

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS (RÉGIMEN, REGULACIÓN Y CONSECUENCIAS DE UNA PRÁCTICA GENERALIZADA QUE SUPONE UN RIESGO AL PRINCIPIO LICITATORIO Y A LA IDEA DE TRANSPARENCIA)*

Luis Martín Rebollo

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

Sumario:

- I. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO PRERROGATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN:
 1. Justificación y previsiones normativas.
 2. Referencia a los riesgos de fraude al principio licitatorio por la utilización abusiva del *ius variandi*.
 3. Modificación de contratos y supuestos afines: en particular, las obras o trabajos complementarios y otros supuestos menores.
 4. Presupuestos y límites al ejercicio del *ius variandi*.
 5. Régimen general de la potestad de modificación de los contratos administrativos:
 - 5.1. Breve referencia al objeto, contenido y momento del ejercicio del “*ius variandi*”.
 - 5.2. Procedimiento general.
 - 5.3. Efectos.
 6. Especialidades de las modificaciones contractuales en los diversos contratos administrativos. En particular, en el contrato de obras y en el de concesión de obras públicas.
 7. Referencia a la suspensión de los contratos.
- II. CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN IRREGULAR DE LOS CONTRATOS: REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE NULIDAD Y ANULABILIDAD.
- III. EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS MODIFICACIONES IRREGULARES DE LOS CONTRATOS:
 1. Planteamiento general y posibles supuestos.
 2. La doctrina de la responsabilidad patrimonial.

* El presente trabajo se beneficia de un texto anterior propio que con el título “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares” se publicó en el libro colectivo, dirigido por R. GÓMEZ-FERRER, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 1996 (págs. 457 y ss.) y 2ª ed., Madrid, 2004, (págs. 575 y ss.) para la que se redactó un texto enteramente nuevo que es el que ahora se recupera, en parte, adaptado a la nueva y vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público.

Ponencia presentada en las XI Jornadas de la Función Consultiva (2009).

3. El criterio del enriquecimiento injusto: requisitos y consecuencias económicas:

3.1. Requisitos de la acción de enriquecimiento injusto.

3.2. Efectos y consecuencias económicas de la acción.

3.3. El supuesto específico de las obras o prestaciones suplementarias inicialmente no previstas, ni ordenadas por la Administración.

4. Referencia al principio general de buena fe como criterio matizador del enriquecimiento injusto.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO PRERROGATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN.

1. Justificación y previsiones normativas.

La facultad de modificación del contrato¹, esto es, el ejercicio del llamado *ius variandi*, es uno de los poderes exorbitantes que tradicionalmente ostenta la Administración en el ámbito de la contratación administrativa, cuya utilización, especialmente en el contrato de obras, no es algo excepcional, sino, como señala J.L. VILLAR PALASÍ y corrobora la experiencia, “más bien lo ordinario en la vida del contrato”².

Los motivos que justifican esa potestad son de diversa índole pero, en teoría, todos ellos vinculados con la idea finalista del interés público. El propio

¹ La bibliografía específica sobre la potestad administrativa de modificación de los contratos no es muy abundante. La obra monográfica más detallada es quizá el libro de CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obra: el “ius variandi”*, M. PONS, Madrid, 1997 (con Prólogo de ALFONSO PÉREZ MORENO). Además, deben citarse las obras generales dedicadas a analizar y comentar la legislación de contratos (tanto las que por su fecha no tienen en cuenta la nueva Ley de Contratos del sector Público como las que se redactaron a la luz del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 2000, y aún las obras anteriores a esa fecha). En todas ellas se hallan estudios detallados acerca de los preceptos relativos a la potestad de modificación. Entre los Comentarios actualizados destaco los muy amplios *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, dirigidos por L. PAREJO Y A. PALOMAR (4 tomos, Ed. Bosch, Barcelona, 2009), y el libro *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, de J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE (Ed. La Ley, 2007). Sobre la base de la normativa anterior son de sumo interés los *Comentarios a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*, coordinado por E. JIMÉNEZ APARICIO (Ed. Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2002) donde hay abundantes páginas sobre la modificación. En particular, las muy sugerentes y detalladas de J. ROLLÓN (págs. 922 y ss. y 1007 y ss.). También los *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigidos por R. GARCÍA MACHO (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003), en particular, los trabajos de J. CLIMENT (págs. 776 y ss.) y J. A. HERNÁNDEZ CORCHETE (págs. 534 y ss.). Entre los Comentarios a la Ley de 1995 destaco ahora el trabajo de FERNANDO SAINZ MORENO sobre las prerrogativas de la Administración en el volumen dirigido por B. PENDÁS, *Derecho de los contratos públicos (Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas)*, Ed. Praxis, Madrid, 1996, págs. 425 y ss.

² Cfr. J.L. VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, 1977, pág. 374. Más allá de su modesto título, se trata de un auténtico libro, editado por el autor y distribuido por Dykinson.

VILLAR PALASÍ³ hace una detallada enumeración de esos motivos, destacando esquemáticamente los siguientes:

- las exigencias potencialmente cambiantes del interés general;
- la complejidad de ciertos contratos (sobre todo los de obras) que hacen difícil determinar con precisión y *a priori* la concreta prestación o que generan con frecuencia errores iniciales de apreciación;
- la larga duración de muchos contratos que propicia cambios sobrevenidos de circunstancias que inciden en el contenido de las obligaciones;
- la necesidad de atender a la rápida prestación real de que se trate (que se vería frustrada si hubiera que acudir absolutamente siempre a nuevas licitaciones)...

Podrían añadirse también otros motivos diversos como la incidencia de los cambios políticos y la con frecuencia subsiguiente modificación de las prioridades de la acción de gobierno (sobre todo en el ámbito local); la diferencia de criterios entre los redactores del proyecto y los que tienen que ejecutarlo; algunas prácticas viciosas consistentes en ofertar precios bajos, obtener la adjudicación y solicitar luego la modificación con la presión añadida de la urgencia en la ejecución del proyecto y las dificultades de una nueva adjudicación ...

La propia configuración del contratista, que se ha ido consolidando en la evolución doctrinal no ya como un contrario sino, justamente, como un colaborador de la Administración (el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado del art. 11 de la Ley 30/2007 es una prueba de ello), incide también en nuestro tema en la medida en que de esa configuración se deriva a veces cierta flexibilización de la relación contractual y se vincula más estrechamente el interés puramente privado al, ciertamente prevalente, interés general ...

En última instancia, la razón estriba, como digo, en el *interés público* que prima en todo contrato y que es, además, el punto de referencia obligado de toda la actuación administrativa. De ahí que la Administración, incluso cuando no actúa estrictos poderes de mando, cuando se mueve en el ámbito de la contratación, no pueda despojarse del todo de sus potestades. De ahí también que el poder de modificar el contrato sea, en realidad, una manifestación de potestades administrativas que no surgen propiamente del contrato sino de fuera de él. Se vinculan y conectan al principio general de autotutela; potestad de la que la Administración se encuentra investida no por la relación jurídica del contrato sino por la Ley y en función del interés público, que es lo que fundamenta todas las potestades administrativas, esto es, los poderes exorbitantes del Derecho común que poseen las Administraciones Públicas. En esto parece haber acuerdo unánime en la doctrina.

³ *Op. cit.* pág. 374.

Pero si la modificación de los contratos constituye una prerrogativa de la Administración el ejercicio de esa prerrogativa debe, sin embargo, ejercerse dentro de rígidas previsiones legales, siguiendo un procedimiento predeterminado y con la contrapartida del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato cuando como consecuencia de la modificación éste resulte más oneroso para el contratista.

Con anterioridad a la vigente regulación, la potestad administrativa de modificar los contratos estaba enunciada con carácter general en el art. 18 del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, y, particularmente, para el contrato de obras, en sus arts. 48 a 50 y en los arts. 146 a 155 del Reglamento General de Contratación, de 25 de noviembre de 1975. Además, los arts. 74 y 93 de la Ley y los correlativos arts. 221 y 222 y 269 a 271 del Reglamento, contemplaban idéntica posibilidad para el contrato de gestión de servicios públicos y para el de suministros.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, antecedente inmediato del Texto Refundido de 2000, no contenía novedades sustanciales aunque su regulación tampoco coincidía exactamente con la de la normativa anterior. El Texto Refundido, aprobado por RD legislativo 2/2000, de 16 de junio, y el Reglamento General, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre, introdujeron precisiones, añadidos, detalles y aclaraciones en los arts. 59 (previsión genérica del poder de modificar), 101 (normativa general) y luego, en diferentes preceptos específicos de los contratos administrativos típicos: el contrato de obras (art. 146), el de gestión de servicios públicos (art. 163), el de suministros (art. 189), el de servicios de mantenimiento (art. 212) y, tras la reforma operada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, el contrato de concesión de obras públicas (arts. 240 y 250). El Reglamento General de 2001 desarrolló las previsiones genéricas en sus arts. 94 a 103, con especial referencia luego al contrato de obras (arts. 158 a 162) y a los de consultoría, asistencia y servicios (arts. 198 a 204). Pero no hubo un cambio sustancial de las previsiones anteriores.

Tampoco lo ha habido en la vigente Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre), que es la normativa vigente, aunque debe considerarse también, de forma transitoria y siempre que no se oponga a ella, el ya citado Reglamento de la Ley anterior aprobado por RD 1098/2001; Reglamento vigente, como digo, en tanto no oponga a las previsiones de la Ley, según implícitamente se deduce de la Disposición Derogatoria del RD 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la Ley 30/2007 y que, como digo, deroga expresamente algunos preceptos -no todos- del mencionado RD 1098/2009.

La previsión y la regulación general se contienen ahora en los arts. 194, 195 y 202 de la nueva Ley 30/2007, con previsiones específicas para el contrato de obras (art. 217 y 220 a 222), concesión de obra pública (art. 226 y 233), gestión de servicios públicos (art. 258), suministro (art. 272), y servicios (art. 282).

Advirtiendo que el apartado 2 del art. 195 no tiene carácter básico, los arts. 194, 195 y 202 de la Ley 30/2007, dicen así:

“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”.

“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.
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 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.
4. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”.

“Artículo 202. Modificaciones de los contratos.

1. 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 tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para

la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b).

2. 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.
3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 140.
4. En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación”.

2. Referencia a los riesgos de fraude al principio licitatorio por la utilización abusiva del *ius variandi*.

Aunque la potestad de modificar los contratos, en principio, es una potestad administrativa incondicional si se dan los requisitos y presupuestos que la legitiman no deben ocultarse los riesgos que comporta esta posibilidad. El principal de esos riesgos consiste en articular a través del instrumento de la modificación auténticos contratos nuevos con fraude del principio licitatorio. Adelanto ya que ese riesgo no es hipotético, sino real, y que su corrección es difícil. Depende de las normas, en primer lugar. Sustituir el presupuesto de hecho, necesariamente genérico, por datos y límites objetivos de carácter cuantitativo, como postulan algunos, puede ser una vía, pero tiene el inconveniente de que encorseta en demasía las con frecuencia cambiantes y justificadas necesidades públicas. Imponer el informe previo y *vinculante* de ciertos organismos -Servicios jurídicos, Consejo de Estado, órganos de arbitraje institucionalizados- parece mucho mejor solución.

Pero si las normas pueden incidir en una solución de equilibrio entre las necesidades públicas en que se funda la potestad de modificación y la exigencia de evitar corruptelas y prácticas fraudulentas, no es menos cierto que el correcto uso de la prerrogativa depende también de otras circunstancias y datos a veces, por sencillos, más difíciles de aplicar que las previsiones legales. Depende de la buena gestión, pero también de algunas interpretaciones como, por ejemplo, y según luego diré, la de dar audiencia en el procedimiento a todos los interesados, incluidos los primitivos licitadores que no obtuvieron la adjudicación; notificarles el acuerdo también a ellos y posibilitar así que sean en primer lugar los afectados los que recurran o ejerzan sus derechos competitivos. La objeción de que se paralizarían así algunas obras públicas puede hallar respuesta no sólo en fórmulas arbitrales sino en la utilización

por los tribunales de medidas cautelares en un campo decididamente abonado a ellas. La apelación a la sociedad civil tiene esa doble consecuencia: que es necesaria, sí, pero que esa sociedad debe ejercer los derechos que se le otorgan y no esperar todo de la reforma de las normas. Aunque, a veces, el ejercicio de esos derechos -recurriro resulte “aconsejable”. Pero en tales supuestos tampoco estaría justificada la invec-tiva genérica o la crítica indiscriminada...

Pero volvamos a la idea central. Que hay riesgos, es evidente. Precisamente porque existen esos riesgos parece claro que se *debe* hacer un uso moderado de la potestad de modificación de los contratos, como señalaba la Exposición de Motivos de la Ley de bases de Contratos del Estado de 1963, que recuerda F. GARRIDO FALLA⁴ y que aludía al “carácter restrictivo que el *ius variandi* debe tener en una buena Administración”.

Los abusos que en esta concreta materia se han cometido y se cometen han llevado al Consejo de Estado, que interviene en muchos expedientes de modificación⁵, a llamar la atención de la Administración activa en numerosas ocasiones. Aunque las citas sean largas merece la pena, por su contundencia, reproducir algunas en extenso.

Así, en la Memoria del Consejo de Estado de 1990, el Alto Cuerpo consultivo se refiere a que gran parte de las anomalías percibidas en la fase de ejecución de los contratos derivan de carencias, insuficiencias o improvisaciones del proyecto. Y añade:

“Especial consideración requieren los reformados de obra y alguna singular observación merecen, vista la repetición de algunas situaciones de controversia.

A partir del conocimiento ordinario de la realidad y de una valoración propia de su experiencia consultiva, el Consejo de Estado entiende, con sensibilidad, cómo de hecho se produce el desarrollo de una relación contractual y cómo, a veces, cierto grado de ductilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz, en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa.

No es menos claro, sin embargo, que en ocasiones no se percibe tanto una salvaguardia realista del interés público, abordando y resolviendo con buen sentido las incidencias “normales” propias de la ejecución de un contrato, cuanto inad-

⁴ Cfr. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, 8ª ed., Madrid, 1987, pág. 83.

⁵ Según el art. 18 de la Ley de Contratos del Estado, de 1965, el dictamen del Consejo de Estado era preceptivo en los casos de modificación de contratos superiores a cien millones de pesetas cuando la cuantía de la modificación excediese del 20 por 100 del precio total del contrato. Según el art. 59.3 del anterior Texto Refundido de 2000, el dictamen era es igualmente preceptivo cuando la cuantía de las modificaciones fuera superior, aislada o conjuntamente, a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste fuera igual o superior a 6.010.121,04 de euros. Esa misma solución es ahora la del art. 195.3 de la vigente Ley 30/2007.

cuadas formas de proceder para solventar cuestiones sobrevenidas o derivadas de imprevisiones iniciales (...).

Por ello, debe extremarse el celo en la redacción del proyecto inicial, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que acudir a su ulterior modificación y, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados de obra; realidad esta última que -sin dar cabida a suspicacias- se produce, a veces, concurriendo con bajas fuertes en la licitación o dando la impresión de que se tienen enfoques parciales (un primer reformado, por ejemplo, que frisa, sin alcanzarlo, con el 20 por 100 de adicional y al que siguen ulteriormente otros); enfoques parciales que pueden desvirtuar o, cuando menos, debilitar la eficacia de las garantías que las normas dictadas articulan para modular el *ius variandi* de la Administración e introducir elementos de control...(...)⁶.

En la Memoria del 1992, el Consejo de Estado insiste en la necesidad de extremar el rigor en la fase preparatoria del contrato “de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación”, porque los contratos, sobre todo los de obras, como decía la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 en cita lapidaria que debería estar reproducida en muchos despachos de gestores públicos, “deben ser normalmente de gestación pausada y, por el contrario, de ejecución rápida”⁷.

En realidad, el Consejo de Estado insiste en el mismo sentido cada vez que tiene la oportunidad de hacerlo. Así, a título de ejemplo, en el Dictamen de 20 de marzo de 1997, reitera: “el Consejo de Estado -en no pocas ocasiones (entre ellas Dictámenes núms. 1834/1995, de 11 de octubre, 454/1996, de 8 de febrero, etc.)- ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública”. Se trata de evitar que las modificaciones encubran “contratos nuevos” (Dictamen de 8 de junio de 1990). Por eso, no cabe amparar bajo la veste de modificaciones lo que son carencias previas fundamentales como la falta de estudios del terreno o la ausencia de la preceptiva evaluación de impacto ambiental (Dictamen de 8 de febrero de 1996). En el mismo sentido, con posterioridad, el Consejo ha dicho que la modificación de un contrato “*siempre* constituye una excepción al régimen normal de adjudicación de las obras públicas” y, por tanto, “no ha de ser el supuesto normal *en ningún caso*” (Dictamen de 10 de septiembre de 1998).

La nueva Ley de 2007 se ha hecho eco de esta crítica y, así, ha suprimido la referencia a las “necesidades nuevas” para justificar una modificación, dejando solamente las “causas imprevistas” como justificación (art. 202.1, ya citado). Recuérdese, además, que el mismo art. 202.1, en su párrafo segundo, precisa ahora que:

⁶ Consejo de Estado, *Memoria 1990*, págs. 154 y s. Los subrayados son míos.

⁷ Consejo de Estado, *Memoria 1992*, págs. 150.

“No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b)”.

El art. 155 se refiere a los supuestos en que es posible la aplicación del procedimiento negociado en el contrato de obras, esto es, los supuestos en los que la adjudicación se lleva a cabo eligiendo de manera directa, aunque justificada, al contratista, negociando con él las condiciones del contrato pero sin la publicidad propia de los restantes modos de selección de contratistas. Así, pues, en el apartado b) del citado art. 155, se dice que será posible el procedimiento negociado:

“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 100 del precio primitivo del contrato. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente”.

La diferenciación entre las modificaciones de los contratos de los supuestos que no lo son es una cuestión importante, aunque con frecuencia sutil. Importante porque en esa diferenciación se halla una de claves para incluir o excluir el principio licitatorio. Y sutil porque las diferencias en ocasiones no son fáciles de deslindar.

