dicho desequilibrio pues es suficiente a tal fin considerar que se alega como fundamento del mismo el aumento de las costas salariales y el decrecimiento progresivo en la afluencia de viajeros que, si bien son circunstancias sobrevenidas independientes de la mala gestión, carecen de la nota de imprevisibilidad que exige el citado artículo 127.2.2º b) en cuanto que esas circunstancias son tendencias económico-sociales generalizadas y perfectamente conocidas que toda empresa debe precaver adoptando aquellas medidas de restructuración que la más elemental técnica empresarial exige, siendo evidente que al haberse mantenido la asociación de autos en la más

El hecho imprevisible debe producir un verdadero quebranto patrimonial o, en otras palabras, que o bien se produzca la ruptura completa del equilibrio contractual o bien una alteración grave del contrato, excluyéndose, por tanto, supuestos de escasa significación o de alteración leve que encajarían dentro del riesgo y ventura del contratista[196].

En este sentido se ha pronunciado también el Consejo de Estado, entre otros, en el Dictamen nº 50226 de 14 de mayo de 1987 en el que afirma que la doctrina de la imprevisión es excepcional, es aplicable al contrato de obra y opera cuando las técnicas de restauración del equilibrio económico del contrato no alcanzan a remediar el desequilibrio sobrevenido[197].

---

absoluta pasividad ante dichas circunstancias incidió en une falta de previsión únicamente a ella imputable y que, en definitiva, el desequilibrio económico se reconduce a esa mala gestión a ineficacia que es consecuencia inevitable de su estructura organizativa, totalmente inadecuada para responder a las demandas económicas de los tiempos actuales, y que mientras no se modifique sustancialmente o se sustituya por otra más congruente con esas modernas demandas será incapaz de evitar un constante deterioro económico que a todas luces rebasa los limites de aplicación del principio de equilibrio financiero que mas arriba se dejan explicitados."

[196] STS de 28 enero 2015, rec. 449/2012:

"que las circunstancias sobrevenidas generen la ruptura completa del equilibrio concesional o la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas"

[197] "no puede confundirse el riesgo o alza que normalmente corre a cargo del contratista y el fenómeno de nuevos elementos de hecho, extraños al contrato, que afectan a la relación contractual y alteran su curso normal. En este último caso el riesgo no debe pesar sobre el contratista a todo evento, estando previstos los supuestos de resolución, indemnización y exoneración de responsabilidad que, sin merma del interés público, restablecen el equilibrio económico".

Lo anterior es la consolidación de la cláusula *"rebus sic stantibus"* en materia de contratación pública que, enlazada con la teoría del riesgo imprevisible, sirve para paliar las consecuencias del desequilibrio patrimonial derivado de circunstancias extraordinarias y sobrevenidas que obligan a ajustar la relación contractual a las nuevas condiciones. La admisión de dicha cláusula requiere que se de (i) una alteración inusual de las circunstancias concurrentes en el tiempo de celebración del contrato, (ii) una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes que quiebren totalmente el equilibrio prestacional y (iii) la aparición de circunstancias imprevisibles[198].

Con respecto al derecho de resarcimiento derivado de esta causa atípica de restablecimiento del equilibrio financiero, la jurisprudencia ha venido exigiendo, al contrario que en los demás supuestos que quiebran el principio del riesgo y ventura, que las consecuencias negativas derivadas del suceso imprevisible sean asumidas por ambas partes y no sólo por la Administración[199], se trata, por tanto,

[198] STS de 20 octubre 1997, rec. 6462/1992:

"1. Que para admitir la cláusula "rebus sic stantibus ", debe apreciarse, sin duda alguna, la existencia de una desproporción entre las prestaciones de los contratantes que elimine el desequilibrio de las prestaciones.

2. Que el desequilibrio "mutación, le llama la parte apelante- constituya una alteración extraordinaria de las circunstancias imprevisibles del contrato, de suerte que quedan excluidos los eventos ordinarios.

3. Que la cláusula "rebus sic stantibus ", en el Derecho Civil, sirve como remedio de acontecimientos extraños a la voluntad de los contratistas."

[199] STS de 21 octubre 1980:

En estos casos la reparación del equilibrio económico financiero del contrato se produce "mediante un sistema no de compensación integral de pérdidas, que es lo que en el caso de autos parece perseguir el actor, sino mediante un reparto de los perjuicios imprevisibles, entre la Administración y el concesionario, a la vista de las circunstancias

de un *"remedio parcial"* al quebranto económico sufrido por el contrato por el acaecimiento de esas circunstancias. Este resarcimiento incompleto encuentra su justificación en el axioma que establece que si la situación que provoca del desequilibrio no es imputable a ninguna de las partes del contrato, una de ellas, la Administración, no tiene por qué asumir el coste de la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por la otra[200].

En efecto, dado que el contratista es un colaborador de la Administración en la satisfacción del interés general, la aparición sobrevenida de esas circunstancias excepcionales y el trastorno económico que comportan no debe ser soportado enteramente por aquel de acuerdo con *el "principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas"*[201], pero tampoco por el órgano contratante conforme al riesgo y ventura que el contratista asume en el ejercicio de su actividad puesto que, como ya se ha visto, la teoría del riesgo, ni asegura el beneficio del empresario, ni se aplica sino en supuestos excepcionales en los que, si bien sigue siendo posible el cumplimiento de la obligación- y por lo tanto no procede la extinción anticipada del contrato-, se produce una quiebra tal del equilibrio prestacional que las consecuencias económicas imprevistas resultan ciertamente desproporcionadas e inasumibles.

En consecuencia, sería ilógico hacer recaer las consecuencias de las circunstancias acaecidas enteramente sobre cualquiera de las partes cuando son

---

subvenidas, en relación con las tenidas como básicas al tiempo de constituir la concesión.»

[200] BLANQUER CRIADO, D. "Los principios jurídicos del derecho administrativo", Ob.cit., pág. 139.

[201] ARIÑO ORTIZ, GASPAR, "Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos" Ob. Cit. Pág 303.

totalmente ajenas a su ámbito de responsabilidad por lo que razones de equidad aconsejan un reparto equitativo del riesgo[202].

[202] JIMENEZ APARICIO, E. "Comentarios a la legislación de contratación pública". Ed. Aranzadi. Pág. 236

CAPÍTULO V.- EL IUS VARIANDI DE LA ADMINISTRACIÓN. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS

I.- INTRODUCCIÓN

Ya se ha indicado que la relación contractual que rige en el arrendamiento de obras, se ve, en derecho común, sometida a la ley del contrato y al principio del "pacta sunt servanda". Lo libremente acordado por las partes les obliga y lo hace, además y como establece el artículo 1091 CC[203] con fuerza de ley, de manera que ninguna de ellas puede liberarse unilateralmente ni modificar la obligación asumida sino mediando consentimiento de la otra o, en su caso, resarciéndola de los daños y perjuicios que el incumplimiento le ocasione.

En efecto, quienes van a obligarse gozan en nuestro derecho de una amplia libertad de pactos cuyo contenido han de evaluar y sopesar previamente a la firma del contrato, pues una vez perfeccionado adquiere eficacia vinculante y es de obligado cumplimiento. Si el artículo 1593 CC[204] nos dice que el contratista no podrá pedir aumento del precio de la obra aunque aumente el de los jornales o materiales en el supuesto de obras a tanto alzado, el contratista debe valorar muy bien y "ab initio" los riesgos que asume al aceptar las condiciones en las que

[203] Artículo 1091:

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

[204] Artículo 1593:

El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario.

ejecutará la obra. Esta es la máxima en la que se funda el principio del riesgo y ventura ya estudiado en este trabajo. Suscrito el contrato se impone la necesaria obligatoriedad de estar a lo pactado.

El artículo 1593 tiene su origen en el artículo 1793 del Código Civil francés y en el artículo 1534 del proyecto de Código Civil de García Goyena que lo toma literalmente de la norma francesa. Estos preceptos requerían que para que se pudiera pedir el aumento del precio por las modificaciones introducidas en el proyecto, fueran autorizados los cambios previamente por escrito y convenido su precio con el dueño[205]. En la redacción actual, el texto exige además de que se ajuste un precio por las obras que aquellas se sujeten a un plano que concrete el resultado que será el esperado por el dueño. La presencia del proyecto configura

[205] GARCÍA GOYENA, F. "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil" Imprenta de la sociedad tipográfico editorial, Madrid 1852.

"Las convenciones han de ser fielmente ejecutadas según la voluntad de las partes y en el caso del artículo está bien manifiesta la del propietario del suelo acerca del plano o proyecto de la obra y del precio alzado. Pero han sido muy graves y frecuentes los abusos de los arquitectos en esta materia, sopretesto de haberse encarecido los materiales o jornales o de cambios y aumentos hechos en el plano por haberlos estimado útiles o necesarios; alegábase más de una vez que el propietario había aprobado los segundos, espresa o tácitamente, aunque no por escrito. Los arquitectos invocaban la máxima constante de derecho, que nadie debe de enriquecerse a espensas de otros; los propietarios replicaban que nada tenían que ver con el alza o baja de los materiales y jornales y que en el segundo caso no podrían pedir rebaja en el precio alzado, que ellos no habían consentido los cambios, que al hacer el ajuste echaron sus cuentas y su posición particular no les permite nuevos y mayores desembolsos. El artículo previene estos abusos con la prueba escrita que exige el consentimiento del propietario. Pero si este en casos estraordinarios como si al abrir los cimientos se encontrasen obras o edificios subterráneos que fuese absolutamente necesario destruir y limpiar se negará a un razonable aumento del precio, podría el arquitecto recurrir al juez para obtenerlo. La comisión desechó esta opinión: habrá pues de estarse al testo literal y perentorio del artículo"

y caracteriza el contrato de arrendamiento de obras y lo diferencia del arrendamiento de servicios. No quiere esto decir que no se pueda contratar una obra sin sujeción a un plano pero esto conducirá al control discrecional de los elementos no reflejados en ese documento. En efecto, el precepto tiene como fin el control de los arquitectos y contratistas sobre los excesos que se producían y aun hoy se producen en la ejecución de los trabajos, de forma que no se permite el aumento del precio salvo que haya aumento de obra consentida por el dueño, sin embargo, la jurisprudencia ha invertido el sentido del precepto, de forma que el "ius variandi" que ostentaría el dueño siempre y cuando hiciese uso de la facultad que le otorga el artículo 1593 de consentir las alteraciones que se produzcan en los planos y produzcan aumento en las unidades acordadas, se traslada al arquitecto o al constructor. El fundamento de esta inversión conceptual se justifica con carácter general en la interdicción del enriquecimiento injusto con base, como nos dice Sabater Bayle, en tres argumentos, cuales son, (i) el carácter dispositivo del artículo 1593 que significa que la inicial invariabilidad del precio puede ser revocada por pacto inicial que permita la revisión del precio, (ii) la diversidad de opiniones sobre la fundamentación de la norma y (iii) la alta permisividad del tratamiento dado a las autorizaciones sobre los cambios introducidos por arquitectos y contratistas que implican aumento de obra y cuyo coste debe ser soportado por los dueños[206]. La jurisprudencia ha admitido de forma tan amplia las autorizaciones dadas por el "*locator*" que ha validado las verbales e incluso las tácitas, lo que resulta ciertamente censurable puesto que, como dice Gudín Rodríguez-Margariños, A.[207], no se entiende como es posible

[206] SABATER BAYLE E. "Precio alzado en el contrato de obra y coste real superior al presupuestado". Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, ISSN 0212-6206, Nº 19, 1989, págs. 279-290.

[207] GUDÍN RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS, A. E. "El "ius variandi" en las obras con ajuste alzado. Antecedentes históricos, evolución jurisprudencial y examen de derecho comparado" en Anuario Jurídico y Económico Escurialense XLIV (2011).

modificar por un simple acuerdo verbal, sin referencia a las mediciones y precios de las partidas, lo acordado en un documento formal, como es el proyecto de obra avalado por profesionales titulados, visado y sometido a un sinfín de trámites administrativos. Y, como muy acertadamente afirma, lo más grave es que la jurisprudencia admita en ocasiones que la decisión sobre las modificaciones recaiga sobre quien detente la posesión de la obra *"con lo que las posibilidades de defensa se ven gravemente constreñidas"*.

De cualquier manera y sin perjuicio de las vicisitudes que se plantean en generalmente en las obras, no hay que olvidar que, en todo caso, subyace en los contratos el "pacta sunt servanda" y en el arrendamiento de obras el riesgo y ventura de quien se obliga a ejecutar los trabajos acordados. Principios de los que no pueden desligarse las partes y a los que no es ajeno el contrato público, de forma que, mediando el acuerdo de voluntades, a su contenido ha de sujetarse la obligación nacida entre contratante y contratista quienes asumen la fuerza del compromiso que se predica del consentimiento. El contrato debe cumplirse con estricta sujeción a lo convenido[208] y a ninguna de las partes debe dejarse el arbitrio sobre qué es lo que se cumple ni de como o cuando se cumple.

En derecho de contratación pública, la inmutabilidad del contrato tiene, además de la fuerza obligacional que emana del libre consentimiento prestado, otra vertiente o proyección que, con todo el sentido, apunta Horgué Baena. C.[209], y es que la Administración tiene prefijado normativamente el sentido al que debe responder su propio consentimiento que no es otro que elegir al mejor contratista de entre los posibles y que será el que le ofrezca unas condiciones más ventajosas, respectando los principios de transparencia, publicidad y libre

[208] Arts. 1254 y 1258 CC.

[209] HORGÉ BAENA. C. En "La modificación del Contrato Administrativo de obra". Ed. Marcial Pons. Madrid 1997. Pág 44.

concurrencia. La inmutabilidad del contrato, en consecuencia, coadyuva al cumplimiento de las señaladas exigencias de publicidad objetividad y transparencia que rigen dicha contratación evitando, con muchos matices como iremos viendo, la modificación las condiciones del contrato una vez adjudicado, pues de lo contrario se soslayarían los principios en los que se sustenta la contratación pública

En la vigente legislación de contratación del sector público, el artículo 209 regula la sujeción de las Administraciones públicas al contenido del contrato[210] aunque ya pone de manifiesto el carácter atenuado de esta obligación al hacer referencia a las prerrogativas que la Administración ostenta sobre aquel. Estas facultades especiales las encontramos en el artículo 210 TRLCSP[211] que, entre otras y a los efectos que a este epígrafe incumben, señala la prerrogativa del órgano de contratación de modificar los contratos "por razones de interés público". Este poder de modificación del contrato, como señalan García de Enterría, E y Fernández Rodríguez, T.R, es la "más espectacular de las singularidades del contrato administrativo" pues dicen, afecta a los presupuestos básicos de la

[210] Artículo 209 Vinculación al contenido contractual:

Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas

[211] Artículo 210 Enumeración:

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 administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

relación contractual, "pacta sunt servanda" y "contractus lex"[212] y si bien es un privilegio exorbitante, su ejercicio es reglado y obedece a un interés que es superior al particular del contratista y que no es otro que el beneficio de la colectividad al que obedece la Administración[213] y, por tanto, a dicho interés preferente ha de estar pues de él emana la esencia de este tipo de contratación.

II.- FUNDAMENTO DEL "IUS VARIANDI".

Como es bien sabido, la desigualdad de la posición de las partes ante el contrato administrativo es una de sus características esenciales. La Administración se encuentra en una posición de superioridad frente al empresario que ejercita por medio de las prerrogativas que la ley le concede. Una de ellas es el "ius variandi" que puede definirse como el poder que ostenta el órgano de contratación de modificar unilateralmente el objeto del contrato imponiendo al contratista aun contra su voluntad la ejecución de una nueva prestación.

Si la Administración debe su actividad a la consecución de un interés general[214], lo que justifica que el contrato público, que naturalmente debe permanecer

[212] GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R. "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas, Madrid. Pág. 620

[213] Artículo 103 CE:

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

[214] BERMEJO VERA, J., en "Las prohibiciones de contratar en la ley de contratos del sector público" en RAAP, Monográfico X. Zaragoza 2008. Págs. 109 a 140, indica:

inmutable, pierda su rigidez es precisamente ese fin público que blasona la actividad administrativa[215]. Ese interés superior al individual y empresarial explica que la Administración esté legitimada para introducir variaciones al objeto del contrato cuando las necesidades de la colectividad así lo aconsejen[216]. De esta

"Como las Administraciones Públicas constriñen —o deben constreñir— su labor a la consecución de los intereses generales, en estas relaciones jurídicas bilaterales existe también un alto componente de prerrogativa o potestad pública. Estas especiales dosis de potestad se encuentran sobradamente justificadas, sobre todo, por la finalidad pública que late en el fondo de cualesquiera con- tratos realizados desde el poder público"

[215] Dictamen del Consejo de Estado 2351/2006 de 21 de diciembre de 2006:

En efecto, como señalara el Consejo de Estado con ocasión del Dictamen 358/98, de 11 de junio (entre otros muchos), el "ius variandi" en la contratación administrativa es una prerrogativa de la Administración reconocida por razón de interés público. Así, añade por su parte el Dictamen 1598/2002, de 31 de octubre, el principio establecido en el Código Civil de acuerdo con el cual "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse a tenor de los mismos" (artículo 1.091), debe conjugarse con el interés público que está en la base de todo contrato administrativo.

[216] STS de 29 mayo 1995, 3ª, sec. 5ª, rec. 150/1994:

"Ostenta la Administración contratante la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, pudiendo modificar por razón de interés público los contratos celebrados y acordar su resolución con sujeción a los requisitos y efectos señalados en esa Ley, siendo estos acuerdos inmediatamente ejecutivos.

Esta prerrogativa atribuida a la Administración en la esfera contractual tiene su causa y razón de ser en la más inmediatamente posible satisfacción del interés público, procurándose en todo caso, que la prestación incumplida o defectuosamente cumplimentada se interrumpa o cese con grave quebranto del interés público y tal como señalan las sentencias de este Alto Tribunal de 24 de febrero de 1.984 y 13 de julio de 1.985, tal prerrogativa pretende asegurar el buen funcionamiento del servicio y la prestación del mismo de forma regular y continua.

manera, la inmutabilidad del contrato se transforma en la inmutabilidad del fin que persigue[217], el sector público y rompe con el principio de intangibilidad unilateral de los contratos[218] legitimando a la Administración para quebrar el principio "pacta sunt servanda".

El "ius variandi " plasmado en dicho artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado, tal como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1.978, constituye un poder para adoptar las contratos a las necesidades publicas, con el fin de que se construya la obra que demanda el interés público, o sea, su correcta ejecución que es el sentido finalista que justifica toda la especialidad de las normas reguladoras de esta singular materia de los contratos administrativos, en que el interés general es el que debe prevalecer en todo caso y como indica la de 2 de julio de 1.979, la prevalencia del fin sobre el objeto, una de las características del contrato de obra pública es la que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin.

[217] Ob. Cit. "La modificación del Contrato Administrativo de obra". Pág. 46

[218] Dictamen del Consejo de Estado 334/2014 de 26 de junio de 2014:

El "ius variandi" constituye una prerrogativa exorbitante de la Administración, en cuanto rompe abiertamente con el principio general de la intangibilidad unilateral de los contratos. Esta naturaleza singular y privilegiada del poder de modificación exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece el legislador, entre ellos los llamados límites materiales, referidos a la cuantía de las reformas contractuales que pueden ser impuestas obligatoriamente al contratista. En este sentido, de conformidad con lo previsto en el invocado artículo 220 e) de la LCSP, son causa de resolución del contrato de obras las modificaciones en el contrato, aunque sean sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio primitivo, con exclusión del IVA. Esta causa de extinción ha sido tradicionalmente ligada a la voluntad del contratista, a quien el legislador concede el derecho de apartarse del contrato en el caso de no aceptación de las modificaciones impuestas en el mismo por la Administración, una vez superados los límites materiales.

La consecuencia de lo anterior debe ser, sin duda, que materialmente el "ius variandi" existe porque el interés general[219] al que la actividad administrativa se supedita[220] así lo aconseja, de manera que si las necesidades colectivas cambian en la misma proporción debe mutar la prestación contrata[221] y, en el plano,

[219] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA. E., en "Consideraciones sobre el plazo en los Contratos Administrativos de obras" REDA nº 60, octubre-diciembre 1988. Pág. 553 y ss. establece que el interés público justifica las prerrogativas administrativas viéndose matizada la autonomía de la voluntad de la Administración precisamente por la adherencia a ese fin público.

[220] GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. en "Aspectos de la Administración Económica" RAP nº 12, septiembre-diciembre 1953, págs. 11-76 afirma que el Estado a través de la Administración puede actuar directa o indirectamente para el desarrollo de su función social.

[221] STS de 1 febrero 2000, rec. 645/1997:

QUINTO.- El artículo 102 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas EDL 1995/14148, establece que "Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente". El artículo 9 del Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio EDL 1994/16652, se remitía a este precepto de la Ley de Contratos EDL 1995/14148 para posibilitar la modificación de la concesión, como antes se ha anticipado. Corresponde ahora examinar si la modificación se ajusta a los criterios legales.

La doctrina científica ha defendido, entre los privilegios de la Administración contratante, la potestad de modificar el contrato -"ius variandi"-, cuando así lo exija el interés público, cuyas exigencias, al servicio de la comunidad, no pueden quedar constreñidas por las cláusulas del contrato. De esta forma, un error inicial de la Administración contratante posteriormente detectado, o un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, o la adopción de medidas generales que, aunque no varíen directamente el objeto del contrato, inciden sobre él, permiten la posterior modificación del contrato para adaptarlo a las nuevas exigencias.

formal Garrido Falla explica que si la Administración puede organizar reglamentariamente un servicio público también tiene la potestad de reorganizarlo modificando el reglamento que lo regula para adecuarlo al interés común[222]. Pero hay un elemento adicional que justifica la existencia de esta exorbitante potestad y que nos hace ver Juristo Sanchez. R.[223], y es que, si el órgano contratante puede modificar la obra es precisamente porque es de su propiedad ("dominus operis") y es en este punto donde, en este sentido, el derecho administrativo entronca con el código civil, porque si el propio artículo 1593 CC permite al contratista pedir aumento del precio pactado "*cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario",* lo que revela una suerte de "ius variandi" de naturaleza civil sujeto a la autonomía de voluntad del dueño, parece lógico que con mayor razón asista a la Administración el derecho a introducir alteraciones en la obra basadas en el interés común. Y si bien hay autores que

En el mismo sentido se expresa el Consejo de Estado. El Alto Organo Consultivo en sus dictámenes, algunos de ellos citados por el codemandado, pone de relieve que en la opción entre el mantenimiento del contrato y su resolución debe atenderse al interés público en juego, dando preferencia a la pervivencia de la relación contractual por las consecuencias perniciosas -costes de nueva contratación, retraso en la prestación del servicio, etc.- que la resolución conlleva.

La jurisprudencia de esta Sala en sentencias reiteradas (SS. de 13 de noviembre de 1978, 2 de julio de 1979, 9 de abril de 1985, 13 de julio de 1992 EDJ 1992/7736, 29 de junio de 1995, 12 de julio de 1995) ha reconocido el "ius variandi". Se dice en ellas que "constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas", que "el interés general es el que debe prevalecer en todo caso", que "la prevalencia del fin sobre el objeto... es la que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin".

[222] GARRIDO FALLA, T. "Tratado de Derecho Administrativo". Vol II Madrid 1980.

[223] JURISTO SÁNCHEZ, R. "La ejecución del contrato de obra pública" Segunda Edición. Madrid 1991.

critican esta postura al entender que de esa manera Administración y contratista se pueden sustraer de los límites que impone la Ley[224], bajo mi punto de vista constituye un argumento más que fundamenta la eficacia de la prerrogativa cuyo ejercicio no excluye, en absoluto, el sometimiento del dueño de la obra a las limitaciones legales que regulan potestad. La Administración puede y debe hacer uso de la prerrogativa porque lo dice la Ley y en la forma en la que lo establece la Ley pero adicionalmente a lo anterior porque además es la dueña de la obra.

En definitiva, tanto si nos encontramos ante una contratación de carácter privado como si lo estamos ante un contrato de naturaleza pública, lo cierto y verdad es que en todo caso el propietario lo que persigue es que la obra sea útil al fin para el que fue concebida y si las necesidades que propiciaron la construcción cambian, la teórica rigidez del contrato no puede ser la causa de una inutilidad sobrevenida que impida la satisfacción de las necesidades que pretendía cubrir el dueño cuando tomó la decisión de llevar a cabo su proyecto. Y esta situación se puede producir con una mayor probabilidad cuando lo que se construye es una obra pública pues generalmente no sólo son grandes y complejas sino que a menudo los proyectos no contemplan todos y cada uno de los pormenores que pueden surgir durante la fase de ejecución, lo que justifica que el órgano de contratación pueda adoptar las medidas necesarias que salvaguarden el beneficio de la colectividad o, según explica Villar Palasí J.L., que el interés de la comunidad no puede verse obstaculizado por la rigidez de un contrato que ha sido celebrado precisamente para su consecución[225].

[224] JIMENEZ APARICIO, E. "Comentarios a la legislación de contratación pública" Tomo II. Aranzadi, pág. 906.

[225] VILLAR PALASÍ J.L. en "Lecciones sobre contratación Administrativa" Madrid 1969.

III.- NATURALEZA JURÍDICA DEL "IUS VARIANDI"

La facultad de modificar unilateralmente el contrato es una de las prerrogativas que, junto a las de interpretar su contenido, resolver las dudas que ofrezca, acordar su suspensión y resolución y dirigir, inspeccionar y controlar su ejecución ostenta la Administración. Estas prerrogativas se encuadran en la potestad general de autotutela de la que aquella goza y que se encuentra prevista en la Ley y, por tanto, es una facultad que no nace, se desarrolla y se extingue con cada contrato sino que viene atribuida "ex lege" para satisfacer el interés general. En este sentido, es casi unánime la doctrina que coincide en señalar que efectivamente no estamos ante un derecho subjetivo en el seno de una particular y concreta relación jurídica inserta en cada contrato, sino ante una verdadera "potestas"[226] o poder de la Administración que tiene la facultad de ejercitar de un modo genérico[227].

[226] STS de 29 mayo 2007, rec. 8202/2004:

"El "ius variandi " de la Administración se ejercita en función del interés público, pero en ejercicio de una facultad de modificación del contrato, atribuida por el ordenamiento jurídico a la Administración, compensada por el derecho de resolución que correlativamente se otorga al contratista, cuando la decisión entrañe una alteración sustancial, como bien expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1997 ("aquélla potestas variandi de la Administración se ejercita en función del bien común, del interés público, que se halla obligada a tutelar, de ahí que no sea comparable a aquella rescisión que en el contrato de obras prevé el artículo 1594 del Código Civil EDL 1889/1 como "ius" que no "potestas" del dueño de la obra, y que sí otorga al contratista derecho a ser indemnizado por la utilidad que pudiera obtener de la obra de la que el dueño desiste")."

[227] ARIÑO ORTIZ, G., en "Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos" Madrid 1968.

El reconocimiento legal de la prerrogativa aparece constreñido a una serie de supuestos tasados lo que significa que nos encontramos ante una potestad reglada y cuyo ejercicio es obligado[228] para la Administración que no puede sustraerse a su utilización cuando se cumplan los requisitos que así lo justifiquen. De acuerdo con MEILÁN GIL, J.L.[229], se trata además de una potestad discrecional que ha de ser necesariamente motivada para evitar que la decisión de alterar el contrato resulte arbitraria.

IV.- EL "IUS VARIANDI" EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. DESDE LA LEY DE BASES DE CONTRATOS DEL ESTADO HASTA EL LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007.

En nuestro derecho, el reconocimiento del "ius variandi" de la administración no se produjo expresamente hasta la entrada en vigor de la Ley 198/1963, de 28 de

[228] VILLAR PALASÍ, J.L. Y VILLAR EZCURRA J.L., en "Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Madrid, Cívitas, 1996.

[229] MEILÁN GIL, J.L., en "Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos Administrativos: Propuesta de Revisión". RAP nº 191, mayo-agosto 2013, dijo que

La afirmación de que la prerrogativa es una potestad reglada, pese a su plausible intención de ponerle límites, el texto anteriormente transcrito sugiere que se trata de una potestad discrecional, tal como he ve- nido defendiendo, que implica la elección por la Administración de la solución que estima es la justa y no una entre varias igualmente justas, como es corriente sostener. Desde el punto de vista del interés general que debe servir por imperativo constitucional solo existe una 66. Como toda potestad discrecional, sin perjuicio de contener elementos regla- dos, ha de ser motivada. Es lo que se dice en el citado artículo. La ausencia de motivación haría arbitraria la decisión de la Administración de modificar el contrato. Podrá ser objeto de una sentencia posterior que considere que ese ejercicio no ha sido realizado conforme a Derecho, con las consecuencias indemnizatorias para el contratista, pero el acto administrativo desplegó su fuerza ejecutiva. Para lo que se está tratando, la prerrogativa subsiste.

diciembre, de Bases de Contratos del Estado[230] en cuya exposición de motivos ya se hacía referencia al que denominaba "problema del ius variandi" que resolvía concluyendo que sólo procedería la modificación dentro de los límites que estableciera el ordenamiento jurídico que venían a ser, como disponía el artículo 16 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, el interés público[231]. Partía de que si la obra estaba bien proyectada, no había necesidad de presumir la necesidad de introducir modificaciones posteriores y en ello justificaba el carácter restrictivo de esta potestad exorbitante[232]. La base VI, ya determinaba la obligatoriedad del

[230] No obstante, el Reglamento de contratación de las corporaciones locales de 1953 facultaba a la Administración en sus artículos 53, 54 y 55 a modificar el contrato cuando se produjeran "variaciones de detalle que no alteran sustancialmente los pliegos de condiciones ni los precios establecidos", "por causas imprevisibles o inevitables o en virtud de motivos de interés público" o "en casos de peligro para el orden o seguridad públicos" y sobre estas cuestión es importante mencionar el interesante artículo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en "Dos Regulaciones Orgánicas de la Contratación Administrativa". RAP nº 10, enero-abril 1953. Págs. 241-281.

[231] Artículo 16:

La Administración tiene la facultad de interpretar los contratos en que intervenga y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente podrá modificar por razón de interés público los contratos celebrados, dentro de los límites y con arreglo a los requisitos señalados en la presente Ley.

Los acuerdos que dicte la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas de interpretación y modificación serán inmediatamente ejecutivos

[232] VI. Al enfrentarse la Ley con el problema del «ius variandi», lo resuelve de perfecto acuerdo con las directrices sobre las que se asienta la reforma; la modificación del contrato sólo podrá acordarse dentro de los límites que establezca el Ordenamiento jurídico. Se ha razonado anteriormente que cuando una obra pública ha sido bien proyectada y adecuadamente contratada, no hay razón para presumir, con carácter general, la necesidad de posteriores reformados que tienden en muchas ocasiones a paliar situaciones no calculadas o, en definitiva, defectos de previsión. Este es el

contratista de ejecutar las modificaciones ordenadas por la Administración sin que su reducción le diera derecho a reclamar indemnización de ninguna clase, si bien le permitía optar por la resolución contractual si el importe de los cambios alteraba en más o en menos el veinte por ciento del presupuesto[233]. Con anterioridad, ni el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 por el que se aprueban reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios y obras públicas, ni el capítulo V de la Ley de administración y contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, ni los Pliegos de Condiciones Administrativas Generales preveían expresamente el poder de la Administración de alterar los contratos.

Sin embargo, el hecho de que hasta la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado no se hubiese producido el reconocimiento normativo explícito de la potestad de la Administración de modificar los contratos por razones de interés público, no quiere decir que la jurisprudencia no hubiese

---

fundamento del carácter restrictivo que el «ius variandi» debe ostentar en una buena Administración.

No podía llevarse tampoco a sus últimas consecuencias la rigurosa disciplina del derecho de la Administración a modificar el contrato y se prevén los casos de suspensión provisional y definitiva y los aumentos y reducciones del volumen de obra, procurando que su ejercicio, basado en el interés público, sea todo lo respetuoso que merece, con el vinculo contraído.

[233] Cuatro. Si durante la ejecución la Administración resolviese introducir en el proyecto modificaciones que produzcan aumento o reducción y aun supresión de las unidades de obra marcadas en el presupuesto o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea de las comprendidas en la contrata, serán obligatorias para el contratista estas disposiciones, sin que tenga derecho alguno en caso de supresión o reducción de obras a reclamar ninguna indemnización. Si dichas modificaciones supusieran alteraciones en el presupuesto de la obra en más o en menos del veinte por ciento de su cuantía, el contratista podrá optar por la resolución del contrato sin pérdida de fianza.

reconocido más temprano este derecho[234] o que, si bien con un carácter más atenuado, la legislación administrativa no lo hubiera previsto[235] respecto a la concesión de servicios públicos que es el elemento sobre el que se elaboró la teoría del contrato administrativo en Francia y que fue importada posteriormente a nuestro derecho.

Tras la derogación de Decreto 923/1965, de 8 de abril por el que se aprueba la Ley de Contratos del Estado por la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas pasa a ser el apartado primero del artículo 60 de esta última disposición el que recoge esta prerrogativa[236]. El posterior Real

[234] STS de 10 octubre 1908:

"si bien es cierto, en principio, que la Administración no puede modificar los contratos que celebra, a no ser que la novación se halle autorizada por la Ley o se haya acodado con las mismas formalidades y garantías a que se ajustara su celebración, tampoco puede negarse en absoluto, sin grave riesgo, la facultad de la Administración siempre que las necesidades públicas aconsejen la novación"

[235] Artículo 163.2 del Decreto de 16 de diciembre de 1950 por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945:

El arrendatario o concesionario, previa autorización de la Corporación podrá introducir mejoras en la prestación del servicio y también la Corporación podrá imponerlas mediante indemnización adecuada.

[236] 1. 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 administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista.

Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su artículo 59.1 idéntico tenor literal que el citado artículo 60.1 LCAP. Por su parte, si bien el Capítulo II del Libro IV de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público contiene en el artículo 194 las prerrogativas de los entes que configuran Sector Público[237] entre las que se encuentra la potestad de modificar los contratos por razones de interés público[238] y en el artículo 195 el procedimiento para el ejercicio de dichas prerrogativas[239].

---

[237] Artículo 194. Enumeración:

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 administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

[238] RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., en "Los contratos del Sector Público (comentario)". Ed. Edisofer, Madrid 2010, Pág. 526, indica que,

"Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a elementos esenciales del contrato" "El error de la Administración al contratar no justifica por sí solo la modificación".

[239] Artículo 195. Procedimiento de ejercicio:

1. En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista.

2. En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 87 y 197.

V.- EL PUNTO DE PARTIDA DEL CAMBIO DEL RÉGIMEN TRADICIONAL DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

Sin perjuicio de la abundante jurisprudencia comunitaria en materia de modificaciones contractuales, la más relevante y que representa el punto de partida que dio origen al cambio del tradicional y tan criticado modelo de reformados en nuestro país es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004 dictada en el caso Succhi di frutta[240] cuyo contenido[241] es la base de la denuncia que interpuso contra España la Comisión

---

3. No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de:

a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

b) Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 euros.

4. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

[240] VÁZQUEZ MATILLA, F. J., hace un análisis exhaustivo de la sentencia en "La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público", REDA, 143, 2009.

[241] STJUE de 29 abril 2004, caso Succhi di Frutta.

115.- En tal contexto, corresponde por tanto a la Comisión, en su condición de entidad adjudicadora, cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido, no sólo durante el procedimiento de licitación propiamente dicho, que tiene por objeto la evaluación de las ofertas y la selección del adjudicatario, sino, más en general, hasta la finalización de la fase de ejecución del contrato de que se trata.

116.- Por consiguiente, si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

117.- De ello resulta que, en una situación como la del caso de autos, la entidad adjudicadora no podía, tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse.

118.- En efecto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.

119.- Por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente.

120.- En efecto, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados.

121.- Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas.

Europea (IP/11/430) debido a los amplios poderes, casi ilimitados, que la Ley 30/2007 otorgaba a la Administración respecto a la modificación de los contratos[242] y que tuvo como consecuencia que la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, introdujera en su disposición final decimosexta una serie de cambios destinados a trasponer definitivamente la normativa europea, lo que derivó finalmente en que la Comisión archivase el procedimiento incoado contra España[243].

Esta Ley introdujo en la norma de contratación del Sector Público un nuevo Título V en el Libro I dedicado a la modificación de los contratos en el que se contiene una buena parte de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión en materia de

---

[242] BAÑO LEÓN, J. M., en "Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos". Anuario del Gobierno Local 2012 Fundación Democracia y Gobierno Local | mayo 2013. Págs. 141-151

Todo el sistema de prohibición general de modificados bascula sobre la idea de defraudación de la libre concurrencia. De modo que, como se ha observado reiteradamente, la mejor garantía contra el abuso del ius variandi en fraude de terceros es la publicidad.