Y es que, en ocasiones, las modificaciones son tan importantes que duplican o incluso triplican el precio inicial del contrato. A este propósito cabe citar el supuesto del Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1993, en el que se contemplaba la modificación de un contrato de obras de una carretera autonómica. El expediente de modificación, bajo el rótulo “mejora de trazado”, suponía un incremento del 94,83 por 100 sobre el precio de adjudicación del contrato vigente. El Consejo de Estado dirá que la aparición de “necesidades nuevas” no puede justificar, como se pretende, la adjudicación de lo que en realidad no es una modificación sino un nuevo contrato, con quiebra del principio de publicidad y concurrencia. No hay una verdadera modificación, sino un nuevo contrato que tampoco puede acogerse a la excepción prevista en el art. 153 del anterior Reglamento General de Contratación

(art. 141 del Texto Refundido de 2000; supuestos del procedimiento negociado ahora contemplados en el art. 155 de la Ley 30/2007) para adjudicar directamente al contratista principal las obras accesorias o complementarias porque dichas obras excedían con mucho del 20 por 100 del precio del contrato [que era la cifra antes prevista], de modo que “debe abrirse el cauce de la pública licitación”. La Administración podrá, pues, resolver el contrato vigente indemnizando al contratista “con el valor de las obras efectivamente realizadas y el beneficio industrial de las dejadas de realizar” y aprobar un nuevo proyecto, adjudicando el nuevo contrato mediante el procedimiento de tramitación urgente. Los preceptos del entonces Reglamento General -dice el Consejo de Estado- “contienen reglas suficientes que permiten no demorar la resolución de contratos y la adjudicación de otros nuevos”. Nada impide que la Administración proceda a la recepción definitiva de las obras en estado de ser entregadas, con renuncia al plazo de garantía, e inicie la licitación y adjudicación de un nuevo contrato. En cuanto a las obras en ejecución -termina diciendo el Consejo de Estado- la Administración propondrá un plazo para practicar contradictoriamente las mediciones y toma de datos necesarios para la liquidación del contrato. Terminado dicho plazo, la Administración podrá disponer de las obras y asumir directamente su ejecución o celebrar un nuevo contrato.

Que las modificaciones de los contratos pueden implicar auténticos contratos nuevos es una denuncia que realiza con frecuencia, como digo, el Consejo de Estado y que reitera también la doctrina más autorizada.

Hace ya años, en efecto, G. ARIÑO⁸ señalaba que “el sistema de los reformados encierra en el fondo verdaderos *contratos adicionales*, que se producen, sin todo el procedimiento previo y sin nueva formulación, cuando, por necesidades del servicio público o por imperativos de hecho, se ve la necesidad de modificar, en vía de ejecución, el objeto del contrato. Se ha puesto de manifiesto -continúa diciendo este autor- cómo el sistema de reformados puede dejar burladas las garantías impuestas a la Administración para la adjudicación de las obras”. Por eso -recuerda-, inicialmente se rechazaba la posibilidad de introducir novaciones en los contratos y la doctrina se inclinaba por la rescisión. Hoy no es así, pero no por ello debe dejar de reclamarse cautela en el uso de esta potestad administrativa. Una cautela que no es un pío deseo sino que debe articularse y diferenciarse en los términos citados y señalados por el Consejo de Estado. Y que, en última instancia, como acabo de decir, puede exigirse ante los Tribunales por quienes estuvieran legitimados (normalmente, los inicialmente competidores) para recurrir.

Esta afirmación, la de que los interesados siempre pueden recurrir, es un aspecto fundamental en el que no siempre se repara cuando se critican, con razón, esas prácticas, en cualquier caso viciosas e irregulares. Incluso, como dice el Consejo de Estado, “sin dar cabida a suspicacias”. Y es que el control último de las mismas pivota sobre los propios afectados, porque los Tribunales contencioso-administrati-

⁸ G. ARIÑO, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pág. 179.

vos no actúan de oficio sino a incitación de parte. Admitida la legitimación de los interesados cabe preguntarse por qué hay tan pocas Sentencias en las que se contemplan este tipo de supuestos por lo demás tan frecuentes ...

El propio ARIÑO, en el libro antes citado, señalaba que hay que evitar que los reformados “se conviertan en un procedimiento irregular para hacerse cargo, sin licitación, ni concurrencia, de obras que surgen después y que no tienen nada que ver con el proyecto inicial”⁹. Y la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1963 afirmaba que “cuando una obra ha sido bien proyectada y adecuadamente contratada no hay razón para presumir, con carácter general, la necesidad de posteriores reformados”. Al menos reformados importantes.

VILLAR EZCURRA, por su parte, denuncia que “es bien fácil caer en la tentación de adjudicar numerosas obras a bajo precio (y con unos estudios previos de proyectos insuficientes) al objeto de resaltar la trascendencia y eficacia de un Departamento ministerial en un momento dado, sin preocuparse del *gasto real* que ocasionarán al finalizar las mismas (muy probablemente a otro titular del Departamento, que verá así muy comprometida su política de gastos e inversiones por las obligaciones contraídas en ejercicios anteriores)”¹⁰.

Y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, después de admitir la potestad de modificar “tanto como sea necesario”, recuerdan, no obstante, en la misma línea anteriormente apuntada, que el Consejo de Estado insiste en la conveniencia de que la facultad de modificar se ejerza dentro de un límite prudencial “que no desnaturalice el volumen económico de la contrata”, debiendo en otro caso acudir a un nuevo proyecto y una nueva licitación. “Se trata -concluyen- de evitar situaciones que pueden presentarse como un fraude al principio licitatorio”¹¹.

En el Dictamen de 21 de mayo de 1992, sobre el inicial Anteproyecto de Ley de Contratos¹², el Consejo de Estado afirma de manera contundente que “gran parte de las modificaciones contractuales son referibles a motivaciones que desnaturalizan la institución”¹³, llegando a decir “que una potestad de la Administración, concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en ocasiones, que no llega a constar en forma expresa la necesaria aceptación de su parte, con clara desvirtuación de la naturaleza y alcance del *ius variandi*”¹⁴.

3. Modificación de contratos y supuestos afines: en particular, las obras o trabajos complementarios y otros supuestos menores.

⁹ *Op. cit.*, pág. 180.

¹⁰ J.L. VILLAR EZCURRA, “La doctrina de los actos consentidos en los contratos de obras públicas”, *REDA*, núm. 16 (1978), pág. 31.

¹¹ Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Madrid, 2008, pág. 750.

¹² *Recopilación de doctrina legal*, 1992, págs. 335 a 375.

¹³ *Recopilación...*, pág. 347.

¹⁴ *Recopilación...*, cit., pág. 348.

No todo cambio en el contrato supone legalmente una modificación que haya de seguir el procedimiento a tal efecto previsto. Hay figuras muy parecidas -tan parecidas que a veces resultan intercambiables con las modificaciones- que no siguen su régimen porque se entiende que son nuevos contratos, sin perjuicio de que se flexibilice el sistema de adjudicación permitiendo la utilización excepcional del procedimiento negociado sin publicidad. Además, la propia Ley prevé algunas otras limitadas excepciones que flexibilizan un tanto el régimen sustantivo de las modificaciones.

El supuesto más cercano a la modificación y más importante es seguramente el de las llamadas obras o prestaciones complementarias del contrato principal. Al tratarse de obras que no figuran en el proyecto, ni en el contrato, parece claro que no se puede hablar de una modificación porque, en principio, se está fuera del objeto del contrato mismo. Faltaría el primer presupuesto de hecho de la modificación. En consecuencia, haría falta un nuevo contrato.

Sin embargo, puede que se trate de obras que sean necesarias y que, por tanto, desde el punto de vista de la eficacia, esté justificado aprovechar la experiencia del empresario que ejecuta el contrato principal para encomendarle esas nuevas obras.

Estaríamos, como digo, ante un nuevo contrato, que impondría una nueva adjudicación en virtud del principio de libertad de concurrencia. Pero, al considerarse razonable una cierta prioridad del contratista de las obras a las que el nuevo contrato complementa, la Ley excepciona el principio de libertad de concurrencia admitiendo la adjudicación de ese nuevo contrato siguiendo el procedimiento negociado sin publicidad. Se comprenderá que una tal facultad indiscriminada podría dar lugar a todo género de abusos. Se trata, pues, de cohonstar el principio de eficacia y el de seguridad, de manera que la excepción no suponga un fraude patente al ya citado principio licitatorio.

La excepción estaba ya en el art. 153 del viejo Reglamento General de Contratación de 1975. Dicha norma partía de la consideración de que “las obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto que durante el curso de la obra principal la Administración estime conveniente ejecutar deberán ser objeto de contrato independiente, y, por tanto, cumplirse los trámites previstos en este Reglamento”. Pero admitía una excepción, contenida en el párrafo segundo de dicho artículo: cuando las obras no excedieran del 20 por 100 del precio del contrato su ejecución “podrá confiarse al contratista de la principal, y de acuerdo con los precios que rigieron en el contrato principal y, en su caso, fijados contradictoriamente”.

Es decir se admitía una espita que obviaba, por las razones expuestas, un nuevo procedimiento licitatorio.

Pero se trataba de una espita peligrosa porque a través de ella podrían articularse verdaderos reformados de un contrato principal sin seguir los procedimientos y solemnidades previstos para la modificación. Se podrían amparar fraudulentamente

mente, como ha denunciado el Consejo de Estado, verdaderos nuevos contratos. Incluso se podría obviar todo procedimiento licitatorio y toda formalidad adicional imponiendo sucesivas obras que, aun siendo complementarias, excedieran del límite cuantitativo previsto por el expediente de sucesivas ampliaciones de obras de esa naturaleza que, aisladamente consideradas, no llegaran al 20 por 100 mencionado; práctica irregular citada y repudiada por el Consejo de Estado en su Memoria de 1990 y en otros muchos momentos, como ha quedado ya dicho más atrás.

En términos generales, el Consejo de Estado ha señalado que para diferenciar entre obras complementarias (presupuesto de la eventual aplicación de la mencionada excepción al principio licitatorio) y modificaciones de obras de un contrato preexistente (a las que se les aplicaría el régimen común de las modificaciones) hay que utilizar tres criterios de distinción: a) la posibilidad de utilización separada de las nuevas obras; b) su necesidad en relación con el proyecto inicial y c) las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución separada e independiente (Dictámenes, entre otros, de 15 de diciembre de 1983; 29 de noviembre de 1984; 24 de julio de 1985 y 2 de abril de 1992).

En la citada Memoria de 1990, el Consejo de Estado insiste en este tema:

“Una observación especial ha de hacerse sobre la necesidad de que se diferencien claramente y se traten conforme a su naturaleza lo que son verdaderos reformados de obras en ejecución y lo que pueden ser obras nuevas o distintas susceptibles de proyecto separado, aunque se trate de aquellas obras accesorias o complementarias a que se refiere el art. 153 del Reglamento y que han de ser objeto de contrato independiente, salvo cuando, por concurrir la excepción prevista en el párrafo segundo de dicho artículo, su ejecución se confie al contratista de la obra principal. En todo caso y con las salvedades legales y reglamentarias, no cabe frustrar los principios de publicidad y concurrencia por la desmesurada amplitud en la calificación de las obras como de modificación o mero complemento de las inicialmente proyectadas, llegando a comprender, entre ellas, a las que debieran ser consideradas como obras nuevas y, por tanto, objeto de proyectos independientes y contratación separada¹⁵⁷”.

En la actualidad, como ya se ha dicho, la nueva Ley mantiene la distinción entre modificación y obras complementarias; distinción que se lleva a cabo desde la misma excepción que antes incorporaba el art. 153 del Reglamento. Pero se imponen nuevas reglas. Así, al contemplar el ya citado art. 155 los supuestos en los que procede como sistema de adjudicación del contrato de obras el denominado procedimiento negociado sin publicidad, uno de esos supuestos es el siguiente:

“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

15 Consejo de Estado, *Memoria 1990*, pág. 155. Los subrayados son míos.

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 100 del precio primitivo del contrato. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente”.

El porcentaje a no superar ahora ha aumentado respecto del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 2000, en el que la exigencia máxima del “importe acumulado de las obras complementarias” no debía superar el 20 por 100 del precio del primitivo contrato (art. 141). Ahora, para obviar el trámite de las modificaciones o un nuevo contrato es preciso que las obras que no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo o que sean “estrictamente” necesarias, “no superen el 50 por 100 del precio primitivo del contrato”, porque es la vinculación o cercanía al contrato principal lo que justifica la excepción de la adjudicación directa de estos nuevos contratos. Se mantiene la exigencia de que el límite cuantitativo de su importe acumulado -no caben, pues, los fraccionamientos- no superen un cierto porcentaje: en 2000 el 20 por 100 del precio del primitivo contrato; ahora el 50 por 100.

En términos similares se pronuncian los arts. 157 y 158 para las prestaciones complementarias en el contrato de suministros y en los de servicios.

En el primero de estos contratos, el de suministros, cabe la utilización del procedimiento negociado en los supuestos de entregas complementarias que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente o bien una ampliación de los existentes “si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas”. En el segundo caso, el procedimiento negociado es posible respecto de los servicios complementarios que no figuren en el proyecto, ni en el contrato, pero que debido a una circunstancia imprevista resulten necesarios para ejecutar el servicio, siempre y cuando concurren circunstancias similares a las contempladas en el ya citado art. 155, esto es, que los servicios de que se trate no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar “grandes inconvenientes” o sean “estrictamente necesarios para su perfeccionamiento”. Y, además, que el importe acumulado de dichos servicios complementarios no supere el 50 por 100 (el 20 en la Ley anterior) del precio del primitivo contrato.

Los precios del en realidad “nuevo” contrato -aunque adjudicado de forma directa- serán bien los que rigen para el contrato primitivo que se “complementa”, bien los que se fijen “contradictoriamente”.

La regulación vigente, como la anterior, pivota inevitablemente en conceptos jurídicos indeterminados. Por eso, siguen siendo válidas las observaciones del Consejo de Estado reflejadas más atrás y las advertencias generales de la doctrina acerca de los peligros de las llamadas obras complementarias porque sigue siendo posible hacer pasar por obras complementarias lo que, en realidad, son modificaciones del contrato principal. El control -interno o externo- del presupuesto de hecho resulta fundamental. Esto es, el control de la exigencia de que se trate de obras complementarias con las características apuntadas por la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo; obras que “resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas”. El papel de los técnicos a la hora de concretar y justificar estos conceptos indeterminados se muestra también fundamental.

Al margen de esa cuestión, que analizaremos más adelante, cabe añadir ahora que el caso de las obras complementarias no es el único que, siendo similar a una modificación, queda al margen del procedimiento previsto para la modificación de los contratos. Hay otros supuestos.

- Está, en primer lugar, la previsión expresa del art.101 del Reglamento General de 2001 según el cual no tiene carácter de modificación del contrato la alteración del precio por aplicación de las cláusulas de revisión. La citada revisión de precios se regirá por lo dispuesto ahora en los arts. 77 y ss. de la Ley y, en lo que proceda, 104 a 106 del Reglamento de 2001.
- La cesión del contrato en los casos en que sea posible y con los requisitos previstos, aunque supone un cambio del sujeto, no es propiamente tampoco un caso de modificación del contrato porque tiene su previsión específica en la Ley, que incluye la autorización del órgano de contratación y la formalización de la cesión (art. 209).
- Es, de hecho, una modificación, pero no sigue las pautas procedimentales generales la previsión del art. 160 del Reglamento de 2001. Según dicho precepto en el contrato de obras “sólo podrán introducirse variaciones *sin 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 100 del precio primitivo del contrato”, excluido el IVA. Esto es, se admite un criterio flexible para pequeñas modificaciones, siempre que no incrementen el gasto en más del 10 por 100 del primitivo contrato, del precio de adjudicación del primitivo contrato. Previsión que puede ser razonable y que procede del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras, de 1970 (Decreto de 31 de diciembre de 1970), pero que, ahora, tiene el grave inconveniente de su discutible cobertura legal. En virtud de la previsión podrán introducirse, como digo, sin aprobación, nuevas unidades de obra en el contrato cuando la alteración de *lo realmente ejecutado* sobre lo previsto en las mediciones del proyecto no represente un gasto superior al 10 por 100 del primitivo contrato. Tales

variaciones, muy frecuentes, que traen causa de pequeñas disparidades en la medición, “se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales” (a las que se refiere ahora el art. 215 de la Ley) o, con cargo al crédito adicional del 10 por 100 a que alude el art. 47.2 de la Ley General Presupuestaria según redacción dada por la Disposición Final 2ª de la Ley 30/2007, en la certificación final a que se refiere el artículo 218 de la Ley, una vez cumplidos los trámites señalados en el artículo 166 del Reglamento (medición general y certificación final de las obras). No obstante, el citado art. 160 añade que cuando con posterioridad “hubiere necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de las previstas en el artículo 146 de la Ley [actual art. 217], habrán de ser recogidas tales variaciones en la propuesta a elaborar, sin necesidad de esperar para hacerlo a la certificación final citada”.

- Finalmente, puede no considerarse modificación típica del contrato, en la medida en que es más bien una consecuencia de la misma, el supuesto previsto en el art. 96 del Reglamento General de 2001 sobre el *reajuste de anualidades*. Según dicho precepto cuando *por modificaciones en el proyecto*, retrasos en el comienzo de la ejecución del contrato u otras razones de interés público se produjese un desajuste entre las anualidades inicialmente establecidas y las necesidades reales en el orden económico, el órgano de contratación podrá reajustar las citadas anualidades “siempre que lo permitan los remanentes de los créditos aplicables”, fijando, en su caso, las compensaciones económicas que procedan. Para ello será necesaria la conformidad del contratista con la novedosa salvedad de que “razones excepcionales de interés público determinen la suficiencia del trámite de audiencia del mismo y el Informe de la Intervención” (art. 96.2). En los contratos que cuenten con programa de trabajo, cualquier reajuste de anualidades exigirá su revisión para adaptarlo a los nuevos importes anuales, debiendo ser aprobado el nuevo programa por el órgano de contratación. En el caso del contrato de obras las variaciones en los plazos de ejecución por modificaciones del proyecto aprobadas se estará a lo dispuesto en el citado art. 96, sin perjuicio de lo que proceda si hubiera habido lugar a la suspensión temporal, esto es, sin perjuicio de las indemnizaciones que el contratista pueda tener derecho a percibir por los daños y perjuicios sufridos a causa de la suspensión (art. 159 del Reglamento en relación con el actualmente vigente art. 203.2 de la Ley 30/2007).
- Por el contrario, se entiende expresamente que es un supuesto de modificación, previsto así en el art. 161 del Reglamento, “los cambios del origen o procedencia de los materiales naturales previstos y exigidos en la memoria o, en su caso, en el pliego de prescripciones técnicas”.

Sentadas estas ideas generales, cuya concreción operativa no siempre es fácil, cabe aludir ya a la cuestión primaria del régimen de las modificaciones: su supuesto legal y los eventuales límites al ejercicio del *ius variandi*.

4. Presupuestos y límites al ejercicio del *ius variandi*.

El primer presupuesto o condición para que la Administración pueda ejercer la potestad de modificar un contrato administrativo consiste, justamente, en que haya contrato. El *ius variandi* presupone un contrato. De ahí que no pueda decirse que existe la potestad cuando *aún no hay* contrato o cuando *ya no hay* contrato. Esto es, antes del perfeccionamiento o cuando ya se ha extinguido por su cumplimiento o resolución. A estos efectos, el Consejo de Estado ha equiparado la recepción material a la extinción por la recepción formal y de conformidad de las obras o prestaciones (art. 205 de la Ley 30/2007) porque en ese momento -dice- se está ya en fase de liquidación (Dictamen de 10 de septiembre de 1998). Si luego resulta que hay excesos o desequilibrios a restaurar, el problema se planteará ya desde otra óptica, la del enriquecimiento injusto, a la que luego me referiré.

Pero en el marco del espacio temporal de vigencia del contrato el presupuesto para el válido ejercicio del *ius variandi* es el interés público. La Ley exige siempre, en efecto, que esté comprometido el interés público (art. 194: “por razones de interés público”). En los términos del actual art. 202.1 de la Ley, una vez perfeccionado el contrato la modificación de los elementos que lo integran sólo es posible siempre que dichas modificaciones, por razón de interés público, sean debidas “a causas imprevistas” [ha desaparecido la referencia a “necesidades nuevas” del anterior art. 101 del Texto Refundido de 2000], justificadas y motivadas debidamente en el correspondiente expediente.

Se trata, pues, del presupuesto de hecho determinante de la potestad enunciado mediante un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación a cada caso concreto podrá, eventualmente, ser controlada por los Tribunales mediante las técnicas habituales. En puridad, *no se trata de un límite sino de un presupuesto*.

Cabe preguntarse ahora si la supresión del inciso “necesidades nuevas” en la Ley 30/2007, que deja el precepto ahora solamente con la referencia a “causas imprevistas” supone un cambio realmente significativo. Bajo la vigencia de la legislación anterior a 1995 podía sostenerse que “necesidades nuevas” y “causas imprevistas” eran conceptos bien diferenciados por cuanto el anterior Reglamento de Contratación hablaba de causas “técnicas” imprevistas. En el Texto Refundido de 2002 desapareció el adjetivo (“técnicas”), lo que dio pie a muchos autores a considerar que las dos causas tendían a aproximarse cuando no a ser lo mismo¹⁶. Algunos autores, sin embargo, se esforzaron en tratar de hallar alguna diferencia. Tal fue el caso de J. J. ABAJO QUINTANA¹⁷, para quien las “necesidades nuevas” harían referencia a circunstancias aparecidas *después* de la perfección del contrato, en tanto que las “causas imprevistas” apelarían a hechos aparecidos *dentro* del contrato, es decir, circunstancias que habiendo podido ser tenidas en cuenta en el momento de la preparación o adjudicación no fueron consideradas. Sea como fuere, el hecho cierto es que la Ley

¹⁶ En tal sentido, F. SAINZ MORENO, *Op. cit.* pág. 445.

¹⁷ En E. JIMÉNEZ APARICIO (Coord.), *Comentarios...*, cit. pág. 634.

actual suprime la dicotomía y el posible debate diferenciador dejando el presupuesto de hecho de la modificación en la atención a “causas imprevistas”, siempre que se justifique, claro es, su necesidad por razones de interés público.

Lo verdaderamente importante es la cuestión del control de ese presupuesto habilitante, lo que remite, sin más, al tema general del control de los conceptos jurídicos indeterminados. En todo caso, *cualquier* necesidad nueva o *cualquier* causa imprevista no habilitan *cualquier* modificación. El contenido de ésta deberá ser proporcionada al presupuesto habilitante y, desde luego, no arbitraria.

Pero, dicho esto, cabe preguntarse si el ejercicio del *ius variandi* tiene también límites a semejanza, por ejemplo, de lo que sucede con el Decreto-Ley, cuya utilización precisa un presupuesto de hecho (la extraordinaria y urgente necesidad), pero, además, tiene límites materiales. En el caso del *ius variandi*, ¿hay también límites materiales o sustantivos?

Bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Estado, de 1965, y sobre la base de su art. 48¹⁸, referido al contrato de obras, se planteó la cuestión de los límites del *ius variandi*. ¿Cuáles eran los límites a los que se refería dicho precepto?

Se trataba de un falso problema. Un falso problema que derivaba del hecho de que el citado art. 48 LCE/65 aludiera a los límites “que establecen la presente Ley y su Reglamento”. No ha sido del todo infrecuente, en efecto, que sobre la base de esa referencia se haya entendido que el límite al ejercicio del poder de modificación consistía en que dicha modificación no supusiera una alteración del precio del contrato superior al 20 por 100 del importe de la obra. El fundamento de ese planteamiento se basaba en el hecho de que el antiguo art. 52.2 LCE preveía como causa de resolución del contrato “las modificaciones del proyecto, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteración del precio del contrato en cuantía superior en más o menos al 20 por 100 del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial”. En el mismo sentido, el art. 157.2 del viejo Reglamento General de 1975.

Pero no había tal. Como señala VILLAR PALASÍ, estos pretendidos límites “no son limitaciones legales a la *potestas variandi* en sí misma considerada, sino *limitaciones a la potestad de imponer las modificaciones al contratista*”¹⁹. En el mismo sentido se manifiestan ahora E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ. La claridad y contundencia de su argumentación merece su cita en extenso. Dicen así los citados autores:

¹⁸ Dicho artículo decía así: “Una vez perfeccionado el contrato, la Administración sólo puede modificar los elementos que lo integran dentro de los límites que establecen la presente Ley y su Reglamento”. El actual art. 59.1 TRLCAP empieza también aludiendo a los límites: “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 modificar los contratos.

¹⁹ *Op. cit.*, pág. 373.

“En el orden material, la alusión a los límites del *ius variandi* es, en parte, equívoca. No se trata, en efecto, de límites en el sentido de barreras u obstáculos que impidan a la Administración pública modificar en ciertos casos los contratos administrativos por ella suscritos (...). Límites en este sentido no existen, ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente 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 una comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteado *ab initio*, inútiles e ineficaces desde su misma concepción por el simple respeto al *contractus lex*, no tendría sentido (...). Cuando se habla de límites al ejercicio del *ius variandi* se quiere decir, por lo tanto, algo muy distinto; se está estableciendo concretamente una garantía para el contratista privado, sobre el que no puede hacerse recaer de forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales. Cuando se habla de límites del *ius variandi* se está aludiendo, pues, única y exclusivamente a los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorias para el contratista, lo cual es sustancialmente distinto. El *ius variandi*, el poder de modificar unilateralmente el objeto y contenido del contrato, es ilimitado en su extensión e intensidad, dentro de las exigencias que el interés público imponga, pero sólo resulta de aceptación obligatoria para el contratista dentro de ciertos márgenes que la propia Ley también prevé”²⁰.

Así, pues, la resolución del contrato por causa de modificaciones superiores al 20 por 100 del precio inicial, prevista en el art. 52.2 LCE y 157.2 RGCE era sólo una cláusula opcional de garantía para el contratista, una posibilidad en absoluto obligada. Así lo decía también explícitamente el art. 161 del anterior RGCE:

“La resolución del contrato *será potestativa* por parte de la Administración o del contratista cuando tengan lugar modificaciones del proyecto, 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 importe del aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial. En ambos casos, cualquiera de las dos partes contratantes, si se cumplen los requisitos expuestos, deberá allanarse a la resolución cuando la otra parte reclame su derecho a la misma”.

A la misma conclusión había que llegar tras el Texto Refundido de 2000. De los derogados arts. 59 y 101 no se deducía ningún límite que no fuera el presupuesto habilitante del interés público a que antes me he referido ya. Y, por lo que hace a la regulación del contrato de obras, el art. 146 mantenía las previsiones de la anterior regulación, quizá más claramente que en el viejo art. 48 LCE. El apartado 1 del art. 146 TRLCAP/2000, en efecto, disponía:

²⁰ Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 14ª ed., Madrid, 2008, pág. 747 y s.

“1. Serán obligatorias para el contratista las modificaciones en el contrato de obras que, con arreglo a lo establecido en el artículo 101, 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 de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 149, letra e)”.

Pero el art. 149.e) viene a decir lo mismo que los anteriores arts. 52.2 LCE y 157.2 RGCE, esto es, que esa obligatoriedad cede cuando la modificación decidida por la Administración supera ciertos límites. Y es que, efectivamente, se configuran como *posibles causas de resolución* del contrato de obras “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 IVA, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial”. Se entenderá alteración sustancial a estos efectos, 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 del primitivo contrato, con exclusión del IVA” (art. 150.1 TRLCAP/2000).

Idéntica previsión contemplaba el art. 192.c) del mismo Texto Refundido para las modificaciones del contrato de suministro y el art. 214 para los contratos de consultoría, asistencia y servicios.

¿Y ahora?, ¿Qué dice la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2007?

Como ya se ha adelantado, los actuales arts. 194 y 202 siguen la misma pauta y no establecen otro límite que el presupuesto de hecho habilitante del interés público. Y en la regulación del contrato de obras, el actual art. 217 continúa asimismo las previsiones anteriores. Así, el apartado 1 del citado art. 217 dispone:

“1. Serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que, siendo conformes con lo establecido en el artículo 202, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando ésta sea una de las comprendidas en el contrato, siempre que no se encuentren en los supuestos previstos en la letra e) del artículo 220. En caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.”

El art. 220 e) viene a decir exactamente lo mismo que los anteriores arts. 52.2 LEC y 149.e) TRLCAP/2000. O sea, que el contratista no está obligado a continuar con las obras modificadas si éstas superan ciertos límites, por cuanto el mencionado precepto configura como posibles causas de resolución de los contratos de obras “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 IVA, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial”. Se entenderá alte-

ración sustancial a estos efectos, 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 del primitivo contrato, con exclusión del IVA” (art. 221.1).

O sea, idéntica previsión de la normativa anterior. Como también es idénticas las previsiones del art. 275.c) para el contrato de suministro o del art. 284.c) para el contrato de servicios. Sin embargo, aun con esos datos normativos, hay autores que sostienen que hay verdaderos límites materiales al ejercicio del *ius variandi* por cuanto, si se traspasan los mencionados límites cuantitativos -modificaciones superiores al 20 por 100 del precio de adjudicación del primitivo contrato o alteración sustancial de éste-, según esos autores, se impondría la resolución del contrato. Esa es la tesis, por ejemplo, de J. CLIMENT BARBERÁ²¹ y J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE²² y J. ROLLÓN MUÑOZ²³.

Para el primero de estos autores, si se producen cualesquiera de las dos circunstancias mencionadas “el contrato *debe* quedar resuelto”²⁴, por cuanto se trataría de cambios de tal intensidad que, de seguir el primitivo contrato, no sólo se conculcarían las reglas de publicidad y libertad de concurrencia sino que se desvirtuaría el contenido del contrato contraído, “lo que lleva indefectiblemente a la extinción por resolución”²⁵.

J. ROLLÓN se pronuncia en el mismo sentido, aunque con algún matiz, que trata de diferenciar ambas causas posibles de resolución: aumentos superiores al 20 por 100 y alteraciones sustanciales. Su punto de partida puede ser fácilmente compartible: puede que el interés público exija la modificación total de una obra, “pero ello no tiene que suponer necesariamente que el contratista originario ejecute la nueva solución”. Se trataría de promover la competencia. No de impedir los cambios; en particular, en el caso de la segunda causa porque si se mencionan dos -dice- es que debe haber alguna diferencia entre ambas. Para este autor, la diferencia consiste en que “la alteración sustancial al suponer una variación de la voluntad administrativa ha de originar una nueva contratación”²⁶.

Sin embargo, aun cuando puedan aceptarse los plausibles propósitos de estos planteamientos, encaminados a constreñir drásticamente las posibilidades modificatorias de la Administración, lo cierto es que ésta no parece ser la consecuencia que necesariamente se deriva de las previsiones normativas vigentes. Según ellas la resolución se acordará, con carácter general, “de oficio o a instancia del contratista” (art. 207.1), precisando el apartado 2 de este artículo que la declaración de insol-

21 En R. GARCÍA MACHO (Dir.), *Comentarios...*, cit. págs. 824 y 875.

22 En los mismos *Comentarios*, cit. pág. 536.

23 En E. JIMÉNEZ APARICIO (Coord.), *Comentarios*, cit. págs. 934-37 y 1322-24.

24 *Op. cit.*, pág. 824. Y ello porque para él esta causa de resolución “a su vez actúa como límite a la prerrogativa de modificación del contrato”.

25 *Op. cit.* pág. 875.

26 *Op. cit.* pág. 934.

vencia y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán lugar “siempre” a la resolución, lo que significaría que en los demás casos, las causas tienen un carácter potestativo genérico. El mismo artículo añade a continuación que “en los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no se le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma”, precisando aún más en el inciso final de dicho art. 207.1 que “en los supuestos de modificaciones que excedan el 20 por 100 del precio inicial del contrato, la Administración también pueda instar la resolución”.

El precepto induce a cierta confusión. Es verdad que no se ha trasladado exacta y literalmente el viejo art. 161 del anterior Reglamento que con toda claridad decía que la resolución “*será potestativa* por parte de la Administración o del contratista” tanto cuando tengan lugar modificaciones que alteren el precio en más o en menos de 20 por 100 o representen una alteración sustancial del proyecto inicial. Pero, a mi juicio, de ahí no debe sacarse la conclusión de que en los casos de modificaciones sustanciales la Administración *necesariamente* debe resolver el contrato. En mi opinión, la decisión de resolver en los casos contemplados en el art. 220 de la Ley 30/2007 es siempre potestativa para la Administración.

En efecto, el ya citado art. 207.1 parte de la genérica facultad de acordar la resolución “de oficio o a instancia del contratista” y, como ya se dijo, tras un supuesto de resolución obligada (declaración de insolvencia y apertura de liquidación en el concurso), la Ley precisa en el mismo apartado 2 que en todos “los restantes casos” la consecuencia resolutoria no es automática, sino potestativa, puesto que dicha resolución “podrá” instarse “por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma”, con la excepción añadida de que en los casos de modificaciones propiciadas por la Administración también ella “pueda” instar la resolución. El precepto puede inducir a confusión, pero no creo que quepa concluir de él que en los casos de modificaciones sustanciales la Administración tiene *necesariamente* que resolver. Para sostener esa conclusión sería preciso partir de la aclaración del inciso segundo del art. 207.2 [“sin perjuicio (...) de que en los supuestos de modificaciones que excedan el 20 por 100 del precio inicial del contrato, la Administración también pueda instar la resolución”]. Si, pues, en esos casos la Administración *también* puede, querría ello decir que en los demás (por ej. en los de las modificaciones sustanciales) no puede. Y, ¿por qué no? No se entendería muy bien por qué no habría de poder en esos otros casos que aparentemente podrían llegar a ser más graves o de mayor entidad que las modificaciones meramente cuantitativa. ¿Será, como apunta HERNÁNDEZ CORCHETE, porque se parte de que en tales supuestos la modificación no es tal sino que supone y significa un nuevo contrato? En tal caso, si así fuera, nos tendríamos que preguntar con ese mismo autor por qué no ha establecido el legislador expresamente que la alteración sustancial del contrato origina *siempre* la resolución, como lo hace en el supuesto de la quiebra. Y esa conclusión, que no está en la Ley, no se puede inferir simplemente de los dos incisos señalados porque la propia Ley afirma también en el mismo art. 207.2 que el derecho a ejercitar la resolución “será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma”. La modificación sustancial no le es nunca

imputable al contratista, por lo que, para él, hay una opción: aceptarla o no, instar la resolución o no. Y esta opción, por su propia naturaleza y estructura lógica, impide concluir que la Administración esté obligada a resolver en esos mismos casos.

Así, pues, a mi juicio tanto Administración, como el contratista, podrán optar cuando se den las circunstancias normativas citadas. Si la Administración opta por la resolución, el contratista, que debe ser oído, puede incluso oponerse, lo que daría lugar al Dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico correspondiente [art. 195.3.a)].

Esa es también, hasta donde se me alcanza, la postura mayoritaria del Consejo de Estado, sin perjuicio de que, de *lege ferenda*, pudiera sostenerse con razón que en casos de cambio sustancial del inicial contrato la resolución fuese obligada. La identificación de los supuestos, esto es, de qué se entiende por cambio o alteración sustancial vuelve a ser la clave, aunque el art. 221 de la Ley 30/2007 (que trae causa del art. 150 TRLCAP/2000) supone en este aspecto un avance clarificador notable. La rápida decisión de un tribunal al respecto sería fundamental. Y de nuevo aparecería ahí el protagonismo de las medidas cautelares, relativamente poco utilizadas entre nosotros a pesar de la mejora que supuso la nueva regulación en la Ley Jurisdiccional de 1998 y a la que, en ciertos supuestos tasados, la nueva Ley de Contratos de 2007 parece querer dar más protagonismo al hilo del recurso especial previsto en su art. 37.

En resumen, el contratista está obligado a soportar las modificaciones decididas por la Administración que no alcancen al 20 por 100 del precio del primitivo contrato, sin perjuicio del derecho a la correspondiente contraprestación. Cuando la modificación supera ese umbral no cabe imponerla, pero nada impide que el contratista pueda preferir aceptarla y no instar la resolución. Así lo explicita el Consejo de Estado (Dictamen de 20 de marzo de 1997) recordando un viejo Dictamen de 13 de mayo de 1982: “la sola existencia de un proyecto reformado que supere el 20 por 100 del presupuesto o precio inicial de las obras no significa necesariamente ruptura del vínculo contractual, si las partes aceptan su subsistencia”.

Justamente en esa opción puede hallarse una de las claves de todo el régimen de las modificaciones. Porque la manera de evitar las posibles corruptelas consistentes en propiciar alteraciones superiores a los citados porcentajes cuando se cuenta con la anuencia del primitivo contratista son los informes técnicos, a los que se podría añadir el carácter vinculante de algunos de ellos, la notificación de las resoluciones a todos los interesados que participaron en la primera licitación y la eventual impugnación de la resolución modificadora para verificar que, en tales casos, se dan todos los requisitos que justifican la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación conforme precisa también ahora el nuevo art. 202.1 en su segundo párrafo:

“No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una correc-

ción del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada (...).”