[243] IP/11/430 Bruselas, 6 de abril de 2011:

Contratación pública: España modifica su legislación sobre contratos del sector público a raíz de un procedimiento de infracción.

La Ley de Economía Sostenible es una medida de la que cabe congratularse, puesto que limita la facultad de las entidades adjudicadoras para modificar los contratos públicos tras su adjudicación y permite disipar así la inquietud que había llevado a la Comisión a incoar el procedimiento de infracción. No obstante, el nuevo régimen se someterá a un minucioso examen y un estrecho seguimiento, a fin de asegurar la total compatibilidad de esta nueva Ley con las normas de la UE sobre modificación de los contratos y obras complementarias.

alteraciones contractuales y de las recomendaciones de la Comisión, que fue trasladado íntegramente a los artículos 105 y ss. y 210 y 211 del actualmente vigente 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 y que estudiaremos con detalle en este capítulo.

VI.- EN GENERAL, LA FACULTAD DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA NORMATIVA COMUNITARIA.

Las Directivas comunitarias de contratación[244] se han propuesto firmemente que los mercados públicos de obras, servicios y suministros se abran a la libre competencia[245] de las empresas con sede los países de la Unión[246] con la esperanza de que se creara un verdadero mercado único[247]. Con este objetivo, la

[244] Sobre el particular PAREJO ALFONSO, L., en "Lecciones de Derecho Administrativo", Ed. Tirant Lo Blanch, 6ª edición. Valencia 2013. Págs. 506-513.

[245] CABALLERO SÁNCHEZ, R., en "Infraestructuras en red y liberalización de Servicios Públicos". Ed. INAP, Madrid 2003, aborda la liberalización de las actividades de interés general a la competencia.

[246] Para MIRANDA GONZÁLEZ, J., en "La contratación de las Administraciones Públicas", Madrid 1995. Pág. 55, una de las características que ha impregnado el Derecho contractual ha sido el cumplimiento del requisito de no discriminación para empresas extranjeras, pero no es una opinión, por supuesto, unánime.

[247] BAÑO LEÓN, J.M., en "La influencia del derecho comunitario en la interpretaciónde la ley de contratosde las Administraciones Públicas". RAP nº 151 Enero-abril 2000. Págs. 11-37.

"El propósito de las Directivas de contratación es bien conocido: lograr que los económicamente poderosos mercados públicos de obras, servicios y suministros se abrieran a la libre competencia de las empresas, de modo que se creara un verdadero

Unión Europea ha venido centrando sus esfuerzos en materia de contratación, en que los estados miembros cumplan con los principios de igualdad, publicidad, transparencia y libre competencia[248]. En concreto, la Comisión[249] entendió que nuestra normativa en materia de contratación pública otorgaba la Administración unas potestades casi ilimitadas de modificar el contrato en fase de ejecución, lo que contravenía a los citados principios puesto que impedía la participación de los candidatos desechados que, en las condiciones del contrato alterado, hubieran podido ser seleccionados frente a los adjudicatarios. Esta cuestión era y es de gran importancia ya que, contrariamente a lo que ha venido defendiendo el Estado, no sólo en las alegaciones que hizo en este incidente, sino en otros procedimientos en los que ha sido parte, el principio de libre competencia no se agota en la fase previa a la adjudicación, sino que se mantiene durante la ejecución, de modo que los aspirantes no seleccionados pueden incluso ejercitar

mercado único. Por ello, las Directivas establecen un umbral objetivo cuantificando aquellos contratos que se considera pueden ser de interés comunitario."

[248] GALLEGO CORCOLES, I., en "La Modificación de los Contratos en la cuarta generación de Directivas sobre Contratación Pública". Ponencia dada en el X Congreso de Profesores de Derecho Administrativo, indica que

"la modificación de los contratos públicos se ha explicado como la respuesta a la tensión que surge entre el principio de eficacia en el servicio al interés público y el principio de libre concurrencia. El primero demandaría la continuidad del contrato ante las diversas circunstancias que surgen en su ejecución. El segundo, que se respete contenido de lo licitado. El Derecho español ha dado tradicionalmente una preponderancia casi absoluta al primero de los principios, mientras que el Derecho europeo se inclina decididamente a favor del segundo."

[249] En realidad, como dice LESMES SERRANO, C., en "El marco comunitario de la nueva Ley de Contratos del Sector Público" Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 2, abril 2008,. Pág. 1, no hay una atribución competencial expresa a la UE en materia de contratación pública, pero sí unos principios fundamentales de la construcción europea que se proyectan sobre este ámbito de actuación de los Estados miembros.

sus derechos ante los tribunales en el caso de que se altere significativamente el contenido de la prestación. Así pues, la normativa europea busca limitar la potestad de la Administración[250] de alterar el contrato una vez adjudicado dando prevalencia al "pacta sunt servanda" frente al "ius variandi" como medio que obligue a cumplir al órgano de contratación los principios de igualdad, publicidad, transparencia y libre competencia.

En este sentido, el interesante artículo de Meilán Gil, J.L[251] ya citado coincide en que la potestad de la Administración de modificar unilateralmente el contrato constituye un poder para adaptar los a las necesidades públicas y que dichas necesidades no pueden limitarse por su clausulado añadiendo que el interés público se interpreta como *"interés asumido por la Administración pública"*. En esa visión tradicional del contrato administrativo que condiciona su existencia a la existencia misma de las prerrogativas de las que gozan los organismos públicos, el ejercicio de la potestad modificadora por los motivos legalmente tasados excluye de suyo la convocatoria de un nuevo proceso de licitación, de manera que la presencia de los presupuestos que justifican la alteración contractual *"se convierte en un asunto exclusivo de las concretas partes en el*

[250] El presente trabajo se centra en el contrato Administrativo, no valora la modificación de los contratos suscritos por el resto de entidades que componen el sector público. Sobre este particular es interesante el artículo de BERNAL BLAY, M.A., "Acerca de la transposiciónde las directivas comunitarias sobre contratación pública comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, as. c-84/03 (Comisión vs. Reino de España),y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo" en RAP nº 168, Madrid, septiembre-diciembre (2005), págs. 167-185. También sobre el ámbito subjetivo GIMENO FELIU, J. M., en "El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público: luces y sombras." RAP nº 76, Madrid, mayo-agosto (2008), págs. 9-54.

[251] MEILÁN GIL, J.L. "Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos Administrativos: Propuesta de Revisión". Revista de Administración Pública nº 191 Madrid

contrato que se modifica". Esa exclusión del resto de licitadores cuando se ejercita la prerrogativa modificadora del contrato puede contravenir los principios que inspiran la contratación pública y en tal caso la alteración contractual no estaría amparando el interés general en la medida en que aquel se identifica, en sí mismo, con el cumplimiento de la Ley.

Para evitar el incumplimiento de los citados principios rectores de la contratación pública, la anterior Directiva 2004/18/CE, regulaba el procedimiento posterior a la adjudicación del contrato, con la clara pretensión de asegurar la igualdad de trato a los aspirantes, evitando cualquier tipo de discriminación por medio de la exigencia de publicidad y transparencia de las licitaciones. No hay referencia a las prerrogativas de los poderes adjudicadores más allá de lo dispuesto en el artículo 26[252] , lo que deja a los estados libertad para regular los motivos que justifiquen la modificación de los contratos adjudicados siempre y cuando se cumplan los principios de funcionamiento de la Unión.

Por su parte, la nueva Directiva 2014/24/UE es heredera de la jurisprudencia que desarrolló la escueta normativa que contenía la Directiva 2004/18/CE y, en lo que respecta a la alteración de los contratos ya adjudicados, si bien centra su atención en el procedimiento de adjudicación[253], regula ahora las condiciones en las que

[252] Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.

[253] La normativa comunitaria se concreta en la eliminación de todo tipo de discriminaciones entre contratistas nacionales y no nacionales y de restricciones de estos últimos y en la organización de una adecuada publicidad para que el proceso de licitación y de adjudicación de los contratos públicos se produzca con absoluta

la modificación de un contrato público vigente exige un nuevo procedimiento de contratación cuando el órgano adjudicador introduce cambios sustanciales en el objeto del contrato que para prueban la intención de las partes de renegociar las condiciones inicialmente pactadas, de manera que si esas modificaciones hubieran sido conocidas en el momento de la adjudicación, su resultado podría haber sido distinto, o lo que es lo mismo, el adjudicatario del contrato habría podido ser otro contratista. Eso no quiere decir que no sea posible introducir modificaciones en los casos en los que fuera necesario, pero siempre y cuando no afecten de manera significativa al precio acordado, esto es que no lo alteren en más del 50% del valor inicial o, en caso de exceder ese importe, podrán introducirse modificaciones sin necesidad un nuevo procedimiento de contratación cuando el resultado de la adjudicación no hubiese variado de haberse llevado a cabo con las modificaciones, cuando el equilibrio financiero del contrato no se altere a favor del contratista, cuando la modificación no altere de manera importante el ámbito del contrato o acuerdo marco o cuando el contratista no sea sustituido por el ente adjudicador sin seguir el procedimiento legalmente previsto.

El artículo 72 de la Directiva, regula la modificación de los contratos durante su vigencia[254]. Este precepto resulta de suma importancia y viene a establecer que

trasparencia. RODRÍGUEZ DE RIVERA DOMINGO, C., en la obra colectiva "Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público" Ob. cit.. Pág. 1786.

[254] Artículo 72:

1. Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:

a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u

opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco;

b) para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

i) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever,

ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato,

iii) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

d) cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de:

i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),

ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien

iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71;

e) cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a los efectos del apartado 4.

Los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en los casos previstos en las letras b) y c) del presente apartado publicarán un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo V, parte G, y se publicará de conformidad con el artículo 51.

2. Por otra parte, también se podrá modificar un contrato sin necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:

i) los umbrales indicados en el artículo 4, 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.

Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

3. A efectos del cálculo del precio mencionado en el apartado 1, letras b) y c), y en el apartado 2, el precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

las modificaciones sustanciales [255] de los contratos que los alteren

4. Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).

5. Será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2.

[255] STJUE de 13 abril 2010, en el asunto nº C-91/2008:

"cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado

significativamente durante su periodo de vigencia se considerarán adjudicaciones nuevas y requerirán de una nueva licitación.

La letra b) art. 72, se refiere a obras, servicios o suministros adicionales "que resulten necesarias y que no estuvieran incluidas en la contratación original"[256] lo que, según mi criterio ha de reconducirse a los supuestos ya indicados de satisfacción del interés común, ya que si el contrato es de naturaleza pública lo que ha de satisfacer necesariamente es una necesidad de la colectividad y así se desprende del propio artículo segundo de la directiva que, sin perjuicio de los fines que naturalmente son propios del Estado o de las autoridades regionales o locales, define a los organismos de Derecho público como aquellos creados específicamente "para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil". Por tanto, si es necesario introducir modificaciones y si el contrato público, de acuerdo con su propia esencia y con el contenido de la citada norma europea es la satisfacción del interés general, los supuestos de la letra b) del apartado primero del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, encajan plenamente como supuestos de "ius variandi", de tal forma

miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada.

[256] STJ de 29 abril 2010, en el asunto nº C-160/2008:

99. A este respecto, procede recordar que la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial y que, por consiguiente, constituye una nueva adjudicación de contrato, en el sentido de la Directiva 92/50 o de la Directiva 2004/18, en particular cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 36).

que la potestad de modificar, crear o extinguir contratos emana no sólo del derecho nacional, sino también del derecho comunitario que legitima la "potestas variandi" del ente adjudicador.

La directiva establece una limitación pecuniaria para cada modificación cuyos efectos repasaremos con detalle y que asciende al 50 por cien del precio original del contrato que, de sobrepasarse, debería conducir a la resolución del contrato y a nuevo procedimiento de licitación. Sin embargo, al contrario que en nuestra legislación de contratos, mucho mas restrictiva y que tiene en cuenta el importe total de la suma de los precios de las modificaciones, el límite cuantitativo de la Directiva opera individualmente cada vez que se produce una modificación pero no de manera conjunta, pudiendo exceder en aparente contradicción con el apartado 2 que considera sustanciales las modificaciones que, en el caso del contrato de obras, superen los umbrales del artículo 4 y el 15 por cien del valor del contrato inicial.

La letra c) del apartado primero del artículo 72 de la Directiva, también se refiere a la "necesidad de la modificación" derivada de una circunstancia que no sea previsible en el momento de la licitación lo que, como en el supuesto anterior, se refiere, sin ningún género de duda a supuestos en los que opera el derecho del órgano de contratación a alterar el contenido del contrato por razones de interés público ya que si el cambio es necesario, lo será precisamente porque satisface una necesidad de la colectividad que resultó imprevisible en el marco de actuación de una Administración diligente, de forma que si no se da solución a esa imprevisión, el objeto del contrato devendría inútil o ineficaz y podría conducir a la ciudadanía a asumir una infraestructura inutilizable.

En este sentido, la norma europea, si bien es restrictiva en lo que se refiere a las modificaciones sustanciales, otorga cierto grado de flexibilidad para adaptar los

contratos a las circunstancias en cada caso concurrentes, sobre todo en los casos en los que, como es usual, aquellos se extienden durante un período largo de tiempo. De acuerdo con los considerandos previos al articulado se identifica el concepto de circunstancias imprevisibles como aquellas *"que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible"*. Pero excluye cualquier supuesto de alteración de la naturaleza de la contratación global, pues según dispone, unos cambios tan sustanciales podrían haber afectado al procedimiento de adjudicación. Sin embargo, la alteración de la naturaleza de la contratación no sólo afecta a la licitación, sino que ataca directamente a la vigencia del "pacta sunt servanda" y a la verdadera ley del contrato, principios que, atenuados, se conjugan con la prerrogativa de modificación contractual, de modo que si la alteración es tan sustancial que es capaz de mutar el objeto del contrato lo que procede es su resolución y, consecuentemente, una nueva licitación.

Es interesante también a los efectos del "ius variandi", la letra e) del apartado primero del citado artículo 72 porque permite, en aparente contravención con los apartados precedentes, la introducción de modificaciones independientemente de su precio, con la sola condición de que no se trate de variaciones sustanciales. El concepto de sustanciales[257], se identifica en el

[257] El Informe JCCA 43/08, de 28 de julio de 2008, identifica el adjetivo "sustancial" como concepto jurídico indeterminado

En realidad, lo que ocurre es que la propia esencia de la figura del "concepto jurídico indeterminado" supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada

apartado cuarto del artículo con aquellas que consigan variar la naturaleza del contrato y, en particular, cuando las nuevas modificaciones, de haberse conocido inicialmente habrían permitido la selección de candidatos distintos, cuando se altere el equilibrio económico del contrato a favor del contratista, cuando se amplíe de forma relevante el ámbito de la contratación o cuando se sustituya el adjudicatario del contrato por otro sin seguir el procedimiento establecido. Esto es, que respetando estas normas, la directiva permite ejercitar la potestad de modificación sin límites cuantitativos para la Administración.

Por último, el apartado segundo del artículo 72, permite modificar el contrato sin tener en cuenta la posibilidad de que hubiese sido otro el contratista seleccionado o sustituir al contratista sin seguir el procedimiento establecido sin acudir a un nuevo procedimiento de licitación siempre y cuando el valor de la modificación no supere los umbrales del artículo 4 de la Directiva, ni el 15 por cien del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

De todo lo anterior se deduce que la norma es contradictoria respecto a las limitaciones cuantitativas que contiene, que es más laxa que nuestra normativa

---

caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo.

Por ello, la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato.

interna que deriva precisamente de la Jurisprudencia de los Tribunales de la UE y de los procedimientos seguidos contra nuestro país y que persigue fundamentalmente el cumplimiento de los principios de libre prestación de servicios, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia[258], como presupuestos reguladores del tratado

[258] STJUE de 29 abril 2004, sala 6ª, caso Succhi di Frutta:

108.- Es preciso recordar que de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, por lo que respecta a la contratación pública, que la entidad adjudicadora está obligada a respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (véanse, en particular, las sentencias de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, asuntos acumulados C□285/99 y C□286/99, Rec. p. I□9233, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, GAT, C□315/01, Rec. p. I□6351, apartado 73).

109.- Se deriva asimismo de la jurisprudencia que dicho principio implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (véanse, en particular, las sentencias de 18 de junio de 2002, HI, C□92/00, Rec. p. I□5553, apartado 45, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C□470/99, Rec. p. I□11617, apartado 91).

110.- El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

111. Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.

fundacional de la Unión Europea pero de un modo mucho más atenuado que el TJUE, dejando los motivos justificativos de las modificaciones contractuales al derecho interno de los estados que la integran.

Las limitaciones al "ius variandi" introducidas por esta Directiva pendiente de trasposición implican un paso atrás al dado por el TRLCSP y favorece la vuelta al antiguo sistema de modificados que ha sido tan criticado por la Comisión. Ni el artículo 33 de la citada norma[259], ni el ya referido artículo 72 limitan el ejercicio de la potestad de modificación que ostenta la Administración en mayor medida que nuestra rigurosa regulación. La Directiva trata de garantizar los principios de igualdad de trato entre licitadores, no discriminación y transparencia, sin embargo ha optado por una regulación extremadamente flexible[260] que permite la introducción de múltiples alteraciones por muy diversas causas y en cuantía suficiente como para desnaturalizar el contrato inicial. Todo ello, de trasladarse a nuestro ordenamiento como lo hace el borrador del anteproyecto de la nueva Ley de Contratos al que se hará referencia en este capítulo, estimulará de nuevo la indeseable práctica de los operadores económicos de ofertar a la baja en las

[259] Por «acuerdo marco» se entenderá un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.

[260] En este sentido DÍAZ SASTRE, S., en "La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública". Observatorio de Contratación Pública 14 de octubre de 2013.

"La regulación de la propuesta de Directiva parece haberse planteado de forma generosa con la posibilidad de modificar los contratos. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la actitud de la Comisión podría haberse esperado una regulación más restrictiva."

licitaciones para recuperar la inversión por cualquiera de los múltiples supuestos en los que puede encajarse la redacción de un proyecto reformado, posibilidad muy limitada con el actual régimen de modificación del contrato.

VII.- LOS LIMITES DEL "IUS VARIANDI".

Si la bien la prerrogativa de alterar el contrato que corresponde a la Administración es una facultad exorbitante atribuida por mandato legal, ello no autoriza al órgano de contratación a hacer un uso indiscriminado y arbitrario de ese derecho pues, como tal facultad reglada, se debe a la Ley y a ella corresponde dotar de contenido y límites a tal extraordinaria potestad. La primera limitación a su utilización la encontramos en lo que constituye la esencia de la contratación administrativa que no es otra que satisfacer una necesidad colectiva[261] bien sea por medio de la ejecución de una infraestructura, dando un servicio que precisen los ciudadanos, etc. El ejercicio de la prerrogativa modificadora encuentra pues su primer límite en el interés general[262] al que la Administración se debe, de

[261] GONZÁLEZ SANFIEL A. M., en "El control comunitario sobre la financiación estatalde infraestructuras." RAP nº 87, Madrid, enero-abril (2012), págs. 67-95, dice

"A través de la construcción de infraestructuras de uso colectivo se satisfacen diversos fines de interés público, y ello es así tanto desde la perspectiva del Derecho interno como del Derecho comunitario. En parte, el planteamiento tradicional hunde sus raíces en esta idea: si la obra es necesaria para la colectividad, la inversión pública está justificada y no puede verse como una ayuda de Estado; es una actuación de interés general que legitima aquella inversión."

[262] Dictamen del Consejo de Estado nº 403/2006 de 4 de mayo de 2006:

"Como se expuso en los dictámenes del Consejo de Estado números 1598/2002 y 142/2003, el interés público debe conjugarse en los contratos administrativos con el principio establecido en el Código Civil de acuerdo con el cual "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de

manera si el cambio propuesto no tiene por objeto el beneficio colectivo, carecerá de fundamento para llevarse a cabo. Una segunda limitación, igualmente importante, se halla en la figura de la novación contractual mucho más inflexible en los contratos administrativos que en la norma civil que la admite con una amplitud de la que la primera adolece, en otras palabras que las partes no pueden a su voluntad[263] extinguir un contrato y sustituirlo por otro[264],

---

los mismos" (artículo 1091). Para lograrlo se atribuye a la Administración la prerrogativa exorbitante de modificación unilateral de los contratos (ius variandi, establecida en el artículo 59 LCAP). En el dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979, se aclaró que "esta naturaleza singular y privilegiada del ius variandi exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley".

Uno de estos límites resulta de la exigencia de que la modificación contractual esté "respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado" (dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991), y que además "tal razón aparezca debidamente justificada en el expediente (dictamen número 3062/98, de 10 de septiembre de 1998). La concurrencia de este interés público debe quedar justificada en el expediente, como resulta del artículo 102 LCAP de 1995 (artículo 101.1 in fine LCAP) y del derogado artículo 149 del Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (actualmente, artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).“

[263] Informe JCCA 15/04, de 7 de junio de 2004

A mayor abundamiento hay que señalar también, en cuanto a la posible modificación de los contratos que como con reiteración viene poniendo de relieve esta Junta “hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores

sino que sólo es posible la novación modificativa en el seno del contrato primigenio sometida al interés general. El "contractus lex" y el "pacta sunt servanda" conservan toda su vigencia pese a las potestades que la Ley concede a la Administración, debiendo convivir las obligaciones que libremente asumen las partes con la función de satisfacción general que es propia de la contratación pública y con las normas supranacionales. La tercera limitación es precisamente la que armoniza la potestad de modificación con la ley del contrato y el principio general de que lo pactado obliga, con el fin de que la prerrogativa administrativa no se transforme en un tamiz tan grande que admita cualquier alteración justificada en un interés común que, por otra parte, es inherente a cualquier contratación pública. Para ello, se han ido regulando progresivamente en la legislación de contratos los supuestos en los que la Administración puede hacer uso de esta facultad exorbitante

En este contexto se pueden tales restricciones en cualitativas y cuantitativas y, dentro de las primeras, las que se refieren a cambios de naturaleza contractual y extracontractual.

VIII.- LIMITES CUALITATIVOS AL EJERCICIO DEL "IUS VARIANDI".

Esta clase de limitaciones ostenta un marcado carácter causal en el sentido de que no sólo es preciso que sea necesario satisfacer una necesidad de la

distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce

[264] Sí es posible la extinción del contrato de mutuo acuerdo entre Administración y empresario, sin embargo esto llevará aparejado un nuevo procedimiento de licitación, si es que la prestación sigue siendo necesaria. Lo que no permite la Ley es la sustitución de un contrato por otro en el seno de una misma licitación, ni la modificación de sus condiciones esenciales.

colectividad, pues toda la actividad de la Administración va encaminada necesariamente a cubrir el interés general, sino que es preciso que concurra un presupuesto adicional que habilite la potestad administrativa de introducir modificaciones en el contrato ya suscrito. En este sentido, es especialmente significativo el cambio que ha sufrido nuestra legislación en materia de contratación pública a raíz de las sentencias de los Tribunales de la UE, de la entrada en vigor de la Directiva 2004/18/CE y de las recomendaciones de la Comisión ya apuntadas, legislación que se encuentra en pleno proceso de cambio debido a la transposición, entre otras de la Directiva 2014/24/UE. En este sentido y como es bien sabido, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, supuso un punto de inflexión en el tradicional sistema de prerrogativas que regía hasta entonces en nuestro ordenamiento y vino a configurar un régimen estricto de modificaciones obligatorias para el contratista fuera del cual solo cabe como única solución posible la resolución del contrato y el inicio de un nuevo procedimiento de adjudicación.

i.- Limites cualitativos aplicables con anterioridad a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

La Ley de bases de 1963 de Contratos del Estado ya manifestaba una clara intencionalidad de limitar el ejercicio del "ius variandi" de la Administración cuando sentaba en su exposición de motivos que "la modificación del contrato sólo podrá acordarse dentro de los límites que establezca el ordenamiento jurídico". Con mayor amplitud preveía la Ley de Contratos del Estado de 1965 las causas que legitimaban a la Administración para alterar el contrato y también el Reglamento General de Contratos del Estado aprobado por Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre que establecía en su artículo 149 que *"La Administración sólo podrá acordar modificaciones en el Proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el Proyecto, cuyas circunstancias deberán*

quedar debidamente justificadas". Este artículo, que provenía del anterior Reglamento de Contratos de 28 de diciembre de 1967, ya imponía una limitación cualitativa de carácter subjetivo al afectar a uno de los integrantes de la relación contractual, en concreto a la Administración, única legitimada para modificar el contenido del contrato cuando acontecieran las señaladas causas y fuera necesario por motivos de interés público. La norma sugería también una limitación cualitativa de carácter objetivo [265] en el sentido de que la Administración no podía pretender un cambio de objeto en el contrato introduciendo modificaciones tan importantes que desvirtuaran lo inicialmente pactado. No obstante, para que se produjera la novación objetiva se requería el consentimiento del contratista como disponía el artículo 150 del Reglamento de 1975 [266] sin que en este caso los cambios pudieran serle impuestos unilateralmente.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas seguía este mismo esquema y en el apartado primero del artículo 102 establecía que *"Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente."*. Eran, por tanto, dos los factores reglados que permitían a la Administración acudir a la prerrogativa modificadora, (i) el surgimiento de nuevas

[265] Ob. Cit. "La ejecución del contrato de obra pública". pág. 224

[266] Cuando las modificaciones del proyecto supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en la contrata o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación a las mismas serán fijados por la Administración a la vista de la propuesta del Director de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia. Si éste no aceptase los precios aprobados quedará exonerado de ejecutar las nuevas unidades de obra y la Administración podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.

necesidades o (ii) la concurrencia de causas imprevistas en el momento de la licitación[267], cualquiera de las dos anudada necesariamente a la presencia del

[267] Dictamen del Consejo de Estado nº 403/2006 de 4 de mayo de 2006:

Un segundo límite resulta en este caso de la necesidad de que concurran necesidades nuevas o causas imprevistas (artículo 102 LCAP de 1995, que se corresponde con el vigente artículo 101 LCAP). A este respecto ha declarado el Consejo de Estado que "el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria, de conformidad con los artículos 18 y 74 de la Ley de Contratos del Estado, no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público" (dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979). No cabe excluir la posibilidad de que "el interés general preconizara en alguna ocasión modificaciones de contrato que vinieran en beneficio del contratista, y no en su perjuicio", mas "es lo cierto que, en todo caso, el ejercicio del ius variandi por la Administración requiere una singular motivación de hecho ("necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas", reza el art. 149 del Reglamento de Contratación) que, de no existir, impide la alteración del contrato, o de sus pliegos definidores, recogidos, como queda dicho, por el principio ne varietur" (dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979).

La concurrencia de necesidades nuevas o causas imprevistas debe estar igualmente justificada en el expediente (artículo 102 LCAP de 1995 y restantes preceptos anteriormente citados).

El fundamento de este segundo límite debe hallarse en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación y, en su caso, en "la naturaleza de los recursos económicos administrados", de carácter público (dictamen del Consejo de Estado número 45.238, de 12 de mayo de 1983). Por lo que respecta al primero de estos fundamentos, en el dictamen del Consejo de Estado número 45.942, de 15 de diciembre de 1983, se puso de manifiesto que el carácter imperativo de las normas sobre modificación de los contratos administrativos tiene "la finalidad de evitar que, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación fundamental en la materia".

interés público como presupuesto común habilitante[268].

Nuevas necesidades y causas imprevistas tienen un marcado carácter temporal, en el sentido de que se manifiestan con posterioridad a la licitación y es que si, como se acaba de apuntar, el beneficio de la colectividad es el punto del que obligatoriamente parte toda construcción, parece lógico que aquella vaya destinada a satisfacer una necesidad concreta de los ciudadanos que previamente ha sido advertida por los poderes públicos o, en otras palabras, que la prestación que en el futuro corresponderá al contratista haya sido configurada de antemano y esto conducía antes y ahora a que cualquier modificación del contrato se debe inevitablemente a circunstancias nuevas y desconocidas en el momento de la perfección del contrato[269], de otro modo se estaría conculcando el principio de la pública licitación. Si bien la discriminación de lo que la Ley consideraba causas nuevas o circunstancias imprevistas debía realizarse desde la casuística de la concreta situación surgida en cada caso concreto, la doctrina coincide en señalar que si lo que finalmente fue objeto de modificación se previó en la fase de

[268] Dictamen del Consejo de Estado número: 776/2011 de 12 de mayo de 2011:

El "ius variandi", en la contratación administrativa, constituye una prerrogativa de la Administración contratante reconocida, por razón de interés público, en el artículo 101 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio"

[269] Dictamen del Consejo de Estado número 41.914, de 24 de mayo de 1979:

"el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria, de conformidad con los artículos 18 y 74 de la Ley de Contratos del Estado, no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público"

formulación de los pliegos pero se descartó no puede hablarse de circunstancias imprevistas[270]. Atendiendo al contenido de los presupuestos materiales que facultarían a la Administración para ejercitar el "ius variandi" no se considerarían modificaciones contractuales, ni las obras accesorias o complementarias que no figurasen en el proyecto, pues se trata de obras adicionales que debían venir amparadas por un nuevo contrato -aunque pudiera ser adjudicado al mismo contratista- ni la suspensión temporal de las obras aunque diera lugar al reajuste de anualidades, ni la revisión de precios, ni la modificación subjetiva del contrato en supuestos de cesión. Supuesto más controvertido era el caso de que el proyecto contuviera errores, que de ser materiales podían ser corregidos en el seno del contrato o del proyecto, según correspondiera. El problema que se ha planteado la doctrina en tales supuestos es si los errores materiales de importancia, los errores técnicos o los defectos de previsión podían tener encaje en los casos de "necesidades nuevas o causas imprevistas" a los que se refería la legislación de contratos. En este sentido, parece que si los hechos que justificaban la modificación del contrato ya estaban previstos inicialmente y lo que se ha producido es un error no concurren circunstancias sobrevenidas sino una mala actuación de la Administración cuya reparación no podría llevarse a cabo mediante el ejercicio del "ius variandi". Los errores materiales o de presupuesto podían ser subsanados en el seno del contrato, pero su comisión era causa de resolución contractual cuando afectasen al presupuesto de obra en al menos un 20 por ciento[271]. En este contexto, parece lógico que si no se supera ese porcentaje de afectación presupuestaria, la Administración pueda subsanarlos sin

[270] ARIÑO SANCHEZ, R. En "Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" Tomo III, Ob. Cit. Pág. 810.

[271] Artículo 150. Causas de resolución:

d) Los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra al menos en un 20 por 100.

más. Ahora bien, la cuestión ha sido siempre en la práctica más compleja, dado que esa regulación no agotaba en absoluto la casuística y es que no es infrecuente que los errores del proyecto conlleven la redacción de un nuevo modificado que subsane tales omisiones o descuidos. Como dice Horgé Baena, C.[272], la cuestión se circunscribe a determinar si el error o la imprevisión que trae finalmente causa de la modificación podía haberse evitado pues la respuesta a esa pregunta, al menos en el plano teórico, debería determinar la necesidad de acudir o no a un nuevo procedimiento de licitación para subsanar los errores apreciados. La doctrina interpretaba el precepto en el sentido de que el "interés general" justificaba la alteración del proyecto de manera que la Administración no puede quedar atada a sus propios errores, sino que ha de poder siempre y en todo caso subsanarlos[273]. Sin embargo la Comisión Europea tiene dicho al

[272] HORGÉ BAENA, C, "La modificación del contrato administrativo de obra", Ob. Cit. Pág. 84.

[273] JURISTO SÁNCHEZ R. "La ejecución del contrato de obra púbica" Ob. cit. Pág 222 "la Administración no puede quedar atada a sus propios errores e imprevisiones. La negligencia que pudiera por ello apreciarse debe o puede tener trascendencia a efectos de la indemnización a favor del contratista que resulta perjudicado. Mas lo que parece claro es que la Administración puede modificar el proyecto si el interés público así lo exige, con independencia del grado de error o imprevisión que pudiera apreciarse.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R. "Curso de Derecho Administrativo", Ob. cit. 620 " "Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad no puede quedar comprometido por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originalmente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteado ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al contractus lex no tendría sentido"

respecto que *"una programación insatisfactoria o insuficiente por parte del poder adjudicador no puede considerarse una circunstancia imprevista"* [274]. El hecho de que la Administración ostente la facultad de subsanación no significa, sin embargo, que aquella deba ejercitarse en el seno del propio contrato ya adjudicado por más que la práctica habitual haya sido acudir a la figura del modificado en estos casos por ofrecer realmente una solución más rápida y eficaz al problema surgido, debido a que los sobrecostes derivados de la redacción de un proyecto modificado son inferiores a los que se devengarían por la resolución del contrato, indemnización al contratista, redacción de un nuevo proyecto e inicio de un nuevo proceso de licitación. Si desde el punto de vista del plazo y del presupuesto esa parece la mejor solución, en el plano jurídico no es este el camino más adecuado porque tal actuación podría incurrir en fraude de ley al impedir el acceso de otros posibles contratistas al contrato reformado. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en el interesante dictamen 79/1993 en el que anticipándose al contenido de la más moderna legislación en materia modificatoria que luego veremos, abordó esta cuestión desde un punto de vista jurídico excluyendo la posibilidad de que se altere de manera sustancial el objeto del contrato, insistiendo en que la prerrogativa de modificación de la Administración no admite la mutación completa de la prestación o la alteración de sus elementos esenciales[275]. En efecto, si en el contrato de obras la certeza es

[274] Comisión de las Comunidades Europeas. Dictamen Motivado. Infracción nº 2008/2014.

[275] Dictamen del Consejo de Estado Nº 79/1993 de 1 de abril de 1993.

El citado artículo 149 del Reglamento General de Contratación del Estado permite únicamente acordar modificaciones en el proyecto de obras (y, como consecuencia, en el contrato), previa su adecuada justificación, "cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaboración del proyecto". Esta concreta formulación del precepto reglamentario no permite -como a veces se pretende- servir de cobertura a cualquier modificación, pues en una

un requisito para su validez, la potestad de modificación no puede ser utilizada para transformar el objeto[276] pues lo más que admite es una novación objetiva parcial pero no una transformación total. La LCAP consideraba alteraciones sustanciales *"entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 50 por 100 del importe del presupuesto."* El artículo 150 del texto refundido del año 2000 redujo al 30 por 100 el porcentaje del presupuesto sustituido para que el

interpretación laxa (que es improcedente, según se ha dicho) podría llegar a otorgársele un efecto omnicomprensivo, lo que de alguna manera de hecho significaría no fijar limitación alguna, al menos cualitativa, a la prerrogativa de la Administración contratante de introducir modificaciones en los proyectos. Y es evidente, por lo demás, que la admisibilidad de tales modificaciones no puede depender exclusivamente de la voluntad del propio adjudicatario, toda vez que, aun siendo ésta necesaria cuando se producen modificaciones que representan una variación en más o en menos al 20% del contrato, no puede servir en cambio de argumento para admitir cualquier variación pues, como ha quedado expuesto, no solamente está en juego en tales casos el propio interés del adjudicatario, sino el principio mismo de licitación pública.

Cuando el referido artículo 149 exige que las modificaciones se fundamenten en "causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto" debe interpretarse en el sentido de que concurran razones técnicas imprevisibles (razonablemente) en el proyecto originario, y no simplemente, por tanto, defectos o meras imprevisiones en dicho proyecto.

En cuanto a la segunda circunstancia que legitima la utilización del "ius variandi" por la Administración, es decir, que las modificaciones "sean consecuencia de necesidades nuevas", no permite ser concebida de una manera tan amplia que permita cualquier variación, incluso cuando entrañe una alteración sustancial del objeto del contrato. En efecto, a través de la prerrogativa de modificación de la Administración no se puede alterar completamente, o en sus elementos esenciales, el contrato originario, pues en tales casos, congruentemente con el principio de licitación pública, debería tramitarse un nuevo expediente de contratación con su correspondiente adjudicación (en concurrencia, si procediera).

[276] La modificación del contrato administrativo de obra. Ob. cit. Pág. 121.

cambio revista el carácter de sustancial pero manteniendo la literalidad del resto del texto. El Consejo de Estado ha considerado que modificar el trazado, ejecutar un nuevo puente y adoptar soluciones prefabricadas de acero en las obras de fábrica a fin de asegurar la vía y garantizar la seguridad de la circulación constituye un proyecto nuevo y distinto del primitivo[277]

En definitiva, la inclusión de este precepto siguiendo una línea continuista con el control que la Ley de Bases de 1963 llevaba a cabo respecto al ejercicio del "ius variandi" por parte de la Administración, es buena muestra de la intención del legislador de acotar esta potestad, que se ha visto cada vez más restringida desde

[277] Dictamen del Consejo de Estado nº 53953 de 21 de diciembre de 1989.