Así, pues, salvado que se trate de modificaciones y no de nuevos contratos, y salvado también que esté en juego el interés general y cubierto el oportuno trámite procedimental, en puridad no hay límites al ejercicio del *ius variandi*. O, si se prefiere, no hay más límite que el citado interés general concretado en las mencionadas causas imprevistas justificadas que habrán de quedar descritas y suficientemente motivadas en el expediente abierto al efecto.

5. Régimen general de la potestad de modificación.

5.1. Breve referencia al objeto, contenido y momento del ejercicio del *ius variandi*.

En realidad, ya hemos hecho mención a estas cuestiones en otros lugares de este trabajo. El objeto de la modificación es el propio contrato y, en principio, puede tener el más amplio contenido aunque haya supuestos de modificaciones que, por su especificidad, no se contemplan aquí. Así, los cambios de sujeto (cesión del contrato), algunos cambios en el precio (revisión de precios) o modificaciones menores. Hay que entender que no pueden cambiarse las condiciones generales de la Ley y que, por consiguiente, los cambios a que la norma se refiere aluden, por lo común, a alteraciones cuantitativas (aumento o supresión de prestaciones) u otro tipo de alteraciones que podríamos calificar de cualitativas (finalidad del contrato, destino de las obras o prestaciones, modo de ejecutarlas, origen de los materiales, etc.).

En cuanto al momento, ya he dicho también que es preciso que el contrato exista porque el *ius variandi* presupone, justamente la existencia de un contrato vigente. Por tanto, no cabe apelar al procedimiento de modificación del contrato ni antes de su perfeccionamiento (porque todavía no existe), ni cuando ya se ha extinguido (porque ya no existe).

5.2 Procedimiento general.

Admitida, pues, la posibilidad de modificar el contrato inicial (con la opción de resolución si las variaciones superan los límites antes señalados y, como veremos, con el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato si la modificación supone una mayor onerosidad), interesa ahora una referencia al procedimiento y tramitación de las modificaciones.

Una precisión hay que hacer. El art. 202 de la Ley señala, con cautela, que la posibilidad de que el contrato sea modificado “y las condiciones en que podrá producirse la modificación” deberán recogerse en los pliegos y en el documento con-

tractual. En términos similares se pronunciaba el art. 66 del Reglamento General de 2001 al regular el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas.

Dicho esto, las modificaciones se sustancian a través de un expediente que se plasma en una serie de trámites y documentos y la consiguiente aprobación de los gastos complementarios precisos.

Se trata, efectivamente, como señala VILLAR PALASI²⁷, de “no dejar burladas las formalidades propias de la contratación administrativa y los procedimientos de selección de contratistas”, pues, según apuntó J.M. BOQUERA²⁸ en cita que recoge el propio Villar, “si iniciada, por ejemplo, la construcción de una obra pública, la Administración encargada, de acuerdo con la otra parte contratante, pudiera libremente alterar el precio, el plazo de ejecución, la cantidad de la obra u otra cláusula contractual, resultaría fácil y cómodo burlar las finalidades de los procedimientos previos de selección”.

El ejercicio del *ius variandi* debe ser *motivado* para poder identificar el interés público presente, que es el presupuesto de hecho habilitante, como ya nos consta, pues la modificación sólo es posible “por razones de interés público”, debido a “causas imprevistas”. Y todo ello justificado debidamente en el expediente que ha de abrirse a iniciativa de la Administración o a instancia del contratista.

A).- La *iniciación* del expediente, pues, puede tener origen en la propia Administración de oficio o ser instada por el contratista. En el primer caso, al menos, deberá incorporar una propuesta, iniciada por el director de la obra, si se trata de tal, con los documentos que justifiquen, describan y valoren la modificación.

B).- La fase de instrucción supondrá la redacción del proyecto de modificación y la incorporación al expediente del trámite de audiencia y *los informes preceptivos*, entre los que deberá estar el de la aprobación del gasto correspondiente.

En particular la Ley de Contratos prevé la exigencia de dos tipos de informes, ninguno de ellos vinculante.

- a) En el ámbito de la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos se requiere siempre un informe del servicio jurídico correspondiente. Esta previsión consta en el art. 195.2 de la Ley 30/2007, que a tenor de la Disposición Final 7ª no tiene carácter básico.
- b) Además, en ciertos casos tasados, hace falta también informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Esos casos están previstos en el art. 195.3 en los siguientes términos:

²⁷ *Op. cit.*, pág. 388.

²⁸ Cfr. J. M. BOQUERA, *La selección de contratistas*, Madrid, 1963, pág. 22.

“modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros”,

En este caso hay que entender que el IVA está excluido, a tenor del art. 76 según el cual el valor estimado de los contratos no incluirá el IVA y como se deduce también del art. 222 e) al aludir a las causas de resolución.

La exigencia del informe del Consejo de Estado estaba ya presente en la legislación de los años setenta, con umbrales aparentemente más bajos (100 millones de pesetas), aunque en la práctica y en términos de equivalencia real las cifras acababan siendo bastante parecidas a las previstas en el Texto Refundido de 2000 (1.000 millones de las antiguas pesetas; unos 6 millones de euros), habida cuenta que 100 millones de pesetas de 1975 equivaldrían a algo menos de 900 en el año 2000 (que vienen a equivaler, considerando el IPC y la valoración en euros, a algo más de 6 millones y medio a euros en 2009).

En el Anteproyecto de Ley de 1992 se pretendió aumentar la cifra inicial a 2.000 millones, lo que hizo decir al Consejo de Estado que, de esta manera, se eliminaba *de facto* su intervención y la de los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas “en más del 90 por 100 de los expedientes de esta naturaleza, en materias en que precisamente el juicio emitido por un órgano no gestor tiene mucha más objetividad” (Dictamen de 21 de mayo de 1992); crítica que reiteró en el Dictamen de 2 de diciembre de 1993 a propósito del definitivo Anteproyecto de Ley y que finalmente fue tomada en cuenta y prosperó volviendo a la cifra citada de 1.000 millones de pesetas, que, no obstante, podía ser modificada por el Gobierno a tenor de la Disposición Adicional 1ª del TR de 2000.

Los 6 millones de euros previstos ahora en el art. 195 de la Ley como umbral mínimo (acumulativo a modificaciones superiores al 20 por 100 del precio inicial) para la intervención del Consejo de Estado o de los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas no se separan mucho, en términos reales, de las cifras anteriores puesto que los 1.000 millones de pesetas de 2001, considerando un aumento del IPC hasta la actualidad de un 28 por 100, vendrían a ser unos 1.280 millones de pesetas, esto es, unos 7,7 millones de euros. En todo caso, se trata de cifras que podrán ser modificadas reglamentariamente en virtud de la Disposición Adicional 13ª de la Ley, planteándose, no obstante, la cuestión de si pueden hacerlos, para su ámbito de aplicación, las Comunidades Autónomas. Con la normativa anterior la respuesta parece que podría ser positiva puesto que la DF 2ª.2 del RD Legislativo 2/2000, señalaba que la cifra de 1.000 millones de pesetas del art. 101.3 (que exigía, en tales casos, un informe adicional de contenido presupuestario) podría ser reducida por las Comunidades Autónomas. Tal previsión ha desaparecido ahora, pero el carácter básico del precepto no debería llevar, a mi juicio, a considerar inamovible la cifra antes citada. Nada debería impedir, desde ese planteamiento, un aumento del control; sí una disminución. Y, en consecuencia, podría sostenerse que lo que las Comunidades Autónomas no podrían sería reducir los supuestos del informe del

órgano consultivo por el expediente de aumentar la cifra del umbral. Pero no lo contrario: aumentar el ámbito del control reduciendo la cifra mínima.

A este propósito HERNÁNDEZ CORCHETE, con razón, se sorprende de que no se requiera informe del Consejo para las alteraciones sustanciales, que pueden dar lugar a la resolución, como ya nos consta [art. 220.e) y, antes, art. 149 e) del Texto Refundido de 200], igual que las modificaciones superiores al 20 por 100 del precio, donde sí se exige la intervención del Consejo²⁹. En tales casos, sí procedería el informe en caso de que la Administración optara por la resolución y el contratista se opusiera a ello [art. 195.3.a)].

Se ha planteado, no obstante, un problema. La Ley dice que el informe del Consejo de Estado será preceptivo cuando se superen ciertos porcentajes medidos “aislada o conjuntamente”. El problema hace referencia a las eventuales modificaciones posteriores. Una modificación ulterior que no llegue por sí misma al 20 por 100 mencionado, pero que obviamente sí llega si se le sumara la modificación precedente que ya ha sido objeto de Dictamen del Consejo de Estado, ¿debe someterse de nuevo, so pena de nulidad de la resolución, a nuevo informe del Consejo? La verdad es que no hay respuesta categórica a esta cuestión. Si se opta por un criterio que evite al Consejo estar pronunciándose cada día sobre pequeñas modificaciones de contratos en los que antes ya intervino, se puede llegar a una cierta hipertrofia de su actividad. Si se inclina la interpretación por lo contrario no resulta hipotético el peligro de que se obvie su intervención mediante modificaciones sucesivas que, aisladamente, no lleguen al umbral de un nuevo 20 por 100, pero que, juntas y añadidas a las anteriores, lo superan holgadamente. PARA J.J. ABAJO QUINTANA, una vez producida la intervención del Consejo sólo será precisa su intervención acerca de las modificaciones que, por sí mismas, supongan esa alteración del 20 por 100³⁰. J. ROLLON³¹, aunque comparte el anterior planteamiento, cita un Dictamen del Consejo de Estado según el cual las eventuales modificaciones posteriores a su intervención requerirán siempre su informe (Dictamen de 10 de septiembre de 1998). Se trata de una interpretación finalista que resulta plausible por mor del mayor control posible en un tema tan delicado como el de utilización de los dineros públicos. Y, además, es una cuestión importante que convendría clarificar porque la ausencia del informe del Consejo de Estado, cuando es preceptivo, acarrea, como ya he dicho, la nulidad de la resolución de que se trate.

C).- Se requiere también un *trámite de audiencia*, que, en principio, la Ley lo limita al contratista (art. 195.1), pero que hay autores que lo extienden a todos los interesados. En particular, a los participantes en el proceso selectivo del primitivo contrato, los competidores iniciales. Así lo defiende, a mi juicio con toda razón, Fernando SAINZ MORENO³², que pone en relación la finalidad pretendida con el contexto

²⁹ *Op. cit.* pág. 541.

³⁰ *Op. cit.* pág. 652.

³¹ *Op. cit.* pág. 943 s.

³² En su colaboración al ya citado libro dirigido por B. PENDAS, *Derecho de los Contratos Públicos*, cit., p. 448.

garantizador general de dicho trámite en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (art. 84).

Comparto este punto de vista que, de prosperar, revitalizaría de algún modo el trámite, actualmente devaluado, porque si sólo se refiere al contratista dejaría de ser trámite esencial cuando el procedimiento de modificación lo inicia él o cuando consta su conformidad con él y con la valoración; circunstancias éstas bien habituales. De ahí que, con frecuencia, cuando no ha habido indefensión real, la ausencia del trámite no conlleve la nulidad; consecuencia que sí arrastraría la resolución modificadora de entenderse que el trámite incumplido afecta a todos los interesados.

D).- La modificación será *aprobada* por el órgano de contratación y deberá ser notificada al contratista. Pero por las mismas razones que avalaban la ampliación del trámite de audiencia a los demás interesados, creo que debería notificarse también a quienes intervinieron en los procedimientos de selección del contrato que se va a modificar. Y en este caso por una razón adicional. Por congruencia con el ahora art. 137 de la Ley según el cual la adjudicación del contrato “se notificará a los candidatos o licitadores”. En tal sentido, también y en primer lugar, F. SAINZ MORENO³³.

Los acuerdos de modificación podrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos (art. 195.4).

E).- Por último, las modificaciones deben *formalizarse* en documento administrativo (art. 140 TRLCAP por remisión del art. 202.3), lo que, como en el caso de toda la contratación, excluye las modificaciones verbales (art. 28)³⁴.

Cuando como consecuencia de la modificación el contrato experimente variación, se reajustará la garantía “para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado” (art. 87.3).

Asimismo, el órgano de contratación comunicará la modificación efectuada para que conste el dato en el Registro Público de Contratos (arts. 30 de la Ley y 31 del RD 817/2009, de 19 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007).

Por fin, se deben comunicar también al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma las modificaciones de los contratos que en el momento de su adjudicación hubieron de ser remitidos a dichos órganos fiscalizadores (art. 29), que por lo que hace a los de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos y de colaboración entre el sector público y el privado son los contratos superiores a 600.000 euros (450.000 en el caso del contrato de suministros y 150.000 en los de servicios).

³³ *Op. cit.*, p. 449.

³⁴ “Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 97.1, carácter de emergencia”.

* * *

En resumen, las modificaciones han de tramitarse siguiendo un procedimiento en el que se motive y justifique su necesidad y el interés público al que sirven, con los informes y audiencias mencionados, y con la oportuna previsión de los mayores gastos que se generen, que en ningún caso podrán exceder del importe de los créditos autorizados.

Las modificaciones irregulares que no se atengan al procedimiento previsto conllevarán las consecuencias a las que más adelante me referiré.

En todo caso, la resolución podrá ser recurrida siguiendo las pautas generales a las que no es preciso ahora referirse.

5.3 Efectos.

El efecto principal y directamente buscado del procedimiento que se acaba de sintetizar es la modificación del contrato; modificación que, en principio, resulta obligatoria para el contratista. Se le impone como una potestad administrativa que es, aunque no de manera absoluta pues, como ya nos consta, hay siempre un límite a esa facultad de imponerse: el del art. 220.e) en relación con el contrato de obras. Según dicho precepto, el contratista no está obligado a soportar las modificaciones que, aun de forma sucesiva, supongan una alteración del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo, IVA excluido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial. En tales casos puede optar por la resolución.

El segundo efecto que conlleva el ejercicio del *ius variandi* es el deber de indemnizar al contratista como mecanismo del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato; indemnización que debe ser integral, como entiende unánimemente la doctrina. A este respecto, por ejemplo, G. ARIÑO³⁵ cita ya a COLMEIRO, quien en la 4ª edición (1876) de su *Derecho Administrativo español*³⁶ decía: “Puede la Administración, cuando la utilidad o la economía lo reclaman, alterar las condiciones particulares mientras dura la empresa, pero dentro de límites razonables y satisfaciendo la mayor costa de las obras o servicios”.

El reconocimiento general del equivalente económico, que implica la adecuación entre las obras efectivamente realizadas y el abono de las mismas se halla en el art. 200 de la Ley:

“1. El contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato, con arreglo al precio convenido”.

³⁵ *Op. cit.* pág. 249.

³⁶ La cita concreta en la página 102 del tomo II, dentro del Capítulo X (De los contratos de servicios y obras públicas), en el epígrafe dedicado a los efectos.

La previsión concreta de la obligación de indemnizar por el ejercicio del *ius variandi* se encontraba ya expresa en el art. 146 del viejo Reglamento General de 1975:

“El ejercicio de esta prerrogativa [la de la modificación] llevará consigo la obligación, a cargo de la Administración, de indemnizar los daños y perjuicios originados al contratista en los términos establecidos en este Reglamento”.

Ahora, la Ley alude a esta cuestión al referirse a cada tipo de contrato. En el art. 217.1, referente al contrato de obras, se alude específicamente a ello, dedicando previsiones específicas para el supuesto más habitual: el de las modificaciones que supongan la introducción de unidades de obras no comprendidas en el proyecto o que difieran de él; aspecto al que dedicaré breve atención en el epígrafe siguiente porque la cuestión, en ese caso, es la fijación de los nuevos precios. Pero en el citado art. 217.1 implícitamente se recoge también el criterio de partida de la indemnización en caso de modificaciones que supongan mayor gasto. Y se recoge por vía negativa por cuanto dicho precepto, dando por sentada la indemnización en los demás supuestos, precisa: “En caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna”.

En el contrato de gestión de servicios públicos la previsión es explícita. Según el art. 258, tras reconocérsele a la Administración, por razones de interés público, la potestad de modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de abonar los usuarios, dispone que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración “deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”. Por el contrario, cuando la modificación carezca de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de dichos cambios (art. 258.3).

En el contrato de suministros el art. 272, único dedicado específicamente a la modificación de dicho contrato, alude también a la obligatoriedad de la modificación que produzca “aumento, reducción o supresión de las unidades de bienes que integran el suministro o la sustitución de unos bienes por otros, siempre que los mismos estén comprendidos en el contrato”. Pero el contratista no tendrá derecho a indemnización alguna “en caso de supresión o reducción de unidades o clases de bienes”, sin perjuicio de instar la resolución cuando la modificación implique las alteraciones cuantitativas o sustantivas que la justifiquen [art. 275.e), similar al antes citado art. 220.e) referente al contrato de obras].

El art. 228, dedicado a la modificación de los contratos de servicios de mantenimiento reitera una previsión prácticamente análoga a las de los preceptos ya citados. Afirma que cuando se produzca aumento, reducción o supresión de equipos a mantener o su sustitución, estas modificaciones serán obligatorias siempre que los equipos “estén contenidos en el contrato”. No hay, sin embargo, derecho de indemnización “en caso de supresión o reducción de unidades o clases de equipos”, sin per-

juicio de nuevo del derecho a la resolución si se dan circunstancias ya mencionadas y que contempla ahora, específicamente para estos contratos, el art. 284.c).

La Ley actual, como la precedente, excluye, pues, toda indemnización en caso de supresión o reducción de obras, de unidades o bienes en el contrato de suministro y de unidades o equipos en el contrato de mantenimiento de servicios.

Finalmente, la modificación puede obligar también a reajustar las anualidades, el programa de trabajo y, en general, los plazos (arts. 96, 159 y 161 del Reglamento General de la Ley anterior, aprobado por RD 1098/2001, de 12 octubre, y que hay que considerar, transitoria y provisionalmente, en vigor).

6. Especialidades de las modificaciones contractuales en los diversos contratos administrativos. En particular, en el contrato de obras y en el contrato de concesión de obras públicas.

A).- La Ley de Contratos del Sector Público, después de referirse al régimen general de las modificaciones contractuales, dedica unos cuantos artículos a concretar dichas previsiones para algunos de los contratos típicos. Dichas previsiones suelen limitarse a decir que las modificaciones son obligatorias para el contratista, salvo que se superen ciertos límites (así, art. 272 para el contrato de suministros; art. 282 para el contrato de mantenimiento) y aluden al derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato (como hacía ya, para la concesión de servicios públicos locales el art. 127 del viejo, pero aún parcialmente vigente, Reglamento de Servicios, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955), salvo que las modificaciones carezcan de trascendencia económica (art. 258.3, para el contrato de concesión de servicios públicos) o si suponen una reducción de las prestaciones; supuesto éste que, aunque ha sido criticado, no da lugar a indemnización.

B).- Para el *contrato de obras* las previsiones son similares. El art. 217.1 dispone, en efecto, que las modificaciones serán obligatorias para el contratista con arreglo a lo establecido en el art. 202, pero “en caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna”. Todo ello sin perjuicio del derecho a la resolución del contrato si las modificaciones superan los límites a los que ya me he referido en otros lugares de este mismo trabajo.

La cuestión principal, sin embargo, es la de la fijación de los nuevos precios: precios inicialmente convenidos cuando se trate de aumento de la obra prevista y precios pactados según un procedimiento contradictorio, al que se refiere el art. 217.2 en los siguientes términos:

“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 100 del precio primitivo del contrato”.

Se contempla en este precepto una doble posibilidad: que se llegue a un acuerdo en los precios de las nuevas unidades de obra o que no se alcance tal acuerdo. En este segundo caso, la Administración podrá contratarlas con otro empresario (incluso por el procedimiento negociado sin publicidad si su importe no excede de un porcentaje, que es el mismo contemplado en el art. 155.b) para el supuesto, cercano pero distinto, de las llamadas obras complementarias) o ejecutarlas directamente. Esta segunda opción es poco probable por la falta de medios que suele caracterizar a unas Administraciones que, por eso mismo, contratan con terceros. La primera opción -contratar con otro- es más factible, pero igualmente poco probable, por la posición de fuerza del primitivo contratista ante la urgencia en terminar las obras y la presión social y mediática que las rodea.

En todo caso, se ha producido un cambio importante en el precepto transcrito desde su primitiva redacción, de 1995, hasta la actual; una redacción que, aunque plasmada en el Texto Refundido de 2000, procede, en realidad, de la reforma operada por Ley 53/1999, de 28 de diciembre. La primitiva versión reproducía lo dispuesto con anterioridad en el art. 150 del Reglamento General de 1975, pero incorporaba dos novedades, que ahora han desaparecido: la obligación del contratista de continuar la ejecución de las unidades de obra en caso de discrepancia sobre los precios y la apelación al arbitraje para fijar dichos precios en el supuesto de disconformidad del contratista. Ambas previsiones han sido suprimidas. Pero no se ha vuelto a la versión del Reglamento de 1975 en la que se preveía expresamente que, en tales casos de disconformidad, el contratista quedaba exonerado de ejecutar las nuevas unidades de obra. Se opta por el silencio. Cabe, pues, entender que, manifestada la discrepancia en el brevísimo período del trámite de audiencia, el empresario queda exonerado de seguir con las nuevas unidades (lo que supone retrasos) o considerar, por el contrario, que debe continuar las obras hasta que la Administración opte por una de las dos alternativas que la Ley le ofrece (lo que debería conllevar la imposición de un plazo límite para que la Administración se decidiera por una de las otras dos alternativas). De la economía del precepto parece deducirse que hay que optar por la primera alternativa dado que, por contraste, en el apartado 4 de este mismo artículo se prevé un supuesto excepcional cuya finalidad fundamental es, justamente, que sigan las obras.

El procedimiento para llegar o no a un acuerdo de fijación de los nuevos precios está previsto en el precepto transcrito: propuesta del director de las obras (que utilizará para la propuesta de precios el criterio genérico al que alude el art. 158 del Reglamento de 2001), audiencia del contratista y resolución. Se trata de un procedimiento independiente del sustantivo de la modificación misma, que, ante el silencio de la norma, tanto cabe articular separadamente como integrado en el procedimiento de aprobación de la modificación.

A ese mismo procedimiento sumario y a estas mismas consecuencias remite el art. 202 del Reglamento, en relación con los contratos de servicios para cuando “las modificaciones supongan la ejecución de trabajos no valorables por aplicación del sistema establecido en el contrato”.

La Ley prevé también, como acabo decir, un supuesto especial, una excepción que debe retenerse y que hay que enmarcar en el contexto habitual de la necesaria urgencia en casi todas las obras públicas. Se trata de posibilitar, en ciertos casos de modificaciones, la continuidad de las obras. La previsión se contiene en el apartado 4 del art. 217, que dice así:

“Cuando la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal, parcial o 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 estatales, 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 20 por 100 del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación”.

Se trata de una posibilidad excepcional, limitada a los supuestos en los que se den los requisitos expuestos: a) que la tramitación del modificado exija la suspensión de las obras por resultar materialmente incompatibles con las nuevas; b) que dicha suspensión acarree graves perjuicios; c) que el importe máximo previsto en la propuesta no supere el 20 por 100 del precio primitivo del contrato; y d) que haya crédito suficiente; inciso que procede de la Ley 11/1996, de 27 diciembre, de Disciplina Presupuestaria y que se enmarca en la línea de control del gasto que de ella se deriva. Con todo, el párrafo final de este apartado 4, al referirse a la autorización para iniciar provisionalmente las obras señala que dicha autorización conlleva la aprobación del gasto, “sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse”, lo que significa una cierta flexibilización de la exigencia del apartado transcrito.

Para aplicar la previsión el propio art. 217.4 contempla una serie de actuaciones: a) propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, incluyendo el importe aproximado de la modificación y la descripción de las obras a realizar; b) audiencia del contratista; c) conformidad del órgano de contratación; y d) certificado de existencia de crédito. Y añade: “En el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto y en el de ocho meses el expediente del modificado”.

La autorización para iniciar provisionalmente las obras en el ámbito de la Administración General del Estado corresponde al Ministro, no puede ser delegada y conlleva, como he dicho, la aprobación del gasto. En el caso de las Comunidades Autónomas tal vinculación no es aplicable y la decisión corresponderá al Consejero competente. En las entidades locales, al Alcalde o Presidente.

C).- En el caso del *contrato de concesión de obras públicas*, el *ius variandi* se contempla como una potestad de la Administración (art. 232) y se regula, en particular, de los nuevos arts. 226 y 233, que diferencian entre la modificación del proyecto, con previsiones similares a las del contrato de obra pública, y la modificación de la obra pública, con previsiones equivalentes a las del contrato de gestión de servicios. Y es que, en efecto, siendo normalmente el contrato de concesión de obras públicas un contrato en virtud del cual la Administración otorga a un concesionario la construcción y explotación de obras públicas, cabe desglosar el *ius variandi* aquí según se trate de modificar la obra en construcción (lo que la Ley llama modificación del proyecto) o modificar la obra terminada, es decir, los términos de su explotación, lo que tiene bastante semejanza con el contrato de gestión de servicios.

El art. 226, bajo la rúbrica “modificación del proyecto”, prevé la potestad genérica de modificación por razones interés público, debidas a “causas imprevistas”, remitiendo al planteamiento general del art. 202. El plan económico financiero de la concesión deberá recoger, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de costes. Se entiende que la modificación obliga al concesionario contratista, pero éste podrá solicitar la resolución cuando en la fase de ejecución de la obra se le impongan modificaciones que la incrementen o disminuyan en un porcentaje superior al 20 por 100 del importe inicialmente previsto o que representen una alteración sustancial del proyecto inicial (art. 226.2). Una previsión clásica y del todo similar a la contemplada con carácter general para el contrato de obras. No se matiza, como en el art. 220, que las modificaciones que dan derecho a la resolución por alcanzar el porcentaje mencionado pueden ser aisladas o sucesivas.

En caso de retraso del concesionario en la ejecución de la obra por causas imputables a la Administración, tendrá derecho a una prórroga en la ejecución y en el subsiguiente plazo de la concesión (art. 225.2).

En el art. 233 se contempla la potestad del órgano de contratación (“cuando el interés público lo exija”) de modificar o ampliar la obra pública, así como la facultad de imponer “la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta”, precisando en este último caso que las modificaciones que “por sus características físicas y económicas permitan su explotación independiente serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación”. No precisa la norma, como sí se hace, con carácter general en el citado art. 155, los supuestos en los que excepcionalmente pudiera haber la adjudicación mediante el procedimiento negociado. Al no imponer límites expresos, salvo que las condiciones permitan una explotación independiente que justifique una nueva licitación, parece que hay que concluir que el procedimiento negociado se impone en todo caso porque tendría poco sentido un procedimiento distinto para acabar adjudicando la obra complementaria al mismo contratista principal. De ahí que se hayan de extremar, más si cabe, los cuidados y las justificaciones acerca de qué sea una obra que (no) permita “su explotación independiente” y justifique la excepción de una nueva adjudicación.

Por lo demás, el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato está contemplado genéricamente en el art. 228.b) y de manera más concreta en el art. 241 (el contrato “deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación”) en el que se prevé que cuando la Administración modifique el contrato por razones de interés público deberá restablecer el citado equilibrio modificando las tarifas por la utilización de la obra, ampliando, reduciendo el plazo concesional o, en general, modificando las cláusulas de contenido económico del contrato.

Es siempre causa de resolución la supresión de la explotación de la obra por razones de interés público (art. 246.2). En tales casos, la Administración, además de abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas para la explotación, deberá indemnizarle por los daños y perjuicios que se le irroguen, como ya preveía en 1955 el art. 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Para la determinación de esos daños “se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización” (art. 247.3).

Finalmente, cabe señalar que el ejercicio del *ius variandi* se ajustará a las previsiones “de esta ley”, como dice el art. 232.2, que añade que será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos de modificación, cuando se formule oposición por parte del concesionario, en las modificaciones acordadas en la fase de ejecución de las obras que puedan dar lugar a la resolución del contrato de acuerdo con el art. 226.2³⁷ y en aquellos otros supuestos previstos en la legislación específica. O sea, en definitiva, los mismos supuestos genéricos contemplados en el art. 195.3.

6. Referencia a la suspensión de los contratos.

Para terminar este repaso del régimen sustantivo de las modificaciones, resta por hacer una breve referencia a la suspensión³⁸ -parcial o definitiva- del contrato. Suspensión que puede ser acordada por la Administración o, como inmediatamente diré, también por el contratista (art. 203). Cuando la suspensión es acordada por la Administración se asimila a las modificaciones, en cuanto se trata de una medida que afecta al plazo de ejecución. Se entiende que dicha asimilación es predicable de la suspensión provisional, por cuanto una suspensión definitiva equivale, efectivamente, a la resolución.

La suspensión puede ser acordada, en primer lugar, por la Administración, debiendo ésta, en tal caso, abonar al contratista “los daños y perjuicios efectivamen-

³⁷ El supuesto de alteraciones sustanciales del proyecto inicial o modificaciones que aumenten o disminuyan en más de un 20 por 100 el importe total inicial.

³⁸ Cfr. CONCEPCIÓN BARRERO, “La suspensión de la ejecución del contrato de obra pública”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 142 (1997), págs. 111 y ss.

te sufridos” por él (art. 203.2). Su determinación es una simple cuestión de prueba que se rige por las normas y criterios generalmente aplicados en casos de responsabilidad, pero la Ley no exige plazo mínimo de carencia alguno, como sucedía en el precedente art. 49 de la Ley de Contratos de 1965. También debe entenderse que para que proceda la indemnización no es imprescindible la constancia formal en el acta a que se refiere este mismo artículo 203 de la suspensión. Bastaría la suspensión material imputable, claro es, a la Administración.

Pero si la suspensión se prolonga en el tiempo puede dar lugar a la resolución del contrato. En efecto, es causa de resolución de los contratos “la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 200 [8 meses], o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8”. Este precepto, además de prever el derecho del contratista a instar la resolución en estos casos de demora en el pago, añade que tendrá derecho “al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen”. Perjuicios que pueden ser diferentes, adicionales y compatibles con los derivados de la propia suspensión, a los que se refiere el ya citado art. 203.³⁹

Así se reitera luego para el contrato de obras en el art. 220.c)⁴⁰, en cuyo supuesto el contratista tiene derecho al pago de las obras realizadas y, además, al 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el primitivo contrato y sus modificaciones y las que hasta la notificación de la suspensión se hubieran ejecutado (art. 225.4). En el caso del contrato de gestión de servicios públicos no aparece explícita esa causa de resolución en el art. 245, pero sí la demora superior a 6 meses en la entrega por parte de la Administración de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a los que se obligó, en cuyo caso el contratista tendrá derecho al abono del interés legal de las cantidades debidas o los valores económicos convenidos a partir del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento de la contraprestación o entrega de los bienes pactados. En el contrato de suministros la causa de resolución por suspensión se contempla en el art. 275.b)⁴¹ con la consecuencia de que el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las entregas dejadas de realizar como beneficio industrial (art.276.3). En los contratos de servicios consta idéntica previsión [art. 284.b)]⁴² con el correlato del derecho del contratista al 10 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar.

Pero la suspensión del contrato también puede ser acordada por el contratista “por la aplicación de lo dispuesto en el art. 200” (art. 202.1). El citado art. 200 se refiere al pago del precio y autoriza, en efecto, al concesionario a suspender el

³⁹ En el mismo sentido, MARTA GARCÍA DE LA CALZADA, en E. Jiménez Aparicio, *Comentarios...*, cit., pág. 1356.

⁴⁰ Es causa de resolución, “c) El desestimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración”.

⁴¹ Es causa de resolución, “b) El desestimiento o la suspensión del suministro por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”.

⁴² Es causa de resolución la suspensión por plazo superior al año, salvo que en el pliego se señale otro menor.

cumplimiento del contrato si la Administración se demora en el pago por tiempo superior a 4 meses, “debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión” (art. 200.5). Si la demora en el pago fuese superior a ocho meses, el contratista tiene entonces derecho a resolver el contrato “y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen” (art. 200.6).

En todos los supuestos de suspensión se levantará un acta “en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución” del contrato (art. 202.1). El art. 103 del Reglamento General de 2001, dedicado al acta de suspensión, precisa quién la ha de firmar (un representante del órgano de contratación y, en su caso, el director de las obras) y en qué plazo (dos días), así como la exigencia de acompañar a dicha acta, en el caso de los contratos de obras, un anejo relacionando la medición de la obra ejecutada y los materiales acopiados a pie de obra. El anejo deberá incorporarse en un plazo de diez días hábiles, ampliables hasta un mes.

Esta regulación creo que debe juzgarse positivamente no sólo en lo que hace a la posibilidad de que el contratista suspenda el cumplimiento del contrato⁴³, sino, con carácter más general, por cuanto supera las limitaciones de la vieja Ley de Contratos del Estado que constreñía la posibilidad de indemnización al supuesto de suspensión de las obras por plazo superior a la quinta parte (el 20 por 100) del total del contrato o, en todo caso, si aquélla excedía de seis meses. Tal limitación ha desaparecido y la determinación de “los daños y perjuicios efectivamente sufridos” que deben indemnizarse será, por tanto, como ya he dicho, una cuestión de prueba.

II. CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN IRREGULAR DE LOS CONTRATOS: REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE NULIDAD Y ANULABILIDAD.

La modificación irregular de un contrato conlleva efectos jurídicos que finalmente tendrán algún tipo de plasmación económica. Son los efectos patrimoniales de las modificaciones irregulares los que más interesan desde un punto de vista ilustrativo de la realidad y a los que la jurisprudencia siempre apela. Pero para llegar ahí es preciso, siquiera sea sumariamente, aludir a la invalidez de las modificaciones, lo que plantea una problemática similar a la de la propia invalidez de los contratos, que se resuelve también en la invalidez de los actos administrativos singulares en que aquéllos se desglosan.

Las referencias que siguen tienen, pues, un puro carácter instrumental.

Con ese planteamiento puramente auxiliar y descriptivo hay que decir que la ausencia de alguno de los requisitos esenciales exigidos por los arts. 194 y 202,

⁴³ Téngase en cuenta que el art. 200 se refiere a todo tipo de contratos. No sólo al contrato de obras.

además de los específicos para la modificación de cada contrato administrativo típico, produce la invalidez de la modificación. Invalidez que se traduce en los supuestos de nulidad y anulabilidad como sanción a una resolución que infringe la Ley y que conlleva igualmente su ineficacia.

Los arts. 31 a 36 de la Ley, referidos a la invalidez de los contratos, son analógicamente aplicables también a los supuestos del ejercicio de la potestad de modificación. Según el primero de estos preceptos los contratos serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación y cuando concorra alguna de las causas de Derecho Administrativo o de Derecho Civil a que se refieren los artículos siguientes. Esa invalidez admite dos variedades: la nulidad (art. 32) y la anulabilidad (art. 33), que, en definitiva, remiten a la teoría general de los actos administrativos. La nulidad está reservada a los supuestos más graves y se produce cuando el acto carece de algún elemento o requisito esencial. En teoría supone la ausencia de efectos jurídicos desde su origen (efectos *ex tunc*), no puede convalidarse y es imprescriptible. La anulabilidad, en cambio, implica que el contrato surte efectos en tanto el vicio no se declara (efectos *ex nunc*) y puede convalidarse por el transcurso del tiempo.

En teoría, como se dice, nulidad y anulabilidad se diferencian en sus efectos. *Ex tunc*, en un caso, *ex nunc*, en otro. Pero esta diferencia radical es más aparente que real⁴⁴. Sucede que como los actos se presumen válidos hasta que no se demuestre lo contrario (art. 57.1 LRJPAC), muchas veces han producido efectos irreversibles cuando más tarde son declarados nulos. Y esos efectos no pueden ser completamente desconocidos, como luego diremos, con lo que la diferencia nulidad-anulabilidad se matiza en ocasiones de forma que aquélla tiende a acercarse a ésta.

Como es bien sabido, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, positiviza en su art. 62 los supuestos más destacados, aunque no los únicos, de nulidad. Y se refiere a la anulabilidad en el art. 63 desde un punto de vista residual (los actos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico). Pues bien, la Ley de Contratos del Sector Público considera que los contratos son inválidos cuando lo sean sus actos preparatorios o de adjudicación y tipifica como causas de nulidad en su art. 32, entre otras, la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido también en la Ley General Presupuestaria, y las indicadas en el art. 62.1 LRJPAC, entre las que destacan la incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio y el haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [apartados b) y e)].