Estas están fundadas pues, como se ha expuesto en antecedentes, el modificar el trazado, ejecutar un nuevo puente y adoptar soluciones prefabricadas de acero en las obras de fábrica a fin de asegurar la vía y garantizar la seguridad de la circulación por ella constituye la finalidad del modificado.

El Consejo de Estado, no obstante, debe expresar que la modificación consultada constituye en realidad un proyecto nuevo y distinto del primitivo. Y ello ha de ponerse de manifiesto de manera especial en este caso por dos motivos: a) porque las obras fueron adjudicadas con una baja importante; b) porque esta circunstancia de modificación sustancial del proyecto se ha producido en varias ocasiones en relación con las obras de acondicionamiento de la Carretera 1313, según ha apreciado este Cuerpo Consultivo al despachar diversos expedientes atinentes a las mismas. En ese sentido, hubiera sido recomendable una nueva licitación, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Contratos del Estado y 109 de su Reglamento. De cualquier manera, el Consejo de Estado debe reiterar la conveniencia de que los proyectos de obras sean definidos con minuciosidad, a fin de evitar que tengan que ser aprobados modificados que desvirtúen los proyectos iniciales como ha ocurrido con las obras de acondicionamiento de la Carretera 1313. Las modificaciones introducidas en los proyectos de éstas afectan a los inicialmente adjudicados en un 85% de promedio. Esta circunstancia obliga a este Cuerpo Consultivo a llamar la atención de V.E. a fin de sopesar la conveniencia, en su caso, de hacer uso de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 154 del Reglamento General de Contratación

que España ingresó en la Comunidad Europea.

ii.- Límites cualitativos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y su modificación tras la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

El artículo 202 LCSP, en su redacción originaria establecía que, *"Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato."* No consideraba modificaciones las ampliaciones del objeto que no pudiesen integrarse en el proyecto inicial, que consistieran en prestaciones susceptibles de utilización independiente o encaminadas a satisfacer finalidades nuevas.

Para ajustar el contenido de la norma a las exigencias comunitarias sobre los principios de trasparencia y de igualdad de trato entre los licitadores[278] se

[278] STJUE de 31 enero 2013, asunto T-540/2010, Reino de España contra la Comisión Europea:

61. Sobre este particular, el Reino de España precisó en la vista, en respuesta a una pregunta del Tribunal, que el contenido de las cláusulas de los pliegos de condiciones de los contratos de que se trata consiste en una remisión a las disposiciones pertinentes de la normativa nacional y, en particular, por lo que se refiere a los contratos públicos de obras, a los artículos 101 y 146 del TRLCAP. No obstante, es preciso declarar, como hizo la Comisión (considerando 58 de la Decisión impugnada), que la mera remisión a las disposiciones pertinentes de la normativa nacional en dichos pliegos no es suficiente para dar cumplimiento a los principios de igualdad de trato y de transparencia, recordados en los apartados 43 a 45 supra. En efecto, ello permitiría a la entidad adjudicadora llevar a cabo una modificación del contrato inicial, ciertamente por razones de interés público motivadas por causas imprevistas, pero también por "necesidades nuevas" (artículo 101, apartado 1, del TRLCAP). Pues bien, el uso de un

restringieron los presupuestos habilitantes *"necesidades nuevas o causas imprevistas"* del artículo 101 del TRLCAP exclusivamente a *"causas imprevistas"* cuya necesidad debía estar debidamente justificada en el expediente. Esto significaba que ya no era un presupuesto habilitante el acaecimiento de necesidades nuevas durante la fase de la ejecución del contrato –si concurrían debían ser objeto de contratación separada- sino sólo cuando un acontecimiento inesperado así lo aconsejase. Ninguna duda cabe de que el concepto *"causas imprevistas"* ha resultado siempre bastante ambiguo y ha sido visto en la práctica como una especie de cajón de sastre que admitía una amplia interpretación y facultaba a la Administración para, por medio de la prerrogativa, corregir fallos del proyecto, introducir obras que durante la fase de construcción se reputaban convenientes, cambiar soluciones constructivas y, en definitiva, para introducir casi cualquier modificación que, a su criterio discrecional, considerase oportuno, eso sí, justificándolo debidamente en el expediente.

A pesar de la interpretación restrictiva que el Consejo de Estado ha venido dando a la posibilidad de que la Administración introduzca alteraciones en el contrato[279], lo cierto es que toda modificación parte del criterio del técnico

criterio relativo únicamente a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación (véanse los apartados 51 y 60 supra). Por otra parte, la referencia a los artículos 101, apartados 2 y 3, y 146 del TRLCAP tampoco puede garantizar el respeto de los principios antes mencionados, dado que estas disposiciones se refieren, en esencia, a requisitos formales relativos al procedimiento que debe seguir la entidad adjudicadora para modificar el contrato inicial.

[279] Dictamen del Consejo de Estado 1041/1992 de 30 de julio de 1992:

"Si bien la Administración goza de un cierto ámbito de discrecionalidad para modificar un proyecto de obra, para el ejercicio de esa potestad deben darse los presupuestos exigidos por el Reglamento de Contratación y, además, esos presupuestos deben estar debidamente justificados. En el caso de que la Administración aprobase el proyecto sin

actuante que puede ubicarla dentro de un supuesto tan amplio como el de la imprevisión, lo que ha planteado siempre efectivos problemas en el control administrativo de la variación propuesta, más aun judiciales pues a los juzgados y tribunales llegan usualmente procedimientos en los que las obras ya se han ejecutado y en los que no es posible más que valorar la procedencia de la acción ejercitada por el contratista, sin que los licitadores excluidos intervengan en el procedimiento, pese a estar indudablemente legitimados, por desconocer los pormenores de la relación jurídica habida entre la Administración y el empresario.

Ya se ha dicho que la reforma de los contratos ya adjudicados puede contravenir el derecho del resto de los aspirantes, pues si antes de preparar su proposición hubieran sabido o previsto que se iban a producir cambios en el contrato por el que licitaban podían haber adecuado su propuesta y quizá haber sido seleccionados frente a la oferta finalmente ganadora. El criterio para discernir si nos encontramos ante un cambio de tal magnitud que pudiera contravenir los principios de transparencia y libre concurrencia que deben presidir todo procedimiento de contratación es la magnitud de la modificación[280] medida en

---

que se den los presupuestos o sin que éstos estén suficientemente fundados, el poder actuante no sólo desbordaría los límites de la discrecionalidad (vulnerando así el artículo 9.3 de la Constitución), sino que además podría defraudar los principios inspiradores de la contratación administrativa, ya que de ese modo se obviaría la debida apertura y tramitación de un nuevo expediente de contratación que tendría su soporte técnico en un nuevo proyecto."

[280] Informe JCCA 5/11, de 28 de octubre de 2011.

En definitiva, siendo el contrato el resultado de un procedimiento de adjudicación en el que han concurrido distintos licitadores, en atención a los principios de igualdad y concurrencia, las condiciones del mismo no pueden resultar alteradas sustancialmente por vía de la modificación del mismo.

términos cuantitativos o cualitativos, de manera que si estamos ante una alteración sustancial de las condiciones será necesario extinguir el contrato vigente y acudir a un nuevo procedimiento de adjudicación.

El Tribunal de Justicia UE, entre otros en la especialmente relevante Sentencia de 29 de abril de 2004, caso Succhi di Frutta, ya citada, estableció la obligatoriedad para los entes adjudicadores de cumplir estrictamente los criterios de la licitación, no sólo durante el procedimiento de adjudicación, sino también en la fase de ejecución, sin que esté permitido alterar ulteriormente sus condiciones esenciales. Declaró que para dar cumplimiento a los principios de libre concurrencia y transparencia, sería preciso que el anuncio de licitación previese los supuestos en los que sería y en qué condiciones posible introducir modificaciones. El Tribunal sentenció que no era viable continuar válidamente el procedimiento contractual aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente, lo que conduciría en caso de que fueran sustanciales a la extinción del contrato y, en su caso al inicio de una nueva licitación.

A raíz de esta importante sentencia y otras en el mismo sentido, se introdujo un apartado 2 en el artículo 202 LCSP originario con el siguiente tenor literal: *"La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual"*. Sin duda se trataba de una "norma extraña"[281] puesto que de un lado, ciertamente su contenido se aparta de lo que conceptualmente significa el "ius variandi" de la Administración en el sentido de que su concepción esencial impide su ejercicio si las circunstancias que lo facultan son previsibles y si están recogidas en el pliego es que efectivamente lo son y, de otro, porque esta prerrogativa se ejercita por ministerio de la Ley y no

[281] Ob. Cit "Comentarios a la Legislación de Contratación Pública" pág. 928.

por virtud del contrato por lo que, consecuentemente, su inclusión en los pliegos sería innecesaria. La interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 de la norma dejaba sin efecto la potestad de modificación como la ostentaba tradicionalmente la Administración, en primer lugar porque, si no era posible alterar los elementos esenciales del contrato, cuando se reputara necesario hacerlo habría que acudir en todo caso a un proceso de licitación, lo que excluye cualquier cambio del contrato ya perfeccionado y, en segundo lugar, porque si el resto de posibles cambios deben estar ya previstos en los pliegos, se excluye el elemento de la imprevisión que caracteriza el "ius variandi" luego en caso de ser preciso introducir variaciones estarían ya previstas y su ejercicio regulado contractualmente, lo que ataca frontalmente la esencia de la prerrogativa.

Otro aspecto que se debe tomar en consideración por la importancia que ha tenido en la regulación posterior tiene que ver con los elementos que determinan que una alteración contractual se considere esencial. La sentencia del TJUE de fecha 19 de junio de 2008, en el asunto C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH estableció que una modificación sustancial del contrato se produce cuando aquel presenta características diferentes al del contrato inicial, cuando introduzca condiciones que habrían permitido a los otros licitadores participar en el procedimiento de adjudicación, cuando amplía su objeto a otros servicios no previstos o cuando cambia el equilibrio económico a favor del adjudicatario de forma distinta a la fijada inicialmente[282].

[282] 34. Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46).

Esta jurisprudencia ha sido seguida por numerosas sentencias posteriores y su doctrina ha sido incluida en la Directiva 2014/24/UE y en el borrador de anteproyecto de la futura la Ley de Contratos y, junto a la resolución recaída en el caso "Succhi di frutta" condicionaron la vigente regulación del proceso de modificación de los contratos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

La última reforma, todavía vigente, trajo causa precisamente de las dudas que la Comisión Europea mostró sobre el anteproyecto de la Ley 30/2007 de contratos del sector público en lo que se refería a la posibilidad de alterar el contenido de los contratos después su adjudicación por ser incompatible con las normas sobre contratación pública contenidas en la Directiva 2004/18/CE y de su interpretación por parte de los TJUE.

---

35. La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

36. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

37. Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

La Comisión emplazo al Estado para que diese respuesta a las dudas que planteaba el sistema de reformados previsto en la LCSP y su incompatibilidad con el contenido de la citada Directiva 2004/18/CE que tenía por objeto la apertura de los mercados de contratación pública a la competencia, la protección de los intereses de empresas no establecidas en mismo Estado que el del poder adjudicador y la prevención de que estos se guíen por consideraciones no económicas en las licitaciones[283]. La norma comunitaria obliga como lo hace la actual Directiva 2014/24/UE al acatamiento por parte de los miembros de los principios de igualdad de trato, no discriminación y de transparencia[284], de

[283] STJUE de 29 de marzo de 2012, nº C-599/2010 Caso Najvyšší súd Slovenskej republiky:

25. Por lo que se refiere al artículo 2 de la Directiva 2004/18, procede recordar que, entre los objetivos principales de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, figura el de garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros. Para la consecución de este doble objetivo, el Derecho de la Unión aplica en particular el principio de igualdad de trato de los licitadores o candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur, C 454/06, Rec. p. I 4401, apartados 31 y 32 y jurisprudencia citada). Por lo que respecta a la obligación de transparencia, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, Rec. p. I 3801, apartado 111). En relación con la adjudicación de los contratos, el artículo 2 de la Directiva 2004/18 exige que los poderes adjudicadores respeten los mismos principios y obligaciones.

[284] GIMENO FELIÚ, J. M., en "Aproximación a las principales novedades de la de ley de contratos del sector público" en la obra "La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)"

acuerdo con el contenido del artículo 2 de dicha norma los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio[285], aplicándose estos principios tanto en la fase de adjudicación como en la fase de ejecución. Apoyada en una abundante cita de la sentencia del caso "*Suchi di frutta",* confirmada por la sentencia del caso Pressetext Nachrichtenagentur GmbH la Comisión establecía en su Dictamen[286] que para garantizar la salvaguarda de los principios de igualdad de trato y de transparencia, las modificaciones del contrato después de su celebración y en fase de ejecución no podían alcanzar a ninguna condición esencial de la adjudicación y, en caso de que así fuese, dichos cambios constituirían un nuevo contrato y requerirían la apertura de un nuevo proceso de adjudicación. Desechaba así la justificación de España[287] sobre las causas que justificaron esa y

[285] MORENO MOLINA, J. A., en "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos" RAP nº 151. Enero-abril 2000. Págs. 319-342.

"Pues bien, la jurisprudencia del Alto Tribunal europeo que ha aplicado los grandes principios del Tratado (prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios) a los contratos públicos ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas Administraciones Públicas europeas. Incluso se puede decir que sus consecuencias han ido más allá que las propias Directivas comunitarias en la materia, cuyo campo de aplicación ha sido más limitado.

En efecto, el Tribunal ha insistido en el carácter instrumental de las Directivas con respecto a los principios básicos del Tratado que afectan a la contratación pública, a la vez que ha destacado la necesidad de que las Directivas sobre contratos públicos se interpreten de manera conforme con los principios del Tratado."

[286] Dictamen Motivado Infracción 2008/2014.

[287] El Estado contestó a la carta de emplazamiento de la Comisión Europea justificando la redacción de los preceptos controvertidos con los siguientes argumentos:

Los servicios de la Comisión informaron demasiado tarde de la posible incompatibilidad de la LCSP española con las normas comunitarias sobre contratación pública.

En las reuniones preliminares celebradas entre las autoridades españolas y los servicios de la Comisión, éstos no mostraron una posición uniforme con respecto a la modificación de los contratos después de la adjudicación.

Los servicios de la Comisión no hicieron ningún esfuerzo por precisar su posición inicial antes de la carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2008.

Las directivas de contratación pública no se aplican a la fase de ejecución del contrato.

Las normas de la UE sobre modificaciones de los contratos se derivan de los principios del Tratado CE y no de los principios de la Directiva 2004/18/CE.

El ius variandi de la Administración Pública es una característica esencial del contrato administrativo.

El recurso a disposiciones sobre obras o servicios complementarios no puede ser una alternativa adecuada para tratar los aspectos que el régimen de modificaciones se propone abordar.

El concepto de causas imprevistas recogido en el artículo 202.1 de la LCSP está fuera del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública de la UE ya que se añade a los requisitos de la sentencia Succhi di Frutta.

El concepto de «condiciones esenciales del contrato» mencionado en el párrafo primero del artículo 202.1 de la LCPS se refiere, al menos, a «condiciones esenciales de la adjudicación».

La interpretación por la Comisión del artículo 202.2 de la LCSP es contraria a su redacción literal.

El párrafo primero del artículo 202.1 in fine impide que las modificaciones introducidas después de la adjudicación afecten a las condiciones esenciales del contrato.

no otra redacción de los artículos que regulaban el régimen de reformados.

La censura de la Comisión al artículo 202 LCSP se centraba en (i) el contenido del concepto de "causas imprevistas" ya que no se determinaba que era lo que abarcaba tan genérico precepto, (ii) la errónea transposición de la doctrina de la sentencia del caso "*Suchi di frutta"*, pues en ella se hacía referencia a la prohibición de alterar lo elementos esenciales de la adjudicación que es un concepto distinto al las condiciones esenciales del contrato [288] y (iii) la insuficiencia de la propia norma que no especificaba *"que las condiciones y las normas detalladas de la adjudicación deben ser elaboradas de una manera clara precisa e inequívoca, ni se refiere a la necesidad de prever, de igual modo, en los documentos contractuales, el tipo de modificación material que puede producirse o las circunstancias materiales en las que las modificaciones pueden llevarse a cabo"*.

Adicionalmente y en lo que a este trabajo interesa, advertía que la regulación específica de la modificación de los contratos de obras en la LCSP (artículos 217, 206, 207, 220 y 221, también los arts. 194 y 195) presentaba contradicciones[289]

El régimen de modificaciones previsto en la Ley 30/2007 no se extiende a los contratos regulados por la Ley 31/2007.

[288] No obstante, a pesar del contenido de la sentencia del caso Suchi di Frutta, la Directiva 2004/18/CE, se refiere también a modificaciones del objeto del contrato, no de la adjudicación, p.ej. art. 54 "Los poderes adjudicadores no podrán recurrir a las subastas electrónicas de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada o que se vea modificado el objeto del contrato tal como se ha sometido a licitación mediante la publicación del anuncio de licitación y definido en el pliego de condiciones.", también el artículo 31 "siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente".

[289] Dictamen Motivado Infracción 2008/2014

con el sistema general previsto en el art. 202 LCSP e implicaba la posibilidad de alterar elementos esenciales de la adjudicación, siendo su contenido incompatible con los artículos 2, 23.2, 28 y 31 de la Directiva 2004/18/CE y con los artículos 12, 43 y 49 del Tratado CE[290]. Según la comisión, los artículos 217

"De hecho, el artículo 202.1, por un lado, al aclarar que las modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato y los artículos 217, 206, 207, 220 y 221, por otro, en los que se contemplan alteraciones sustanciales del proyecto sometido a licitación, implican en enunciado de un principio y su contrario"

[290] Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

Artículo 12

En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

Artículo 43

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el segundo párrafo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

Artículo 49

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados

junto con los artículos 206, 207, 220 y 221 LCSP otorgaban a la Administración una facultad ilimitada para modificar los contratos sin restricción de su valor e independientemente de las condiciones esenciales de la adjudicación, falseando así la competencia.

De acuerdo con el contenido de la norma española eran obligatorias para el contratista las modificaciones que produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando aquella fuera una de las comprendidas en el contrato, siempre que no se encontraran en los supuestos previstos en la letra e) del artículo 220 esto es que supusieran un aumento o disminución superior al 20 % del precio inicial del contrato, también las que constituían una ampliación del objeto del contrato que no pudiera integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, consistieran en una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente, estuvieran dirigidas a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato o representaran una modificación esencial del contrato en los términos del artículo 221 LCSP[291] -que afectasen al menos al 30 % del precio primitivo del contrato-. Además, el apartado 2 del

---

miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad.

[291] Artículo 221. Alteración sustancial y suspensión de la iniciación de la obra.

1. En relación con la letra e) del artículo anterior se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por ciento del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

artículo 217 permitía acudir al procedimiento negociado sin publicidad cuando un contratista no aceptase los precios de las unidades nuevas no previstas en el proyecto, lo que contravenía el contenido del artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE[292], del mismo modo que lo hacía el apartado 2 del artículo 155

[292] Artículo 31

4) respecto de los contratos públicos de obras y contratos públicos de servicios:

a) con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio:

cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores,

o bien

cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.

No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial;

b) en el caso de nuevas obras o servicios que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según el procedimiento abierto o restringido.

La posibilidad de hacer uso de este procedimiento estará indicada desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el importe total previsto para la continuación de las obras o de los servicios a efectos de la aplicación del artículo 7.

LCSP[293] al permitir que la Administración acudiese al procedimiento negociado de forma ilimitada en el caso de las *"obras complementarias que no reúnan los requisitos señalados"* en el precepto.

Asimismo el apartado 3 del artículo 217 permitía introducir variaciones en el numero de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas siempre que no representasen un incremento del gasto superior al 10% del precio primitivo del contrato.

Por último, la Comisión Europea censuraba que los artículos 217 y 221 LCSP permitían alteraciones ilimitadas del objeto de la licitación y posibilitaban la modificación del proyecto y las obras, lo que significaba variar sustancialmente la adjudicación, siendo contradictorio con el artículo 202.1 LCSP que precisamente lo prohibía.

Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.

[293] Artículo 155

b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del precio primitivo del contrato. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente.

Ninguno de los argumentos que dio nuestra nación en contra de las observaciones fue atendido, en esencia porque la Comisión entendió (i) que el objetivo de las normas comunitarias en materia de contratación es garantizar la libre circulación de servicios y su apertura a la competencia no falseada, (ii) que la normativa europea no impide a los estados miembros regular las modificaciones de los contratos, ni, en consecuencia impide el ejercicio del "ius varindi" de la Administración siempre y cuando sea compatible con los principios de igualdad de trato y transparencia, lo que no se logra con una referencia en los contratos a la LCSP, (iii) que la Ley no garantizaba que las modificaciones esenciales del proyecto se fueran a llevar a cabo tras una nueva licitación, (iv) que las alteraciones del contrato deben atenerse a las condiciones esenciales para su adjudicación y no a las condiciones del contrato, (v) que el artículo 202 LCSP no especificaba que las condiciones y disposiciones de la adjudicación debieran redactarse de forma clara precisa e inequívoca y (vi) que dicho artículo además contradecía las concretas normas que regulaban las modificaciones de cada tipología contractual que realmente otorgaban a los poderes adjudicadores facultades ilimitadas para alterar los contratos celebrados.

Las conclusiones del citado dictamen tuvieron finalmente como consecuencia la necesidad de adecuar el derecho nacional a la norma europea reformando la LCSP en materia de contratación pública por medio de la disposición adicional decimosexta de la ya citada Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que introdujo en los artículos 92 bis a 92 quinquies un nuevo sistema regulador de la modificación de los contratos de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión. Actualmente se encuentra íntegramente reproducido en los artículos 105 a 108 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.

El nuevo procedimiento de modificación de los contratos parte de las observaciones del citado dictamen motivado que la Comisión Europea remitió a nuestro país con ocasión del método de alteración contractual previsto en la LCSP en su primera redacción.

La Ley restringe la posibilidad de modificar los contratos una vez celebrados, de manera que, conforme al artículo 105 TRLCSP[294] y sin perjuicio de los tasados supuestos contenidos en su apartado primero, los contratos sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o, de no constar esa previsión, en los términos y condiciones descritos en el artículo 107 TRLCSP[295].

[294] Artículo 105. Supuestos.

1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b).

[295] Artículo 107. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.

1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

Son dos los las situaciones en las que la norma permite la alteración del contrato, (i) por las causas previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación y (ii) cuando concurran los supuestos recogidos en el artículo 107 TRLCSP.

- Las Modificaciones del contrato previstas en los pliegos o convencionales.

La tradicional regulación de este tipo de modificaciones cuya introducción es la que ha caracterizado el ejercicio del "ius variandi" de la Administración y que permitía imponer unilateralmente al contratista la ejecución de aquellas unidades de obra contempladas en el contrato, la encontramos en el artículo 146 LCAP[296],

b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

[296] Artículo 146 LCAP. Modificación del contrato de obras.

1. Serán obligatorias para el contratista las modificaciones en el contrato de obras que, con arreglo a lo establecido en el artículo 102, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea una de las comprendidas en el contrato. En caso de supresión o reducción

que recoge el testigo de los Pliegos de Condiciones Generales en los que ya se reconocía esta prerrogativa.

Sin perjuicio de los presupuestos habilitantes ya referidos, esta facultad presentaba dos límites, de un lado la alteración en más o en menos el 20 por 100 del presupuesto cuya superación permitía al contratista solicitar la extinción del contrato y de otro la alteración sustancial del proyecto inicial que era igualmente causa de resolución[297]. La solicitud de extinción del contrato era potestativa para el contratista que actuara sin culpa[298] y tras la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, también para la Administración[299]

---

de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 150.e).

[297] Artículo 150. Causas de resolución.

e) Las modificaciones en el presupuesto, aunque fuesen sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en el momento de aprobar la respectiva modificación, en más o en menos, en cuantía superior al 20 por 100 del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

[298] Artículo 113 LCAP. Aplicación de las causas de resolución.

2. La falta de constitución de la garantía regulada en los artículos 37 y 39 y el incumplimiento del plazo a que hace referencia el artículo 72.2.d), así como la declaración de quiebra, la de concurso de acreedores o la de insolvente fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato.

En los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma.

[299] Artículo 112 TRLCAP. Aplicación de las causas de resolución.

previa justificación de la incapacidad del empresario. Lógicamente, al ser potestativa la resolución, era frecuente que el empresario no la instase cuando le convenía ejecutar las nuevas obras y sí lo hiciese cuando la modificación le implicase un beneficio menor al que obtendría de las compensaciones económicas que llevaba aparejada la extinción por causa imputable a la Administración. En cualquier caso, tanto si se producía una la modificación de más o menos el 20 por cien del presupuesto, como si lo que sobrevenía era una alteración sustancial del proyecto de obras que el artículo 150 TRLCAP[300] identificaba con la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial o con la sustitución de unidades que afectasen, al menos, al 30 por cien del precio inicial del contrato, que daba en manos de las partes ejercitar o no la causa de resolución contractual. Y lo relevante es que aunque se alterase sustancialmente el contrato por la sustitución de unidades cuyo precio superase el citado umbral, como su resolución era potestativa, era factible llevar a cabo una novación objetiva contraria a los principios de que rigen los procedimientos de adjudicación.

---

2. La declaración de quiebra, de concurso de acreedores, de insolvente o de fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato.

En los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de que en los supuestos de modificaciones en más del 20 por 100 previstos en los artículos 149, párrafo e); 192, párrafo c), y 214, párrafo c), la Administración también pueda instar la resolución.

[300] 1. En relación con el párrafo e) del artículo anterior se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Con el sistema introducido con la Ley de Economía Sostenible ya no basta con que se haya advertido expresamente en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, requisito que no es nuevo, pues el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 66.2 ya lo preveía[301], sino que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106 TRLCSP es necesario que se detalle, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que puede hacerse uso de dicha posibilidad, el procedimiento y también el alcance de los cambios susceptibles de ser introducidos en el contrato. Se sigue así lo dispuesto en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, que recoge la pacífica doctrina del Tribunal de Justicia de la UE[302] y a cuyo tenor literal los contratos podrán ser alterados sin acudir a un nuevo procedimiento de adjudicación, *"cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber*

[301] Artículo 66.2. Los pliegos se referirán a los siguientes aspectos de los efectos del contrato:

c) Modificaciones del contrato, supuestos y límites.

[302] STJUE de 31 enero 2013, asunto nº T-235/2011:

"se prohíbe a la entidad a modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia, o alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales. Si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta."

cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco".

El citado artículo 106 TRLCSP permite que el órgano de contratación introduzca variaciones en el contrato independientemente de su importe siempre y cuando así estuviera previsto[303], lo que le otorga un amplio margen de discrecionalidad para introducir las modificaciones que considere oportunas en los pliegos que, conocidas de antemano permitirían a los aspirantes licitar en igualdad de condiciones respetando los principios inspiradores de la contratación administrativa. La consecuencia es la eliminación de la causa de resolución referida a la variación del 20 por 100 del precio del contrato por carecer de sentido, puesto que si la Ley y la directiva permiten la introducción de modificaciones independientemente del precio cuando estén contempladas en la documentación del procedimiento de adjudicación, los licitadores ya deben ser de antemano conscientes de esa condición y adaptar sus ofertas a ella. A cambio, la norma exige el cumplimiento de un riguroso elenco de requisitos que obliguen a los órganos contratantes a estudiar pormenorizadamente las futuras obras con el objeto de prever y anticiparse a las vicisitudes que puedan surgir durante su ejecución. Y así, el TRLCSP impone que se *"hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones"* en que podrá llevarse a cabo la modificación contractual con "*expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar*" y obliga a definir *"con total*

[303] GRIS GONZÁLEZ J.C. en "La modificación de los contratos del sector público". Revista jurídica de Castilla y León nº 28 de septiembre de 2012 indica respecto a la previsión de la eventual modificación que "tiene que ser expresa y detallada de forma clara, precisa e inequívoca."

concreción" las situaciones que aconsejen el cambio y, *"con detalle suficiente"*, las circunstancias de la eventual modificación.

En este sentido, si una vez perfeccionado el contrato sobreviene la posibilidad cierta de que se produzcan hechos que atenten gravemente contra el interés público que aconsejen su no continuación o si la prestación no es posible ejecutarla en los términos en los que fue suscrita, siempre que no sea posible modificarla respetando los principios que deben regir las licitaciones, el artículo 223.g TRLCSP permite al contratista instar la resolución del contrato o al órgano de contratación acordarla de oficio[304], percibiendo, conforme a lo dispuesto en el

[304] Dictamen del Consejo de Estado de fecha 17 de enero de 2012. Expediente 1425/2012

Esta causa fue introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Como resaltaba el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de esta ley), el objetivo de la reforma del régimen de modificación de los contratos públicos, una vez celebrados, consistía precisamente en restringir la posibilidad de tal modificación, a la vista del dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho europeo), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la versión originaria de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Como complemento de este nuevo régimen, en el que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas, el legislador introdujo la causa de resolución referida, con el objetivo de permitir poner fin al vínculo convencional en aquellos supuestos en los que el contrato no puede ser modificado, pero tampoco ejecutado en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable (apartado 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).

artículo 225.5 TRLCSP una compensación del 3 por 100 del importe de las obras dejadas de realizar salvo que la causa le sea imputable[305].

La Ley refiere como causa de resolución la posibilidad cierta de que se vaya a producir un menoscabo para el interés general, luego no basta una mera sospecha o razones de oportunidad que aconsejen el desistimiento para argüir esta causa, sino que habrán de fundarse objetiva y adecuadamente cuales son los eventuales hechos que, de producirse, supondrían un perjuicio para la colectividad. No obstante, este artículo no impide a la Administración desistir de la obra cuando lo considere oportuno, puesto que el 237 TRLCSP le faculta para desistir en cualquier momento del contrato abonando una penalidad mayor al contratista del 6 por 100 de las obras dejadas de ejecutar, además del precio de las ya realizadas.

También es causa de resolución que la prestación no pueda ejecutarse en los términos en los que fue pactada, lo que a modo de ejemplo se produce cuando hay una variación en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas cuyo importe incremente en un porcentaje superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato conforme a lo establecido en el artículo 234 TRLCSP[306].

---

[305] 5. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

[306] Dictamen del Consejo de Estado de 9 de abril de 2015. Número de expediente 195/2015.

Como es sabido, los principios de igualdad entre licitadores y de transparencia son fundamentales en la contratación pública. Se recogen en el artículo 139 de la Ley de Contratos del Sector Público. Son el trasunto de los principios de igualdad y no

No obstante, es factible introducirse modificaciones, sin necesidad de previa aprobación, cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato.

La Ley impide además la alteración del contrato con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente pactadas, ampliar el objeto del contrato para que cumpla finalidades nuevas o diferentes a las estipuladas en la

---

discriminación y de transparencia y proporcionalidad que rigen en el ámbito de la Unión Europea, de acuerdo con lo que hoy dispone el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

La aplicación de estos principios implica una limitación al ius variandi de los contratos, pues de otro modo se podría llegar a falsear la licitación producida en su día, al privilegiarse al adjudicatario. […]

De lo expuesto se infiere que las obras contratadas no podrán ser ejecutadas en los términos inicialmente establecidos, pues por diversos errores u omisiones del proyecto se ha aprobado ya un modificado con un importe adicional de un 6,67 por 100 sobre el precio, y además se han verificado excesos de medición más allá del 10 por 100, no previstos en él. Existe, por tanto, una desviación del precio de bastante más del 10 por 100. Esto impide aprobar un nuevo modificado que cubra tal desviación: como es conocido, si se aprueba un nuevo modificado se han de recoger todos los excesos de medición ya verificados (artículo 160.2 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre). En consecuencia, el nuevo modificado sería forzoso que igualase o excediese del 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato, a lo que habría que sumar el modificado primero. Esto supondría una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, a tenor del artículo 107 de la Ley de Contratos del Sector Público

licitación o incorporar prestaciones susceptibles de un uso independiente, supuestos que deberán ser objeto de un contrato diferente.

En definitiva, podemos concluir que la nota definitoria que faculta al órgano de contratación para introducir las modificaciones previstas en los pliegos es el elevado nivel de detalle que exige la nueva reglamentación en materia de reformados sobre su contenido y alcance, configurada como una auténtica regla sustantiva y no meramente formal[307] que además incluye la previa determinación del precio que como máximo pueden alcanzar las posibles alteraciones del contrato conforme dispone el artículo 88.1 TRLCSP[308].

[307]Acuerdo 76/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de fecha 20 de julio de 2015.

a) las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes, b) el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. En el supuesto concreto, en cuanto la previsión del modificado no figuraba en el pliego, no es posible al alterarse si no el objeto del contrato. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato, y equivaldría a una adjudicación ilegal, y c) que procederá una nueva licitación, previa resolución, cuando el objeto del modificado no puede licitarse de forma individualizada sin afectar al objeto del contrato principal.

No se trata de incorporar al pliego una cláusula de estilo, entendiendo que es ésta una mera exigencia formal y que no ha de afectar a la modificación. Es una auténtica regla sustantiva de obligado cumplimiento, cuyo incumplimiento o incorrecta articulación vicia de nulidad al procedimiento, al quebrarse los principios de transparencia, igualdad de trato y de eficiencia.

[308] En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.

- Las modificaciones de contrato no contenidas en los pliegos o legales

Para la inclusión de unidades de obra no previstas en los contratos, se ha venido utilizando el sistema de precios contradictorios desde los primeros pliegos de condiciones generales. El Pliego de 1846 en su artículo 20 establecía que los precios nuevos se fijarían en comparación con las unidades de obra análogas. Si la diferencia era muy notable *"se fijarán los precios contradictoriamente"* y continuaba diciendo que si las *"partes de la obra no determinadas fuesen de alguna importancia, se hará una previa medición con la que se conformará el contratista"*. El Pliego de 1861 modificó este último aspecto de manera que se exoneraba al contratista de ejecutar las obras nuevas en caso de no llegarse a un acuerdo sobre los precios, disponiendo que, cuando *"no hubiere conformidad para la fijación de estos precios entre la Administración y el contratista, quedará éste relevado de la construcción de la parte de obra de que se trata, sin derecho a indemnización de ninguna clase, abonándole, sin embargo, los materiales que sean de recibo y que hubieren quedado sin empleo por la modificación introducida."* Sistema que se conservó con idéntica literalidad en los pliegos de 1886, 1891 y 1903.

La LCAP en su artículo 146.2[309] dio la potestad a la Administración de fijar

[309] 2. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración, a la vista de la propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia, por plazo mínimo de tres días. Si éste no aceptase los precios fijados, deberá continuar la ejecución de las unidades de obra y los precios de las mismas serán decididos por una comisión de arbitraje en procedimiento sumario, sin perjuicio de que la Administración pueda, en cualquier caso, contratarlas

unilateralmente los precios de las unidades de obra no comprendidas en el proyecto con la sola audiencia del contratista que podía no aceptar dichos precios, en cuyo caso quedaba facultada la primera para imponerle al segundo la ejecución de las obras nuevas, contratar a otra empresa que las llevase a cabo o realizarlas por sí misma. En el primer caso, los precios serían determinados por una comisión de arbitraje. La novedad fue trascendente puesto que en la práctica sucedía que la Administración, para evitar la paralización de las obras cuando era preciso construir unidades no previstas en el proyecto, y para no incurrir en los sobrecostes asociados a la paralización por tal motivo, aceptaba en mayor o menor medida los precios nuevos que le imponía el contratista, lo que desembocaba en un indeseado encarecimiento del contrato, siendo además una vía abonada para falsear las licitaciones ya que, como usualmente se hacía y se siguió haciendo con posterioridad, los contratistas pujaban a la baja con la esperanza de recomponer sus números por la vía del proyecto reformado en el que manejaban los precios, cuestión debatida por la doctrina desde antiguo pues, como señalara ARIÑO ORTIZ, G[310], *"un proyecto deficiente es siempre un buen negocio, pues es claro que necesitará de algunos reformados con precios contradictorios"*.

En el posterior TRLCAP, se mantuvo la facultad de la Administración de fijar los precios contradictorios de las unidades no previstas en el contrato inicial, sin embargo, la nueva redacción del artículo 146.2 [311] eliminó la figura de la

con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. La composición de la comisión de arbitraje y el procedimiento sumario para establecer los precios se regularán reglamentariamente.

[310] ARIÑO ORTIZ G. "Teoría del equivalente económico" Ob. Cit. Pág. 190.

[311] 2. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración, a la vista de la

comisión de arbitraje, de manera que el contratista ya no estaba obligado a ejecutar las obras nuevas, sino que podía rehusar los precios fijados por la Administración que quedaba facultada para contratarlas con otro empresario o acometerlas directamente.

El artículo 220.2 LCSP[312] siguió este mismo sistema con la única diferencia de que permitía la contratación de las nuevas unidades con otro empresario por medio de un procedimiento negociado sin publicidad, cuando su importe no excediera del 20 por ciento del precio del contrato.

Tras la entrada en vigor de la Ley de Economía sostenible en 2011 y del TRLCSP, el régimen general de modificación legal del contrato quedó establecido en el artículo 107 TRLCSP que establece una serie de circunstancias tasadas que, justificadas suficientemente, permiten la alterar el contrato por causas no determinadas en los Pliegos, cuales son:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

---

propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia, por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.

[312] 2. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. La contratación con otro empresario podrá realizarse por el procedimiento negociado sin publicidad siempre que su importe no exceda del 20 por ciento del precio primitivo del contrato.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

De acuerdo con lo dispuesto en el Informe 73/11, de 1 de marzo de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que contenía algunas recomendaciones para los diversos órganos de contratación sobre la interpretación de algunos aspectos del régimen de modificaciones de los contratos públicos, se concluyó que el apartado a) del referido artículo 107 TRLCSP se refiere a las posibles alteraciones que pueda sufrir el contrato como consecuencia de errores u omisiones del proyecto y que debe interpretarse en el mismo sentido que la letra b), de manera que para que entre en funcionamiento

el mecanismo habilitante es preciso que las circunstancias que sobrevengan sean de naturaleza imprevisible, esto es, que en el momento de la redacción del proyecto no hubieran podido ser advertidas haciendo uso de la diligencia que corresponde a un órgano de contratación que desempeñe normalmente su actividad[313]. El concepto se distingue del término imprevisto que el Tribunal Administrativo de Contratación de Aragón identifica con el descuido, desidia, olvido, de manera que viene a decir con acierto que la aplicación del artículo 107 exige que la circunstancia sobrevenida sea imprevisible[314], que sea jurídicamente inevitable para el contratista y que no se deba a la falta de previsión, negligencia o impericia en el momento de la redacción del proyecto[315].

[313] En este sentido es interesante la opinión de VÁZQUEZ MATILLA, F. J., en el artículo Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de ley de economía sostenible. Revista aragonesa de Administración Pública, nº 37.

Pareciera que sólo si ha existido la diligencia debida en el poder adjudicador se ha errado en alguna cuestión no reprobable por falta de la diligencia aludida procede modificar el contrato, en otro caso, no habría un imprevisibilidad sino un mero e injustificable imprevisto, si fuera de otro modo pudiera parecer que todo error sería considerado como un imprevisto (todo lo no previsto por error o sin él es un imprevisto). Así de acuerdo con el principio de proporcionalidad habremos de estar a la magnitud y tipología del error, y sobre todo a los efectos o al impacto que es susceptible de causar en el mercado, siendo la clave para resolver esta cuestión que si el error hubiera generado que la oferta de los licitadores hubiera sido podido ser presentada en otros términos no habrá lugar a la aprobación del modificado.

[314] El concepto necesidades nuevas no forma parte de la noción de imprevisibilidad Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 31 de enero de 2013, asunto nº T-235/2011

"Pues bien, el uso de un criterio relativo únicamente a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación."

[315] Acuerdo 76/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de fecha 20 de julio de 2015.

La letra c) se identifica en materia de contratación de obras con los supuestos del artículo 231 TRLCSP[316]. Con respecto al apartado d) debe señalarse que, dado

---

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no nos ofrece una definición de contenido estricto para el término «imprevisibilidad», al que hace referencia el artículo 107.1 b) TRLCSP. Nos explica, sin embargo, que imprevisibilidad equivale a la cualidad de imprevisible; y de imprevisible dice el Diccionario que es aquello que no se puede prever. Y prever, es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. De manera que prever equivale a predecir, vaticinar, presentir, pronosticar o adivinar. De donde se deriva que la cualidad de imprevisible, la imprevisibilidad, es la cualidad de no poder ver con anticipación, presentir o pronosticar lo que sucederá después.

Por el contrario, la "imprevisión" es cosa muy distinta, es la falta de previsión o reflexión. Es decir, equivale a descuido, desidia, despreocupación, falta de cuidado, imprudencia, negligencia, omisión. Y así, en el ámbito de la contratación pública, y en aplicación del mencionado precepto legal, la imprevisibilidad que da lugar a la modificación del contrato, o el reconocimiento de circunstancias que no fueren previsibles, requiere la conjunción de los siguientes requisitos:

a) Que dichas circunstancias sobrevengan a la fecha de iniciación del contrato, de manera que con anterioridad a dicho momento no pudieran anticiparse.

b) Que sean jurídicamente inevitables para el contratista y no obedezcan, o se hayan producido, como consecuencia de imprevisión, negligencia o impericia, en el momento de la redacción del proyecto o en cálculo de los costes del mismo.

Tampoco se precisa que el hecho imprevisible sea un hecho extraordinario, sino que es suficiente el desconocimiento objetivo de su futura producción.

[316] Artículo 231. Fuerza mayor.

1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

que la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías y procesos innovadores se configura como uno de los motores en los que la UE sustenta su crecimiento futuro[317], parece lógico que si perfeccionado el contrato se produce un avance técnico que mejore la prestación contratada esta sea incluida sin necesidad de un nuevo procedimiento de licitación siempre y cuando no altere los principios igualdad de trato y de transparencia. Por último, el apartado e) entiendo que se refiere a supuestos de "factum principis" puesto que la eventual modificación se produciría como consecuencia de actos que provienen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regulatorias. La norma se refiere a supuestos cuya regulación es ajena por completo a la voluntad del contratista. En este sentido, el Informe JCCA 73/11, de 1 de marzo de 2012, establece que *"cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de*

---

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

[317] Considerando 47 Directiva 2014/24/UE

La investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020. Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. La adquisición de bienes, obras y servicios innova dores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible.

nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato.", interpretación que parece contradictoria con el espíritu de la norma en el sentido de que nos encontramos ante supuestos de modificación del contrato no convencionales y, en consecuencia, imprevisibles en el momento de su perfección. Si en el momento de la licitación ya se preveía que la Administración iba a emitir una norma que pudiera afectar a la prestación, parece más conveniente incluirla en los pliegos con las especificaciones del artículo 106 TRLCSP.

El apartado segundo del artículo 107 de la Ley de contratos prohíbe que la modificación del contrato operada conforme a lo establecido en su texto, *"altere las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación"*, debiendo limitarse a *"introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria."*. Cualquier modificación que se justifique en las causas contenidas en este artículo deberá interpretarse de forma restrictiva y conforme al contenido de este apartado segundo, de manera que no procederá ningún cambio amparado en los anteriores supuestos que implique la alteración de las condiciones esenciales pactadas[318].

[318] El mismo artículo nos dice los casos en los que se produce la alteración de las condiciones esenciales de la licitación, a saber:

a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

Adicionalmente a estos supuestos y en lo que respecta a los contratos de obras, el artículo 234 TRLCSP, dispone la obligatoriedad de las modificaciones acordadas conforme a la potestad que tiene reconocida la Administración en el artículo 219 TRLCSP[319] y a la normativa general en la materia y contempla un supuesto específico que faculta al órgano de contratación a para introducir variaciones en la prestación cuando *"éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato."* Este supuesto concerniente exclusivamente a esta

c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

[319] Artículo 219. Potestad de modificación del contrato.

1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211.

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.

2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156.

tipología contractual y que ya estaba presente en el artículo 217 LCSP es ajeno a los supuestos contemplados en el artículo 107.1 TRLCSP. Este artículo no incluye el exceso de obra resultante de su medición final en el umbral del 10 por ciento que se consideraría una alteración de las condiciones esenciales del contrato ya que el apartado 3 se refiere a los supuestos *"del apartado anterior",* esto es, a los del punto primero. Se trata en realidad de una alteración que si bien puede chocar con el rigor que impone la norma es consustancial a toda obra[320] que tenga un cierto grado de complejidad. Esta interpretación que es la que ha adoptado por ejemplo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 23/2011, de 12 de septiembre, bajo mi punto de vista no está exenta de polémica, no sólo porque es de por sí aparentemente contradictoria con el propio TRLCSP sino porque podría contravenir lo dispuesto en el artículo 72.2 de la Directiva 2014/24/UE[321] que

[320] Informe 43/08, de 28 de julio de 2008 JCCA. «Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad».

Básicamente lo mismo cabe decir respecto del segundo de los conceptos a que alude la Intervención General, el posible adicional de obra que se aprecie en la medición de ésta y que, de acuerdo con el artículo 217 de la LCSP, puede llegar hasta el 10% del precio primitivo del contrato. Esta adicional no es una partida cuya existencia dependerá de que en la medición de la obra resulten excesos respecto de las unidades previstas en el presupuesto. En tales casos y siempre que no superen el 10 por 100 del presupuesto de la obra, la Ley considera que estos excesos son consecuencia de inexactitudes del proyecto o del presupuesto que resultan inevitables por lo que se prevé la posibilidad de abonarlas sin necesidad de recurrir a modificación contractual alguna. En su consecuencia, aunque sean frecuentes, no forman parte del contrato, inicialmente, y, desde un punto de vista teórico, no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan, por lo que no deben ser tenidos en cuenta para determinar el valor estimado del contrato.

[321] 2. Por otra parte, también se podrá modificar un contrato sin necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que

previene que el valor de las modificaciones sucesivas a efectos de comprobar si se supera el 15 por ciento del precio del contrato, será el que resulte la suma de sus importes netos. Teniendo en cuenta lo anterior, si se introduce una modificación del 9 por ciento en un contrato de obra durante su vigencia y, en la medición final, se produce un incremento adicional de obra de otro 10 por ciento, se superaría el 15 por ciento contenido en la norma comunitaria[322] lo que podría ser considerado contrario a los principios de igualdad de trato y transparencia.

La dualidad de regímenes convencional y legal plantea para GIMENO FELIÚ, J.M.[323], dudas sobre si la reforma operada por la Ley de Economía sostenible

---

sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:

i) los umbrales indicados en el artículo 4, 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.

Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco.

Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

[322] Pongamos por ejemplo una obra de 100 millones de Euros. Si por alguna de las razones justificadas en el artículo 107 TRLCSP se redacta un modificado del 9% tendríamos un valor de la obra de 109 millones. Si adicionalmente hay diferencias de medición del 10%, la obra tendría un precio final de 119 millones, es decir sufriría un incremento del 19%, porcentaje que supera el 15% previsto en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE

sobre la modificación de los contratos es consecuente con la normativa comunitaria debido a que permite la redacción de proyectos modificados no previstos, lo que, dice, podría interpretarse en el sentido de que los pliegos pueden contener cláusulas que permitan la alteración sustancial del contrato, si bien tal posibilidad no supone una quiebra del principio. El apartado primero de la Directiva 2014/24/UE resuelve la cuestión y permite cualquier modificación del contrato sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación *"cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco"*. Es decir, que se admite la inclusión de toda modificación contenida en los pliegos siempre y cuando no se altere la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. De la ciertamente complicada prosa del texto de la Directiva se puede extraer que una modificación se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato o un acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en principio y, en cualquier caso, cuando cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una

[323] GIMENO FELIÚ, J. M. en "La modificación de los contratos, límite y derecho aplicable", Proyecto de investigación sobre Contratación Pública eficiente. Jornada sobre contratación pública Madrid, 25 de abril de 2013.

oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).

En realidad, de su propia literalidad se infiere que los supuestos contenidos en las letras a) y b) no pueden estar previstos en la documentación relativa a la contratación y, por tanto, su concurrencia obligaría a acudir a un nuevo procedimiento de adjudicación, por eso, más allá de los supuestos contenidos en las letras c) y d), si el pliego cumple con su obligación de identificar con suficiente claridad el contenido de las posibles modificaciones, su alcance y naturaleza y el procedimiento o las condiciones en las que se llevarán a cabo[324],

[324] La mera remisión al contenido de una norma que regule las modificaciones no cumple con los principios de igualdad de trato y transparencia como dice la STJUE de 31 enero 2013, asunto nº T-235/2011.

"No obstante, es preciso declarar, como hizo la Comisión (considerandos 73 a 75 de la Decisión impugnada), que la mera remisión a las disposiciones pertinentes de la normativa nacional en dichos pliegos no es suficiente para dar cumplimiento a los principios de igualdad de trato y de transparencia, recordados en los apartados 46 a 48 supra."

no sería preciso acudir a un nuevo procedimiento de licitación y la Administración podría hacer uso de su potestad modificadora.

IX.- LOS LÍMITES CUANTITATIVOS AL EJERCICIO DEL "IUS VARIANDI"

i.- Los tradicionales limites cuantitativos:

Esta clase de limitación se identifica con un determinado porcentaje del precio de las obras o del presupuesto que la Administración no podía superar a la hora de ordenar la modificación del contrato so pena de incurrir en causa de resolución del contrato. El artículo 50 del Pliego de Condiciones Generales para las contratas de obras Públicas de 1861 lo fijaba en la sexta parte del importe de la contrata [325], el Pliego de Condiciones de 1886 en la quinta parte del presupuesto[326], también en la quinta parte el Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 1900[327], el artículo 52 del Pliego de

[325] "Cuando las modificaciones que se mencionan en los artículos 44 y 46 alteren la contrata de manera que en el importe total resulte una diferencia de la sexta parte en más o en menos el contratista tendrá derecho a la rescisión y al abono de los materiales que sean de recibo y que queden sin emplear.

[326] Art. 49. Cuando las modificaciones que se mencionan en los artículos 43 y 45 alteren el presupuesto de la contrata, de manera que en el importe total resulte una diferencia de la quinta parte en más .ó en menos, el contratista tendrá derecho á la rescisión y al abono de los materiales que sean de recibo y que queden sin empleo, á los precios del cuadro especial. Para la fijación de la diferencia se sumarán todas las alteraciones introducidas en el presupuesto, ya sean unas por exceso y otras por defecto.

[327] Art. 50. Tendrá el contratista derecho a la rescisión y también podrá acordarla el Gobierno, cuando el importe del presupuesto de la contrata sufra una alteración que exceda de la quinta parte por las modificaciones a que se refiere el artículo 45, por las equivocaciones materiales de que trata el artículo 42 o por la diferencia entre el presupuesto detallado de las obras a que se refiere el artículo 48 y la partida alzada que para las mismas figure en el general de la contrata."

Condiciones Generales para la contratación de las obras públicas de 1903, lo establecía en el 10 por ciento[328], la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1965 en el 20 por ciento[329]. En la misma línea, el artículo 150 e) LCAP[330] y con las modificaciones a las que se hará referencia a continuación el posterior artículo 149 e) TRLCAP[331] y con idéntico tenor en el artículo 220 LCSP. En la regulación más reciente -desde 1965- si la modificación del proyecto primero, del presupuesto después o del contrato en el TRLCAP y en la LCSP, ordenada por la Administración superaba el umbral del 20 por ciento, el contratista tenía derecho a instar la resolución del contrato.

El porcentaje citado podía alcanzarse en un solo modificado o por la suma de sucesivos, permitiéndose la compensación de aquellos que causaban aumento de obras con los que originaban decremento, siempre que la Administración no aprobara los reformados con la intención de cercenar el derecho del contratista a

[328] "Cuando las modificaciones indicadas en el art. 46 afecten a la explanación, a las distancias de transporte de los materiales o a otros elementos que hagan variar los precios de las unidades de obra y alteren el presupuesto de la contrata por exceso o por defecto en un 10 por 100 por lo menos.

[329] Las modificaciones del proyecto aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en cuantía superior en mas o en menos al 20 por 100 del importe de aquel.

[330] Las modificaciones en el presupuesto, aunque fuesen sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en el momento de aprobar la respectiva modificación, en más o en menos, en cuantía superior al 20 por 100 del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

[331] Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

solicitar la resolución del contrato. La LCAP por su parte estableció que el porcentaje del 20 por ciento que facultaba al contratista para resolver el contrato debía computarse respecto del precio del contrato en el momento de aprobar la modificación, solución opuesta a la que adoptaba las legislaciones anterior[332] y posterior[333] que se referían al precio de adjudicación. La LCAP en este aspecto perjudicaba al contratista que, en determinados casos, debía asumir las variaciones del contrato ordenadas por la Administración que superasen en 20 por cien del precio originario.

En cualquier caso, no hay que olvidar que la práctica común es que sea el contratista el que durante la ejecución de la obra proponga las modificaciones a la Administración -lo que lógicamente implica que no se opone a su contenido- y esta última la que valore la conveniencia o no de su aprobación, previa justificación en el expediente, por eso y porque realmente el umbral del 20 por ciento en más o en menos del importe del contrato sólo actuaba como causa resolutoria a voluntad del empresario, es por lo que la superación del referido

[332] Dictamen del Consejo de Estado nº 1508/1993 de 10 de febrero de 1994.

"Por lo que respecta a la presente consulta, la variación del presupuesto inicial del contrato asciende al 77,76%, lo que no implica necesariamente la extinción del contrato administrativo de obras, si media conformidad de ambas partes contratantes, Administración y contratista, y si concurre un interés público debidamente justificado en el expediente de modificación. En este sentido se pronunció el dictamen de 13 de mayo de 1982, donde se decía que "la sola existencia de un proyecto reformado que supere el 20 por cien del presupuesto o precio inicial de las obras no significa necesaria ruptura del vínculo contractual si las partes aceptan su subsistencia, tomándose en cada caso la decisión administrativa más conveniente para el interés general".

[333] Dictamen del Consejo de Estado nº 974/2011 de 14 de julio de 2011.

"pese a la procedencia de la modificación propuesta, su importe excede del 20 por 100 del precio primitivo del contrato, por lo que el contratista podría instar su resolución, a la vista de lo previsto en el artículo 220.e) de la LCSP.

porcentaje no operaba en sentido estricto como límite cuantitativo. Esta regulación fomentaba la ya mencionada práctica consistente en ofertar muy a la baja en las licitaciones buscando la compensar esa presunta pérdida inicial por la vía de los reformados que frecuentemente superaban el 20 por ciento del precio originario. Tratando de evitar tal proceder, el TRLCAP daba la posibilidad a la Administración de acordar la resolución del contrato cuando se sobrepasase el porcentaje citado, sistema que se mantuvo en el posterior texto de la LCSP, en concreto en su artículo 207, y que se eliminó en el TRLCSP debido al nuevo tratamiento dado a las modificaciones contractuales.

Hay otro límite de carácter cuantitativo que restringía la potestad modificadora de la Administración en los casos en los que las variaciones acabaran produciendo la alteración sustancial del objeto del contrato que se producía, entre otras causas y de acuerdo con lo establecido en el artículo 151 LCAP, cuando se sustituía un número de unidades de obra que afectaran, *"al menos, al 50 por 100 del importe del presupuesto"*. Los mismos *términos* contenían los artículos 149 y 150 TRLCAP y 220 y 221 LCSP salvo que el porcentaje se redujo del 50 al 30 por ciento. Pese a que en tales casos lo procedente sería la resolución del contrato y la convocatoria de una nueva licitación, lo cierto es que esta segunda limitación era igualmente potestativa para las partes, luego tampoco operaba como un límite absoluto al ejercicio del "ius variandi".

ii.- Limitaciones cuantitativas a partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Como ya ha sido expuesto con anterioridad, con la entrada en vigor de la Ley 2/2011, se eliminó la posibilidad de que el contratista instara la resolución contractual a causa de la introducción de reformas que superasen en más o en menos un 20 por ciento el precio del primitivo. El régimen actual de modificaciones establece en su artículo 219 la obligatoriedad para el contratista

de ejecutar los cambios ordenados por el órgano de contratación siempre y cuando concurran razones de interés público, se siga el procedimiento del artículo 211 TRLCSP y los cambios tengan encaje en los supuestos legalmente previstos. En tales casos, el adjudicatario no puede pedir la resolución del contrato[334].

Que la actual regulación rechace la tradicional elasticidad que, en materia de modificaciones, se venía admitiendo en la contratación pública, tiene como contrapartida la mayor rigidez de los supuestos en los que es posible acudir a la figura del reformado. Así pues, son obligatorias para el contratista las alteraciones que aparezcan contenidas en la documentación de la licitación, independientemente de su cuantía y, si no están previstas, solo es posible introducirlas en una serie de supuestos tasados que, en modo alguno supongan la alteración de *"las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación"* que se produce, de acuerdo con el apartado 3, letra d) del artículo 107 TRLCSP, cuando*"las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de*

[334] Dictamen del Consejo de Estado nº 215/2010 de 18 de marzo de 2010.

"Esta situación guarda coherencia con la nueva regulación de la modificación de los contratos. Con la redacción vigente, la posibilidad del contratista de instar la resolución de los contratos administrativos sólo existe a partir de modificaciones de cierta entidad, en concreto, las que representen una alteración del precio superior al 20%, lo que significa, a contrario, que, por debajo de ese porcentaje, las modificaciones son obligatorias. En la regulación proyectada, a falta de previsión en los pliegos o en el anuncio de licitación de la eventual modificación, ésta no puede superar el referido porcentaje, por lo que, en dicha situación, no cabe la causa de resolución contractual que ahora se elimina; la novedad radica en que el contratista tampoco podrá pedir la resolución si la modificación supera el 20% del precio primitivo del contrato, cosa que sólo es factible si tal modificación está contemplada en los documentos que han de regir la licitación."

modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite." En este sentido, toda modificación que individualmente o en conjunto supere este porcentaje se considerará esencial[335] y su apreciación deberá conducir a la resolución del contrato y a la convocatoria de una nueva licitación. Este artículo debe interpretarse conjuntamente con el 223 apartado g) que establece que es causa de resolución "*La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I."*, imponiendo un límite claro al principio *"pacta sunt servanda"* y que, de una parte, salvaguarda el derecho del contratista a no ejecutar una obra diferente a la inicialmente prevista o en unas condiciones distintas a las pactadas y, de otro, el interés de la Administración que puede por esta vía corregir una mala planificación o dejar de construir una infraestructura que en el curso de su ejecución se ha revelado finalmente innecesaria por distintas causas.

iii.- Los límites cuantitativos en la Directiva 2014/24/UE

El artículo 72 de la normativa europea aborda la cuestión relativa a las modificaciones contractuales en cinco apartados cuya redacción en ocasiones confusa parece suavizar el rigor con que las resoluciones de los tribunales de la

[335] Informe 73/11, de 1 de marzo de 2012. Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a los órganos de contratación sobre la interpretación de algunos aspectos del régimen de modificaciones de los contratos públicos.

"el porcentaje del 10% que aparece en el artículo 107, apartado 3, letra d), debe entenderse siempre superado para merecer tal carácter. Pero tal consideración no implica que las modificaciones que se encuentren por debajo de ese 10% sean siempre calificadas como no esenciales, esto es, toda modificación que exceda del 10% debe ser considerada como esencial, pero no todas las modificaciones del precio que sean inferiores a ese 10% deben ser rechazadas automáticamente como no esenciales."

UE han venido tratando las variaciones que afectan al contrato, precisando un amplio margen que posibilita la alteración del contrato.

La norma establece dos límites cuantitativos, el primero asciende al *"50 por ciento del valor del contrato inicial"* y es aplicable en dos supuestos, el primero el del apartado 1 que se refiere a las modificaciones previstas en las documentación de la licitación y a las obras adicionales no previstas pero necesarias que deban ser encomendadas al mismo contratista debido a que no sea factible cambiar de empresario por *"razones económicas o técnicas"* o por generar "*inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador."* Cuando *"se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones*." Del contenido de la norma se deduce que se admiten las modificaciones que supongan incremento y decremento de obras con tal de que cada una no supere este umbral. El artículo 106 TRLCSP no establece limitación cuantitativa para las modificaciones previstas en los pliegos, por lo que un exceso superior al umbral determinado en la legislación comunitaria para cada reformado contravendría el tenor de la Directiva. Sin embargo, este mismo apartado 1 del artículo 72, permite introducir obras adicionales no contempladas en la documentación de la licitación que no excedan ese porcentaje, actuación que, a su vez prohíbe el apartado 2 del artículo 105 TRLCSP y que, en todo caso, sería considerado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 TRLCSP, una modificación sustancial de las condiciones del contrato de acuerdo con lo establecido en su apartado 3 letra d) y conduciría a su resolución.

El segundo supuesto que la Directiva admite para introducir modificaciones que no superen el umbral del citado 50 por ciento del valor del contrato es el derivado de la necesidad de corregir situaciones imprevisibles para un poder adjudicador diligente, siempre que no se altere la naturaleza del contrato. Una

vez más se produce la contradicción entre la normativa europea y la estatal, en el sentido de que las circunstancias imprevisibles –no imprevistas- sólo pueden ser corregidas por la vía de la modificación del contrato cuando su importe no supere el 10 por ciento del precio de adjudicación. Además, la normativa europea insiste que, en caso de que por tal motivo fuese necesario alterar el contrato, el umbral del 50 por ciento se aplica a cada una de las modificaciones, lo que implica que podrían en conjunto superar el 100[336] por cien del precio del contrato algo que, en modo alguno, permite el TRLCSP.

El otro límite cuantitativo que recoge la Directiva 2014/24/UE es el del número 2 apartado iii del artículo 72 que admite la modificación de un contrato sin necesidad de verificar si nos encontramos o no ante una alteración sustancial si el valor de aquella, además de no superar los umbrales del artículo 4[337], es inferior al 10 por ciento del valor inicial del contrato, en el caso de servicios o de suministros, y al 15 ciento del valor del contrato inicial en el caso de obras. Este último, el que afecta a las variaciones del contrato de obras, supera en un 5 por cien al previsto en el artículo 107 TRLCSP, más rigorista y que, como ya se ha indicado, impone como limite para la admisión de proyectos reformados que no superen sola o conjuntamente el importe del 10 por cien del precio de adjudicación del contrato.

[336] GALLEGO CORCOLES, I., en "La Modificación de los Contratos en la cuarta generación de Directivas sobre Contratación Pública". Ob. Cit., opina que

"en mi opinión, esta frontera está implícita en la propia definición del supuesto. Desde una perspectiva cualitativa, se trata de prestaciones adicionales, lo que implica que han de conservar la misma naturaleza que la prestación inicial, a la que se suman o añaden. Desde una perspectiva cuantitativa, si tras sucesivas modificaciones se duplica o triplica el valor del contrato inicial, será difícil mantener que siguen tratándose de contratos adicionales." Sin embargo pienso que, en la práctica en España el precepto dará lugar a conductas fraudulentas.

[337] 5.186.000 €, en los contratos públicos de obras.

Si bien la Directiva define una serie de limitaciones a la potestad modificadora de los entes adjudicadores, no deja de ser sorprendente que, pese a los reproches que desde la Comisión se han vertido sobre la normativa española en materia de modificaciones contractuales, se haya redactado una legislación que no case del todo con el rigor con el que dicho organismo comunitario trata la cuestión y con la firmeza con la que la jurisprudencia del TJUE aplica los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia, emitiendo una norma que desborda sobremanera la legislación española. Como apunte en este sentido resulta clarificador que la letra e) del apartado primero del artículo 72 de la Directiva, permite alterar los contratos sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación *"cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales",* fórmula que, aun teniendo en cuenta lo que la directiva considera que es una alteración sustancial, presenta un alto grado de indefinición y, a mi modo de ver, permite la introducción de reformados en una gran variedad de supuestos más amplios que los previstos en el TRLCSP y un menor control sobre el cumplimiento de los principios igualdad, transparencia y libre concurrencia que con tanto ahínco se ha tratado de salvaguardar.

X.- LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES EN EL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Para la transposición de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y de la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se ha optado por redactar una nueva norma de contratación.

El nuevo Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, actualmente en fase de borrador, en lo que a este trabajo incumbe, traspone de forma más restrictiva que en la normativa comunitaria, el régimen de modificaciones contractuales previsto en la Directiva 2014/24/UE previendo un nuevo sistema general en sus artículos 201 a 204 y, un régimen específico en el artículo 240 referido al contrato de obras.

El artículo 201 en relación con el artículo 188 reconoce la potestad de la Administración de modificar el contrato por razones de interés público y con respeto a los procedimientos establecidos en la Ley, de la misma manera que lo hacía el artículo 219 TRLCSP. En el mismo sentido del artículo 105 TRLCSP, admite la modificación de los contratos únicamente cuando así conste en los pliegos o por las razones tasadas en el artículo 203. En cualquier otro caso deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro nuevo[338]. No se altera

[338] 1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 189.

2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación sólo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 202;

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de clausulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 203.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de

prácticamente el contenido del artículo 105 TRLCSP, a excepción de lo dispuesto en su apartado segundo que se elimina. El Anteproyecto, se limita a exponer separadamente en este precepto los supuestos que avalan la redacción de un modificado.

El artículo 202 del borrador del anteproyecto regula las modificaciones que puede prever el pliego de cláusulas administrativas particulares y establece que, con independencia del porcentaje del contrato inicial que represente la modificación, procederá cualquier cambio determinado de manera "clara, precisa e inequívoca" en la documentación de la contrata. La cláusula que prevea una modificación deberá expresar el alcance, límites y naturaleza de aquella y las condiciones en que procederá, así como el procedimiento que se deberá seguir. El texto del precepto pone especial énfasis en la formulación y el contenido de la cláusula de modificación para evitar que se redacte de forma obscura o incomprensible.

El apartado segundo del artículo prohíbe la inclusión de cláusulas que modifiquen sustancialmente el contrato, entendiendo por tales aquellas que sustituyan las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o cuando se modifique la tipología contractual[339]. En este sentido, el

---

otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 211 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 151.

[339] Artículo 202

borrador de anteproyecto no hace mención alguna al límite cuantitativo del 50 por ciento del precio del contrato inicial al que sí se refiere el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, lo que, en puridad, parece lógico habida cuenta de que a efectos prácticos el apartado e) del número 1 de esa norma invalida cualquier limitación referida al precio de las reformas al consentir toda alteración que no afecte a las condiciones esenciales del contrato. En este aspecto la nueva norma estatal puede decirse que es mucho más clara y rigurosa que la europea.

El artículo 203 del borrador de anteproyecto regula las modificaciones no

---

1. Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia cuando, con independencia del porcentaje del precio inicial que represente la modificación, en los pliegos de clausulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes:

a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.

b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación.

La formulación y contenido de la clausula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por éstos.

2. En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de clausulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera ésta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato.

previstas en los pliegos de condiciones y establece una serie de requisitos más allá de los cuales no cabe la introducción de cambio alguno no previsto inicialmente en el contrato[340].

[340] Artículo 203. Modificaciones no previstas en el pliego de clausulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.

1. Las modificaciones no previstas en el pliego de clausulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando ésta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1º. Que el cambio de contratista o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista.

2º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1º. Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2º. Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1º. Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

2º. Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

3º. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos.

Presenta importantes diferencias con el artículo 107 TRLCSP, partiendo de que da el mismo tratamiento a las modificaciones no incluidas en los pliegos y a las que, aun figurando en ellas, no cumplan los requisitos legalmente establecidos. Se reconduce hacia esta solución el supuesto en el que la documentación de la licitación en la materia no se encuentre completamente definida, ampliándose así las posibilidades de la Administración de modificar el contrato sin que sea preciso acudir a un nuevo procedimiento de adjudicación. De acuerdo con la literalidad del precepto -*"cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos"*- parece que son dos los requerimientos que, conjuntamente, debe cumplir la Administración para acceder a la alteración del contrato, cuales son, que se justifique la inclusión del cambio en los casos tasados previstos en el apartado dos del artículo y que el reformado se limite a introducir las variaciones *"estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria"*. Así lo ratifica su apartado dos que condiciona la concurrencia de la eventual causa de modificación *"siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo"*.

Frente a los cinco circunstancias cuya concurrencia el artículo 107 TRLCSP previene como causa de alteración contractual reducidas a, la inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades a las que obedece el contrato, la inadecuación del proyecto o de las prestaciones por falta de idoneidad, a fuerza mayor o caso fortuito, la conveniencia de incorporar avances técnicos a la prestación y la necesidad de ajustar esta última a las nuevas especificaciones aprobadas tras la adjudicación, el borrador plantea solamente

---

Para el cálculo del precio mencionado en las letras a) y b) de este apartado se tomará en cuenta el precio actualizado, si el contrato incluye cláusula de revisión de precios. En los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, si la concesión no incluye cláusula de revisión de precios, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media medida conforme al índice de precios de consumo.

tres supuestos, (i) la necesidad de adicionar obras, suministros o servicios a los contratados cuando no fuera recomendable cambiar de contratista debido a razones económicas o técnicas siempre que la modificación aislada o conjuntamente con otras no supere el 50 por cien del precio inicial del contrato, (ii) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación, cuando no se deban a falta de diligencia de la Administración, no se altere la naturaleza global del contrato y la modificación no supere aislada o conjuntamente el 50 por cien del precio del contrato y (iii) cuando las modificaciones no sean sustanciales con el único requisito de justificar especialmente su necesidad. A estos efectos, se considera sustancial una modificación que hubiese permitido la selección de otro contratista de haberse previsto inicialmente, que altere el equilibrio económico del contrato a favor del contratista de manera no prevista o que amplíe de forma importante el ámbito del contrato, lo que sucederá cuando se produzca una alteración en su cuantía a causa de los reformados superior al 15 por cien del precio inicial.

Ninguna duda cabe de que los nuevos supuestos dejan un amplio margen de discrecionalidad a la Administración para introducir modificaciones y permiten resolver cuestiones por la vía del reformado que con la norma actual conducirían a la resolución del contrato. Si se aprueba la nueva Ley en los términos expuestos se habrá visto frustrado todo el empeño puesto en la Ley de Economía Sostenible para acabar con el sistema de modificaciones de obra que favorecía la corrupción y suponía un incremento inasumible de los costes de las obras públicas. No se comprende muy bien como, partiendo de un sistema permisivo con la introducción de modificaciones durante la fase de ejecución del contrato como el previsto en la LCAP y en la LCSP, se pasa a un sistema muy restrictivo como el

del TRLCSP que, de acuerdo con COLÁS TENAS, J.[341], suponía que *"la era del modificado"* había concluido y se vuelve a un régimen que, abusando de términos genéricos e indeterminados, admite la inclusión de modificaciones de hasta el 50 por cien del precio inicial del contrato.

Todo lo anterior se muestra, además, en aparente contradicción con el apartado c del artículo 203 del borrador que, de no aclararse, deberá verse respaldado por una ardua labor interpretativa, porque, del texto de la norma se deduce con facilidad que no se admite las modificaciones sustanciales del contrato y si aquellas lo son -*"en todo caso"*- cuando superan el 15 por ciento del precio del contrato, porcentaje que se determina como límite cuantitativo absoluto, parece lógico que cualquier alteración que sobrepase ese umbral debiera conducir a una nueva licitación lo que se compadece mal con los límites cuantitativos del 50 por cien previstos en los apartados a y b del citado artículo 203, esto es que, o se consienten las modificaciones sustanciales o no se consienten y o se deja de lado la noción cuantitativa en la definición de la sustantividad de la alteración y se utiliza otro criterio o se iguala al 50 por ciento del precio del contrato.

En apoyo de lo anterior es posible señalar la interpretación que se la Junta de Contratación Administrativa[342] llevó a cabo sobre el actual artículo 107 TRLCSP

[341] COLÁS TENAS, J. "La reforma de la legislación de contratos del Sector Público en la Ley de Economía Sostenible REDA nº 153,2012 págs. 253-276.

[342] Informe JCCA 73/11, de 1 de marzo de 2012.

4. Por último, hay que destacar que toda la regulación que aparece dentro del artículo 107, debe entenderse hecha a partir de la línea directriz que supone el segundo apartado de este precepto, que debe servir de base para cualquier interpretación que deba hacerse de este artículo. Así pues, las referencias hechas a las modificaciones que aparecen dentro de los apartados 1 y 3 del mismo, sólo entrarán en juego en el caso de que se trate de modificaciones que no alteren las condiciones esenciales de la licitación y

(antiguo 92 quáter) en su informe 73/11, de 1 de marzo de 2012 en el que indicaba que *"las referencias hechas a las modificaciones que aparecen dentro de los apartados 1 y 3 del mismo, sólo entrarán en juego en el caso de que se trate de modificaciones que no alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación"*, esto es, que cualquier modificación del contrato no puede alterar sus condiciones esenciales, lo que se produciría, de acuerdo con el borrador, en todo caso, cuando se supere el *"15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras",* algo que como se acaba de exponer parece contrato a los citados umbrales del 50 por ciento del precio inicial del contrato.