La Ley prevé como causas de anulabilidad “las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, de las reglas contenidas en la presente Ley” (art. 63).

⁴⁴ Sobre el tema, por todos, MARGARITA BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994. También, de la misma autora, “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación”, en *RAP*, núm. 133 (1994), págs. 155 y ss.

Sin tratar de ubicar cada uno de los supuestos posibles en alguno de estos dos vicios, si se repara en los requisitos que la propia Ley exige para la modificación de los contratos, dicha modificación podría incurrir en un vicio de nulidad o de anulabilidad, entre otros, en alguno de los siguientes casos:

- si falta el presupuesto de hecho que habilita la modificación (arts. 194 y 202.1).
- si falta la audiencia al interesado (arts. 195.1 y 217.2, 3, y 4) y ello produce indefensión.
- si falta el informe de los Servicios jurídicos, cuando sea necesario (art. 195.2).
- si falta el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico equivalente cuando es preceptivo (art. 195.3).
- si falta la formalización de la modificación (art. 202.3) o si aquélla se lleva a cabo verbalmente (art. 28).
- si falta el nuevo proyecto o su aprobación (art. 217.3).
- si falta la aprobación del expediente y del gasto complementario (art. 217.3).
- si no existe crédito suficiente o se asumen compromisos superiores a los créditos autorizados.
- si se obvia el principio de concurrencia cuando no procede la adjudicación directa o el procedimiento negociado sin publicidad en el caso de las obras complementarias [art. 155.d)].
- si la modificación la decide un órgano incompetente.

A pesar de que el ámbito del Derecho Administrativo la anulabilidad es la regla y la nulidad la excepción, en materia de contratos es más fácil que la nulidad se convierta en regla y la anulabilidad en excepción, por cuanto muchos de los requisitos apuntados pueden considerarse elementos *esenciales* cuya ausencia constituye también un vicio *esencial* en la medida en que se trata de requisitos que tienden a cubrir finalidades destacadas: el principio de legalidad presupuestaria, las garantías de los administrados, el principio constitucional de igualdad o la libertad de concurrencia cuya violación, como la de todas las libertades, es un supuesto de nulidad.

Sea como fuere, la declaración de nulidad o de anulabilidad podrá ser instada tanto por los particulares en vía de recurso como declarada de oficio por la propia Administración. Declarada la nulidad o la anulabilidad las consecuencias, en lo

que ahora importa, vienen a ser las mismas y las contemplaremos en el apartado siguiente.

III. EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS MODIFICACIONES IRREGULARES DE LOS CONTRATOS.

1. Planteamiento general y posibles supuestos.

Si la modificación irregular de un contrato conlleva alguno de los efectos jurídicos apuntados en el epígrafe anterior, lo que me interesa destacar ahora son las consecuencias económicas que de ello pueden derivarse, los efectos patrimoniales de esa irregularidad o invalidez declarada, centrados en el supuesto más frecuente e importante: el del contrato de obras.

Para abordar este tema parece oportuno hacerlo efectuando una doble distinción. Primero, según que la citada invalidez se produzca por alguna de las causas de nulidad o anulabilidad mencionadas más atrás. Y, segundo, según que las modificaciones efectuadas en el contrato inicial no hayan comenzado a ejecutarse, estén parcialmente ejecutadas o hayan finalizado ya en el momento de la declaración de invalidez.

Intentemos abordar cada supuesto separadamente.

A).- Sea cual sea la causa de la invalidez, *si la modificación irregular no ha empezado a ejecutarse*, una vez declarada aquélla no es susceptible de ejecución. Podría plantearse eventualmente incluso alguna acción de responsabilidad por parte del contratista si la declaración de invalidez es imputable, como normalmente sucederá, a la Administración. Los planteamientos generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas podrían ser aplicables, así como lo dispuesto en el art. 35.1 de la Ley 30/2007 según el cual la parte que resulte culpable “deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”. En cualquier caso, se deberá tratar de perjuicios reales y demostrados.

B).- Si las obras en que consisten las modificaciones *estuvieran parcial o totalmente ejecutadas* y la causa de la invalidez fuera *un vicio de anulabilidad* el tema queda centrado en los efectos *ex nunc* de la anulabilidad. Desde el punto de vista del Derecho Civil según el art. 1303 CC “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...”, y se ha venido entendiendo que este artículo “tiene aplicación tanto en los casos de nulidad como en los de anulabilidad”⁴⁵, esto es, se parte de considerar anulado el contrato en su origen tratando de restablecer la situación de las partes, en la medida de lo posible, al momento anterior a su celebración.

⁴⁵ Cfr. J. DELGADO ECHEVARRÍA, Comentario al art. 1.303 CC, en la obra colectiva *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 551.

VILLAR PALASÍ mantiene, acertadamente en mi opinión, que al menos en el caso de los contratos administrativos la “finalidad de la institución impone una solución de distinto signo en la mayoría de los supuestos”⁴⁶. El contrato en Derecho Administrativo -dirá- es un medio para conseguir fines de interés general y si éstos se han logrado, aunque sea parcialmente, mediante una técnica viciada “ésta debe ser resuelta, anulada, eliminada de la vida jurídica para el futuro (en garantía de su recta utilización próxima), pero sin destruir por ello -en aras de un formalismo jurídico- los resultados de interés público ya conseguidos y que sean de recibo”⁴⁷. El cumplimiento parcial del fin propio y la imposibilidad de restablecer las cosas en su origen es la situación que se produce normalmente en el supuesto de anulación de cualquier contrato administrativo (o de sus modificaciones posteriores). De ahí que propugne “la solución contraria a la dogmática general, es decir, la anulación con efectos *ex nunc*, que es por otro lado el régimen normal en la teoría general del acto administrativo para los supuestos de nulidad relativa (anulabilidad)”⁴⁸.

De ello resultaría que el efecto de la declaración anulatoria sería la liquidación del contrato y el abono de las prestaciones *efectivamente* realizadas hasta entonces siempre que no sea posible la restitución de las cosas recíprocamente recibidas en virtud de mismo, que será lo habitual. Y como en el supuesto precedente, si la invalidez se produce por causa de la Administración, que será también lo normal, puede haber indemnización por los daños y perjuicios reales demostrados, fundamentalmente en los casos de ejecución parcial del contrato y mucho más dudosamente si la anulabilidad se produce cuando el contrato ha sido ya enteramente ejecutado, dado que entonces será muy difícil demostrar esos perjuicios.

Todo esto se deduce también del actual art. 35.1 de la Ley de Contratos.

Así, pues, en mi opinión, si se anula la modificación de un contrato inicialmente válido por un vicio de anulabilidad de los actos previos que le sirven de soporte los efectos de la declaración se producen *ex nunc*, lo que significa que si el contrato ya se ha ejecutado procede su liquidación y el abono de las prestaciones, con lo que a efectos prácticos la citada declaración no tendría excesiva incidencia. Si la obra está parcialmente ejecutada procede también la liquidación de lo realizado hasta la declaración de invalidez, sin perjuicio de que, en este caso, el contratista pueda tener derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que haya podido sufrir por el efecto de la anulación (gastos efectuados, acarreo de materiales a pie de obra, etc.). Si de la liquidación y resolución se siguiera trastorno grave para los intereses públicos, excepcionalmente cabe la continuación de las obras bajo las mismas cláusulas iniciales “hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio” (art. 35.3), en cuyo caso la indemnización de daños y perjuicios sería más difícil de articular porque sería más complejo demostrar sus presupuestos.

46 *Op. cit.*, pág. 446.

47 *Op. cit.*, pág. 446.

48 *Op. cit.*, pág. 446 y s.

C).- Pero el problema fundamental se plantea en relación con *la nulidad declarada de la modificación en los casos en que ésta ha sido ya parcial o totalmente ejecutada*. Si no se ha empezado a ejecutar, la solución sería la expuesta en la letra A) anterior.

Y digo que es el problema fundamental porque la nulidad será en muchos casos algo más que una excepción. La realidad jurisprudencial demuestra en la práctica que los vicios más habituales (falta de consignación presupuestaria, ausencia de expediente, adjudicaciones irregulares, compromisos superiores a las previsiones presupuestarias, modificaciones ordenadas verbalmente...) son justamente supuestos de nulidad de pleno derecho. De modo que no se trata de casos excepcionales o hipotéticos, sino de realidades relativamente frecuentes.

En principio, y teóricamente, los efectos de la nulidad lo son desde su origen, *ex tunc*, y la consecuencia de tal postulado sería, entonces, la negación del vínculo obligacional desde el principio y, por lo tanto, la exoneración de la Administración de cualquier pago al contratista por las obras realizadas sobre la base de una modificación contractual radicalmente nula (o del contrato principal, porque el resultado es el mismo).

Adelanto ya que tal consideración no es correcta por atentar a elementales principios de justicia y seguridad jurídica, por más que pudiera parecer la consecuencia lógica del dogma de la nulidad de pleno derecho. Así se manifiesta unánimemente la doctrina más autorizada y así también se pronuncia la abundante jurisprudencia que ha abordado este problema.

Como señala GARRIDO FALLA, de la declaración de nulidad de pleno derecho no debe deducirse “la inexistencia radical de efectos jurídicos de los frecuentes pactos que la experiencia enseña que tienen lugar entre entidades administrativas y particulares y en los que se ha prescindido totalmente del procedimiento adecuado. Normalmente el particular tendrá aquí la posibilidad de ejercitar una *actio in rem verso* contra la entidad administrativa fundada en enriquecimiento injusto o en la inexistencia del cuasi contrato de gestión de negocios”⁴⁹.

Esta misma tesis, a la que otros autores añaden la teoría de la responsabilidad patrimonial, está ampliamente avalada por la jurisprudencia. Me limitaré, pues, ahora, a los planteamientos doctrinales de carácter general.

Que existen efectos de una relación contractual ya ejecutada, o parcialmente ejecutada, es algo, como digo, comúnmente admitido, *si bien esos efectos no se producen en virtud del contrato*. VILLAR PALASÍ lo señala con toda exactitud y su cita nos exime de mayores explicaciones: “*los efectos surgen de una relación de intereses subyacentes, que constituye un supuesto fáctico irreversible y que, ante la nuli-*

49 *Op. cit.*, pág. 75.

dad contractual, se configura jurídicamente como cuasicontrato de gestión de negocios (“*negotiorum gestio*”), en virtud del cual la Administración debe compensar al cuasicontratista por la utilidad que la actividad de éste le haya reportado o le reporte en el futuro. Las consecuencias prácticas de la transformación son claras: si el contrato fuere válido, el contratista tendría derecho a que la Administración le pagase el precio fijado para la obra en la correspondiente cláusula contractual; no siendo válido el contrato, sólo podrá pretender el reembolso de los gastos útiles efectivamente realizados. El caso -añade-, por lo demás, no es infrecuente en la vida administrativa”⁵⁰. Y citando a GARRIDO FALLA, concluye así: “La única posibilidad de que en tales casos encuentre un rescaramiento el gestor de buena fe está en la acción por enriquecimiento sin causa; solución a la que asimismo se llega aplicando al problema jurídico en cuestión la técnica de la conversión de los actos administrativos: la falta de los elementos esenciales del negocio que se declara nulo no es obstáculo para que existan los elementos necesarios del cuasicontrato de gestión de negocios ajenos”⁵¹.

El propio GARRIDO FALLA señala que si bien la tesis del cuasicontrato de gestión de negocios se ha ido abandonando en sede doctrinal, “se admite, en cambio, la posibilidad de ejercicio de una acción *in rem verso* con base en el enriquecimiento experimentado por el patrimonio del ente administrativo”. Y añade: “Este cambio de fundamento teórico tiene, además, un evidente alcance práctico: mientras que la acción nacida de la gestión de negocios se basa en la gestión útilmente realizada, prescindiendo del efecto conseguido, en cambio la acción por enriquecimiento injusto se basa únicamente en tal efecto, por lo que solamente puede prosperar si se demuestra el beneficio patrimonial experimentado por el ente administrativo”⁵².

Ramón PARADA insiste en la misma idea del enriquecimiento injusto, completada ahora con la de la responsabilidad patrimonial. Así, dirá que en los contratos se aplica la regla *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*, que permite a la parte que ha cumplido exigir indemnización. Y añade: “Esta solución se adecúa y complementa con la doctrina jurisprudencial antes aludida sobre el enriquecimiento sin causa, en virtud de la cual la Administración no puede excusarse en la invalidez de los contratos para dejar de pagar las obras ejecutadas o las prestaciones recibidas del contratista, sobre todo si ella misma es responsable del vicio que origina la nulidad, como acontece, paradigmáticamente, en el caso de contratos suscritos sin consignación presupuestaria”⁵³. A este mismo resultado habría podido llegarse -concluye-, aun prescindiendo de tal fundamento, por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración. Solución que, desde esta misma óptica de la responsabilidad, es admitida expresamente por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ y apuntada también por G. ARIÑO.

50 *Op. cit.*, pág. 434. Lo destacado es mío.

51 J.L. VILLAR, *op. cit.*, pág. 435, y F. GARRIDO FALLA, *op. cit.*, pág. 22 de la 8ª edición.

52 *Op. cit.*, pág. 22.

53 J.R. PARADA, *Derecho Administrativo*, T. I, 6ª ed., M. PONS, Madrid, 1994, pág. 336.

La óptica del enriquecimiento sin causa fue sugerida ya por S. ALVAREZ GENDÍN, en 1934⁵⁴, y es la específicamente estudiada por L. COSCULLUELA⁵⁵ en el hasta hace poco prácticamente único artículo que abordaba frontalmente el tema en Derecho Administrativo, al que ha de añadirse ahora el exhaustivo libro de su propio discípulo, MANUEL REBOLLO PUIG⁵⁶.

* * *

Así, pues, en el supuesto de nulidad de pleno derecho de una modificación del contrato si no es posible la restitución de las cosas al estado anterior, como sucederá normalmente, hay que entender que se produce una conversión y surgen obligaciones de la relación fáctica desarrollada, cuyo fundamento está, según la doctrina: a) en el cuasicontrato de gestión de negocios ajenos; b) en el enriquecimiento sin causa; y/o c) en la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La jurisprudencia asume ampliamente la tesis del enriquecimiento sin causa tanto en el caso de los contratos originariamente nulos, como en el que ahora nos interesa de las obras complementarias y modificaciones efectuadas de forma irregular. Y ello con independencia de las responsabilidades en que puedan haber incurrido las autoridades y funcionarios que han actuado al margen de la normativa aplicable. Responsabilidades que pueden ser tanto de orden penal, como civil (actuada en vía de regreso) y disciplinaria, y que son independientes de las obligaciones de la Administración frente a terceros porque aquéllos, en virtud de su integración en el aparato organizativo de la Administración cuando no actúen absolutamente al margen del giro o tráfico que corresponde al servicio público, imputan toda su actuación a la persona jurídico-administrativa de la que son meros órganos.

Me voy a referir ahora, siquiera sea de forma abreviada, a los dos supuestos típicos en que se tratan de fundamentar las obligaciones de la Administración en estos casos: la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento injusto.

2. La doctrina de la responsabilidad patrimonial.

Como se sabe, la responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas está regulada hoy en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), reformada en 1999. Tiene su fundamento constitucional en el art. 106.2 CE y trae causa de una regulación anterior cuyo primer hito es la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

⁵⁴ Cfr. su libro *Los contratos públicos: doctrina y legislación*, Ed. Reus, Madrid, 1934, págs. 10 a 14, bajo la rúbrica "Obligaciones administrativas nacidas de gestión de negocios ajenos".

⁵⁵ L. COSCULLUELA, "Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo", *RAP*, núm. 84 (1977), págs. 185 y ss.

⁵⁶ Cfr. M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, M. PONS, Madrid, 1995, *in toto*, pero especialmente págs. 117 y ss.; 245 y ss.; y 339 y ss. También el libro del prologuista de esta obra, FRANCK MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, Paris, 1995, págs. 35 y ss.

El sistema es ciertamente amplio. Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva que prescinde de la idea de culpa (aunque no la excluya) como requisito imprescindible, de modo que la Administración responde de toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos que implique un daño efectivo, evaluable económicamente y sea individualizado, que pueda imputarse a la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que medie una relación de causalidad y se reclame en el plazo de un año. De este modo la clave para la exoneración de la Administración no es ya la falta de culpabilidad sino, en primer lugar, la inexistencia de lesión, esto es, de un daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar (art. 141.1 LRJPAC), y, en segundo término, la ausencia de la relación de causalidad entre el hecho o acto determinante del daño y éste mismo.

Pues bien, sobre la base del sistema de responsabilidad pública algunos autores han fundamentado la obligación administrativa de resarcir al contratista que ha ejecutado una obra cuya base contractual inicial o su posterior modificación ha sido declarada nula de pleno derecho. Ya señalé más atrás cómo R. PARADA se refería a este planteamiento y cómo G. ARIÑO hace lo propio, aunque de pasada, al referirse a la satisfacción de obligaciones sin consignación presupuestaria⁵⁷. Pero será GARCÍA DE ENTERRÍA quien subsuma el concreto fundamento del enriquecimiento injusto en la teoría de la responsabilidad como un modo de imputación de ésta. En efecto, muy poco después de aprobada la Ley de Expropiación Forzosa y a propósito de su art. 121, dirá que una causa de imputación que permite la fórmula de este precepto (hoy, art. 139 LRAJ-PAC) es la del enriquecimiento sin causa a favor de la Administración. Dirá que “la imputación no se justifica aquí, como en los casos anteriores, por la relación material entre la producción del daño y la actividad del sujeto imputado, sino que se hace abstracción de estos dos factores y se atiende únicamente al beneficio resultante a dicho sujeto (o el perjuicio eliminado: *damnum cessans*) del hecho del daño (o de la actividad en donde se ha producido) acaecido al perjudicado”⁵⁸. Con posterioridad él mismo y T.R. FERNÁNDEZ insistirán en la idea, diciendo: “El enriquecimiento sin causa a favor de la Administración es una última modalidad de imputación que permite la fórmula consagrada por los arts. 121 LEF y 139 LRJPAC, dada la generalidad de sus términos. Su justificación, abstracción hecha de cualesquiera otros factores, radica en la localización de un beneficio en el patrimonio del sujeto imputado (aquí la Administración), incluso bajo la forma negativa de la eliminación de un perjuicio (*damnum cessans*), a consecuencia del hecho mismo del daño acaecido a la víctima (...). Así lo viene aceptando la jurisprudencia en múltiples casos”⁵⁹.