Por su parte, el artículo 204[343] establece la obligatoriedad para el contratista de ejecutar las modificaciones cuyo precio sea inferior al 20 por ciento del precio inicial del contrato, lo que puede suponer que, por orden de la Administración, el contratista se vea obligado a realizar modificaciones que alteren sustancialmente el contrato (cuando excedan el 15 por ciento del precio original en los de obras). Su apartado segundo establece, como ya lo hicieran la LCAP y la LCSP, la

adjudicación, las cuales, según este mismo precepto, deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

[343] Artículo 204. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato

1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo anterior, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo.

voluntariedad para el contratista de realizar las modificaciones que superen el umbral del 20 por ciento, sistema extinto por innecesario en el TRLCSP ya que todas las modificaciones, dado el rigor con el que debían ser acordadas eran obligatorias para el contratista. De hecho el artículo 209[344] vuelve a introducir como causa de resolución del contrato las alteraciones del precio del contrato en más o en menos el 20 por la concurrencia de eventuales alteraciones, lo que supone un nuevo paso atrás volviendo al régimen previo a la Ley de Economía Sostenible.

El régimen especial de modificaciones que afecta al contrato de obras se encuentra recogido en el artículo 240[345] del borrador de anteproyecto que, como

[344] g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme al artículo 202; cuando no se den las circunstancias establecidas en el artículo 203 o en los que dándose impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

[345] Artículo 240. Modificación del contrato de obras.

1. Serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con lo establecido en esta Ley. En caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

2. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, y no sea necesario realizar una nueva licitación, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.

3. Cuando la modificación contemple unidades de obra que hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas, antes de efectuar la medición parcial de las mismas, deberá comunicarse a la Intervención de la Administración correspondiente, con una antelación mínima de cinco días, para que, si lo considera oportuno, pueda acudir a dicho acto en sus funciones de comprobación material de la inversión, y ello, sin perjuicio de, una vez terminadas las obras, efectuar la recepción, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 241, en relación con el apartado 2 del artículo 208.

4. Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones:

a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.

b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.

c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

No obstante, no tendrán la consideración de modificaciones la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, las cuales podrán ser recogidas en la certificación final, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato.

5. Cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 10 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

El expediente de continuación provisional a tramitar al efecto exigirá exclusivamente la incorporación de las siguientes actuaciones:

a) Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figure el importe aproximado de la modificación, la descripción básica de las obras a realizar y la justificación de que la modificación se encuentra en uno de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 201.

b) Audiencia del contratista.

c) Conformidad del órgano de contratación.

d) Certificado de existencia de crédito.

e) Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, en el caso de que en la propuesta técnica motivada se introdujeran precios nuevos.

En el plazo de seis meses contados desde el acuerdo de autorización provisional deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente de la modificación del contrato.

Dentro del citado plazo de ocho meses se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas.

La autorización del Ministro para iniciar provisionalmente las obras, que, en su caso, únicamente podrá ser objeto de delegación en los Secretarios de Estado del Departamento Ministerial, implicará en el ámbito de la Administración General del Estado la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación de la modificación del contrato. Las obras ejecutadas dentro del plazo de ocho meses, serán objeto de certificación y abono en los términos previstos en la presente Ley con la siguiente singularidad:

Las certificaciones a expedir durante la tramitación del expediente modificado que comprendan unidades no previstas en el proyecto inicial tomarán como referencia los precios que figuren en la propuesta técnica motivada, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta provisionales sujetos a las rectificaciones y variaciones que puedan resultar una vez se apruebe el proyecto modificado, todo ello, sin perjuicio de las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden.

cuestiones de mayor relevancia refiere, además del procedimiento que se ha de tramitar en caso de ser necesario llevar a cabo un proyecto modificado, la imposición al contratista de ejecutar las variaciones del contrato ordenadas de conformidad con lo establecido en la ley, con el límite, debe entenderse, del 20 por ciento que opera como causa de resolución aunque el precepto dedicado al contrato de obras no se pronuncie en tal sentido ni haga remisión alguna. Se mantiene la potestad administrativa de fijar unilateralmente el valor de las nuevas unidades y de contratarlas con otro empresario en caso de desacuerdo en su determinación y se hace obligatorio comunicar a la Intervención las unidades de obra modificadas que vayan a quedar definitivamente ocultas para su inspección. Por último igual que en la actual regulación se considera que no son modificaciones de obra los excesos de medición de unidades de obra previstas en la licitación que no superen el 10 por ciento del precio del contrato.

En definitiva, de todo lo anterior se colige que el trayecto que ha seguido la normativa estatal hasta llegar a la actual regulación se ha visto condicionada por su deber de cumplir con los principios de transparencia, concurrencia e igualdad de trato que rigen como inspiradores del derecho de la Unión. De tal manera que, por más que razones económicas aconsejen el mantenimiento del contrato con el adjudicatario que ha ganado el contrato, si la posibilidad de modificación está prevista en los pliegos o si esta cumple con los requisitos del actual artículo 107 TRLCSP, la Administración estará legitimada para proceder a su modificación por razones de interés público que así lo justifiquen, concepto que por otra parte ha ido adquiriendo un papel secundario como causa justificador a del cambio a favor de las causas previstas de antemano en los pliegos o tasadas en la Ley, en cualquier otro caso deberá procederse a su resolución por causa prevista en el artículo 223 g) TRLCSP y a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación que cumpla con los citados principios. Este sistema que requiere de un

mayor esfuerzo y diligencia en la proyección de obras y favorece el abandono de las relaciones clientelares, de proyectos faraónicos inasumibles e inútiles y que permite el abandono del tradicional sistema de reformados cuya consecuencia a menudo ha sido el incremento del precio de las obras, está a punto de cambiar a consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE que inexplicablemente suaviza el rigor con que los Tribunales de Justicia de la UE han venido tratando la cuestión relativa a los modificados de obra. La futura trasposición de la normativa al derecho estatal, si bien es más estricta que la Directiva, es confusa y recupera en parte el antiguo régimen de los reformados y el carácter potestativo de las modificaciones ordenadas por la Administración y es mucho más permisivo que el actual previsto en el TRLCSP. No se comprende como la Comisión se felicitaba por haber conseguido que el Estado español dictara la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que aseguraba el cumplimiento de los principios que inspiraban la creación de la UE para poco tiempo después tratar con una mayor laxitud las alteraciones contractuales surgidas ya en su fase de ejecución. La aprobación de la futura Ley va a ocasionar que en menos de diez años nos encontremos con, al menos, tres regímenes regulatorios de la modificación del contrato lo que, en mi opinión y teniendo en cuenta la proyección a largo plazo de la contratación administrativa, genera un indeseable clima de incertidumbre que inspira una insuficiente seguridad jurídica[346].

[346] RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. en "La ley de contratos del sector público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales." RAP nº 186, septiembre-diciembre (2011), págs. 53-89.

"2) La inseguridad normativa. La aprobación de la LCSP y su entrada en vigor a los seis meses presagiaban una estabilidad normativa que, sin embargo, no se ha producido. Hubo seis meses para prepararse al gran cambio normativo de la LCSP, pero una vez adaptados de inmediato la LCSP ha sufrido importantes modificaciones, sobre todo las acaecidas en los años 2010 y 2011. Se trata de modificaciones trascendentes que afectan a todo el contenido de la LCSP, incidiendo en aspectos fundamentales. Por eso se abre

otra vez un período de necesaria adaptación y estudio de las nuevas normas y disposiciones.

Esta nueva situación de «inseguridad jurídica» (motivada por la aparición en un corto plazo de tiempo de nuevas normas a asimilar por las Administraciones públicas y por los particulares) debe ser calificada como negativa y está alejada de los buenos propósitos sobre un marco normativo estable que se enuncian en la Ley de Economía Sostenible (art. 4).

Se anuncian novedades legislativas y reglamentarias en fechas próximas. La disposición final 31.a de la Ley de Economía Sostenible autoriza al Gobierno para elaborar un texto refundido en materia de contratación pública. Y, asimismo, se acaba de aprobar la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. A ello se une que el nuevo Reglamento de la LCSP, aprobado en 2009, es parcial y, por tanto, continúa vigente el anterior Reglamento, de 2001, lo que requerirá de la aprobación de una nueva norma reglamentaria de desarrollo completo de la LCSP.

En definitiva, se trata de una cuestión abierta, como puede verse en el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [COM (2011) 15 final], de la Comisión Europea, de 27 de enero de 2011."

CAPÍTULO VI.- LA MODIFICACIÓN DEL PROYECTO DE OBRAS

I.- LA SISTEMÁTICA DE LA MODIFICACIÓN DEL PROYECTO

La modificación de los contratos mediante el ejercicio del *"ius varandi"* aparece regulada taxativamente en la vigente legislación de contratos en sus vertientes procedimental y sustantiva, de modo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 TRLCSP sólo se podrá llevar a cabo en los supuestos contenidos en la Ley y en la forma en ella prevista. Esta afirmación que, desde un punto de vista jurídico, se muestra como una obviedad –aunque la práctica nos dice que durante la ejecución de una obra lo que "a priori" parece lógico resulta no serlo tanto-, quiere decir que no caben interpretaciones extensivas de los supuestos legalmente previstos y que toda alteración debe llevarse a cabo siguiendo el procedimiento articulado al efecto. Si partimos de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 230 TRLCSP, la obra debe realizarse con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato, vemos con claridad que sólo, en el ejercicio de sus potestades exorbitantes, puede la Administración introducir modificaciones en aquel siempre y cuando haga cumplida observancia de las restricciones fijadas en general en los artículos 105 y ss. TRLCSP y, en particular para este tipo de contratos, en el artículo 234 TRLCSP.

Ya se ha señalado que el actual régimen modificatorio permite, de un lado, introducir alteraciones contractuales en la forma y con el contenido y alcance previsto en los pliegos o en la documentación del anuncio de la licitación y, de otro, en los tasados casos y con el alcance previsto en el artículo 107 TRLCSP, cuando tal posibilidad no haya sido advertida previamente en la citada

documentación. En el primer caso, el artículo 106 TRLCSP establece la obligatoriedad para el órgano de contratación de regular minuciosamente en la documentación de la licitación las condiciones, el alcance y los límites de los posibles cambios así como el procedimiento que necesariamente se ha de seguir para que surta efecto la orden que autorice se realización. En el segundo, la Administración está facultada para modificar el proyecto cuando aquel contenga errores que incapaciten a la obra para satisfacer las necesidades para las que fue concebida o cuando concurran determinadas causas objetivas imprevisibles, que sobrevengan tras la adjudicación y que no sean debidas a una falta de diligencia del órgano de contratación que, como en el caso anterior, hagan inadecuado el proyecto para el fin que justificó su elaboración.

Estudiado en el capítulo anterior el contenido, la tipología, el alcance y los límites de las modificaciones que puede sufrir el contrato debidos a la introducción de obras nuevas cuya significancia lleva aparejada la necesidad de reformar el proyecto inicial[347], es conveniente hacer referencia a dos cuestiones, la primera las excepciones que contempla el TRLCSP a la obligatoriedad de seguir la tramitación formal sistematizada en la Ley para introducir cambios en el proyecto y la segunda el procedimiento que ha de seguir la Administración para alterar del contrato. Se tratará en primer lugar la segunda cuestión.

[347] Informe CCCA Andalucía 5/2009, de 22 de abril, sobre necesidad de redacción de nuevo proyecto en las modificaciones de los contratos de obras.

Pero fuera de estos dos casos que la Ley los contempla como excepción, la regla general es la obligatoriedad de redactar previamente un proyecto que recoja las modificaciones que se pretendan introducir y su posterior aprobación siguiendo el procedimiento previsto para ello en la Ley de Contratos del Sector Público y legislación concordante, sin que sea posible realizar tales modificaciones con la sola propuesta de la dirección facultativa.

i.- El procedimiento para la modificación del contrato de obra.

Descendiendo desde la parte general a la especial, tenemos que el artículo 108 TRLCSP[348] regula el procedimiento para modificar cualquier contrato de los comprendidos en la Ley y que, básicamente, consiste en seguir las rigurosas previsiones contenidas en el anuncio de licitación o en los pliegos cuando la modificación se haya contemplado inicialmente y, de deberse los cambios a circunstancias sobrevenidas e imprevistas conforme a lo dispuesto en el artículo 107 TRLCSP, requerir al redactor del proyecto para que presente las alegaciones que considere oportunas antes de acordarse la modificación. Si el contrato es administrativo es aplicable lo dispuesto en el artículo 211 TRLCSP que regula el procedimiento para el ejercicio de las prerrogativas que ostenta la Administración. Advertido el deber de hacer uso de aquellas, el primer paso es dar audiencia al contratista. La duda en este sentido estriba en si deben ser parte en este proceso otras personas –físicas o jurídicas- ajenas a la obra. Del tenor literal de la norma parece desprenderse la exclusión del trámite a terceros no intervinientes

[348] Artículo 108. Procedimiento

1. En el caso previsto en el artículo 106 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.

2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 211 para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos.

directamente en aquella. Sin embargo, supongamos que nos encontramos en uno de los supuestos previstos en el apartado primero letras b) y c) del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE que obligan a publicar la modificación en el Diario Oficial de la Unión Europea, está claro que esa publicación obedece al interés de la Unión de que se respeten los principios que rigen las licitaciones y así evitar casos de adjudicaciones fraudulentas. Pues bien, si esto es así, limitar el trámite de audiencia exclusivamente a la figura del contratista cuando se vaya a firmar un proyecto modificado, no casa en absoluto con el objetivo de otorgar plena trasparencia al procedimiento adjudicador. Por esta razón es lógico que el trámite de audiencia deba extenderse a cualquiera de los intervinientes en la adjudicación esto es, además de al contratista principal, al resto de empresarios que no ganaron la licitación para que valoren la entidad de la modificación y puedan pronunciarse sobre su posible ilegalidad si es que consideran que sobrepasa los límites legalmente establecidos. En este sentido y en la actualidad, no parece admisible la tesis que plantea Ariño Sánchez. R.[349] según la cual considera que el resto de los competidores agotan su interés directo en el procedimiento en el momento de la adjudicación de la obra. Esto podrá ser así en la práctica y en determinados casos, sin embargo, es lógico pensar que en un escenario de competencia ideal en el que todos los ofertantes aspiran a conseguir todas las obras, aquellos cuyas ofertas fueron descartadas estén efectivamente interesados en la resolución del contrato y en que se inicie un nuevo procedimiento que aspiren a conseguir. En cualquier caso, el trámite de audiencia es preceptivo y su omisión incurre en vicio de anulabilidad del artículo 63.2 LRJPAC[350] -artículo 48 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-.

[349] ARIÑO SÁNCHEZ. R, Modificaciones de los Contratos en "Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas" ob. cit. Pág. 813.

[350] STS de 15 marzo 2012, rec. 6335/2008

La siguiente imposición de la Ley es la emisión del informe de los servicios jurídicos cuando se esté ante un contrato en el que sean parte la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y las demás Entidades públicas estatales, salvo en los casos previstos en los artículos 213 y 99 TRLCSP[351]. El trámite es igualmente preceptivo, como lo es el informe del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma[352] en los casos en los que la cuantía de

---

En la sentencia de 12 de diciembre del 2008 (casación 2076/2005) tuvimos ocasión de recordar que...la omisión del trámite de audiencia en procedimientos no sancionadores no constituye en sí misma o por sí sola ninguna de las dos causas de nulidad de pleno derecho previstas en las letras a) y e) del número 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, sino que queda regida por la previsión del número 2 del artículo 63 de la misma Ley, de suerte que sólo determinará la anulabilidad del acto dictado en el procedimiento en que se omitió si dio lugar a una indefensión real y efectiva del interesado. En este sentido, y por todas, puede verse la sentencia de 16 de noviembre de 2006, dictada en el recurso de casación número 1860 de 2004, en la que, con cita de otras, se recuerda también que para afirmar si se produjo o no esa situación de indefensión real y efectiva han de valorarse las circunstancias singulares de cada caso en concreto, incluidas las posibilidades de defensa que haya podido proporcionar el propio procedimiento administrativo en que se omitió aquel trámite, el recurso administrativo, si lo hubiere, y el mismo recurso jurisdiccional.

[351] GIMÉNEZ CERVANTES, J. En "Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" editada por los Ministerios de Justicia y Fomento y el B.O.E., indica que en estos casos no se requiere el informe porque tanto la resolución del contrato por falta de constitución de la garantía como cuando obedece a la superación de los plazos de ejecución total o parcial, se dan por causas objetivas y fácilmente constatables.

[352] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A. en "El Consejo de Estado como garantía: competencias en materia de contratación" de la obra "Comentarios a la Ley de las Administraciones Públicas de GÓMEZ FERRER MORANT, R. Ed. Civitas, Madrid 2004,

la modificación *"aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros."* La intervención del máximo órgano consultivo se produce para salvaguardar *"la garantía de los intereses públicos a los que se orienta la exigencia de la intervención del Consejo de Estado"*[353]. La consecuencia de la omisión de recabar este informe es la nulidad radical de la resolución administrativa que finalmente recaiga, al no haberse observado el procedimiento legalmente establecido[354] al haberse prescindido de un trámite formal indispensable[355].

---

pág. 323., establece que aun cuando sea preceptivo el informe de los órganos consultivos creados por las Comunidades Autónomas es posible solicitar con carácter potestativo también el informe del Consejo de Estado.

[353] Dictamen del Consejo de Estado nº 214/1992 de 21 de mayo de 1992.

[354] Dictamen del Consejo de Estado nº 4533/1996 de 30 enero de 1997

Sentado lo anterior, los efectos anudados a la omisión de dicho trámite en el procedimiento administrativo deben ser, sin duda, la nulidad de la resolución administrativa. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido equiparando la ausencia de trámites esenciales o inexcusables en el procedimiento a la ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), de tal forma que, al ser este dictamen preceptivo, su omisión constituye un vicio invalidatorio determinante de la nulidad radical del acto administrativo definitivo.

[355] STS de 14 junio 1997, rec. 13439/1991

es requisito formal indispensable para que el acto administrativo pueda alcanzar su fin, determinando la falta de ese requisito indispensable la anulación de los actos administrativos que adolecen de la misma -art. 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin que pueda ser subsanado el defecto por disponerlo así el último párrafo del art. 53 de la misma Ley.

Antes de dictarse la propuesta de resolución, deberá darse audiencia al contratista de todo lo actuado[356] de conformidad con lo expuesto en el artículo 84.1 LRJPAC[357] -artículo 82 nueva Ley 39/2015-, último momento en el que, si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 LRJPAC, o en el artículo 53 nueva Ley 39/2015 podría, en su caso, el contratista oponerse a la modificación[358]. La Resolución adoptada por el órgano de contratación, deberá ser motivada, pondrá fin al procedimiento y será inmediatamente ejecutiva.

---

[356] Dictamen del Consejo de Estado nº 922/1996 de 23 de mayo de 1996

En relación con ese trámite, conviene recordar que representa el momento procedimental reservado para que, concluida la instrucción de los expedientes e incluidos en ellos todo el material probatorio necesario, los interesados puedan conocer su estado final y, a la vista del mismo, efectuar las alegaciones finales que estimen necesarias, que, como regla general, deben evacuarse inmediatamente antes de que se prepare la correspondiente propuesta de resolución, proporcionando así a los órganos instructores el conocimiento de la opinión final sustentada por los interesados.

[357] Dictamen del Consejo de Estado nº 334/2014 de 26 de junio de 2014

En primer término, respecto del trámite de audiencia, interesa resaltar que el artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la celebración de dicho trámite una vez "instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución". Por consiguiente, como ha sucedido en el expediente remitido, al acordarse recabar una opinión técnica adicional así como un informe jurídico a la vista de las alegaciones formuladas en este trámite, procedía conceder nueva audiencia antes de la redacción de la propuesta de resolución (véase, en el mismo sentido, el dictamen 1.445/2013, de 27 de febrero, también emitido en el seno de un expediente contractual instruido por el Instituto de Turismo de España).

[358] e) A formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento

El Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas vigente, regula en su artículo 102 el procedimiento modificatorio general de los contratos y no varía sustancialmente de lo establecido en la Ley. En concreto establece que para el caso de que sea necesario introducir alguna modificación, se redactará la oportuna propuesta por el órgano de contratación que contendrá la documentación relativa a su justificación, descripción y valoración. Antes de la aprobación se reitera no sólo la necesidad de dar previa audiencia al contratista sino también de fiscalizar el gasto por los órganos correspondientes.

Centrándonos ya, en particular, en el contrato de obras, el procedimiento de modificación del proyecto, se encuentra previsto en el apartado tercero[359] del artículo 234 TRLCSP. Ninguna duda cabe de que se han de seguir los trámites ya

anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.

[359] 3. Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia con las siguientes actuaciones:

a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.
b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.

c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato.

citados establecidos en el artículo 211 TRLCSP, debiéndose proceder, con carácter de urgencia, a la verificación de una serie de procesos internos[360] que consisten básicamente (i) en la solicitud de autorización para redactar el proyecto ante el órgano competente que deberá llevar aparejado el informe favorable del órgano de intervención, (ii) la redacción de la modificación llevada a cabo por el proyectista, (iii) la aprobación técnica de la reforma con la conformidad del acta de precios nuevos, de su examen por parte de la Oficina de Supervisión de Proyectos, de la aprobación del Pliego adicional de Prescripciones Técnicas particulares y de la aprobación del nuevo programa de trabajos. Se requiere asimismo la confirmación de la existencia de crédito suficiente para acometer las nuevas obras, la aprobación del expediente por el órgano de contratación y dar audiencia al contratista y al redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.

[360] Informe JCCA 49/01, de 30 de enero de 2002.

En este sentido una solución afirmativa se impone como consecuencia del análisis de la estructura y términos utilizados por el citado artículo 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el que, como afirma la Intervención General, deben distinguirse dos fases, la primera relativa a la autorización de la continuación provisional de las obras y la segunda relativa al expediente del modificado, En la primera fase se resuelve sobre la base de una propuesta técnica que elabora la dirección facultativa y el expediente a tramitar al efecto exige las actuaciones detalladas en las letras a) a d) del segundo párrafo del artículo 146.4 entre las cuales deben figurar el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar. La segunda fase está constituida por la aprobación del expediente del modificado que debe producirse en el plazo de ocho meses y en el que ya no será suficiente fijar el importe aproximado de las obras y realizar una descripción básica de las mismas, sino que este expediente del modificado deberá comprender todos los documentos y cumplir todos los requisitos de los expedientes de modificación, entre ellos, la aprobación técnica del proyecto que el propio artículo 146.4 prevé que ha de tener lugar en el plazo de seis meses posterior a la autorización de continuación de las obras.

ii.- Modificaciones que no requieren de la redacción de un nuevo proyecto.

El mismo apartado tercero del artículo 234 TRLCSP permite la inclusión de variaciones, sin necesidad de previa aprobación, cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto y no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato. La Ley permite concede un cierto margen a la imprevisión dada la imposibilidad material de que el proyecto prevea con total exactitud el número y volumen de todas y cada una de las unidades necesarias para la ejecución de la construcción. A este tipo de modificaciones se refiere el capítulo anterior de este trabajo con detenimiento en el que se estudia asimismo su concordancia con lo dispuesto en el artículo 72 de la directiva 2014/124/UE, por lo que baste aquí decir que el RGLCAP también menciona esta tipología modificatoria en su artículo 160 que dispone la posibilidad de que se introduzcan variaciones en el porcentaje del 10 por ciento del precio primitivo del contrato sin necesidad de aprobación, admitiendo la compensación entre el exceso y el defecto de obras[361]. En este segundo caso, además se daba la

[361] Informe JCCA 16/06, de 30 de octubre de 2006

Lo primero que resulta del examen del precepto es que el mismo se refiere a variaciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, lo cual implica tanto aumento como disminución en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto.

El único requisito que exige el reglamento para poder introducir estas variaciones sin necesidad de aprobación por el órgano competente y, por tanto, sin necesidad de tramitar el oportuno expediente administrativo, es que tales alteraciones no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato IVA excluido.

2. Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas en el escrito de consulta sobre si cabe posibilidad de compensar excesos y defectos de medición a efectos del cómputo

circunstancia de que con anterioridad a la aprobación de la Ley de Economía Sostenible que introdujo el nuevo régimen de modificador, se permitía a la Administración suprimir unidades de obra superando ese porcentaje del 10 por ciento sin necesidad de acudir a la figura del reformado[362]. El precio, tanto del contrato que se toma porcentualmente, como de las unidades de obra adicionales ha de excluir el IVA. Por otra parte, el TRLCS permite que en las mediciones mensuales se corrobore ese exceso de obra sobre lo previsto pudiendo ser abonadas en las certificaciones ordinarias y no sólo en la certificación final o en la liquidación. Por último significar que este porcentaje es independiente y compatible con el contenido en el apartado 3 letra d) del artículo 107 TRLCSP, de manera que no se tendrá en cuenta a la hora de valorar si se ha producido la alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación[363].

---

del limite del 10 por 100, entiende esta Junta Consultiva que no existe ningún impedimento para ello, puesto que el artículo 160 del RGLCAP se refiere a "variaciones" y no a aumentos o reducciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas de forma aislada. Por tanto, el límite del 10 por 100 ha de aplicarse sobre el saldo de dichos aumentos o reducciones, es decir teniendo en cuenta la variación total que se produce en el número de unidades ejecutadas.

[362] Informe JCCA 16/06, de 30 de octubre de 2006.

Es evidente que este último requisito negativo no puede darse en los supuestos de defectos de medición, lo que lleva a concluir que los mismos son aceptados por el reglamento sin someterlos a ninguna limitación, todo ello sin perjuicio del derecho de resolución del contrato que, en su caso, pueda ejercer el contratista de conformidad con lo previsto en el articulo 149 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

[363] Informe 23/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

De lo anterior se concluye que el supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP nada tiene que ver con las circunstancias y condiciones recogidas en el artículo 92 *quarter* LCSP, ya

que, por una parte, entre las circunstancias recogidas en las letras a) a e) del apartado 1 de este último precepto no figuran los excesos de medición en las unidades finales de una obra y, por otra, los supuestos en los que se considera se produce una alteración esencial lo son exclusivamente — como señala el precepto— *«a los efectos de lo previsto en el apartado anterior»*, sin que puedan extrapolarse a otros supuestos, como el contenido en el artículo 217.3 LCSP, que tiene una finalidad propia.

Téngase en cuenta, además, que la modificación legal prevista en el artículo 217.3 LCSP en su caso va a producirse, con su específica y sencilla tramitación, una vez ejecutadas las unidades de obra en mayor número del previsto, (la norma se refiere a *«unidades realmente ejecutadas»),* a diferencia de las circunstancias imprevistas del artículo 92 *quarter* que requieren de la instrumentación de un expediente de modificación en los términos previstos en el artículo 92 quinquies LCSP con carácter previo a su ejecución.

En este mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 43/2008, de 28 de julio, al señalar respecto del posible adicional de obra que se aprecie en la medición de ésta que: «Este adicional es una partida cuya existencia dependerá de que en la medición de la obra resulten excesos respecto de las unidades previstas en el presupuesto. En tales casos y siempre que no superen el 10 por 100 del presupuesto de la obra, la Ley considera que estos excesos son consecuencia de inexactitudes del proyecto o del presupuesto que resultan inevitables por lo que se prevé la posibilidad de abonarlas sin necesidad de recurrir a modificación contractual alguna. En su consecuencia, aunque sean frecuentes, no forman parte del contrato, inicialmente, y, desde un punto de vista teórico, no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan, por lo que no deben ser tenidos en cuenta para determinar el valor estimado del contrato».

Esta conclusión no significa, como parece desprenderse del escrito de consulta, que el límite del 10% del artículo 92 *quarter* LCSP pueda calcularse sobre el precio de adjudicación mas el posible incremento de gasto del 10% como exceso de medición de unidades previstas, sino que ambos porcentajes máximos, cuya base de calculo es además diferente, serán compatibles e independientes entre sí.

Así, respecto de la cuestión planteada, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en el artículo 92 *quarter* LCSP no comprende los eventuales excesos de medición de un contrato administrativo de obras, siendo posible una modificación no

II.- LOS EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN

La ejecución de las obras conforme a la modificación del proyecto es obligatoria para el contratista, sin perjuicio de los recursos administrativos que, por supuesto, tiene el derecho a plantear contra el acto administrativo que acuerde dicha alteración. Esa obligatoriedad se predica, bien del contenido de contrato o de los pliegos o bien de la prerrogativa exorbitante que, en tal sentido, ostenta la Administración. Resulta igualmente preceptiva para esta última dado que su ejercicio obedece como fin último a la satisfacción del interés general al que se debe su actividad. Si bien se ha eliminado la posibilidad[364] de que el contratista optase por la resolución del contrato en los casos en los que se produzca una alteración superior al 20 por ciento del precio inicial del contrato, no quiere decir que se hayan eliminado los límites de carácter cuantitativo al ejercicio de "ius variandi" pues como se apuntó anteriormente de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 letra d) del artículo 107 TRLCSP la superación del importe de la modificación del 10 por ciento del contrato inicial, producirá una alteración

prevista de hasta el 10% del importe de adjudicación, cuando se produzca una o varias de las circunstancias legales, y además hasta un 10% de incremento de gasto por exceso de medición de unidades previstas.

[364] Dictamen del Consejo de Estado 974/2014 de 14 de julio de 2014

Por lo demás, cabe apuntar que, pese a la procedencia de la modificación propuesta, su importe excede del 20 por 100 del precio primitivo del contrato, por lo que el contratista podría instar su resolución, a la vista de lo previsto en el artículo 220.e) de la LCSP. No obstante, el contratista ha manifestado su conformidad a la modificación proyectada (antecedente séptimo), mediante la firma del acta de precios contradictorios, por lo cual queda obligado a su ejecución si fuera aprobada (dictámenes 933/2009 y 208/2011).

esencial de la prestación cuya consecuencia será la resolución del contrato y la tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación. Por tanto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE mucho más laxa que la norma estatal en lo que a este aspecto se refiere y hasta que no se apruebe la nueva legislación de contratos en cuyo artículo 204 se retoma la senda dejada por el TRLCSP en lo concerniente a la facultad del contratista para instar la resolución del contrato cuando las modificaciones del contrato superen el importe del 20 por cien de su precio inicial, el empresario estará obligado a realizar los cambios introducidos por la Administración y no previstos en la documentación de los pliegos en tanto no superen el citado 10 por cien de dicho precio final y produzcan, en consecuencia, la alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, lo que expresamente prohíbe el propio artículo 107 TRLCSP[365].

Una vez se dicta la resolución que aprueba la alteración, el efecto inmediato es la novación objetiva del contrato que es de carácter forzoso, tanto si se produce por virtud de la concurrencia de los supuestos previstos en la documentación de la licitación, como si ocurre por las circunstancias sobrevenidas justificadoras del cambio por razones de interés general que así lo aconsejen. La novación del contrato no produce un nuevo contrato, esto es, no subsisten dos contratos, el contratista firmará un reformado que se integrará en el principal al que afectará sólo en las unidades que sea preciso cambiar, el resto permanece como fue suscrito en un principio y su contenido obligacional persistirá intacto.

Aunque no siempre es así, cuando se altera el proyecto de la obra, en multitud de ocasiones se ven asimismo afectados tanto el presupuesto como el plazo de

[365] La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación

ejecución de la obra, la concurrencia de estos ocasionales supuestos se analizará con detalle a continuación. Baste por ahora decir con respecto al presupuesto que sólo se ve afectado el importe pero no la forma ni el método de pago y que será necesario aumentar la garantía prestada por el contratista en la proporción en que aquel varíe según lo establecido por el artículo 99.3 TRLCSP y en lo que concierne al plazo de ejecución se verá igualmente afectado a como lo haga en más o en menos la causa que origine, en general, cualquier retraso no imputable al adjudicatario, de acuerdo con el contenido del art. 213.2 TRLCSP.

III.- LA MODIFICACIÓN DEL PLAZO

El artículo 212 TRLCSP establece que *"El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva"*. Se presenta, por consiguiente, la posibilidad de que el contrato contenga no sólo un único plazo general de entrega de la obra, sino también una serie de plazos parciales que dan lugar a su vez a recepciones parciales de los trabajos y que sirven, además, para controlar su ritmo de ejecución. En este sentido, la legislación de contratos viene desde antiguo vinculando la duración de los contratos con su financiación, con el objetivo, al menos desde un puto de vista teórico, de obtener el máximo rendimiento de la inversión. En concreto, el apartado primero del artículo 23 TRLCSP obliga a que la duración de los contratos se establezca teniendo en cuenta, entre otras, su previa financiación, requisito que obedece, en particular, a la conveniencia de llevar a cabo una contratación eficiente[366] con respeto a las condiciones establecidas en el artículo 22 TRLCSP.

[366] En este sentido CAZORLA PRIETO L. M., en la obra colectiva "Comentarios a la Constitución", 3ª edición ampliada. Ed. Civitas, Madrid, 2001, respecto del artículo 31 CE, comenta que " la norma determina el telos del gasto público: la asignación equitativa

El cumplimiento tanto de los referidos plazos parciales como el plazo total de ejecución de la obra se configura como un elemento fundamental de la obligación asumida por el empresario. La ejecución de la obra es un negocio a plazo fijo[367] en la terminología utilizada por el Consejo de Estado en el que el cumplimiento del tiempo acordado para la culminación de las obras sin que hayan sido entregadas significa que, "ipso iure", el adjudicatario se coloca en situación de incumplimiento contractual. Si bien hay autores que discuten esta doctrina rigorista[368], lo cierto es que la propia legislación de contratos es la que dota al plazo de esa nota determinante, de manera que la obra deberá ejecutarse como fue contratada y entregarse en la fecha acordada pues en otro caso, llegada la fecha del vencimiento, el contratista se constituirá automáticamente en mora como dispone el apartado 3 del artículo 231 TRLCSP. Si el empresario incurre en mora, la Administración esta facultada indistintamente para imponerle penalidades a razón de 0,20 € por cada 1000 € del precio del contrato o para

de los recursos públicos. Esta es la directriz que debe guiar la actuación de los poderes públicos. Se trata del verdadero principio de justicia material en el gasto público"

[367] Dictamen del Consejo de Estado nº 912/1997 de 27 de febrero de 1997

Así pues, el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica "ipso iure" la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial.

[368] JURISTO SÁNCHEZ. R, en "La ejecución del contrato de obra pública" Ob. Cit., pág. 255, afirma que en el negocio fijo la fijeza determina no sólo el momento en que la prestación debe quedar realizada sino también el momento en el que el contrato automáticamente resuelto, dado que la prestación es inútil para el acreedor. Sin embargo, dice en el contrato de obra pública, la realización de la obra, aun extemporánea, puede ser todavía útil para la Administración.

resolverlo[369] conforme a lo establecido en el apartado 4 del citado artículo 231 TRCSP que además permite incluir en el pliego penalidades distintas a las establecidas para el caso de demora en el cumplimiento del plazo total atendiendo a las especiales características del contrato y cuando así se justifique debidamente en el expediente.

Que el plazo sea considerado como un elemento primordial de la prestación[370] no significa que sólo el contratista se vea perjudicado por su alteración. La fecha de entrega de las obras puede verse afectada por el retraso en el comienzo de la ejecución, por suspensiones autorizadas, por prórrogas de los plazos parciales o del total, por modificaciones en el proyecto o por cualesquiera otras razones de interés público. El estudio de la modificación del proyecto impone al menos

[369] Informe JCCA 4/04, de 12 de marzo de 2004.

Como consecuencia de lo anterior debe llegarse a la conclusión que el retraso se produce por causa imputable al contratista y procede la imposición de penalidad al mismo de conformidad con el artículo 95 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares, al no haber optado el Ayuntamiento, lo que resultaría factible, por la resolución del contrato.

[370] Al respecto GALLEGO CORCOLES, I., en "La Modificación de los Contratos en la cuarta generación de Directivas sobre Contratación Pública". Ob. Cit., afirma que

"El plazo es una condición de la licitación de la mayor relevancia. No sólo en el caso de los contratos de concesión, en los que tiene una vertiente económica, sino también las ofertas que se presenten a los contratos de obras, suministros y servicios están evidentemente condicionadas por el plazo de ejecución del contrato.

De la jurisprudencia del TJUE se desprende que no toda modificación del plazo del contrato constituye una alteración de una condición esencial del mismo, sino sólo aquellas modificaciones que refuerzan la posición jurídica del adjudicatario, distorsionando así la competencia."

hacer una sucinta referencia al retraso en el comienzo de la ejecución, a las prórrogas de los plazos parciales o del total y al supuesto de suspensión de las obras.

i.- El retraso en el comienzo de la ejecución de las obras

El supuesto típico que motiva este tipo de retrasos se da cuando, en la fase de comprobación del replanteo, se verifica la imposibilidad de ejecutar la obra conforme a lo proyectado bien sea por indisposición de los terrenos afectados o bien por la aparición de nuevas circunstancias inexistentes en el momento de la redacción del proyecto[371]. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 TRLCSP, la ejecución del contrato de obras comienza con el acta de comprobación del replanteo[372]. En un plazo inferior a un mes desde la fecha de

[371] Debe tenerse en cuenta que la comprobación del replanteo constituye el primer acto de ejecución del contrato de obras y que no es lo mismo que el replanteo que es un acto interno de la Administración previo a la adjudicación del contrato. La comprobación del replanteo tiene una inmediata repercusión en la relación contractual. En este sentido, SUAY RINCÓN, J., en "La ejecución del contrato de obra pública" en la obra colectiva "Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas", 2ª edición, Ed. Cívitas, Madrid 2008. Pág. 836.

[372] Dictamen del Consejo de Estado nº 1637/1993 de 17 de febrero de 1994

Como ha venido manteniendo este Consejo de Estado, resulta fundamental para una buena y ordenada gestión administrativa el rigor a la hora de practicar los actos de replanteo de las obras (tanto del replanteo previo de las obras como de comprobación del replanteo), cuyo común objeto supone, en esencia, confrontar los proyectos y sus previsiones con la realidad y sobre el terreno, formando y expresando un juicio acerca de la viabilidad de las obras.

Esta comprobación se efectúa, en primer lugar, a través del "replanteo previo de las obras", que se integra, como actuación preparatoria que es del contrato, en el proceso de formación de la voluntad administrativa, siempre en un momento anterior a la existencia

formalización del contrato, salvo casos excepcionales, la Administración, con asistencia del contratista, debe comprobar la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto[373], extendiéndose en un acta suscrita por ambas partes, el resultado de dichas verificaciones.

Si a consecuencia de estas comprobaciones la Administración juzga necesario modificar el proyecto, se produce la suspensión de las obras en tanto no se adopte la resolución que proceda sobre la continuación de las obras si se elimina la causa física que impedía su comienzo, sobre la modificación del proyecto o sobre la resolución del contrato[374]. No obstante, el hecho de que no se dicte resolución alguna al respecto no impide, en modo alguno, que comience el

---

de cualquier vínculo contractual e incluso a la iniciación de las actuaciones conducentes a su establecimiento; y, en segundo lugar, a través de la "comprobación del replanteo" que, en cambio, supone que se ha formalizado ya el contrato y ambas partes por él vinculadas practican una actuación, con la que la ejecución de las obras se inicia, jurídicamente concebida para verificar, sobre la realidad material del terreno, la viabilidad de la ejecución de las obras proyectadas.

[373] Artículo 139.2 RGLCAP

2.ª Cuando el resultado de la comprobación del replanteo demuestre, a juicio del director de la obra y sin reserva por parte del contratista, la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto, se dará por aquél la autorización para iniciarlas, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta que se extienda, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla, y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta.

[374] TENA RUIZ, J., en "Modificaciones de los contratos. Especial referencia a las modificaciones de los contratos de obras" Boletín de Derecho Local, nº 3, junio de 2009, estudia el resultado de la comprobación del replanteo que puede derivar en la viabilidad del proyecto, en la falta de disposición de los terrenos o en la modificación del proyecto debido a su inviabilidad.

cómputo del plazo de suspensión[375], pues el acto administrativo que la acuerde se ha de considerar un mero requisito formal que no enerva las consecuencias jurídicas de la demora en el inicio de los trabajos[376]. Si estos no se reanudan dentro de periodo de seis meses al que se refiere el artículo 238 TRLCSP, el adjudicatario queda facultado para instar la resolución contractual con abono de una indemnización del 3 por cien del precio de la adjudicación. En este sentido, se plantea la duda de si es posible que el contratista sea resarcido por otros daños y perjuicios que haya sufrido derivados de dicha suspensión y que acredite convenientemente de conformidad con el principio de reparación integral del daño consignado en los artículos 225.2 TRLCSP y 1902 CC. La solución parece ser negativa dado que el precepto se refiere a una indemnización *"por todos los conceptos"*, expresión de la que puede deducirse que comprende el resarcimiento global por el menoscabo sufrido por el empresario debido a la suspensión. Si la Administración acuerda la modificación del proyecto deberá hacerlo conforme a lo dispuesto en los artículos 105 y ss. TRLCSP con las especialidades en los artículos 219 y 234 TRLCSP.

Además del anterior hay otro supuesto característico que se incardina también en el seno de esta tipología de demoras que afectan al inicio de las obras y que se da cuando el órgano de contratación se demora en la comprobación del replanteo.

[375] Dictamen del Consejo de Estado nº 1093/1991 de 3 de octubre de 1991.

[376] El apartado 4 del artículo 139 RGLCAP establece que en tanto sea dictada la resolución que proceda, "quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, computándose a partir de dicha fecha el plazo de seis meses"

Si tal retraso, por causa no imputable al contratista[377], se prorroga por un periodo de tiempo superior a seis meses, aquel podrá potestativamente solicitar la resolución del contrato y solamente tendrá derecho a percibir a indemnización del 2 por cien del precio de la adjudicación. El adverbio "sólo" utilizado parece excluir, de suyo, cualquier indemnización adicional a la que tendría derecho si no opta por la resolución y prefiere esperar a que finalmente la Administración proceda a la comprobación del replanteo, en cuyo caso estará facultado para reclamar los daños y perjuicios sufridos por la demora en la realización del trámite, amparado en lo dispuesto en el artículo 234 TRLCSP.

ii.- La prórroga del plazo de ejecución.

En este apartado no se va a tratar el contenido de las prórrogas a las que se refiere el artículo 23 TRLCSP que regula el supuesto en el que un contrato convencional de tracto sucesivo desarrollado satisfactoriamente decide ser prolongado por el órgano de contratación. Lo que se estudia en este epígrafe es la ampliación del plazo no prevista inicialmente y que se da en el seno de la ejecución del contrato.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 213 TRLCSP, cuando se produce un retraso no imputable al contratista, si este aceptase cumplir con sus compromisos, la Administración le concederá un plazo que será, al menos, igual al tiempo perdido, salvo que el contratista desee uno menor.

La solicitud de ampliación del contrato por causa no imputable al contratista, cuando sea aceptada por la Administración, producirá la novación modificativa del plazo. En cuanto a la regulación sistemática de la concesión de dicha

[377] El artículo 139 RGLCAP establece al respecto que "contratista no acudiere, sin causa justificada, al acto de comprobación del replanteo su ausencia se considerará como incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la Ley."

prórroga aparece recogida en el artículo 100 RGLCAP[378] que obliga al empresario a solicitar la ampliación del plazo dentro de los quince días siguientes al que se produzca la causa que dio origen al retraso, alegando las razones por las que considera que no le es imputable e indicando el tiempo de duración adicional necesario para llevar a término las obras. El órgano de contratación, a la vista de la petición deducida por el contratista y teniendo en cuenta las manifestaciones hechas al respecto, vendrá obligado[379] a conceder la prórroga solicitada si, en efecto, las causas que motivaron la demora no son imputables al contratista y este

[378] 1. La petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquél en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido.

Si la petición del contratista se formulara en el último mes de ejecución del contrato, la Administración deberá resolver sobre dicha petición antes de los quince días siguientes a la terminación del mismo. Durante este plazo de quince días, no podrá continuar la ejecución del contrato, el cual se considerará extinguido el día en que expiraba el plazo previsto si la Administración denegara la prórroga solicitada, o no resolviera sobre ella.

2. En el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder, dentro del mes último del plazo de ejecución, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el artículo 95.3 de la Ley o, en su caso, las que se señalen en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato.

[379] Parece claro que el término "concederá" al que se refiere el artículo 213.2 TRLCSP interpela a la Administración para que conceda la prórroga si se cumplen los requisitos de falta de culpa y compromiso de cumplir sus obligaciones.

se ha ofrecido además a cumplir sus obligaciones. La concesión de la prórroga deberá ser necesariamente expresa ya que el artículo 23 TRLCSP prohíbe su autorización tácita que sí era admitida por la jurisprudencia[380] con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la LCAP operada por la Ley 53/1999 de 28 de diciembre, previniendo al respecto el artículo 100.1 RGLCAP que el contrato se considerará extinguido el día en que expiraba el plazo previsto de terminación de las obras, además de en el caso en el que la Administración denegara la prórroga o cuando no resolviera sobre ella.

iii.- Las variaciones del plazo debidas a la modificación del proyecto

Si la modificación del proyecto estuviera prevista en la documentación que rige el procedimiento de contratación, en caso de que fuera necesario acudir a ella, deberá seguirse el procedimiento establecido en el contrato. Si, por el contrario el interés general impone la necesidad de introducir variaciones no previstas en la obra inicialmente proyectada, puede ser necesario reajustar los plazos parciales o el general previsto en el contrato. La modificación del plazo, en la práctica, dependerá esencialmente de la naturaleza del cambio que sea necesario introducir. El artículo 162 RGLCAP plantea dos posibilidades al respecto, la primera que, sin introducir nuevas unidades de obra, las modificaciones del proyecto impliquen la necesidad de reajustar la fecha de terminación de la obra. En ese caso el plazo no podrá ser aumentado o disminuido en mayor proporción

[380] STS de 29 junio 1990

Primero: Está acreditado en el expediente administrativo que la empresa Restauraciones y Obras, S. A., recurrente en primera instancia y ahora parte apelada, solicitó de la Administración el día 3 de mayo de 1982 prórroga del plazo de ejecución de las obras contratadas, por tiempo de nueve, meses, aun cuando la Administración no concedió expresamente la prórroga , si ha de entenderse otorgada porque la misma Administración autorizó y abonó a la empresa el importe de determinadas obras ejecutadas en este mismo plazo de nueve meses.

que en la que resulte afectado el presupuesto. La segunda previsión del artículo 162 RGLCAP regula la eventual necesidad de ejecutar unidades nuevas no previstas en el proyecto. Si eso sucede, el director de las obras tiene la obligación de elevar al órgano de contratación, además de las propuestas de los precios nuevos, la repercusión que la ejecución de esas nuevas unidades tendrá sobre el plazo de ejecución. En cualquiera de los supuestos, conforme a lo establecido en el artículo 96 RGLCAP, si se verificase el desajuste entre las anualidades previstas en el contrato y las necesarias para ejecutar las modificaciones, el órgano de contratación procederá a reajustar las citadas anualidades siempre que lo permitan los remanentes de los créditos aplicables y con la necesaria conformidad del contratista, salvo que razones excepcionales de interés público determinen la suficiencia del trámite de audiencia del mismo y el informe de la Intervención.

Para proceder al reajuste de anualidades deberá tenerse en cuenta que el criterio de proporcionalidad que se venía utilizando en la derogada legislación de contratos, usualmente no es coincidente con las necesidades del procedimiento de ejecución de una obra compleja. En efecto, desde que se observa la conveniencia de alterar la construcción hasta que, en su caso, se produce la suspensión del contrato que enseguida se estudiará y en tanto finalizan los trámites burocráticos que culminan con la orden de reanudación de los trabajos y posteriormente hasta que la obra recupera su ritmo normal de ejecución, transcurre un valioso tiempo que no puede equipararse, en absoluto, con el que corresponde a la pura y simple ejecución material de las nuevas unidades de obra. Por ello, a la hora de cuantificar el lapso temporal en que se incrementará el plazo de ejecución, debería tenerse en cuenta, no sólo la duración prevista en el

modificado, sino también el tiempo de ralentización y paralización efectiva que sufre la construcción hasta su aprobación[381].

Generalmente, cuando sobreviene la necesidad de introducir modificaciones en un proyecto de cierta importancia, o en sectores críticos de la construcción como puede ser la cimentación en un edificio, los pilares en un viaducto, los tableros en un puente, etc., se hace necesario paralizar las obras mientras se produce la aprobación del proyecto modificado que resuelva las vicisitudes surgidas durante la construcción. En estos supuestos, la suspensión acordada por la Administración dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios que debidos a tal paralización se irroguen al contratista de conformidad con lo dispuesto en el artículo 220 TRLCSP.

No obstante lo anterior, según con lo establecido en el apartado 4 del artículo 234, es posible que la Administración acuerde la continuación provisional de las obras, sin necesidad de aprobar el proyecto modificado, con el único requisito de que se emita una propuesta técnica de la dirección facultativa que describa las obras nuevas y su proceso de ejecución, siempre y cuando la suspensión de los trabajos ocasione un grave perjuicio para el interés público identificado, no sólo con la pura y simple paralización de la construcción, cuya consecuencia inmediata sería el retraso en la entrega a su uso público, sino también en la facultad del contratista de instar la resolución del contrato cuando las obras se suspendan durante un periodo de tiempo superior a ocho meses conforme a lo preceptuado en el artículo 237 c) TRLCSP, que obligaría a terminar el contrato, indemnizar al adjudicatario e iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación para finalizar los trabajos –es ilusorio pensar que la Administración dispone de

[381] FERNÁNDEZ RUBIO, U., en "Las reclamaciones en las obras para las Administraciones Públicas". Ed. Paraninfo. Madrid 1992.

medios propios con los que ejecutar obras complejas -. Son requisitos para que proceda esta autorización (i) que el importe máximo previsto no supere el 10 por ciento del precio primitivo del contrato y (ii) que exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

En estos casos, en el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado que incluirá la propuesta técnica realizada por el director facultativo en la que figure la descripción de las obras y el presupuesto aproximado, el trámite de audiencia al contratista, la conformidad del órgano de contratación y la certificación de existencia de crédito[382].

[382] Informe JCCA 49/01, de 30 de enero de 2002.

En este sentido una solución afirmativa se impone como consecuencia del análisis de la estructura y términos utilizados por el citado artículo 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el que, como afirma la Intervención General, deben distinguirse dos fases, la primera relativa a la autorización de la continuación provisional de las obras y la segunda relativa al expediente del modificado, En la primera fase se resuelve sobre la base de una propuesta técnica que elabora la dirección facultativa y el expediente a tramitar al efecto exige las actuaciones detalladas en las letras a) a d) del segundo párrafo del artículo 146.4 entre las cuales deben figurar el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar. La segunda fase está constituida por la aprobación del expediente del modificado que debe producirse en el plazo de ocho meses y en el que ya no será suficiente fijar el importe aproximado de las obras y realizar una descripción básica de las mismas, sino que este expediente del modificado deberá comprender todos los documentos y cumplir todos los requisitos de los expedientes de modificación, entre ellos, la aprobación técnica del proyecto que el propio artículo 146.4 prevé que ha de tener lugar en el plazo de seis meses posterior a la autorización de continuación de las obras.

iv.- La suspensión del contrato y la suspensión de la ejecución de las obras.

Dentro de la esencia misma del contrato de obras está la necesidad de que las tareas se desarrollen en sus plazos, los más breves posibles y que se incorpore cuanto antes el objeto al uso público para el que fue proyectado. En principio, todo lo que lleve consigo suspensión de los trabajos debe considerarse pernicioso para la causa pública. No obstante, pueden presentarse durante la construcción de las obras causas legítimas que aconsejen su paralización.[383] La suspensión de las obras se produce con carácter excepcional e implica que el contratista cesa en la ejecución de su prestación, lo que puede tener como consecuencia el incumplimiento del plazo pactado. No se trata de las interrupciones más o menos duraderas pero generalmente breves que puede sufrir la obra atendiendo a factores organizativos o debido a las incidencias de las que toda construcción adolece, sino de una verdadera paralización del cumplimiento de la obligación del contratista.

El artículo 220 TRLCSP recoge la prerrogativa que ostenta la Administración referida al "ius variandi"[384], potestad que despliega sus efectos en tal medida que faculta al órgano de contratación incluso para detener el ejercicio de la prestación a la que está obligado el adjudicatario. En estos casos, si lo que está haciendo el órgano de contratación es ejercitar su facultad exorbitante, es evidente que la suspensión de las obras sólo puede ampararse en razones de

[383] RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., en "Los contratos del Sector Público (comentario)". Ob. Cit. Pág. 530.

[384] GONZÁLEZ PÉREZ, J., en "Indemnización al contratista en los supuestos de resolución del contrato por suspensión temporal de las obras por plazo superiora un año", RAP nº 103, 1984 pág. 230 indica que "La suspensión de la obra constituye, pues, una de las manifestaciones de la *potestas variandi.*"

interés público que aconsejen detención de los trabajos y siempre de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido y asumiendo las consecuencias derivadas de tal actuación. Aunque el artículo 103.2 RGLCAP regule el contenido del acta de "suspensión de la ejecución del contrato", en mi opinión, en el plano teórico no debe confundirse la suspensión del contrato con la suspensión de la ejecución de las obras, pues aunque en determinados casos pueden tener consecuencias idénticas, lo cierto es que la suspensión del contrato lleva aparejada, de suyo, la suspensión de las obras, pero la suspensión de las obras no se identifica necesariamente con la suspensión del contrato es decir, que el primero puede ser consecuencia del segundo pero no al revés.

Si entendemos la suspensión del contrato en sentido amplio, la consecuencia es que se detiene el cumplimiento de las obligaciones para las dos partes contratantes de forma que el empresario no podrá continuar realizando la prestación ni la Administración deberá, en consecuencia, abonar las certificaciones mensuales. En la práctica, la paralización de las obras va a generarle al contratista una serie de gastos susceptibles de ser indemnizados, piénsese por ejemplo en la instalación de una grúa torre para el traslado de materiales que tiene un importe mensual equivalente al precio de su alquiler, se importe, no presupuestado en la oferta, encajaría plenamente en el concepto de perjuicios indemnizables. Pues bien, suspendido el contrato la grúa se deja de utilizar, pero el coste continúa devengándose hasta que ya no es necesario su uso. Así las cosas, si la oferta realizada por el contratista incluía la utilización durante cinco meses de la grúa y por efecto de la suspensión del contrato se amplía a seis meses, el empresario podrá reclamar como compensación derivada de la suspensión total de las obras el importe del alquiler de la grúa que abonó durante la paralización. Ahora bien si lo que se produce es la interrupción parcial de la ejecución de las obras, el empresario podría seguir utilizando la misma grúa torre

para construir las unidades no afectas por la orden de no continuación y no devengaría derecho alguno a ser indemnizado.

Si, como ya hemos estudiado, el contrato arrendamiento de obras es de resultado y no de medios y la prestación que corresponde al contratista es la de la entrega de la obra y la que incumbe a la Administración es la del pago del precio, creo que la suspensión del contrato como tal sólo podría entenderse como aquella que afecta a la totalidad de ambas prestaciones, esto es, entrega de obra y pago del precio. Sin embargo, si lo que sucede es que se paraliza sólo una parte de la construcción en tanto se completa su modificación, podrá variar o no el plazo pero no puede hablarse en sentido propio de suspensión del contrato porque continúa vigente el intercambio prestacional, ejecución de obras y abono de certificaciones.

La suspensión de las obras ordenadas por la Administración es obligatoria para el contratista que deberá soportarla en tanto no evolucione hasta constituir causa de resolución, lo que acontecerá en el caso del contrato de ejecución de obras cuando se prorrogue por un plazo superior a ocho meses conforme a lo dispuesto en el artículo 237 c) TRLCAP.

La declaración de suspensión del contrato requiere que se levante un acta que contenga las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la que se encuentre el contrato.

Por su parte, tanto el TRLSP como el RGLCAP refieren a la posibilidad de que la ejecución de las obras sea suspendida temporal, parcial o totalmente. Cabe añadir a las anteriores la suspensión definitiva aunque quizá a meros efectos dialécticos ya que en este último caso hablaríamos de un verdadero

desistimiento[385] de la Administración. Cuando la Administración acuerde la suspensión de la obra debe concretar si afecta a toda o parte de la misma. Se produce la suspensión parcial cuando sólo se ve afectada por la paralización de las obras una porción de aquella, por ejemplo, si se reputara necesario realizar alguna reforma en las unidades que la componen. En estos casos, el resto de las obras no afectadas por el cambio podrán ser continuadas y no se interrumpe el intercambio prestacional como ya se ha mencionado. La paralización es total cuando afecta a la generalidad de la obra y en este caso las consecuencias serían equivalentes a la suspensión del contrato salvo que, en los términos del artículo 234.4 TRLCSP, se ordene por razones de interés público su continuación provisional a la espera de la aprobación del proyecto modificado.

La suspensión debería ser siempre por pura definición temporal, pues una suspensión definitiva como la que predica el artículo 170 RGLCAP equivaldría al desistimiento. De hecho, el propio artículo 171.2 RGLCAP establece que el desistimiento de las obras por parte de la Administración tiene los mismos efectos que su suspensión definitiva. Ninguna justificación se encuentra hoy en día al precepto más allá del que nos señalan Punzón Moraleda J., y Sánchez Rodríguez, F.[386], que han concluido que es posible calificar la suspensión definitiva de las

[385] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en Curso de Derecho Administrativo, T. II, Ed. Cívitas, Madrid, 1977, pp. 409 y ss.

Para el autor, el desistimiento es una forma de terminación del procedimiento configurado desde el apartamiento voluntario del interesado de la acción inicialmente emprendida y se refiere exclusivamente al concreto procedimiento en el que se produce dejando intactos los eventuales derechos que le puedan asistir y que podrá ejercer, si le conviene, más adelante en otro procedimiento distinto.

[386] PUNZÓN MORALEDA J., Y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., en "El desistimiento de la Administración en el TRLCSP". Revista de Actualidad Administrativa nº 2, febrero 2013, págs. 210-223.

obras como un supuesto de desistimiento unilateral de la Administración derivado de su propia inactividad, siendo la diferencia con el desistimiento que mientras la primera se encuentra precedida de una fase de inactividad en la que el órgano de contratación verifica su falta de interés en proseguir con los trabajos, al segundo puede acudirse siempre y cuando continuar con la construcción menoscabe el interés público o sea incompatible con él[387]. En cualquier caso no se aprecia entre una y otra figura ninguna diferencia en cuanto a sus efectos. Suspensión definitiva y desistimiento son causas de resolución contractual y su concurrencia da derecho al contratista al cobro de las obras efectivamente ejecutadas y, adicionalmente, a una indemnización del 6 por ciento del precio de

[387] Dictamen del Consejo de Estado nº 1.208/2008, de 16 de octubre de 2008.

también se ha insistido en que el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y, en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudirse cuan- do la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique al interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ellas deberá mantener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias de interés público (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.336/2005, de 17 de noviembre). Así pues, el desistimiento de la Administración, para que resulte ajustado a Derecho, debe justificarse por razones de interés público que aconsejen la resolución del contrato. En puridad, el interés público que justifica el desistimiento unilateral de la Administración se ha venido apreciando en aquellas relaciones contractuales que, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto. No obstante, esta causa de resolución también se ha utilizado en ocasiones para solventar determinadas incidencias en la ejecución de la prestación convenida que, aunque no puedan de calificarse de incumplimientos imputables al contratista, aconsejan que éste sea relevado en aras del buen fin del contrato

las dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 239 TRLCSP y 171 RGLCAP.

Por su parte, la paralización parcial definitiva de las obras podría encajar en el supuesto previsto en el apartado primero artículo 234 TRLCSP si se redacta un proyecto modificado que *"suponga supresión o reducción de unidades de obra"*, en cuyo caso el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

El apartado 5 del artículo 216 TRLCSP regula la suspensión del contrato por voluntad del contratista cuando la Administración se demora más de cuatro meses en el abono de las certificaciones de obra. Sólo en ese caso está legitimado para detener los trabajos[388]. Si concurre tal circunstancia el empresario,

---

[388] Informe JCCA 40/08, de 29 de enero de 2009.

Sentado lo anterior, podemos afirmar que una vez perfeccionado el contrato, el contratista debe cumplirlo con sujeción a las cláusulas y estipulaciones del mismo entre las que se incluye el respeto a los plazos de ejecución. Cualquier suspensión del plazo de ejecución, en principio, no resulta asumible. Sólo un supuesto de suspensión unilateral por parte del contratista se prevé en la Ley: cuando la Administración hubiese demorado el pago del precio más de cuatro meses (art. 200.5 de la LCSP y 99.5 de la LCAP).

Fuera del supuesto mencionado no existe norma legal que permita al contratista suspender el plazo de ejecución. Por consecuencia, la única posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución del contrato en los restantes casos sería acordándola por mutuo acuerdo, tal como pretende en el caso que motiva el presente informe el contratista. […]

Pero, además, es que la suspensión a que se refieren los artículos 203 y 102, respectivamente, de las Leyes mencionadas está incluida en el capítulo relativo a la modificación de los contratos, modificaciones que sólo son susceptibles de producirse cuando de modo unilateral las acuerde la Administración *por razones de interés público*

comunicándolo con una antelación de un mes a la efectiva paralización, podrá optar potestativamente por esta solución que tendrá como consecuencia su resarcimiento en aplicación de lo dispuesto en el artículo 220 TRLCSP por remisión expresa del citado artículo 216 TRLCSP. Si el abono de las certificaciones se demora por tiempo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le irroguen.

Toda suspensión debe, en principio, ir precedida de una resolución expresa de la Administración que se consignará en un acta que, en el caso del contrato de obras, será suscrita por un representante del órgano de contratación, por el director de las obras y por el contratista. En aquella habrán de figurar, la orden de suspensión, las partes afectadas, la medición de la obra ejecutada y los materiales acopiados a pie de obra utilizables. No obstante lo anterior, si existe y se acredita una suspensión tácita o paralización de las obras por causa imputable a la Administración, esta no podrá oponer para eludir el cumplimiento de su obligación resarcitoria la falta de cumplimiento de una formalidad cuya omisión de una formalidad que sólo a ella le incumbe.

---

y para atender a causas imprevistas, (artículo 202 de la LCSP. En forma similar se pronuncia el artículo 101 de la LCAP). A este respecto hay que decir que la suspensión del plazo de ejecución de un contrato, en la medida que conlleva alteración del previsto en el pliego, es en sí misma un supuesto de modificación, por lo que no puede ser acordada más que cuando concurran los requisitos mencionados en el artículo 202 de la Ley, es decir que se acuerde por razones de interés público y para atender a causas imprevistas.

En cuanto a los efectos de la suspensión dependerán, en concordancia con lo ya indicado, de si se produce la suspensión del contrato, en cuyo caso habría que acudir al contenido del artículo 220 TRLCSP que impone al órgano de contratación la carga de abonar al contratista los daños y perjuicios causados y los mismos efectos se predican de la suspensión debida al retraso en el pago de las certificaciones de obra o de si lo que se produce es la suspensión de las obras, cuyos efectos, dependerán de si se produce aumento o no del plazo, debiendo acudir al contenido de los artículos 162 y 96 RGLCAP que regulan el ajuste de las anualidades debido a las modificaciones introducidas en el proyecto. Por el contrario, si lo que sucede es que la suspensión deriva finalmente el causa de resolución por causa imputable a la Administración, habrá de estarse al contenido de los artículos 225 TRLCSP y 219 TRLCSP. En cualquier caso y sin perjuicio de los porcentajes indemnizatorios previstos para cada causa resolutoria, en el contrato de obras la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de los trabajos ejecutados con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista.

v.- La aceleración del plazo

Teniendo en cuenta el actual régimen de modificación del contrato, no parece posible que la aceleración de los plazos de ejecución del contrato tenga encaje dentro de los supuestos que permiten la utilización del "ius variandi" de la Administración. Si, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105 TRLCSP, la posibilidad de abreviar los plazos de ejecución aparece recogida en los pliegos o en la documentación que rige la licitación, no existirá inconveniente para que el órgano de contratación haga uso de esa potestad convencional y en un momento determinado apremie al contratista conforme a lo previamente pactado.

Sin embargo, si la aceleración del plazo no está prevista inicialmente, no se deduce claramente de los artículos 105, 107 y 234 TRLCSP la posibilidad de que la Administración pueda hacer uso de la prerrogativa modificadora para, sin más, ordenar al contratista que ejecute la obra en un plazo inferior al del contrato. Ninguno de los supuestos contenidos en la literalidad del artículo 105 TRLCSP, sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, permite la aceleración del plazo de ejecución. Más allá de esta casuística, el párrafo segundo ya advierte que si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. El precepto es claro, la Administración no está facultada para, unilateralmente, apremiar al contratista con el fin de que ejecute las obras en un tiempo inferior al pactado. Podrá hacerlo si concurren razones de interés público que así lo aconsejen y de acuerdo con los tasados supuestos previstos en el apartado primero del artículo 107 TRLCSP, con apoyo en los cuales es factible hacer uso de la prerrogativa modificadora, a saber, (i) la inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas, (ii) la inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas manifestadas con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad, (iii) la fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos (iv) la conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos surgidos con posterioridad a la adjudicación que la mejoren notoriamente y (v) la necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato. Sin embargo, la literalidad del citado artículo no

permite inferir que en modo alguno que la Administración se encuentre facultada para ordenar la aceleración de los trabajos para acortar el plazo. Tampoco una interpretación extensiva de los artículos 219 y 234 TRLCSP admite tal posibilidad. La consecuencia es que si el órgano de contratación desea sencillamente abreviar los plazos por razones de oportunidad e incluso de interés general que así lo aconsejen debe acudir a un nuevo procedimiento de licitación.

Abona esta postura el contenido del artículo 219 TRLCSP que establece que los contratos sólo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, es decir que únicamente procederá la modificación cuando esté previsto en la documentación de la obra o concurran las circunstancias previstas en el artículo 107 TRLCSP, en otro caso procederá acudir a un nuevo procedimiento de adjudicación.

No obstante lo anterior, si se produce la alteración del contrato justificada en una de las antedichas circunstancias del art. 107 TRLCSP que conlleve la disminución o supresión de las unidades de obra previstas en el contrato, sí cabría el acortamiento del plazo. Así la Administración haría un uso directo del "ius variandi" para modificar el contrato y un uso indirecto de la prerrogativa para abreviar el plazo. Los artículos 96 y 162 RGLCAP, en efecto, así lo sugieren. El primero indica que si, entre otras circunstancias, las modificaciones en el proyecto produjesen el desajuste entre las anualidades establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y las necesidades reales que el normal desarrollo de los trabajos exija, el órgano de contratación procederá a reajustar las citadas anualidades siempre que lo permitan los remanentes de los créditos aplicables, y a fijar las compensaciones económicas que, en su caso, procedan. Esta norma está pensando en la ampliación del plazo y, por eso, dispone la obligatoriedad de contar con crédito adicional suficiente para responder de los

gastos adicionales, sin embargo, nada impide que las anualidades se reajusten a la baja ya que debe entenderse que si hay crédito para terminar la obra conforme fue contratada, en mayor medida lo habrá para finalizarla si se realizan menos unidades, se acorta el plazo y aquella resulta más económica.

Por su parte, el artículo 162 RGLCAP regula el reajuste de los plazos de ejecución por modificaciones en el contrato y menciona en su apartado primero expresamente la posibilidad de que aquel sea acortado por las modificaciones que, sin introducir nuevas unidades de obra, provoquen la variación de su precio, de manera que, si este disminuye, el plazo es susceptible de disminuir en proporción. El numero dos del artículo dispone que si es necesaria la ejecución de unidades de obra no previstas en el proyecto, la repercusión de tal circunstancia en el plazo deberá ser informada por el director de las obras y requerirá la conformidad del contratista con los precios y con la variación del plazo. Aquí el artículo no distingue entre el aumento o la disminución del plazo luego debe entenderse que son factibles ambas posibilidades.

En definitiva, la regulación actual de las modificaciones contractuales no previene posibilidad, como si fue admitida por la antigua LCE, de que la Administración ordene directamente la aceleración de las obras. Sí es posible acortar los plazos de ejecución por la vía del proyecto modificado de manera que si se produce la disminución de las obras e incluso la ejecución de unidades nuevas cuya construcción requiera de un plazo menor de tiempo, por ejemplo cuando se aprueba la utilización de un sistema constructivo diferente al previsto que requiera la utilización de materiales distintos a los proyectados, en tal caso si será factible reajustar las anualidades y acortar el tiempo de la obra.

IV.- LA INCIDENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL PROYECTO EN EL PRECIO DE LA OBRA

Ya se ha estudiado detenidamente el concepto del precio[389] en el contrato de obras y también su afectación cuando concurren las circunstancias que modulan el principio del riesgo y ventura del contratista. Queda, por tanto, hacer referencia a la influencia que la modificación del proyecto tiene sobre el precio inicial de la obra para lo cual se ha de partir de la certeza de que, en la práctica, cualquier cambio en las obras va a tener influencia en el precio.

El arrendamiento de obras es un contrato consensual, bilateral, oneroso y conmutativo en el que la prestación debida por la Administración es el abono del precio, que siempre existe, y cuya sistematización se encuentra en el artículo 87 TRLCSP del que como parámetros reguladores más interesantes es posible destacar, a los efectos que a este epígrafe incumben, su certeza, su adecuación al mercado, su expresión en euros, salvo que una norma con rango de Ley autorice otro tipo de contraprestación y la equivalencia económica de las prestaciones.

Ese precio, generalmente calculado previamente a la licitación por la Administración y que queda finalmente determinado en el momento de la perfección del contrato tras la aceptación de la oferta del contratista, puede sufrir variaciones debido a las modificaciones introducidas en el contrato, siempre que no superen los ya estudiados y criticados límites de orden cuantitativo y cualitativo, pues su exceso dará lugar a la resolución del contrato y al inicio de un nuevo procedimiento de licitación. Por consiguiente, en tanto dichos límites no se sobrepasen, el principio de determinación del precio podrá quebrar si así lo

[389] Sobre el precio de la obra, CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J. A., en La contratación del Sector Público tras las reformas de 2010. Ed. Reus. Madrid 2010. Págs. 381-400.

aconseja la realidad de las obras y se cumplen los presupuestos legales que lo autoricen.

i.- El abono del precio de las modificaciones

El principal efecto derivado de la bilateralidad del contrato de obras es el abono por parte de la Administración del precio de las obras realmente ejecutadas entre las que se incluye las del contrato modificado. Para su cálculo debe atenderse, en primer lugar, al precio del contrato si las nuevas unidades de obra ya estaban descritas en los pliegos de la licitación y el cambio consiste sencillamente incrementar su cantidad o su volumen. Sin embargo, si el proyecto reformado contiene unidades de obra diferentes a las contenidas en la documentación técnica, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 234.2 TRLCSP que dispone que los precios nuevos serán fijados por la Administración previa audiencia del contratista quien si no los aceptara, no vendrá obligado a ejecutar las nuevas unidades, quedando facultado el órgano de contratación para realizarlas por sí mismo o contratarlas con otro empresario. Por su parte, el artículo 158 RGLCAP regula la manera en la que el director facultativo deberá realizar el cálculo de dichos precios nuevos, cálculo que se basará en la descomposición de los que ya estuviesen integrados en el contrato y, en cualquier caso, en los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la adjudicación.

Determinado y aceptado el precio de la modificación y, una vez ejecutada, corresponde a la Administración su abono de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 216 TRLCSP a cuyo tenor el contratista tendrá derecho percibir el cobro de la prestación realizada, lo que es fiel reflejo del principio del restablecimiento del equivalente económico del contrato o equilibrio financiero que actúa como ponderación a sus prerrogativas exorbitantes. Toda modificación del contrato ordenada por el órgano de contratación debe tener como contrapunto la

reparación pecuniaria integral del contratista[390], lo que quiere decir que el derecho del adjudicatario no se agota cuando recibe el precio de las unidades de obra afectadas por la modificación del proyecto sino que continúa vigente en tanto no le sean indemnizados los daños y perjuicios que hubiera sufrido como consecuencia de los cambios introducidos en el proyecto que sirvió de base al contrato.