Se vincula así el enriquecimiento sin causa a la óptica de la responsabilidad, con resultados prácticos, a mi juicio, sólo en parte coincidentes, como señalaré luego.

⁵⁷ *Teoría del equivalente...*, cit., pág. 109, por nota.

⁵⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo VIII, fasc. IV, oct.-dic. 1955, pág. 1153. Luego en su libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 1956, 2ª ed. facsimil en Ed. Civitas, Madrid, 1984, pág. 217 (Ahora, 2ª reimpresión, en Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 211).

⁵⁹ *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 11ª ed., Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 400 s.

La óptica de la responsabilidad conecta también con la doctrina de alumbrada por la civilística alemana, recogida también entre nosotros, de la “responsabilidad por razón de la apariencia jurídica”, que es una aplicación del criterio de la protección de la confianza creada, según el cual todo aquel que imputablemente suscita la legítima confianza de otro en la existencia, presente o futura, de una determinada situación o relación jurídica, debe soportar que las cosas sucedan entre ambos como si tal situación o relación existiera o, cuando menos, dejar indemne a la otra parte de cualquier perjuicio que haya sufrido por actuar con arreglo a la confianza suscitada⁶⁰. Los presupuestos de la responsabilidad, desde esta nueva óptica, son la apariencia suscitada de manera imputable, la confianza de la otra parte en dicha apariencia y su actuación de buena fe, un requisito igualmente presente en la teoría del enriquecimiento sin causa y que, en principio, debe presuponerse, debiendo probarse, en su caso, lo contrario.

La óptica de la responsabilidad ha sido asumida en más de una ocasión por el Tribunal Supremo en supuestos como los que nos ocupan. En el fondo, aunque sin decirlo expresamente, son supuestos de responsabilidad por la apariencia o confianza suscitada. El Tribunal Supremo, sin embargo, se limita a aplicar y subsumir los hechos en los datos normativos antes señalados, el art. 121 LEF (hoy, art. 139 LRJPAC), siguiendo de cerca los planteamientos mencionados del prof. GARCÍA DE ENTERRÍA.

Son muchas más, no obstante, las Sentencias que se apoyan directamente en el principio del enriquecimiento injusto. A título de mero ejemplo (además de las citadas por J.R. PARADA y los propios E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ) me voy a referir a la muy importante STS de 27 de marzo de 1980 (Arz. 2249. Ponente.: M. Gordillo García).

Los hechos sucedieron así. El 25 de agosto de 1971, el entonces Alcalde del Ayuntamiento de Tineo (Asturias), diciendo actuar en representación de la Corporación por virtud de un acuerdo del Ayuntamiento Pleno, encargó al ingeniero de caminos, canales y puertos Don A.S.A. la confección de un “Proyecto de vía de circunvalación de la villa...”. Accedió el ingeniero y recabó, para su realización, la colaboración de la empresa “Consultores de Ingeniería C., S.L.”, lo que le originó unos gastos de 700.791 pesetas. Resultó luego que el Alcalde no estaba debidamente autorizado para contratar y, por ello, previa declaración de su lesividad para los intereses públicos por el Pleno, el contrato en cuestión fue declarado nulo de pleno derecho, e inexistente la relación jurídicamente aparente nacida del mismo, por STS de 14 de mayo de 1973. El ingeniero afectado reclamó entonces al Ayuntamiento la suma antes citada en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Y denegada su

⁶⁰ Vid. L. MARTÍN REBOLLO y F. PANTALEÓN PRIETO, “Exigibilidad de los convenios interadministrativos y consecuencias patrimoniales de su incumplimiento”, en el libro colectivo *Escritos jurídicos en memoria de LUIS MATEO RODRÍGUEZ*, Tomo I (Derecho Público), Santander, 1993, págs. 305 y ss., en especial, págs. 320 y ss. Cfr., en general y por todos, R. GARCÍA MACHO, “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *Libro homenaje al prof. VILLAR PALASÍ*, Madrid, 1989, págs. 453 y ss.

petición, interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue íntegramente estimado por la entonces Audiencia Territorial de Oviedo; estimación ratificada por el TS al desestimar el recurso (entonces de apelación) interpuesto por el Ayuntamiento.

En el Cuarto Considerando de la Sentencia apelada, aceptado por el TS, puede leerse que:

“siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico exigible a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal resarcimiento,”

y dejando muy claro que, existiendo el daño o perjuicio,

“es irrelevante, para la imputación del mismo a la Administración, que se hayan manifestado aquéllos como ejercicio de una potestad administrativa o en la forma de mera actividad material; pues la *ratio legis* verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa (...), siempre que haya sufrido un daño o un perjuicio que reúna las condiciones de ‘injusto, efectivo y susceptible de individualización personal o grupal’, ha de tener la garantía por parte de la Administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido provocado por un comportamiento institucional...”

Después de este recordatorio del planteamiento legal y doctrinal, en el quinto Considerando de la Sentencia apelada, igualmente aceptado por el TS, se deja claro que la validez de un acto realizado por un órgano administrativo requiere que éste sea legalmente competente y que tenga capacidad jurídica para obligar a la Administración de que se trate, pero para añadir de inmediato que ello no quiere decir que cuando la circunstancia de la falta de competencia del órgano sea ignorada por los administrados sobre la base a una presunción de legalidad “no origine para estos últimos un acto de aparente juridicidad que, por sí solo, les mueva a su correlativo acatamiento y realización efectiva de todo aquello a lo que, por su parte, creyeran fundadamente comprometerse en atención a una cierta y determinada contraprestación que se les brindaba”. Y que, con ello,

“no cabe duda que se desencadena una subsiguiente actuación jurídica, no ya sólo con la Administración, sino con terceras personas, (...) dando lugar con todo ello a que los sujetos que se relacionaron con la Administración mediante aquel acto de aparente juridicidad, comprometan su propio patrimonio, como conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de valoración pecuniaria, al servicio de la realiza-

ción de aquella empresa que creyeron estar obligados a realizar, de forma que, cuando la Administración -productora, a través de uno de sus órganos, de referido acto de aparente legalidad- posteriormente, alegando ser ‘lesivo a los intereses públicos de carácter económico o de otra naturaleza’, pretende y obtiene su anulación, mediante declaración jurisdiccional, no cabe duda que, implícita y prácticamente, resuelve con ello, en primer lugar, aquel vínculo de aparente legalidad que aquel acto presumía, pero a la vez incide directamente en la efectividad jurídica de aquellos derechos y obligaciones que se creían racionalmente pactados, produciéndose con ello la lesión, cuando menos, de unos intereses legítimos, con el menoscabo económico práctico que tal nueva situación produce en el particular patrimonio del afectado por tal irregularidad administrativa, desconocedor de la misma,”

para terminar señalando que el reclamante,

“habiendo efectuado unos desembolsos económicos para hacer frente a las responsabilidades de dicho tipo contraídas con terceros, como medio para llevar a cabo el trabajo que estimaba se le había legalmente encomendado, amén de la pérdida de esfuerzos personales, físicos e intelectuales, *ya no puede encontrar en la contraprestación derivada de una relación contractual su adecuado resarcimiento; mas no cabe duda de que, sin embargo, en razón de tales hechos se le han producido unos concretos daños y perjuicios que encuentran su causa directa en el referido actuar anormal de un órgano de la Administración*, cuyos hechos jurídicos -daños y perjuicios ocasionados- participan de las condiciones de injustos, efectivos, susceptibles de evaluación económica y de indemnización individual, ya con total independencia de aquellos aparentes derechos y obligaciones que la también aparente relación contractual, anulada por lesiva, le comportaban.”⁶¹

Aplicando estos principios al caso concreto, el TS dirá después que el Alcalde de Tineo, sin duda se excedió en sus funciones, pero creó una apariencia de certidumbre que llevó al ingeniero a aceptar la realización del trabajo encargado en la “razonable creencia” de que el Alcalde se hallaba autorizado para obligar a la Administración. Tal contrato devino después nulo e inexistente la relación jurídica que en él se contenía, pero se causaron unos concretos y efectivo daños “que ya no habrían de encontrar en dicha relación contractual declarada nula el fundamento de su retribución” y cuyo resarcimiento ha de encontrar apoyo jurídico en la normativa de la responsabilidad administrativa “sin perjuicio de las posibles responsabilidades que la Administración hoy demandada pudiera exigir, por tal motivo, de las personas físicas a ella vinculadas a través de la relación funcional o de autoridad analizada”.

Finalmente, el TS rechaza la alegación municipal de la concurrencia de “culpas”.

La óptica de la responsabilidad para resolver los problemas de los reformados irregularmente ordenados supone, pues, la obligación de la Administración de

⁶¹ Lo destacado es mío.

resarcir al contratista cuando la resolución administrativa ha sido declarada nula y sólo resta una relación fáctica. Juega aquí el instituto resarcitorio en un doble sentido: como técnica de garantía y como principio de orden que contribuye a modular el comportamiento futuro de la Administración⁶².

Lo que puede matizar la responsabilidad, según esta óptica, es la relación de causalidad; vía por la que se puede eventualmente llegar a una solución parcialmente limitadora de aquélla si se demuestra que la víctima (en este caso, el contratista) ha participado de alguna manera en la producción del daño ¿Qué significa en concreto participar en la producción del daño?. En la referida STS de 27 de marzo de 1980 hallamos la explicación cuando el TS alude al desconocimiento del demandante de la falta de competencia del Alcalde. *Si el contratista no ignora tal incompetencia está asumiendo un riesgo en la hipótesis de la nulidad del contrato o de la resolución modificatoria; riesgo que se convierte en participación en el daño inferido si se produce la eventualidad citada y que, por tanto, puede tener consecuencias patrimoniales a la hora de distribuirlo.*

El desconocimiento de la incompetencia, de la ausencia de procedimiento o de las demás exigencias del ejercicio del *ius variandi* es, así, un requisito de la responsabilidad para que pueda producirse la imputación completa a la Administración. *El desconocimiento (técnicamente: la falta de participación del dañado en la producción del daño) en la responsabilidad viene a jugar el mismo papel que el principio de buena fe en la teoría del enriquecimiento sin causa y en la responsabilidad por la apariencia suscitada.*

No es cuestión a analizar ahora los criterios basculantes de la jurisprudencia en materia de causalidad. La “justicia del caso concreto” a tenor de las circunstancias presentes ha influido sin duda en las soluciones adoptadas, teniendo en cuenta que la participación de la víctima (el conocimiento de la irregularidad), como la mala fe, no se presumen, sino que deben ser probadas por quien las opone.

Baste, pues, señalar que la doctrina jurisprudencial sobre la causalidad se ha movido alternativamente entre el rigor y la generosidad, aunque parece imponerse una postura matizada según la cual la acción de la víctima (el conocimiento de la irregularidad en nuestro caso) no rompe necesariamente el nexo causal, pero puede

62 En este sentido, e insistiendo en esa dualidad funcional de la responsabilidad, mis trabajos “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas”, en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. E. GARCÍA DE ENTERRÍA*, tomo III, Madrid, 1991, págs. 2785 y ss. y, con más detalle, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, en el número 237-38, de *Documentación Administrativa*, (1994), dedicado monográficamente a la responsabilidad de la Administración (págs. 11 y ss.); y “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones,” en *RAP*, núm. 150 (1999), conmemorativo de su cincuentenario (págs. 317 y ss.). Y, sobre todo, luego, ya con más precisión, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado”, en mi libro *La responsabilidad de las entidades locales*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, págs. 205 y ss., entre otra bibliografía.

modularlo produciendo la reducción de la indemnización en la proporción correspondiente hasta llegar incluso a su exclusión en función de la prueba practicada.

Resta por añadir que la eventual responsabilidad de la Administración lo es, como dice la mencionada STS de 27 de marzo de 1980, “sin perjuicio de las posibles responsabilidades (...) de las personas físicas” -autoridades o funcionarios- que cabe exigir en vía de regreso, pero que en la práctica resulta absolutamente excepcional. El propio Consejo de Estado se ha referido al tema en más de una ocasión. En su Memoria de 1992, aunque “es consciente de que con estas consideraciones no descubre nada nuevo a la Administración activa”, recuerda esta sugerencia: “Que debiera preverse, en forma adecuada, la apertura de expediente para depurar las posibles responsabilidades de los funcionarios culpables en los supuestos en los que se declare la nulidad de actuaciones”. En todo caso, la Disposición Adicional 22ª de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que esa responsabilidad se exigirá, en su caso, con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, siendo independiente de la eventual responsabilidad disciplinaria respecto de la cual la misma Disposición Adicional tipifica como falta muy grave la aplicación indebida de la Ley cuando mediare negligencia grave.

Esbozado ya el análisis de la óptica de la responsabilidad, procede hacer lo propio con la del enriquecimiento injusto, que es la otra vía justificadora de la obligación resarcitoria de la Administración cuando una modificación contractual ha producido ya efectos irreversibles en la realidad por haberse ejecutado total o parcialmente en el momento en que se produce su anulación.

3. El criterio del enriquecimiento injusto: requisitos y consecuencias económicas.

Como ya se ha dicho, la doctrina y la jurisprudencia suelen fundamentar en el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto, o sin causa, los efectos nacidos de la relación fáctica de intereses subyacentes a un contrato declarado nulo cuando éste ha sido ya total o parcialmente ejecutado y resulta irreversible. Parece, pues, conveniente realizar un breve itinerario por la institución para pergeñar mejor sus perfiles⁶³.

La teoría del enriquecimiento sin causa ha estado, durante mucho tiempo, en una cierta nebulosa en virtud de sus propios orígenes iusprivatistas, por la dificultad de tener en cuenta relaciones estrictamente fácticas en un sistema marcado por el positivismo legalista y a causa también de sus connotaciones de equidad, que retraían la franca admisión de un principio cuya potencialidad se adivinaba, pero cuyos límites resultaban y siguen resultando en cierto modo impredecibles. No son muchos los

⁶³ El mejor análisis general del principio es, sin duda, el ya citado libro de M. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, 1995 y a él cabe remitirse en su integridad para un análisis más detallado.

trabajos que lo han analizado desde la óptica del Derecho Civil⁶⁴ y menos aún, como ya he dicho, desde el prisma del Derecho Administrativo⁶⁵.

Los orígenes de la teoría del enriquecimiento sin causa se suelen buscar en el Derecho Romano. Según señala LACRUZ una máxima de Pomponio, recogida por Justiniano, sirvió a los glosadores para construirla como reacción frente a soluciones rigoristas, de manera que permitiera reclamar al afectado por el enriquecimiento de otro producido a su costa sin que mediara una causa. El principio pasó a las Partidas, pero el Código Civil no lo recoge explícitamente hasta la reforma de 1973 cuando aparece como principio y una simple mención del art. 10.9. Es la jurisprudencia la que va a introducir el principio en la vida económica y patrimonial, entendiendo dicho principio como un criterio que prohíbe enriquecerse injustamente a costa de otro.

La etapa de concreción de una jurisprudencia vacilante parece iniciarse con una Sentencia muy citada de 12 de enero de 1943, que se afirma recibe la influencia de la obra de NÚÑEZ LAGOS, prologada por CASTÁN. A partir de ahí, primero en la jurisprudencia civil, y luego también en la contencioso-administrativa, se irán perfilando con más detalle los requisitos y exigencias de la acción de enriquecimiento. Una acción que se ha intentado fundamentar con diferentes apoyaturas, a las que pasa revista COSCULLUELA⁶⁶: la teoría de la causa, la del hecho ilícito, la de la responsabilidad por riesgo o la de la equiparación al cuasicontrato de gestión de negocios ajenos, como apuntaron también GARRIDO y VILLAR PALASÍ.

Lo fundamental, sin embargo, es justamente la falta de causa del enriquecimiento a costa de otro y la ausencia de una norma específica que permita exigir la restitución. *Lo que identifica la acción de enriquecimiento es su fundamento no en un derecho subjetivo, sino en el hecho del desplazamiento patrimonial sin causa*, lo que acerca su fundamentación al campo de la equidad y de los deberes morales⁶⁷ y permite considerar el principio como propio de la teoría general del Derecho⁶⁸.

En el campo del Derecho Administrativo uno de los ámbitos naturales de aplicación del principio se produce, precisamente, en los contratos administrativos,

⁶⁴ Entre ellos, el estudio pionero de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934, que tuvo una notable influencia en la jurisprudencia posterior; el de JOSÉ LUIS LACRUZ, "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1969, págs. 569 y ss.; el trabajo de JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, 1979; y, más tarde, el discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia, en 1983, de LUIS DIEZ PICAZO, publicado luego como monografía, junto con la contestación de MANUEL DE LA CÁMARA, bajo el título *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988, además de las obras citadas en este último. Entre los Tratados sigo aquí más de cerca los *Elementos de Derecho Civil*, de J.L. LACRUZ, II, Vol. 3º, Barcelona, 1986, págs. 620 y ss.

⁶⁵ Con la excepción de la obra de ENRIQUE DE JANER DURÁN, *El enriquecimiento sin causa origen de instituciones administrativas*, Madrid, 1955, y de algún otro trabajo aislado, las casi únicas referencias son el trabajo de L. COSCUELLA y el libro de M. REBOLLO, ya mencionados.

⁶⁶ "Consideraciones...", cit., pág. 187.

⁶⁷ Vid. LACRUZ, *Elementos...*, cit., pág. 624.

⁶⁸ Vid. COSCUELLA, *Op. cit.*, pág. 189.

en sus modificaciones y en el supuesto, parcialmente diferente, de las prestaciones suplementarias. En los dos primeros casos la aplicación del principio podría tener lugar cuando las obras originariamente contratadas o sus modificaciones posteriores están total o parcialmente ejecutadas y se produce la declaración de nulidad del contrato, de sus actos preparatorios o de los actos en que se plasma el ejercicio del *ius variandi*. El tercer supuesto puede ser más complejo y se refiere a los casos de obras o prestaciones suplementarias no previstas inicialmente, o no ordenadas después, que el contratista de todas formas lleva a cabo y que resultan, de cualquier modo, útiles a la Administración que las recibe.

3.1. Requisitos de la acción de enriquecimiento injusto.

Siendo, pues, el enriquecimiento sin causa un criterio de principio potencialmente aplicable en las relaciones jurídico-administrativas, interesa resumir sus presupuestos, requisitos y exigencias, para señalar luego sus posibles efectos.