En consecuencia, si como dispone el artículo 234 TRLSP todas las modificaciones adoptadas por las causas consignadas en la Ley y adoptando el procedimiento legalmente establecido son obligatorias para el contratista, lo procedente una vez ejecutadas es, en primer lugar, que la Administración satisfaga el precio del reformado. Se presupone que aquel ha implicado el incremento de la obra proyectada inicialmente ya que, si se produce la supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 234.4 TRLCSP. El precio dependerá, como ya se ha indicado, de si las unidades están recogidas en la documentación técnica del proyecto inicial o no. En el primer caso bastará con aplicar los importes ya pactados. En el segundo, habrá que acudir al sistema de precios contradictorios de manera que la Administración propondrá los precios de las unidades de obra nuevas y el contratista podrá aceptarlos o no, en cuyo caso el órgano de contratación es libre para ordenar su ejecución a otro contratista. Cuando esto sucede, debe entenderse que el empresario acepta todos los precios nuevos o no acepta ninguno o, en otras palabras, asume ejecutar la

[390] ARIÑO ORTIZ, G. En "Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos" Ob cit. Pág. 249 estableció que "El principio es que, en estos casos, la Administración debe al contratista una compensación integral –justiprecio- por las nuevas prestaciones exigidas o una indemnización total en los casos de reducción o suspensión del contrato."

totalidad del reformado o la rechaza. Aunque la Ley no dice nada al respecto, no parece factible que pueda aceptar unos precios y rechazar otros, ni tampoco que un tercer contratista ejecute una porción de las obras del modificado y el contratista principal el resto. La adopción de una solución en ese sentido sería ciertamente compleja debida no sólo al sistema de responsabilidad en el eventual supuesto de que fuese necesario acudir a la garantía dada por los contratistas, sino también a la difícil interacción entre los diferentes empresarios que asumiesen la construcción de ciertas unidades interconectadas, la casuística es sin duda abundante y sin duda complicado de abordar.

En segundo lugar se ha de determinar si resulta procedente abonar alguna indemnización al contratista derivada del ejercicio del "ius variandi" de la Administración. Lógicamente, las modificaciones que figuren en los pliegos o en la documentación de la licitación no llevarán aparejada indemnización alguna, dado que el contratista a la hora de realizar su oferta debiera haber ponderado los efectos derivados de que se produjera esa eventual alteración prestacional. Sin embargo, cuando la alteración del contrato no estaba prevista, surgirá el derecho del empresario a ser resarcido por los daños y perjuicios que efectivamente se hayan derivado de la modificación. Así entendida se trata de una indemnización que conceptualmente es independiente y no excluye a la compensación que le correspondería por el incumplimiento contractual de la Administración si ese incumplimiento acabase en una resolución contractual por causa no imputable al contratista, bien sea por la aparición de un evento calificado como de fuerza mayor o en los casos en los que se produce la suspensión total o parcial de la obra o cuando se produce un retraso en la ejecución por culpa del órgano de contratación y el empresario no opte por la resolución contractual. El fundamento de la indemnización no es el mismo que aquel que sustenta el pago del precio del proyecto reformado ya que si bien ambos se encuentran en la órbita del

principio de reparación integral del daño, mientras el abono de las nuevas unidades de obra se basa en el equivalente económico del contrato, la indemnización tiene por objeto reparar los daños y perjuicios sufridos por el contratista al ejecutar una orden administrativa.

De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 234 TRLCSP, en caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna. Esto, leído a "sensu contrario", quiere decir que en caso de que la modificación suponga la inclusión de nuevas unidades de obra o se produzca en aumento de las ya previstas, el empresario tendrá derecho a ser compensado. La indemnización en estos casos abarcará aquellos daños que exceden del precio del contrato, esto es, que no puedan ser resarcidos no sólo mediante el pago estricto del precio de la obra, sino tampoco por aplicación de la cláusula de revisión de precios o por otras indemnizaciones que vengan a remediar el mismo daño efectivo que se trataría de resarcir con la compensación derivada de la ejecución del reformado.

Horgué Baena, C.[391], plantea una dualidad de contextos en los que puede encontrarse una compañía que ve modificada la obra que le ha sido adjudicada en el sentido de mermadas las unidades contratadas. De un lado indica que en todos los casos en los que se produzca la reducción o supresión de aquellas así como en los demás supuestos de modificación de prestaciones, la indemnización debe ser aquella que coloca al contratista en la situación patrimonial en la que se encontraba en el momento en el que se produce la modificación y, de otro, que la compensación debe ser suficiente como para situar al empresario en las

[391] HORGUÉ BAENA, C., en "La Modificación del Contrato Administrativo de Obra", Ob. Cit. Pág.186

condiciones en las que se encontraría si el contrato se hubiese ejecutado en los términos pactados antes de la modificación, posición dice, rechazada por la normativa de contratos y que supondría la restitución del contratista, no sólo en los daños y perjuicios que le hubiese causado la alteración de su prestación, sino también en el lucro cesante dejado de obtener.

Para Ariño Ortiz, G.[392], la solución que debe seguirse y que comparto es la segunda, es decir que el contratista ha de ser resarcido de todos los daños que le hubiese causado ejecutar la obra modificada, incluido el lucro cesante, precisamente porque antes de realizar una oferta para la ejecución de la concreta prestación ha evaluado el beneficio que puede obtener de aquella y que tiene asegurado al resultar adjudicatario del contrato, a lo que cabe añadir que no todos los empresarios acuden a todas las licitaciones, de manera que cuando lo hacen ponderan el beneficio que obtendrán frente al resto de las obras a las que no concurren, de manera que si resultan adjudicatarios de un contrato cuyas prestaciones se ven mermadas, se produce no sólo la pérdida patrimonial derivada del beneficio que dejan de obtener por la supresión de unidades de obra sino también el coste de oportunidad de no haber presentado oferta para otras obras que a posteriori se revelaron más lucrativas.

Por último, aunque ya se ha tratado, no se puede obviar hacer mención en este epígrafe, por afectar también al precio del contrato, el supuesto contenido en el apartado 3 del artículo 234 TRLCSP que previene la posibilidad de introducir variaciones en el proyecto sin necesidad de previa aprobación, cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un

[392] ARIÑO ORTIZ, G. "Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos" Ob cit., pág 251.

incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato. Otorga así la Ley una cierta flexibilidad a la hora de determinar las unidades que contiene la obra y cuya fijación absoluta se reputa verdaderamente difícil "a priori" y, de ser posible, podría suponer un coste en actuaciones preparatorias incompatible con el más elemental principio de eficiencia. En tal sentido resulta más rentable prever un margen del 10 por ciento del precio de la obra para salvar pequeñas diferencias de medición que dedicar ingentes cantidades de recursos en precisar con exactitud matemática el volumen y número concreto de cada unidad formalizando finalmente un contrato de una rigidez tal que cualquier modificación que fuera necesario introducir en el proyecto del que trajera causa, condujera directamente a su resolución. El artículo 160 RGLCAP se pronuncia en el mismo sentido que la Ley y regula el procedimiento para su incorporación al contrato. En cada medición mensual de las obra se consignarán, tanto las unidades previstas, como las que corresponden a la modificación y se consignarán conjuntamente en la relación valorada, siendo abonadas con cada certificación mensual.

V.- LA DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO COMO MÉTODO PARA LA SUBSANACIÓN DE LAS MODIFICACIONES DEL PROYECTO EJECUTADAS SIN UN PROCEDIMIENTO QUE LAS AMPARE.

A pesar de la regulación que detalladamente ha venido sistematizando los supuestos en los que la Administración puede hacer uso del "ius variandi" para alterar la prestación que corresponde al contratista así como el procedimiento necesario para su aprobación, no son infrecuentes en absoluto los casos en los que, usualmente el director facultativo como responsable de la obra y competente

para emitir las instrucciones de carácter técnico sobre la ejecución[393], ordena al contratista la realización de ciertos trabajos no previstos inicialmente en el contrato, normalmente con el fin de completar el proyecto o subsanar los errores que se ponen de manifiesto durante la fase de construcción.

Que tal proceder sea conveniente no implica en modo alguno que pueda reputarse correcto puesto que, como es bien sabido, la modificación está sometida a una serie de solemnidades esenciales que se han de seguir obligatoriamente para que se alcance pretendida novación del contrato[394]. Por tanto, una orden que mande reformar el proyecto, estará viciada materialmente

[393] Artículo 230 TRLCSP

1. Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia.

[394] Dictamen del Consejo de Estado nº 216/1997, de 20 de marzo de 1997.

Debe señalarse a este respecto, conforme viene manteniendo de modo reiterado este Cuerpo Consultivo, que la modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado, primero, y de la novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente instituido. Entre tales exigencias se encuentra la del tiempo, toda vez que la novación objetiva que comporta un modificado de obras está sujeta a unos límites temporales, como se deriva de la prohibición explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato, sin la debida aprobación, así como del presupuesto correspondiente (Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado).

de nulidad radical si el modificado no cuenta con el respaldo de un crédito adecuado y suficiente, conforme establece la letra c) de artículo 32 TRLCSP o será anulable por razón de la forma siempre que haya sido emitida sin seguir el procedimiento legalmente establecido y, en consecuencia, vulnere el contenido de la Ley de contratos. Por supuesto, una vez aprobadas la ordenes irregulares, la Administración está facultada para acudir al procedimiento de revisión de oficio y declarar la lesividad del interés público surgida del ilegal mandato que alteró el contrato, sin embargo, los efectos de tal declaración serían del todo indeseables si la obra fue querida por el órgano de contratación, sirve, ya ha sido entregada al uso público y es susceptible de ser aprovechada por los ciudadanos.

Por su parte, el contratista se encuentra legalmente amparado para rehusar ejecutar una modificación que carezca de sustento legal. El artículo 219 TRLCSP establece que los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211. Y sólo en estos casos, dice la norma, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 234 TRLCSP respecto del contrato de obras. Es decir, que la propia Ley permite al empresario oponerse legítimamente a la ejecución de cualquier modificación que infrinja el contenido de los artículos 105 y ss. y no esté sustentada en razones de interés público.

No obstante lo anterior, en raras ocasiones el contratista dejará de ejecutar la obra que le ha sido encomendada irregularmente o denunciará la situación, primero porque lo que en realidad le interesa es realizar cuanta más obra mejor, sobre todo si en ella se dan precios contradictorios, pues obtendrá finalmente un beneficio mayor que el que hubiera logrado sin las obras adicionales y segundo

porque acudiendo a factores puramente económicos, discutir con la Administración sobre la licitud de ejecutar una obra adjudicada directamente y por la que no se ha competido con otras empresas o sobre si se debieron o no realizar unos trabajos recibidos y ya abonados a plena satisfacción parece que aporta poco al funcionamiento de la compañía.

Tampoco el resto de licitadores no adjudicatarios que deberían como hemos estudiado, ser interesados en el procedimiento se han mostrado tradicionalmente proclives a entablar reclamación alguna por la concurrencia de modificaciones que, a priori, pudieran haber conculcado los principios de libre concurrencia y transparencia, lo que encuentra su justificación en que, probablemente, una vez que un empresario no ha ganado la licitación se desvincula totalmente de las vicisitudes que le afectan. Quizá también porque a las modificaciones de los proyectos, regulares o no, no se les da ninguna publicidad, luego mal van a poder ejercitar una defensa de sus derechos mínimamente coherente. Y, por supuesto desde un prisma meramente empresarial porque invertir recursos y tiempo en una reclamación en tal sentido que muy probablemente culminaría en un arduo e inusual proceso judicial de resultado incierto, con el añadido de una eventual condena en costas no parece una opción demasiado rentable que merezca la pena acometer. No obstante, la reglamentación comunitaria comienza a dar algunos pasos para corregir esta situación y el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE obliga a los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato a publicar un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea, si bien esta previsión solo opera en los casos previstos en las letras b) y c) del apartado 1 del precepto[395].

[395] Artículo 72.1

En cualquier caso, si pese a las cautelas que prevé la Ley en orden a evitar la presencia de estas conductas, la modificación se acaba produciendo, se genera una situación que es debido remediar y que la Administración no puede en absoluto desconocer. La jurisprudencia ha encauzado las reclamaciones que por

---

b) para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

i) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever,

ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato,

iii) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del con trato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

tal motivo eran planteadas por los contratistas en la vía del enriquecimiento injusto.

La figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico se sustenta en el principio general del derecho[396] de que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse de esa forma un beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo.

En derecho civil patrimonial el intercambio de bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con el ideal de justicia conmutativa, de forma que conforme las enseñanzas de Diez Picazo, L., *"La acción se funda en el carácter moralmente injustificable del enriquecimiento, que origina su deber moral de indemnizar o de restituir"*[397]. La "condictio ob turpem" o "iniustam causa", representada por las adquisiciones con causa contraria a Derecho, se considera presente en los arts. 1255 CC y 1306 CC y el tipo genérico de la "condictio sine causa" aparece en los arts. 361 CC y 383 CC, entre otros[398]. En el ámbito del Derecho administrativo la construcción dogmática del enriquecimiento injusto no presenta variaciones esenciales. De acuerdo con Cosculluela Montaner, L., la aplicación más frecuente de este principio se da en relación con los contratos de obras en supuestos de contratos inexistentes o nulos en los que la Administración se beneficia de los

[396] REBOLLO PUIG, M., en "Enriquecimiento injusto y "nemo auditur" en el Derecho administrativo". Cuadernos de Derecho Local, octubre de 2006, pág. 8.

[397] DÍEZ PICAZO, L., en "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Ed. Civitas, Madrid, 2012.

[398] STS de 7 febrero 2013, rec. 4389/2011

trabajos que un aparente contratista ejecuta sin vínculo o título jurídico suficiente[399].

Por su parte, la Jurisprudencia[400] considera que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes a costa de la otra, pues con ello se originan unos efectos sin causa -enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Y, desde la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1956 ha establecido que para que sea apreciada la procedencia de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa o, en otras palabras, para que alcance el éxito la "actio in rem verso", deben concurrir una serie de requisitos cuales son,

a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos. Debe, por tanto, haberse producido un desplazamiento patrimonial desde el contratista hacia la Administración entendido en sentido amplio, esto es, sirve cualquier tipo de aprovechamiento, una excavación, la entrega de un pilar, la construcción de un edificio, etc.

b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuaniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre. En este sentido, la ejecución de las obras nuevas debe llevarse acabo a cabo al

[399] COSCULLUELA MONTANER, L, en "Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo" RAP, nº 84, 1977.

[400] STS de 2 julio 2015, rec. 595/2014

amparo, al menos aparente, de una orden de la Administración siquiera de alguien que parecía tener capacidad suficiente para obligar al órgano de contratación. La modificación unilateral del proyecto por parte del contratista está excluida por la Ley y de realizarse devendría en el incumplimiento del contrato con los efectos resolutivos e indemnizatorios allí consignados.

c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. O, dicho en otros términos, que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento que debe ser probado por quien ejercite la acción

d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento. En este sentido el empobrecimiento del contratista seguido del consecuente enriquecimiento de la Administración no puede derivar de una obligación o carga legal que pese sobre el primero, ni del cumplimiento de prestaciones amparadas por una relación jurídica concreta, contractual o no[401].

Si se dan estas exigencias, el efecto inmediato se concreta en el nacimiento del derecho del contratista a ser resarcido por el empobrecimiento sufrido. La cuestión aquí se centra en dilucidar el alcance de la indemnización, si es suficiente con la cifra que represente el enriquecimiento de la Administración o en otros términos, si el presupuesto de ejecución material de las obras adicionalmente ejecutadas cubre el empobrecimiento del contratista o si por el contrario deben serle también abonados otros conceptos como el beneficio industrial, los gastos generales o los intereses. La doctrina ha optado mayoritariamente por incluir conceptos ajenos al estricto coste de las obras y así

[401] COSCULLUELA MONTANER, L, en "Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo" Ob. Cit. Pág. 195.

ha admitido en esta acción el pago de intereses de demora[402], el abono de la revisión de precios[403] o el beneficio industrial y los gastos generales[404].

A la vista de lo anterior debe entenderse que la compensación derivada de la estimación de la acción del enriquecimiento injusto comprenderá, no sólo la cuantía estricta que corresponde a las obras ejecutadas, sino que también abarcará los daños y perjuicios que la omisión del deber de la Administración de generar un vínculo contractual que ampare un legítimo ejercicio del "ius variandi" le ha ocasionado al contratista que, consecuentemente, estará facultado para reclamar los importes devengados en concepto de intereses de demora, el beneficio industrial, los gastos generales o la revisión de precios.

VI.- LAS OBRAS COMPLEMENTARIAS

Establece el artículo 171.1 apartado b) que podrán ser adjudicadas por el procedimiento negociado las "*obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes*

[402] STS de 28 abril 2008, rec. 299/2005

[403] STS de 19 marzo 2008, rec. 5201/2005

[404] STS de 21 julio 2000, rec. 1933/1996

inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato."

El contenido de este artículo, que traspone la normativa europea sobre la adjudicación de algunos contratos no precedidos de una convocatoria de licitación – artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38[405] y en el mismo sentido para el contrato de concesión el artículo 61 de la Directiva 2004/18/UE-, resulta interesante por dos motivos, el primero porque conceptualmente no

[405] Artículo 20 Directiva 93/38

2. Las entidades contratantes podrán utilizar un procedimiento sin convocatoria de licitación previa en los casos siguientes :

f) para las obras o servicios adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato, siempre que la adjudicación se haga al contratista o prestador de servicios que ejecute el contrato inicial;

- cuando dichas obras o servicios adicionales no puedan separarse técnica o financieramente del contrato principal sin grave inconveniente para las entidades contratantes; o

- cuando dichas obras o servicios adicionales, aunque separables de la ejecución del contrato inicial, resulten estrictamente necesarios para su perfeccionamiento;

g) en el caso de los contratos de obras, para obras nuevas que consistan en la repetición de otras similares confiadas al contratista titular de un primer contrato adjudicado por las mismas entidades contratantes, siempre que tales obras se ajusten a un proyecto básico para el que se haya adjudicado un primer contrato tras la licitación correspondiente.

siempre es fácil diferenciar entre modificación del proyecto y obras complementarias[406] y el segundo porque, dado que la Ley previene que su ejecución le sea encomendada al contratista principal en un procedimiento negociado y sin publicidad, puede ser campo abonado para el fraude en la adjudicación.

[406] Dictamen del Consejo de Estado nº 839/1993, de 15 de julio de 1993

Pese a la calificación administrativa de "proyecto complementario", un estudio detallado de su memoria y de los informes oficiales emitidos revela que, en realidad, revestía los caracteres de un nuevo proyecto modificado. Con arreglo a la doctrina de este Consejo, "la diferencia básica entre (...) los artículos 150 y 153 del Reglamento General de Contratación estriba en que, en el primer caso, debe tratarse de unidades de obras nuevas, pero cuya ejecución resulte necesaria para llevar a buen fin el proyecto primitivo, o cuando sea precisa dicha modificación por resultar imposible su ejecución en la forma inicialmente prevista. En el segundo caso, la ejecución de las obras complementarias no debe ser necesaria para el buen fin del proyecto; se trata, por tanto, de añadidos no esenciales al mismo, por más que puedan resultar muy convenientes" (dictamen de 15 de diciembre de 1983, número 45.942). Tales criterios han sido mantenidos por este Alto Cuerpo Consultivo en otras ocasiones, si bien añadiendo, en algún supuesto, el de la "interrelación física" de las obras nuevas con las originales (dictamen de 29 de noviembre de 1984, número 47.127), el de su posible "utilización separada" y las "dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes" (dictamen de 24 de julio de 1985, número 48.034). […]

A todas luces, pues, las nuevas obras eran necesarias para el buen fin del proyecto primitivo (la habitabilidad de las viviendas). Cumplen, por tanto, con el criterio fundamental que sirve para caracterizar a los reformados, frente a las obras complementarias. Además, tenían una "interrelación física" con las originales (como demuestra la necesidad de suspensión), y no eran susceptibles de utilización separada. Resulta clara, en consecuencia, la equivocación de los órganos administrativos al no conceptuarlas como integrantes de un segundo modificado del proyecto. La aprobación de tal modificado hubiese requerido el informe previo de este Consejo, por constituir causa de resolución, al superarse con él el 20 por 100 del importe del contrato adjudicado, de acuerdo con el artículo 157.2 RCE.

La LCSP obliga a diferenciar entre las modificaciones y las obras complementarias, puesto que ambas figuras no son intercambiables, sino que obedecen a conceptos y supuestos diversos[407]. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de julio de 1998[408], estableció como pautas para reconocer si nos encontramos ante una modificación del contrato o ante un proyecto de obras complementarias, la posible utilización separada de las nuevas obras, su necesidad en relación con el proyecto inicial, las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independiente, la interrelación física entre las obras y la necesidad de su introducción para llevar a buen fin el proyecto. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, para el que los elementos diferenciadores responden a la posibilidad de utilización separada de las obras nuevas, a su necesidad en relación al proyecto inicial y las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes[409].

---

[407] RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., en "La Ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los Entes Locales". RAP Nº 186, Madrid, septiembre-diciembre (2011), págs. 53-89

[408] STS de 7 julio 1998, rec. 6878/1992

Para determinar si se trata de una simple modificación contractual o en su caso de un proyecto de obras complementarias, hay que atender a la posible utilización separada de las nuevas obras, a su necesidad en relación con el proyecto inicial y a las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independiente, así como la interrelación física entre las obras y la necesidad de su introducción para llevar a buen fin el proyecto, con la mayor satisfacción posible de los intereses generales, ninguno de cuyos elementos ha sido cuestionado por la parte apelante, por lo que procede desestimar el recurso de apelación planteado.

[409] Dictamen del Consejo de Estado nº 424/1992, de 2 de abril de 1992
La diferencia entre ambas figuras no aparece clara en todos los casos concretos. Con carácter general, este Consejo ha indicado que son criterios aplicables para la distinción

Como elementos adicionales de distinción entre una y otra figura, debe señalarse también que las obras complementarias ostentan un carácter propio, tienen un tratamiento jurídico diferenciado al del proyecto principal con sus eventuales modificados y exigen un proyecto y un contrato ajenos a los que trajeron causa de la prestación inicial del contratista.

El artículo 171 TRLCSP, señala como requisitos para que proceda la adjudicación directa de las obras complementarias al empresario que ejecutaba el proyecto principal (i) que se trate de obras no figuren en aquel ni en el contrato inicial, (ii) que sean necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita originariamente, (iii) que esta ineludible obligatoriedad de realizarlas se deba a circunstancias imprevisibles para un poder adjudicador diligente, (iv) que no sea factible separarlas técnica o económicamente del contrato inicial sin causar graves inconvenientes o que aun siendo separables resulten estrictamente necesarias para el perfeccionamiento de dicho contrato y (v) que su importe acumulado no supere el 50 por cien del precio del contrato primitivo, lo que significa que es posible la aprobación de varios proyectos modificados cuyo importe se deberá sumar a efectos de la procedencia o no de una posible nueva adjudicación.

No obstante lo anterior, deberá tenerse muy presente que el procedimiento de adjudicación negociado y sin publicidad puede ser contrario a los principios

---

entre una y otra la posibilidad de utilización separada de las obras nuevas, su necesidad en relación al proyecto inicial y las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes (dictámenes de 15 de diciembre de 1983, número 45.942, 29 de noviembre de 1984, número 47.127, y 24 de julio de 1985, número 48.034, entre otros).

rectores de la Unión[410], en concreto a los principios de igualdad de trato de los licitadores que, como ya hemos visto, tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública y exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas para evitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora[411].

Esto sucederá, entre otras circunstancias si, como tiene dicho el TSJUE, el contrato se amplía en gran medida a obras inicialmente no previstas, los contratos de obras adicionales adjudicados sin convocatoria de licitación previa presentan un significativo valor económico o las especificaciones técnicas no pueden considerarse accesorias[412].

---

[410] MORENO MOLINA J.A., en "La nueva Ley de Contratos del Sector Público". Diario La Ley nº 6876, 5 febrero 2008, indica que el TJUE ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como "La infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos"

[411] STJUE de 29 de abril de 2004, asunto nº C-496/99, Succhi di Frutta.

[412] STJUE de 31 de enero de 2013, asunto nº T-540/2010, Reino de España contra la Comisión.

63. La modificación de un contrato público en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, una modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a obras inicialmente no previstas. Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial (véase, por analogía, la sentencia Pressetext Nachrichtenagentur, citada en el apartado 57 supra, apartados 35 a 37).

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el apartado 5 del artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE[413] que regula la utilización del procedimiento

---

64. En el caso de autos, como se deduce del anexo de la Decisión impugnada, los contratos de obras adicionales adjudicados sin convocatoria de licitación previa en relación con cada una de las fases de proyectos de que se trata tienen un valor económico significativo (véanse los apartados 17 a 20 supra). En efecto, es evidente que el precio constituye una condición importante de un contrato público (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 44 supra, apartado 117, y Pressetext Nachrichtenagentur, citada en el apartado 57 supra, apartado 59).

65. Además, las especificaciones técnicas que se modificaron no pueden considerarse accesorias, sino que revisten una importancia mayor, en la medida en que versan, en particular, sobre la ejecución de falsos túneles y de un viaducto. Por tanto, el Reino de España no puede alegar que la obra que se ha de ejecutar continúa siendo la inicialmente prevista, es decir, la línea de ferrocarril de alta velocidad, ni que las prestaciones objeto del contrato inicialmente celebrado se mantuvieron sin alteración esencial.

66. Del conjunto de los elementos que preceden se desprende que debe desestimarse el segundo motivo.

[413] Artículo 32 Directiva 2014/24/UE

5. El procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse en el caso de nuevas obras o nuevos servicios que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según un procedimiento conforme con lo dispuesto en el artículo 26, apartado 1. En dicho proyecto de base se mencionarán el número de posibles obras o servicios adicionales y las condiciones en que serán adjudicados.

negociado y sin publicidad para la adjudicación de obras adicionales encargadas al empresario titular de un contrato principal, no contiene, entre las posibilidades que contempla, el supuesto previsto en el artículo 171 TRLCSP, luego, derogadas la Directiva 93/38/CEE y, a partir del 18 de abril de 2016, la Directiva 2004/18/CE, la adjudicación de obras complementarias deberá ir precedida de una nueva licitación, salvo que, como preceptúa el citado artículo 32 de la norma comunitaria, se trate de obras similares al proyecto del que sirven de base. Y ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia del propio TJUE tiene reiteradamente dicho que los estados no pueden establecer supuestos de recurso a los procedimientos negociados que no estén previstos en las Directivas comunitarias[414].

El borrador del anteproyecto de la nueva Ley de contratos elimina el contenido del actual artículo 171 TRLCSP y traspone el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE en los siguientes términos:

"En los contratos de obras y de servicios, cuando las obras o servicios que constituyan su objeto consistan en la repetición de otros similares adjudicados al

---

La posibilidad de hacer uso de este procedimiento deberá darse a conocer desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el coste total previsto de las obras o servicios ulteriores a efectos de la aplicación del artículo 4.

[414] STJUE de 13 enero 2005, asunto nº C-84/2003 la comisión contra España

Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.

mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en esta ley previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial y que el importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial. En dicho proyecto base se mencionarán necesariamente el número de posibles obras o servicios adicionales, así como las condiciones en que serán adjudicados éstos."

De la literalidad del precepto se intuye que el recurso a las obras complementarias adjudicadas al contratista ganador del contrato principal para completar el proyecto ya no es posible. No obstante, creo que la eliminación del artículo 171 TRLCSP tendrá nulos efectos prácticos, puesto que siempre será posible acudir a la vía de la letra a) del apartado 2 del artículo 203 de la nueva legislación de contratos[415] para justificar la conveniencia de que el contratista

[415] Artículo 203 Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando ésta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo , son los siguientes:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1º. Que el cambio de contratista o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de

principal ejecute las obras adicionales precisas para corregir las indefiniciones del proyecto inicial. Cierto es que este precepto se refiere a la modificación del contrato, pero también lo es que regula la adición de obras nuevas a las ya contratadas, que justifica que sean adjudicadas directamente al contratista y que impone la misma limitación del 50 por ciento del precio del contrato que el artículo 171 del actual TRLCSP. No deja de sorprender, en este sentido que, como se viene advirtiendo con anterioridad en este trabajo, se vuelve a dar un paso atrás con respecto al carácter restrictivo que debe tener la adjudicación de las obras soslayando los tan mencionados principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia. Y es que el texto provisional aduce como motivos justificadores de la adjudicación de obras de nada menos que hasta el 50 por ciento del precio inicial del contrato –piénsese en la magnitud del precio del puente de la constitución en Cádiz o de las obras del túnel de San Pedro -, conceptos tan genéricos y vacíos de contenido material como "inconvenientes significativos" o más grave "alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista", expresiones tan vagas e indeterminadas que ofrecen al órgano de contratación una amplísima discrecionalidad que, sin duda, será fuente de conflictos como en su día lo fue el artículo 202 LCSP.

---

contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista.

2º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

VII.- MEJORAS SUGERIDAS POR EL CONTRATISTA (LA CLÁUSULA 50 DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS DEL ESTADO)

El artículo 50 del PCGOE[416] prevé la posibilidad de que el contratista proponga a la Dirección facultativa la introducción de mejoras en la obra que esté ejecutando, tales como sustituir unas unidades por otras que reúnan mejores condiciones, el empleo de materiales de mejor calidad a los proyectados, el aumento de las dimensiones de alguna parte de la obra o cualquier otra que considere beneficiosa. Si el director lo estimase conveniente sin ser necesario, estará facultado para autorizar dicha mejora sin contraprestación alguna para el empresario que cobrará estrictamente el precio pactado. Y si el director lo considerase no sólo conveniente, sino también necesario deberá acudir al procedimiento de modificación del contrato.

[416] Artículo 50 PCGOE

El contratista podrá proponer, siempre por escrito, a la Dirección la sustitución de una unidad de obra por otra que reúna mejores condiciones, el empleo de materiales de más esmerada preparación o calidad que los contratados, la ejecución con mayores dimensiones de cualesquiera partes de la obra o, en general, cualquiera otra mejora de análoga naturaleza que juzgue beneficiosa para ella

Si el Director estimase conveniente, aun cuando no necesaria, la mejora propuesta, podrá autorizarla por escrito, pero el contratista no tendrá derecho a indemnización de ninguna clase, sino sólo al abono de lo que correspondería si hubiese construido la obra con estricta sujeción a lo contratado.

Por el contrario, cuando el Director de la obra considere de necesidad adoptar la mejora propuesta por el contratista se procederá en la forma establecida en la cláusula 59 de este pliego.

Es cierto que, como dijo la JCCA en su informe de 7 de junio de 2004[417], el PCGOE no es una norma jurídica y, en consecuencia, no puede servir para

[417] Informe JCCA 22/04, de 7 de junio de 2004.

2. Una primera consideración debe comentarse con carácter previo respecto del carácter de los pliegos de pliegos de cláusulas administrativas generales. En tal sentido cabe manifestar que los mismos carecen del carácter de norma jurídica, sino que constituyen el mero clausulado aplicable a los contratos sobre los que resultan aplicables en la función que le atribuye el artículo 66 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que acompañan a los pliegos de cláusulas administrativas particulares. El requisito de que su aprobación no se realice por el órgano de contratación, sino por el Consejo de Ministros no le atribuye la condición de norma jurídica sino de la competencia y del procedimiento a seguir para tal fin. Por tal razón no puede, a juicio de esta Junta Consultiva hablarse de la vigencia del citado pliego o de alguna de cláusulas sino más bien si una cláusula concreta resulta aplicable por adecuarse o no al ordenamiento jurídico vigente al momento de ser aplicada.

Al respecto se ha de señalar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 48.1 obliga que los pliegos de cláusulas administrativas generales se ajusten en su contenido a los preceptos de esta Ley y de sus disposiciones de desarrollo, lo que asimismo resulta de lo dispuesto en el artículo 4. Consecuentemente toda cláusula o especificación contenida en los pliegos debe estar adaptada a las disposiciones vigentes en el momento de ser aprobadas.

3. Una de las características aportadas en la actual legislación de contratos respecto de las modificaciones contractuales es que estas han de ser autorizadas y aprobadas exclusivamente por el órgano de contratación. Así resulta de lo establecido en el artículo 94 de la Ley que vincula los efectos de los contratos a la propia Ley a sus normas de desarrollo, así como a los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, en el artículo 101 que, respecto de las modificaciones de los contratos las condiciona a la decisión del órgano de contratación criterio que es expresado en el artículo 146, en el que además al referirse en este contexto a la actuación del director facultativo de las obras en el apartado 3, le impone que cuando considere necesaria una modificación deberá recabar autorización del órgano de contratación para iniciar el correspondiente expediente, atribuyendo en el

modificar los términos del contrato. Sin embargo, no se puede perder la perspectiva de que hay situaciones que sólo son apreciables en la fase de ejecución y de que la modificación por ejemplo de la posición de una unidad concreta, el cambio de proceso para agilizar la construcción o mejorar la seguridad de los trabajadores puede aportar importantes ventajas puntuales que de adoptarse por la vía de la modificación del proyecto devendrían inútiles o serían directamente inaplicables perdiéndose los beneficios que su utilización le reportaría a la propia obra.

Un ejemplo que se puede dar y que muestra claramente la aplicabilidad de esta cláusula y la mejora que aporta frente a la figura del modificado, sería la variación propuesta por el contratista del sistema de colocación de los tableros de un puente sobre un río cuyo caudal aumentó significativamente durante el invierno en el que se ejecutaban las labores de colocación de dichos tableros. El proyecto preveía la utilización de un sistema que podría poner en peligro la integridad de la estructura y de los trabajadores ante una avenida imprevista del caudal del río. Durante la fase ejecución se propuso por el empresario un nuevo sistema de colocación que, sin coste para la Administración, cambiaba el sistema proyectado pero aseguraba la terminación de los trabajos en el plazo parcial estipulado independientemente del volumen de agua que trajera el río y, sobre todo, salvaguardaba la integridad de los trabajadores. Si la propuesta de mejora se hacía por medio de la Cláusula 50, bastaba con la aprobación por parte de Director de las obras y el trámite era francamente breve, si se utilizaba la vía de la modificación del proyecto, los trámites administrativos revisten una complejidad tal que, de facto, suponía la imposibilidad de su implementación y la pérdida de

apartado 4 al Ministro la competencia exclusiva no delegable para autorizar que puedan continuar provisionalmente las obras. Así resulta también del artículo 59.1 de la Ley.

las ventajas que aportaba tanto para la construcción del puente, como para la salud de los trabajadores.

CAPÍTULO VII.- CONCLUSIONES, LÍNEAS DE ACTUACIÓN Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN.

La primera conclusión que se puede extraer de este trabajo es que existe, desde el nacimiento del contrato de obra pública, un problema derivado de su modificación. Los contratos son inalterables a partir de su perfeccionamiento y, de acuerdo con los principios “pacta sunt servanda” y “contractus lex”, deben ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos. No obstante lo anterior, en demasiadas ocasiones, tras la adjudicación del contrato, surgen determinadas circunstancias que impiden la ejecución de la obra conforme su previsión inicial. No me refiero aquí a los supuestos de fuerza mayor, riesgo imprevisible y “factum principis”, que deberían ser los únicos capaces de quebrar el principio de riesgo y ventura del contratista cuando su eventual concurrencia rompiese de forma total y absoluta el sinalagma contractual alterando gravemente los presupuestos del negocio o sus condiciones (cláusula "rebus sic stantibus"), sino al resto de situaciones que, cuando sobrevienen, impiden que la obra se ejecute conforme fue prevista en el contrato. En estos casos, que deberían ser igual de excepcionales que los ya citados, la Administración está facultada para, en el ejercicio del poder que le confiere la actuación bajo el amparo del interés superior común, hacer uso del “ius variandi” y alterar la prestación asumida por el contratista, novando el contrato para ajustarla a la realidad surgida tras la aparición de ese hecho imprevisible que impide llevar a cabo la obra como fue ideada.

La segunda conclusión es que se ha venido haciendo generalmente un uso fraudulento de esa potestad de modificación abusando sistemáticamente de la figura hasta tal punto que los procedimientos de adjudicación han quedado

desnaturalizados debido a la continua vulneración de los principios de transparencia, libre competencia e igualdad por los que aquellos se deben regir. En efecto, se ha generalizado un sistema por virtud del cual los contratistas concurren a las licitaciones con sustanciosas y casi temerarias rebajas sobre el valor del contrato estimado por la Administración con el fin de ganar la obra para después tratar de recuperar esa baja por la vía del reformado. Esta forma de actuar supone que el reformado, concebido para remediar la insuficiencia técnica inicial de los proyectos, ha pasado de ser un método excepcional, a ser la vía más común de incrementar artificialmente el precio de la licitación, pervirtiendo su contenido hasta el punto de ser tan relevante en sí mismo para el empresario como lo es la propia obra.

La tercera concusión es que el problema es actualmente irresoluble. Y pienso que es actualmente imposible de solucionar fundamentalmente por cuatro motivos:

> El primero tiene que ver con los proyectos de obras, muchas veces incompletos, poco estudiados o directamente inejecutables. En este sentido, son innumerables las veces que el Consejo de Estado ha advertido sobre la necesidad de extremar el celo a la hora de elaborar o aprobar los proyectos de obra para que sólo haya de acudirse excepcionalmente a la modificación objetiva del contrato sin convertirla en una práctica habitual, dando lugar a contrataciones de facto fraudulentas por no observar los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, que deben inspirar la contratación administrativa. Sirvan de ejemplo entre muchísimos los Dictámenes 214/92, 454/1996, 3371/96, 4350/1997, 358/1998, 3349/2002. Y, en el mismo sentido, la STJUE de 31 de enero de 2013, nº T-540/2010 y la STJUE 31 de enero de 2013 nº T-235/2011 entre otras en las que España

ha sido condenada por su falta de diligencia requerida durante la fase de redacción del proyecto.

El segundo motivo que hace difícil remediar la cuestión tiene que ver con circunstancias económico-presupuestarias. Si ya durante la fase de ejecución se hace necesario modificar el contrato, el hecho de respetar rectamente los principios que deben inspirar toda licitación implicaría un ingente incremento del coste de la obra resultado de llevar a cabo las actuaciones necesarias para resolver el contrato, indemnizar al contratista, redactar otro proyecto, iniciar una nueva licitación y comenzar las nuevas obras. Sobrecostes que no se devengan si se adjudica el modificado al mismo contratista que venía ejecutando la obra principal. Lógicamente esta cuestión pende de la anterior, de manera que siempre se podrá argumentar que si el proyecto es perfecto o por lo menos completo, no será necesario reformarlo.

El tercero es la corrupción, como dijo Santamaría Pastor. J. A.[418], un mal tan viejo como la humanidad, que existe en todos los países en menor o mayor grado y cuyos elementos propiciadores son principalmente, "el régimen de financiación de los partidos políticos y su transparencia, el nivel de profesionalidad, preparación y retribución de los responsables públicos, los sistemas de control a posteriori de los supuestos de enriquecimiento de origen opaco, y la ética general de la población en cuanto al manejo escrupuloso de los fondos presupuestarios". Según los datos del primer Informe de lucha contra la corrupción de la UE 6, un 69% de las empresas

[418] Santamaría Pastor. J. A., en "La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública" en "La contratación Pública: problemas actuales. Ed. BOCAM. Madrid 2013. Págs. 19-40.

españolas manifestaron que una de las prácticas corruptas más extendidas en los procedimientos de contratación pública son las modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración de contrato[419]. La corrupción no se detiene pues en la fase de adjudicación del contrato, sino que alcanza, por supuesto, a su ulterior modificación pues, como ya se ha expuesto, es la principal vía para "arreglar" las bajas cuasitemerarias que se producen en la adjudicación de los contratos. En este sentido, es evidente que por más que el procedimiento se encuentre influenciado de alguna manera, debe gozar de un halo de legalidad lo que, a menudo, se consigue por medio de una oferta aparentemente más ventajosa que la del resto de competidores que finalmente será compensada.

El cuarto motivo tiene que ver con la voluntad de corregir el problema. No existe una intención real de acabar con el viejo sistema de modificaciones. Un ejemplo claro lo tenemos en el borrador de anteproyecto de la nueva Ley de Contratos que elimina el restrictivo sistema previsto en el actual

[419] Informe de lucha contra la corrupción de la UE. Anexo España Bruselas 3 de febrero de 2014. COM

En la encuesta entre empresas del Eurobarómetro sobre la corrupción de 2013, el 83 % de las empresas españolas encuestadas (el más alto porcentaje de la UE) consideró que la corrupción estaba muy extendida en la contratación pública gestionada por las autoridades nacionales (media de la UE: 56 %) y el 90 % (segundo porcentaje más elevado en la UE), en la gestionada por las autoridades locales (media de la UE: 60 %). En concreto, las empresas españolas encuestadas manifestaron que las prácticas más extendidas en los procedimientos de contratación pública eran las siguientes: pliegos de condiciones a la medida para determinadas empresas (80 %); abuso de los procedimientos negociados (72 %); conflictos de intereses en la evaluación de las ofertas (79 %); licitación colusoria (71 %); criterios de selección o evaluación poco claros (72 %); y modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración de contrato (69 %). Estos porcentajes se encuentran entre los más elevados de la UE.

TRLCSP. Ciertamente es fruto de la trasposición de la Directiva 2014/24/UE, pero no hay que olvidar al respecto dos cuestiones, la primera que las Directivas, si bien van introduciendo algunas normas reguladoras de la fase de ejecución del contrato, lo hacen todavía tímidamente, pues su actividad normativa va encaminada fundamentalmente a coordinar los procedimientos de adjudicación y a imponer a los Estados el respeto a los principios básicos vertebradores de la Unión y la segunda, que nada impide al legislador establecer, respetando esos principios, un sistema que verdaderamente limite el uso los reformados. Además hay otra cuestión que es buena muestra de la falta de voluntad de la Administración por atajar el problema, lo expondré con dos ejemplos que he vivido en primera persona y que, ciertamente, no por frecuentes, me dejan indiferente. El primero se refiere a la licitación de la construcción de un edificio singular para una empresa pública, cuyo contrato fue adjudicado a la mercantil para la que presto servicios. Durante la ejecución se corroboró que el proyecto, de un afamado arquitecto, era materialmente inejecutable. Para no resultar tedioso con detalles que nada aportan, simplemente diré que dicha empresa, tras un largo litigio, fue condenada al pago de una indemnización millonaria, debido precisamente a la imposibilidad de mi representada de ejecutar la prestación conforme estaba estipulada en el contrato. Quedó probado que el proyecto era irrealizable. Pues bien, reunido con el responsable jurídico de dicha empresa le pregunté sobre la posibilidad de que ejercitaran la acción de repetición contra los proyectistas por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual que representaba la invalidez del proyecto que elaboraron. Me informó que el contrato con la dirección facultativa había sido resuelto renunciando a cualquier tipo de acciones. El segundo caso, tiene que ver con la mala proyección de un puente en el que uno de los pilares se desplazó de su lugar por un error de cálculo en la

> resistencia al esfuerzo cortante y, a consecuencia de ello, hubo que realizar una reparación urgente de coste casi millonario para salvar la infraestructura. Lo relevante, en lo que aquí interesa, es que hay al menos cinco informes, de la Dirección de obras, de la Demarcación de Carreteras del Estado, del Consejo consultivo de Obras Públicas, del Consejo de Estado y de la Abogacía del Estado que concluyen que el error de cálculo es imputable al proyecto. En ese caso, tanto el Consejo de Estado como la Abogacía del Estado aconsejaban iniciar un expediente contradictorio de resarcimiento e indemnización por daños causados a la Administración que, años después sigue sin producirse. Estos son sólo dos supuestos recentísimos de los muchos en los que el órgano de contratación, asume unos sobrecostes que, en modo alguno le corresponden. Si casos como estos quedan sin respuesta, la sensación de las empresas de proyectos es de total impunidad frente al incumplimiento contractual que supone la redacción de un proyecto incompleto o erróneo.

La cuarta conclusión es que continuamos en un contexto de "leyes desbocadas"[420] que crean un ambiente de notoria inseguridad jurídica e impiden asentar criterios jurisprudenciales que den una pauta de actuación concreta a los operadores jurídicos. En efecto, centrándonos en la legislación más actual y dejando a un lado la normativa que afecta a los sectores específicos del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, veo con asombro que la LCSP fue aprobada en el año 2007, en el año 2011 la Ley de Economía sostenible que alteraba el sistema de modificaciones, también en el año 2011 el TRLCSP y, presumiblemente en el ejercicio 2016 la nueva Ley de Contratos, que viene a trastocar de nuevo todo el régimen de modificación contractual. Pero es que,

[420] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en Justicia y seguridad jurídica en un mundo de Leyes desbocadas. Cívitas. Madrid 1999. Págs. 45 y ss.

además y respecto al tema que nos ocupa, las diferentes normas sufren una evolución totalmente discordante e inexplicable por más que se trate de justificar desde la imperatividad de la normativa comunitaria y así, la LCSP y toda la regulación anterior ha sido calificada de muy posibilista con la admisión de las modificaciones de obras, el TRLCSP significó para algunos autores "el fin de la era del modificado", lo que es buena muestra del rigor con el que se empleó el legislador para corregir la situación denunciada por la Comisión y el nuevo texto de contratos, al trasponer la Directiva 2014/24/UE, abandona este rigor y admitirá la alteración de las prestaciones en supuestos ahora prohibidos, lo que verdaderamente implica, como se ha expuesto en este trabajo, el retorno a un sistema regido por la mayor laxitud y permisibilidad con el reformado. La complejidad y extensión de los nuevos cuerpos legales, que adolecen de constantes variaciones, tiene como consecuencia, además de la creación de un ambiente de inseguridad jurídica y de la supresión de la labor de la jurisprudencia como interpretadora de las leyes – función que se revela si no imposible, si ciertamente complicada en normas que apenas permanecen cuatro o cinco años vigentes -, el desconocimiento y el incumplimiento de la normativa, tanto por parte de los contratistas como del personal al servicio de la Administración, obligados a manejar una cantidad ingente de legislación, vigente, derogada y en muchas ocasiones contradictoria, todo al mismo tiempo, lo que genera una huida del derecho público bajo el falso paradigma de una mayor eficacia[421].

La quinta conclusión es consecuencia de la anterior y es que nos encontramos en un clima de incertidumbre continuo que sugiere el fracaso de la normativa de contratación pública en general y de la modificación del contrato en particular.

[421] Conclusión que comparto con FELIÚ GIMENO, J.M en el prólogo del libro "El contrato de concesión de Obras Públicas y otras técnicas paraconcesionales" de BERNAL BLAY M.A. Ed. Civitas. Navarra 2011. Pág. 25.

Nada bueno aporta una legislación destinada a desaparecer en poco tiempo, en especial cuando la que desplaza a la anterior no introduce meros reparos puntuales, sino profundas reformas que finalmente se revelan ineficaces. Es preciso abordar urgentemente la cuestión y conseguir una legislación estudiada, consensuada, coherente con los principios integradores de la Unión y con un firme ánimo de permanencia.

De todo lo anterior se advierte, en definitiva, que estamos ante un problema tan antiguo como hasta el momento irremediable y que debe ser afrontado si se quiere cumplir con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia que deben regir la contratación pública. La solución pasa por limitar estrictamente la posibilidad de acudir al proyecto modificado. Pero la manera de restringir el uso de esta figura no puede pasar por la publicación de abundantes y complejas leyes que regulen infinidad de supuestos ininteligibles cuya interpretación es un campo abonado para el fraude. Es inevitable atacar las causas que engendran el problema, para lo cual, como conclusión final de este trabajo e inicio de nuevas líneas de investigación, propongo las siguientes actuaciones:

Primera, debe observarse la mayor rigurosidad en la redacción de los proyectos que tienen que ser objeto de un estudio completo, detallado y buscando la adecuación de la obra a la necesidad pública que se pretende satisfacer con su ejecución –todos hemos visto en los últimos tiempos como se construían edificios e infraestructuras carísimos e inútiles-, cuidando, por supuesto, la disponibilidad de los terrenos y la posibilidad física de llevar a cabo la obra.

Segunda, sería muy conveniente que la Administración depurase las responsabilidades pertinentes caso de que los proyectos se redacten incompletos

erróneos o inadecuados para el fin que persiguen. Pueden articularse infinidad de mecanismos regulatorios en materia de contratos públicos, pero lo cierto es que si, acotando la cuestión a lo que nos ocupa, el proyectista o el adjudicatario de la obra no responden por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, nunca se va a avanzar en el remedio que ponga fin al perverso sistema de modificados como se entiende hasta la fecha.

Tercera, es indispensable poner coto a la corrupción en todas las instancias y en todas las fases del contrato. Como en el caso anterior, de nada sirve toda la vorágine normativa que se ha desplegado durante estos últimos lustros si quien vela por su cumplimiento las elude sistemáticamente buscando su personal beneficio. Se han dado algunos pasos para controlar la actuación de los posibles fraudes por la vía de la publicación de las modificaciones contractuales o mediante el acceso al recurso especial en materia de contratación, pero serán medidas absolutamente ineficientes si los costes derivados de la eventual infracción que se revele mediante la utilización de estas técnicas los asume directamente la Administración y no el propio defraudador, sobre el que se debería actuar con dureza.

Cuarta creo que debe ponerse fin a la excesiva promulgación de leyes que, como ya se ha indicado, produce un indeseable ambiente de inseguridad jurídica poco propicio para la inversión y el desarrollo. En este contexto resultan de plena actualidad la palabras que Don Quijote de la Mancha le dijo, en su carta a Sancho Panza, Gobernadorde la Ínsula Barataria [422] *"No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no*

[422] AGUILERA BARCHET, B., en "El Derecho en el Quijote. Notas para una inmersión jurídica en la España del Siglo de Oro" Anuario de historia del derecho español, nº 76, 2006, págs. 173-214.

lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella". Ha de redactarse una legislación de contratos clara, concisa, estudiada, consensuada y con voluntad de perdurar en el tiempo. La improvisación, el desencuentro entre quienes se alternan el poder legislativo y una fastuosa redacción normativa ininteligible y carente de contenido práctico generarán nuevos cambios que seguirán evidenciando el fracaso continuado de los objetivos de legislación de contratos.

Con estas reflexiones concluyo la presente Tesis Doctoral, incidiendo en la necesidad de abordar el irresoluble problema del modificado de obra.

Madrid, Octubre 2015

Raúl de Pedro Abad

BIBLIOGRAFÍA

- "Código de las Siete Partidas".
- ACERETE GIL, J.B. "Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas, Ed. IEF. Madrid 1994.
- AGUILERA BARCHET, B., "El Derecho en el Quijote. Notas para una inmersión jurídica en la España del Siglo de Oro" Anuario de historia del derecho español, nº 76, 2006.
- ALBALADEJO, M. "Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones". Vol. I, séptima edición. Editorial Bosch 1983
- ALBALADEJO M. "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo XVI, Vol. 1.
- ARIÑO ORTIZ, G. "El Enigma del Contrato Administrativo" nº 172, enero-abril (2007).
- ARIÑO ORTIZ, G., e"Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables?" REDETI. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red nº 22
- ARIÑO ORTIZ, G. "Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos." ED. Instituto de Estudios Administrativos. (1968)
- ARIÑO ORTIZ, G. "Comentarios a La Ley De Contratos de las Administraciones Públicas". Ed. Comares. Granada 2002.

- BAÑO LEÓN, J. M., "Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos". Anuario del Gobierno Local 2012 Fundación Democracia y Gobierno Local, mayo 2013.

- BAÑO LEÓN, J.M., "La influencia del derecho comunitario en la interpretaciónde la ley de contratosde las Administraciones Públicas". RAP nº 151 Enero-abril 2000.

- BARCELONA LLOP, J., "La obra publica y su protección jurídica en Francia."n especial, el principio d e intangibilidad (ouvrage public mal planténe se détruit pas)". RAP nº 154. Enero-abril 2001.

- BASSOLS COMA, M., "Las obras públicas y el urbanismo". Ed. Ministerio de Fomento, Madrid 1994.

- BERMEJO VERA, J., "El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural" Ed. Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 2005, págs. 105-117.

- BERMEJO VERA, J., "Las prohibiciones de contratar en la ley de contratos del sector público" en RAAP (Revista Aragonesa de Administración Pública.), Monográfico X. Zaragoza 2008.

- BERNAL BLAY, M.A., "Acerca de la transposiciónde las directivas comunitarias sobre contratación pública comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, as. c-84/03 (Comisión vs. Reino de España),y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo" en RAP nº 168, Madrid, septiembre-diciembre (2005)

- BLANQUER CRIADO, D. "Los principios jurídicos del derecho administrativo", Ed. La Ley (Madrid 2010).

- BORREL MACÍA, "Arrendamiento de obras" en Nueva Enciclopedia Jurídica Volumen II, con cita de CASTÁN.
- BRUNETE DE LA LLAVE, M.T. , "Los contratos de colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público", Ed. La Ley, Madrid 2009.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R., "Infraestructuras en red y liberalización de Servicios Públicos". Ed. INAP, Madrid 2003.
- CALVO Y RUATA, P., "Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos)".
- CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J. A., "La contratación del Sector Público tras las reformas de 2010". Ed. Reus. Madrid 2010.
- CANDELA TALAVERO, J.E. "El Objeto del Contrato: Análisis del informe 31/12, de 7 de mayo de 2013 JCCA".
- CARRETERO PÉREZ, A., "Configuración jurídica y presupuestaria de las Obras públicas" REVL (REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL) (1942-1984). Número 163.
- CASARES MARCOS A.B. "Los principios jurídicos del Derecho Administrativo". Ed. La Ley (Madrid 2010).
- CASTÁN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil español común y foral, tomo IV, Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias" 10ª ed. Revisada y puesta al día por FERRANDIS VILELLA, Madrid, 1977.

- CASTIÑEIRA JEREZ, J., en "Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias", Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº 29.

- CAZORLA PRIETO L. M., en la obra colectiva "Comentarios a la Constitución", 3ª edición ampliada. Ed. Civitas, Madrid, 2001.

- CHINCHILLA MARÍN, C., "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)" Fundación Democracia y Gobierno Local y la Diputación de Zaragoza, en marzo-abril de 2008.

- COLÁS TENAS, J. "La reforma de la legislación de contratos del Sector Público en la Ley de Economía Sostenible" REDA nº 153, 2012.

- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones" C 100 2/005 B-1049 Bruxelles. abril de 2004.

- CORREA, I. "Manual de licitaciones públicas". Naciones Unidas 2002.

- COSCULLUELA MONTANER, L., "Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo" RAP, nº 84, 1977.

- COSCULLUELA MONTANER. L., "Manual de Derecho Administrativo". Ed. Cívitas. Madrid 2002. Decimotercera Edición.

- DE DIEGO CLEMENTE, F. "Instituciones de Derecho Civil español, tomo II, Madrid 1930".

- DE LA SIERRA, S. "Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública" REDA, nº 149/2011.

- DEL SAZ. S., “La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?” RAP nº 174/2007.
- DÍAZ SASTRE, S. “La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública”. Observatorio de Contratación Pública 14 de octubre de 2013.
- DÍEZ PICAZO, L. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Ed. Civitas, Madrid, 2012.
- FELIÚ GIMENO, J.M en el prólogo del libro “El contrato de concesión de Obras Públicas y otras técnicas paraconcesionales” de BERNAL BLAY M.A. Ed. Civitas. Navarra 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Las obras públicas” RAP. Nº 100-102. Enero-diciembre 1983.
- FERNÁNDEZ RUBIO, U., “Las reclamaciones en las obras para las Administraciones Públicas”. Ed. Paraninfo. Madrid 1992.
- FISAC DE RON, M.P. “El cumplimiento del contrato de obra: La recepción.” Ed. Marcial Pons. Madrid 2001.
- FRAX ROSALES, E., “Las Leyes de Bases de Obras Publicas en el Siglo XIX”.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Riesgo y Ventura en la Concesión de Obra Pública Revista de Derecho de la Unión Europea, n°7 -2° semestre 2.

- GALLEGO CORCOLES, I., “La Modificación de los Contratos en la cuarta generación de Directivas sobre Contratación Pública”. Ponencia dada en el X Congreso de Profesores de Derecho Administrativo.

- GARCÍA CAPDEPÓN P.M. “Los Contratos De Colaboración Publico - Privada”, Revista española de la función consultiva nº 3, Enero-Junio 2005.

- GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R. “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas, Madrid 2008.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, RAP, nº 2, mayo-agosto 1950.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Dos Regulaciones Orgánicas de la Contratación Administrativa”. RAP nº 10, enero-abril 1953.

- GARCÍA DE ENTERRÍA. E, “La Figura del Contrato Administrativo”.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en Justicia y seguridad jurídica en un mundo de Leyes desbocadas. Cívitas. Madrid 1999. Págs. 45 y ss.

- GARCÍA GOYENA, F. “Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil” Imprenta de la sociedad tipográfico editorial, Madrid 1852.

- GARCÍA PANIZO, A, en la obra colectiva “Comentarios a la Legislación de Contratación Pública. Emilio González Aparicio. Thomson Reuters. Navarra 2009).

- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. “Aspectos de la Administración Económica” RAP nº 12, septiembre-diciembre 1953.

- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A. “El Consejo de Estado como garantía: competencias en materia de contratación” de la obra “Comentarios a la Ley de las Administraciones Públicas de GÓMEZ FERRER MORANT, R. Ed. Civitas, Madrid 2004.

- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA. E., “Consideraciones sobre el plazo en los Contratos Administrativos de obras” REDA nº 60, octubre-diciembre 1988.

- GARRIDO FALLA, T. “Tratado de Derecho Administrativo”. Vol II Madrid 1980.

- GIMÉNEZ CERVANTES, J. “Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”

- GIMENO FELIÚ, J. M., "Aproximación a las principales novedades de la de ley de contratos del sector público”

- GIMENO FELIU, J. M., “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público: luces y sombras.” RAP nº 76, Madrid, mayo-agosto (2008).

- GIMENO FELIÚ, J.M. “La modificación de los contratos, límite y derecho aplicable”, Proyecto de investigación sobre Contratación Pública eficiente. Jornada sobre contratación pública Madrid, 25 de abril de 2013.

- GÓMEZ FERRER, R. “Comentarios a La Ley de Contratos de Las Administraciones Públicas”, Ed. Cívitas, Madrid, 1996.

- GONZÁLEZ APARICIO, EMILIO “Comentarios a La Legislación de Contratación Pública”. Thomson Reuters. Navarra 2009.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., "Contrato de Colaboración Público-Privada", RAP nº 170, Madrid, mayo-agosto (2006).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Indemnización al contratista en los supuestos de resolución del contrato por suspensión temporal de las obras por plazo superiora un año", RAP nº 103, 1984.
- GONZÁLEZ SANFIEL A. M., "El control comunitario sobre la financiación estatalde infraestructuras." RAP nº 87, Madrid, enero-abril (2012),
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. "La Reforma de las Directivas Comunitarias de Contratación Pública". RDCE nº 13.
- GRIS GONZÁLEZ J.C., "La modificación de los contratos del sector público". Revista jurídica de Castilla y León nº 28 de septiembre de 2012.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS, A. E. "El "ius variandi" en las obras con ajuste alzado. Antecedentes históricos, evolución jurisprudencial y examen de derecho comparado" en Anuario Jurídico y Económico Escurialense XLIV (2011).
- GULLÓN BALLESTEROS, "Curso de Derecho Civil. Contratos en Especial. Responsabilidad extracontractual". Madrid 1968.
- HORGÉ BAENA. C. "La modificación del Contrato Administrativo de obra". Ed. Marcial Pons. Madrid 1997.
- JIMÉNEZ APARICIO, E. "Comentarios a la legislación de contratación pública", Tomo I y II. Ed. Aranzadi.
- JURISTO SÁNCHEZ, RAFAEL. "La ejecución del contrato de obra pública" Segunda Edición. Madrid 1991.
- JURISTO SÁNCHEZ, RAFAEL. "El Contrato De Obra Pública. Ed Raiz TG.

Madrid, 1997).

- JUSTINIANO. Libro III, Título XXV, De locatione et conductione.
- LARENZ, K., "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos", Ed. Comares (Granada, 2002).
- LESMES SERRANO, C., "El marco comunitario de la nueva Ley de Contratos del Sector Público" Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 2, abril 2008
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. "El nacimiento de los Contratos Públicos: Reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva Comunitaria «De Recursos»" RAP nº núm. 185, mayo-agosto 2011.
- MEILÁN GIL, J.L. "Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos Administrativos: Propuesta de Revisión". Revista de Administración Pública nº 191 Madrid.
- MIGUEZ MACHO, L., "Las formas de Colaboración Público Privada en el Derecho Español" RAP nº 175, Madrid, enero-abril 2008.
- MIRANDA GONZÁLEZ, J., "La contratación de las Administraciones Públicas", Madrid 1995.
- MORELL OCAÑA. L., "La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años" RAP Núm. 150. Septiembre-diciembre 1999.
- MORENO MOLINA J. A., "El requisito subjetivo: sólo los poderes adjudicadores pueden celebrar contratos SARA" en El Consultor Contratación Administrativa. Ed. La Ley
- MORENO MOLINA J. A., "Contratos mixtos", Contratación Administrativa Práctica nº 77, julio 2008.

- MORENO MOLINA J. A., "La nueva Ley de Contratos del Sector Público". Diario La Ley nº 6876, 5 febrero 2008
- MORENO MOLINA, J. A., "La reciente jurisprudencia del tribunal de justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos" RAP nº 151. Enero-abril 2000
- MORENO MOLINA, J.A. "«Un mundo para SARA».Una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada" RAP nº 78, Madrid, enero-abril (2009).
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. "La nueva Ley de contratos del sector público: estudio sistemático". Ed. La Ley (2007).
- MUÑOZ MACHADO. S.,"Discurso sobre las ideasde administración de Pedro Rodríguez Campomanes". RAP nº 159. Septiembre-diciembre 2002
- Nota de la Oficina Estadística de la UE 18/2004 de 11 de Febrero de 2004.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., "La nueva Ley de Contratos del Estado." RAP nº 47, mayo-agosto (1965).
- PAREJO ALFONSO, L., "Lecciones de Derecho Administrativo", Ed. Tirant Lo Blanch, 6ª edición. Valencia 2013.
- PERELLÓ JORQUERA, A., en la obra colectiva "Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público" Ed. Bosch. Tomo II, Madrid 2009.
- POTHIER en "Oeuvres, Tº IV, Traités du contrat de constitutión de rente, du contrat de change, du contrat de louage et du supplement au contrat de louage".
- PUNZÓN MORALEDA J., Y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., "El desistimiento de la Administración en el TRLCSP". Revista de Actualidad Administrativa

nº 2, febrero 2013, págs. 210-223.

- QUINTANA LÓPEZ, T, "El anacronismo del factum principis en la legislación de contratos", REDA, nº 50, abril- junio 1986.

- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. "La ley de contratos del sector público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales." RAP nº 186, septiembre-diciembre (2011).

- REBOLLO PUIG, M, "Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo".

- RODRÍGUEZ DE RIVERA DOMINGO, C., en la obra colectiva "Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público" Ed. Bosch. Tomo II, Madrid 2009

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., "Los contratos del Sector Público (comentario)". Ed. Edisofer, Madrid 2010

- ROSADO PACHECO, S., "Ley General De Obras Públicas de 13 de abril de 1877. (Una reflexión sobre el Concepto de Obra Pública)" Anuario de la Facultad de Derecho, Nº 6, 1988

- SABATER BAYLE E. "Precio alzado en el contrato de obra y coste real superior al presupuestado". Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, ISSN 0212-6206, Nº 19, 1989, Págs. 279-290.

- SÁNCHEZ MORÓN, M. "Derecho Administrativo. Parte General" Ed. Tecnos. Madrid 2005.

- SÁNCHEZ MORÓN, M., "Los bienes públicos (régimen jurídico)" Ed. Tecnos. Madrid 1997.

- SANTAMARÍA PASTOR J. A., "La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública" en "La contratación Pública:

problemas actuales. Ed. BOCAM. Madrid 2013. Págs. 19-40.

- SÉBASTIEN LE PRESTRE, Señor de Vauban. 1683.
- SERRANO VICENTE, MARTÍN (Custodiam Praestare. La Prestación De Custodia En El Derecho Romano.. Ed. Tebar S.L. Madrid 2006).
- SUAY RINCÓN, J., "La ejecución del contrato de obra pública" en la obra colectiva "Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas", 2ª edición, Ed. Cívitas, Madrid 2008.
- TENA RUIZ, J. "Modificaciones de los contratos. Especial referencia a las modificaciones de los contratos de obras" Boletín de Derecho Local, nº 3, junio de 2009.
- TESO GAMELLA, P., "Los contratos administrativos de obras, suministros y gestión de servicios". Cuadernos de Derecho Judicial, 1995.
- VAZQUEZ MATILLA, F. J., "Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de ley de economía sostenible". Revista aragonesa de Administración Pública, nº 37.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J., "La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público", REDA, 143, 2009.

- VILLAR PALASÍ J. L., "La intervención administrativa en la industria", Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
- VILLAR PALASÍ J.L. "Lecciones sobre contratación Administrativa" Madrid 1969.
- VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L., en la obra colectiva "Comentarios a la Ley De Contratos de las Administraciones Públicas." Ariño y Asociados. Ed. Comares. Granada 2002. También en "Comentarios a la Ley De Contratos de las Administraciones Públicas." dirigido por R. Gómez Ferrer, Ed. Cívitas, Madrid, 1996).
- VILLAR PALASÍ, J. L., "La concesión", en "Nueva Enciclopedia Jurídica", tomo IV, Ed., Barcelona, 1952.
- XIMENA LAZO, V. "Los Contratos Mixtos" RAP nº 179, Madrid, mayo-agosto (2009), págs. 143-165.

INFORMES

- Informe JCCA nº 10/09, de 25 de septiembre de 2009.
- Informe JCCA nº 10/11, de 7 de junio de 2012.
- Informe JCCA nº 15/04, de 7 de junio de 2004.
- Informe JCCA nº 16/06, de 30 de octubre de 2006.
- Informe JCCA nº 20/02, de 13 de junio de 2002.
- Informe JCCA nº 22/04, de 7 de junio de 2004.
- Informe JCCA Aragón nº 23/2011, de 12 de septiembre.

- Informe JCCA nº 29/00, de 30 de octubre de 2000.
- Informe JCCA nº 35/10, de 6 de abril de 2011.
- Informe JCCA nº 4/04, de 12 de marzo de 2004.
- Informe JCCA nº 40/08, de 29 de enero de 2009.
- Informe JCCA nº 43/08, de 28 de julio de 2008.
- Informe JCCA nº 46 de 12 de junio de 1964.
- Informe JCCA nº 47/06, de 11 de diciembre de 2006.
- Informe JCCA nº 49/01, de 30 de enero de 2002.
- Informe JCCA nº 5/11, de 28 de octubre de 2011.
- Informe JCCA Andalucía nº 5/2009, de 22 de abril.
- Informe JCCA nº 61/08, de 31 de marzo de 2009.
- Informe JCCA nº 69/09, de 23 de julio de 2010.
- Informe JCCA Madrid nº 7/2003, de 22 de diciembre.
- Informe JCCA nº 7/2003, de 22 de diciembre.
- Informe JCCA nº 73/11, de 1 de marzo de 2012.
- Informe JCCA nº 73/11, de 1 de marzo de 2012.
- Informe nº 8/2009 de Abogacía General del Estado.
- IP/11/430 Bruselas, 6 de abril de 2011.
- Informe de lucha contra la corrupción de la UE. Anexo España Bruselas 3 de febrero de 2014. COM

SENTENCIAS

- Resolución nº 327/2014 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 25 de abril de 2014.
- STJUE de 12 diciembre 2002, Universale-Bau y otros, C□470/99, Rec. p. I□11617.
- STJUE de 13 abril 2010, en el asunto nº C-91/2008.
- STJUE de 13 enero 2005, asunto nº C-84/2003.
- STJUE de 18 junio 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553.
- STJUE de 21 febrero 2008, nº C-412/2004, la Comisión contra la República Italiana.
- STJUE de 25 marzo 2010 en el asunto C-451/08.
- STJUE de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartado 73.
- STJUE de 29 abril 2004, asunto nº C-496/99, Succhi di Frutta.
- STJUE de 29 abril 2010, asunto nº C-160/2008.
- STJUE de 29 marzo 2012, nº C-599/2010 Caso Najvyšší súd Slovenskej republiky.
- STJUE de 31 de enero de 2013, asunto nº T-235/2011.
- STJUE de 31 enero 2013, asunto T-540/2010 Reino de España contra la Comisión Europea.

- STS 14 febrero 1987.
- STS 16 enero 1985.
- STS de 1 febrero 2000, rec. 645/1997.
- STS de 1 mayo 1999.
- STS de 10 febrero 2004 rec. 8288/1998.
- STS de 10 mayo 1980.
- STS de 10 octubre 1908.
- STS de 10 octubre 2006.
- STS de 11 noviembre 2010, rec. 792/2007.
- STS de 12 junio 1984 .
- STS de 14 diciembre 1995.
- STS de 14 julio 1986.
- STS de 14 junio 1997, rec. 1349/1991.
- STS de 14 marzo 1987, Sala Primera.
- STS de 14 mayo 2001, rec. 5424/1997.
- STS de 14 octubre 1968.
- STS de 15 marzo 2012, rec. 6335/2008.
- STS de 15 noviembre 1993.
- STS de 16 mayo 2008.

- STS de 17 abril 2007, rec 3923/2003.
- STS de 18 diciembre, rec. 200/2000.
- STS de 18 junio 1947.
- STS de 18 noviembre 2005, rec. 776/1999.
- STS de 19 enero 1998, rec. 1290/1990.
- STS de 19 marzo 2008, rec. 5201/2005.
- STS de 19 septiembre 2000.
- STS de 2 julio 2004.
- STS de 2 julio 2015, rec. 595/2014.
- STS de 20 abril 2015, rec. 54/2013.
- STS de 20 diciembre 1983.
- STS de 20 junio 1983.
- STS de 20 octubre 1997, rec. 6462/1992.
- STS de 21 julio 2000, rec. 1933/1996.
- STS de 21 octubre 1980.
- STS de 22 junio 1982.
- STS de 22 junio 2005, rec. 8140/2002.
- STS de 22 marzo 2005, rec. 4815/2002.
- STS de 23 noviembre 1981.

- STS de 24 abril 1985, rec. 407884.
- STS de 24 junio 2009, rec. 3799/2007.
- STS de 24 octubre 2001.
- STS de 25 abril 2008, rec. 5038/2006.
- STS de 25 enero 2012, rec. 5571/2009.
- STS de 27 febrero 2008, rec. 226/2005.
- STS de 28 abril 2008, rec. 299/2005.
- STS de 28 enero 2015 rec. 449/2012.
- STS de 28 junio 1983.
- STS de 29 junio 1990.
- STS de 29 mayo 1995, rec. 150/1994
- STS de 29 mayo 2007, rec. 8202/2004.
- STS de 30 abril 1999, rec. 7196/1992.
- STS de 5 febrero 1986.
- STS de 7 febrero 2013, rec. 4389/2011.
- STS de 7 julio 1998, rec. 6878/1992.
- STS de 7 junio 2012, rec. 2050/2009.
- STS de 8 abril 2011 rec. 1139/2007.
- STS de 9 febrero 1998 rec. 222/1994.

- STS de 9 marzo 2005, rec. 5247/2000.

DICTÁMENES

- Dictamen del Consejo de Estado nº 1075/2001 de 26 de julio de 2001.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 1093/1991 de 3 de octubre de 1991.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 1208/2008 de 16 de octubre de 2008.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 1637/1993 de 17 de febrero de 1994.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 214/1992 de 21 de mayo de 1992.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 216/1997, de 20 de marzo de 1997.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 31/1992 de 13 de febrero de 1992.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 3112/2004 de 3 de febrero de 2005.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 3205/2003 de 20 de noviembre de 2011.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 334/2014 de 26 de junio de 2014.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 3725/1948 de 3 de noviembre 1948.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 424/1992, de 2 de abril de 1992.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 4533/1996 de 30 enero de 1997.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 50226 de 14 de mayo de 1987.

- Dictamen del Consejo de Estado nº 619/2014 de 3 de julio de 2014.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 632/1994.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 635/2005 de 5 de mayo de 2005.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 667/2014 de 17 de julio de 2014.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 684/2013 de 10 de octubre de 2013.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 79/1993.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 839/1993, de 15 de julio de 1993.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 912/1997 de 27 de febrero de 1997.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 922/1996 de 23 de mayo de 1996.
- Dictamen del Consejo de Estado nº 974/2014 de 14 de julio de 2014.
- Dictamen del Consejo de Estado, de 14 de mayo de 1998.
- Dictamen Motivado Infracción 2008/2014. Caso Pressetext Nachrichtenagentur GmbH la Comisión.

ABREVIATURAS

APP	Asociación público-privada.
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código Civil
Ccom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CPP	Colaboración público-privada
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DT	Disposición Transitoria
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
LCAP	Ley 13/1995 de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas
LCE	Decreto 923/1965 de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado
LCSP	Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
RAP	Revista de Administración Pública
RD	Real Decreto
REDA	Revista Española de Administración Pública
REDETI	Revista de Derecho de las Telecomunicaciones
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local
RGDA	Revista General de Derecho Administrativo
RGLCAP	Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas.
TRLCSP	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.