Ha sido la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia las que han ido perfilando esos requisitos, que sin mayores precisiones pueden a nuestros efectos sintetizarse así:

- a) En primer lugar, es preciso un *enriquecimiento* del demandado, entendido aquel como aumento o ventaja patrimonial en un sentido genérico y amplio.
- b) Es necesario, en segundo lugar, un *empobrecimiento* del demandante, correlativo al enriquecimiento de la otra parte y conectado causalmente con él. Puede ser un daño real o un lucro frustrado, aunque no -como señala DIEZ PICAZO, citado por L. COSCULLUELA- la repercusión proporcional de los gastos realizados por el actor que le aprovechan a él aunque indirectamente beneficien también a otros.
- c) El tercer requisito es, justamente, la *falta de causa* que justifique el enriquecimiento. Es decir, que éste no derive de una obligación. De ahí que algún autor haya afirmado que el principio sólo puede jugar en el ámbito de relaciones contractuales inválidas. Porque no habría falta de causa en un contrato válido, aunque fuera muy oneroso para una de las partes. Por lo demás, la ausencia de causa en el enriquecimiento es compatible con la buena fe, pues no es necesario que aquél haya tenido lugar mediante dolo, culpa, mala fe u otros medios reprobables.
- d) Se suele exigir también como requisito necesario la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de la acción de enriquecimiento sin causa, como apelación a la subsidiariedad del principio.
- e) La jurisprudencia contencioso-administrativa utiliza también con cierta frecuencia, como elemento complementario, la apelación a la buena fe

por parte de la posible víctima. Buena fe que sirve para modular el resarcimiento y, a veces, en casos patentes, para excluirlo. Pero hay que tener en cuenta, no obstante, que este criterio sólo puede jugar cuando su ausencia se puede probar, aunque sea indiciariamente, puesto que la existencia de la buena fe se presume. Es el supuesto enriquecido es el que tiene que probar la mala fe del también supuesto empobrecido.

Desde el punto de vista procesal -lo que ahora interesa menos- el enriquecimiento injusto se debe alegar y probar pues se entiende que no es apreciable de oficio. Y como se está al margen del contrato, con independencia de él. La cuestión llegará a los Tribunales una vez que el contrato o el acto que lo modifique sea declarado nulo y la Administración se niegue a pagarlo. El contratista dirigirá una petición a la Administración actuante y, frente a su desestimación, procederá el recurso de acuerdo con las pautas generales de los actos administrativos. Eventualmente podrá articularse también la reclamación al impugnar la declaración de nulidad efectuada previamente por la Administración. Se impugna, pues, la nulidad declarada de oficio; circunstancia ésta que, aunque infrecuente en el ámbito estatal, no lo es tanto en la esfera local donde la anulación de contratos puede producirse con más frecuencia a consecuencia de cambios en los órganos de gobierno tras los procesos electorales.

3.2. Efectos y consecuencias económicas de la acción.

Pero lo que importa destacar son los efectos del enriquecimiento sin causa.

Es fundamental a este respecto retener que se está al margen de la relación contractual pues se parte de la nulidad del contrato o su modificación y de la inexistencia, entonces, de vínculos obligacionales. De ahí que LACRUZ afirme que “la indemnización alcanza al punto de concurrencia del empobrecimiento y el enriquecimiento, y no al exceso del uno sobre el otro”⁶⁹. Y más adelante insiste en la misma idea de que el enriquecimiento del demandado (la Administración, en nuestro caso) sólo puede reclamarse en cuanto coincide con el empobrecimiento del demandante. “La condena no puede sobrepasar -insiste este autor- la menos elevada de ambas sumas, porque el empobrecido no puede exigir más que la reconstitución de su patrimonio, y al patrimonio enriquecido no se le puede imponer más que ser reconducido a su nivel inicial”⁷⁰. En apoyo de esta idea cita la STS de 25 de noviembre de 1985, que señala:

“La acción de enriquecimiento tiene por ámbito el beneficio efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, pero tiene también otro límite, infranqueable igualmente, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento, debiendo regirse por la cifra inferior, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa, no podrá el actor reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento”.

⁶⁹ *Elementos...*, cit., pág. 628.

⁷⁰ *Op. cit.*, pág. 631.

Esa es, justamente, a mi juicio, la diferencia con la óptica de la responsabilidad que más atrás apunté⁷¹. La indemnización del daño en vía de responsabilidad se produce al margen de que haya habido o no una correlativa ventaja o enriquecimiento en el patrimonio del responsable. Y en la hipótesis de que lo haya habido la cuantía del daño y de los perjuicios ocasionados puede ser mayor que el propio enriquecimiento. De ahí que no produzca los mismos teóricos efectos una u otra argumentación, una u otra apoyatura.

En esta misma línea se manifiesta, como digo, COSCULLUELA y, con expresiones similares, GARRIDO FALLA y VILLAR PALASÍ. El primero señala que la condena que se solicita al Tribunal alcanza al total del empobrecimiento (incluyendo los gastos desembolsados y la retribución de los servicios prestados), pero no otros perjuicios, como podría suceder desde la óptica de la responsabilidad. Resultado de ese límite -dirá- es “la impropiedad del pago de intereses”⁷², como recuerdan dos Sentencias que cita: la de 24 de junio de 1969 (Arz. 3376) y la de 10 de noviembre de 1975 (Arz. 188, de 1976). En ambas se rechaza el pago de intereses reclamados, “que -señalan- muy probablemente se deriva[n] únicamente de los contratos perfectos y resulta[n] de muy dudosa aplicación a situaciones convencionales imperfectas”. Tampoco admiten la condena al pago de intereses, argumentando adicionalmente la falta de liquidez de la deuda, entre otras, las SSTS de 21 de abril de 1976 (Arz. 2346), 29 de octubre de 1980 (Arz. 3964), 25 de junio de 1981 (Arz. 2483), 18 de abril de 1989 (Arz. 3120). En cambio, sí los admiten las SSTS de 23 de noviembre de 1987 (Arz. 9295) y 8 de junio de 1988 (Arz. 5075).

GARRIDO FALLA, por su parte, dice que el enriquecimiento injusto se basa únicamente en el efecto conseguido, de modo que sólo puede prosperar si se demuestra un beneficio, y en esa medida, a diferencia, esta vez, de la gestión de negocios ajenos que se fundamenta en la gestión útilmente realizada, prescindiendo del efecto⁷³.

VILLAR PALASÍ, por fin, indica que si el contrato hubiera sido válido el contratista tendría derecho al precio pactado, pero no siéndolo “sólo podrá pretender el reembolso de los gastos útiles efectivamente efectuados”⁷⁴, en línea con lo apuntado por COSCULLUELA y con lo señalado también por la doctrina civilística.

Por consiguiente, como estamos al margen del contrato, que es nulo, no se puede tomar como referencia el precio pactado, que debe quedar al margen. Habrá que valorar la amplitud y extensión del enriquecimiento de la Administración y el correlativo empobrecimiento del contratista. Habrá que valorar, pues, las obras efectivamente realizadas que quedan en manos de la Administración, y, de otra parte, los gastos útiles efectuados por el contratista. Si la primera suma, esto es, el enriquecimiento, es mayor que la segunda, el empresario sólo tendrá derecho al valor de su empobrecimiento. Por el contrario, si el enriquecimiento es menor que el empobre-

71 En el mismo sentido, L. COSCUELLA, “Consideraciones...”, cit., pág. 187.

72 “Consideraciones...”, cit., pág. 199.

73 *Tratado...*, cit., pág. 22.

74 *Op. cit.*, pág. 434.

cimiento tendrá derecho únicamente al valor de aquél. Como resultará normalmente difícil demostrar que el enriquecimiento es menor que el empobrecimiento (y, en todo caso, no lo intentará el demandante) el resultado habitual será que la indemnización pretendida se basará en la valoración aislada del enriquecimiento.

Se trata, pues, de un problema de prueba y de valoración, a realizar pormenorizadamente en cada caso, aunque al final, tratándose de una técnica principal, el elemento probatorio sirve como orientación para graduar equitativamente la cuantía. Desde este mismo punto de vista adquiere importancia el momento de la valoración. Apenas hay referencias al respecto y éstas se mueven entre quienes opinan que la valoración puede hacerse al momento en que el enriquecimiento se produce (que podría considerarse cuando se constata: tratándose de un contrato nulo sería el momento de la declaración administrativa o jurisdiccional de la nulidad) y quienes apuntan a un momento posterior, el de la presentación de la acción de enriquecimiento o incluso el de la ejecución de Sentencia, en su caso. No hay, en este sentido, un criterio uniforme, pero lo que está claro es que la opción depende del interés respectivo. El de la Administración será retrotraer la valoración lo más posible; por ejemplo, al momento de la declaración de nulidad. El interés del contratista será actualizarla. En cualquier caso, en mi opinión, esta valoración tiene un tope claro que nunca puede excederse: el precio fijado en su día en el contrato posteriormente invalidado.

3.3. El supuesto específico de las obras o prestaciones suplementarias inicialmente no previstas, ni ordenadas por la Administración.

Más problemas se plantean cuando en el seno de un contrato o una modificación válida se producen prestaciones complementarias o suplementarias no contempladas, ni previstas que deberían haber sido objeto de un nuevo contrato.

Parece que para poder aplicar en esos casos la doctrina del enriquecimiento injusto hace falta un cierto consentimiento por parte de la Administración o, al menos, su conocimiento pasivo, y, además, que las obras suplementarias no sólo sean útiles, sino que resulten necesarias⁷⁵. Se trata de mínimos mecanismos de cautela para evitar

⁷⁵ Hay que precisar que debe tratarse de casos en los que no se ha aplicado la excepción prevista en la Ley para cuando aparezcan las necesidades no previstas. En efecto, el art. 155.b) permite utilizar el procedimiento negociado para contratar (hay contrato, por tanto) obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el 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 100 del precio primitivo del contrato”. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos señalados -termina diciendo el artículo- habrán de ser objeto de contratación independiente. Así, pues, excepción al sistema normal de contratación si se dan circunstancias excepcionales y con requisitos adicionales acumulativos: circunstancia imprevista, imposibilidad de separar la obra del contrato inicial sin causas graves perjuicios o, en caso contrario, si son “estrictamente necesarias”, y que la cuantía no supere el 50 por 100 del precio primitivo. Pero hay que contrato, hay procedimiento, hay formalización.

actuaciones fraudulentas que, por sus consecuencias finalmente positivas para el empresario, amparen la huida de los principios de legalidad y concurrencia. Así se deduce de la STS de 17 de marzo de 1970 (Arz. 1551), que cita COSCULLUELA⁷⁶, en la que se rechaza la aplicación del principio en un caso de obras excesivas no previstas en un contrato válido. El TS señala que el Ayuntamiento no tenía conocimiento de la necesidad del aumento y por ello sólo está obligado al pago de lo pactado, añadiendo:

“...no puede éste [el contratista] invocar un enriquecimiento sin causa de la Administración, pues con arreglo a la jurisprudencia contenciosa (SSTS de 30 de enero de 1957, 27 de marzo de 1958, etc.) para ello se exigiría que el contratista hubiese realizado obras necesarias para el cumplimiento del contrato, no previstas en el proyecto y autorizadas por el Director de la obra pública, no pudiendo confundirse este supuesto de realización de obras imprevistas pero necesarias, con la diferencia de realizar una tarea prevista (STS de 29 de septiembre de 1964), que es exactamente el caso de autos, donde el propio recurrente reconoce que no hubo modificación ni variante en el proyecto, sino exceso de obras de las proyectadas”.

Es decir, si el Ayuntamiento no tenía conocimiento del aumento de obras, y no hubo modificación formal del contrato, ni órdenes verbales en tal sentido, sino exceso no ordenado, para que tal exceso fuera reintegrable sería preciso que se tratara de obras necesarias.

En tal sentido se pronuncian también muchas otras Sentencias, la mayoría de las cuales estiman el recurso después de afirmar que se trataba de obras no previstas en el proyecto, pero necesarias para complementarlo o para suplir sus deficiencias. En tales casos, una vez demostrada la necesidad de la obra, el TS condena al pago de la realmente ejecutada. Así, SSTS de 15 de marzo de 1978 (Arz. 1164), 13 de abril de 1981 (Arz. 1840), 20 de marzo de 1985 (Arz. 2841), 22 de abril de 1985 (Arz. 2870), 23 de noviembre de 1987 (Arz. 9295), 26 de enero de 1988 (Arz. 429), 8 de junio de 1988 (Arz. 5075), 22 de julio de 1988 (Arz. 6323)...

En definitiva, como dice la STS de 22 de abril de 1985 (Arz. 2870), cuando las obras no consten en el proyecto inicial, para que proceda su pago es preciso que lo realizado obedezca a una orden de la Administración o que ésta las haya consentido o que se trate de obras necesarias.

En alguna ocasión aislada el TS ha exigido que las obras, además de necesarias, fueran urgentes. Así, STS de 14 de noviembre de 1985 (Arz. 5553).

4. Referencia al principio general de buena fe como criterio matizador del enriquecimiento injusto.

Los efectos y consecuencias patrimoniales de la invalidez de los contratos y sus modificaciones pueden estar condicionados por la buena fe en la conducta del

⁷⁶ “Consideraciones...”, cit., pág. 196.

contratista, como ya señalé a aludir a la responsabilidad por la confianza suscitada. Quien propicia la nulidad o la conoce, y aún así se vincula, asume un riesgo y debe participar de él y de sus consecuencias. Y ese riesgo puede matizar las eventuales consecuencias patrimoniales en caso de que efectivamente se haga realidad al anularse el contrato.

Como todo criterio de principio su utilización debe ser ponderada y prudente, recordando además que, como señala de forma reiterada y constante la jurisprudencia, la buena fe se presume siempre y debe probarse lo contrario.

La exigencia de la buena fe ha sido teorizada, fundamentalmente, en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas e incorporada al Título Preliminar del Código Civil en la reforma de 1973: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, dice el art. 7.1 CC. Su aplicación, no obstante, se proyecta también en las relaciones jurídico-públicas como una exigencia mutua, tanto de la Administración como de los administrados, según ha tenido ocasión de decir la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁷, finalmente recogida hoy en la propia Ley 30/1992, tras la reforma de 1999, en su art. 3: las Administraciones Públicas “deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”.

La idea-fuerza que introduce el principio es la del valor social de la confianza. “El principio de la buena fe -señala SAINZ MORENO citando a DÍEZ PICAZO- significa que todas las personas, todos los miembros de la comunidad jurídica, deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo cual implica que deben adoptar un comportamiento leal en toda fase previa a la constitución de tales relaciones -diligencia *in contrahendo*- y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos”⁷⁸.

Así lo ha señalado también el Tribunal Constitucional. En el FJ 9 de una de sus primeras Sentencias, la de 20 de Julio de 1981, citando al Tribunal Supremo, afirma que “lo fundamental que hay que proteger es la confianza ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe que, ciertamente, se basa en la coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales”.

El principio de la exigencia de la buena fe informa la labor interpretativa, sobre todo en supuestos dudosos y, aunque no suela resultar decisivo por sí solo, contribuye a la *ratio decidendi* como elemento matizador de consecuencias drásticas cuando se prueba explícita o indiciariamente, en términos globales, su ausencia. Sirve, por eso, para matizar, atenuar o completar consecuencias, vistas las circuns-

⁷⁷ Véase el análisis de esta jurisprudencia en el trabajo de FERNANDO SAINZ MORENO “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, en *RAP* núm. 89 (1979), págs. 293 y ss. y en el libro (originariamente discurso de ingreso en la R. Academia de Ciencias Morales y Políticas) de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1983.

⁷⁸ F. SAINZ MORENO, “Buena fe...”, cit., pág. 297. La referencia a L. DÍEZ PICAZO corresponde a su Prólogo a la traducción de la obra de FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1977.

tancias de cada caso y desde una cierta óptica de equidad como la que impregna la acción de enriquecimiento injusto. Así, en la STS de 4 de Mayo de 1981, el Tribunal Supremo señala que en el caso contemplado “tan injusto sería mantener el acuerdo municipal de apropiarse de la obra ejecutada en su mayor parte por el contratista sin satisfacer cantidad alguna por ello (...) como obligar al Ayuntamiento al pago de la totalidad del precio convenido”.

Como he señalado hace un instante, la buena fe se presume y su ausencia debe probarse, aunque esta prueba no puede ser nunca perfecta. Basta llevar a la conciencia del juzgador mediante indicios acumulados la convicción de que se ha obrado de mala fe o, al menos, que no se ha actuado completamente de buena fe. En los supuestos que nos interesan la ausencia de buena fe puede matizar las consecuencias indemnizatorias. Y esa ausencia es posible hacerla derivar de la prueba de que el contratista -sobre todo si se trata de contratistas que habitualmente se relacionan profesionalmente con las Administraciones Públicas- conocía la ilegalidad y, aun sabiéndolo, aceptaba la orden de modificación irregular porque ello le suponía un beneficio adicional. En casos similares -bien frecuentes, por cierto- la consecuencia podría ser que si después el contrato se anula no cabría reclamar indemnización, o no cabría reclamar *toda* la indemnización, porque la ausencia de buena fe conlleva su participación en la distribución de las consecuencias del riesgo asumido.

Este es justamente el supuesto de una muy destacada Sentencia de 21 de febrero de 1991 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Se resuelve allí, en sentido negativo para el demandante, la solicitud del pago de honorarios efectuada por dos arquitectos que habían realizado un proyecto de obras (cuyo presupuesto fue fijado por ellos mismos) por encargo verbal de un Alcalde.

Después de afirmar que el citado contrato verbal resulta nulo de pleno derecho, la Sentencia se plantea la obligación administrativa de pago aun a partir de la hipótesis de la nulidad. Pasa revista a la doctrina jurisprudencial clásica, de la que se deriva, como regla, que la nulidad no puede acarrear la carencia total de efectos del negocio jurídico por oponerse a ello principios como el del enriquecimiento injusto y las exigencias de la buena fe (ahora de la Administración). Sin embargo, si de esa jurisprudencia podría derivarse una solución favorable a las pretensiones de los recurrentes, no es menos cierto -dirá la Sentencia- que una lectura global y sistemática de dichos fallos del Tribunal Supremo “permite reconocer determinados ‘tópicos jurisprudenciales’ presentes en todas ellas, que han de analizarse en cada caso para llegar a la solución final. Entre ellos, de modo constante, figuran: a) la apelación al principio de buena fe por parte del reclamante que ha de ser ajeno a las infracciones determinantes de la nulidad del contrato”.

Refiriéndose a la mencionada exigencia de la buena fe en la conducta del administrado, el FJ 17 de esta Sentencia es rotundo:

“Los perfiles del principio de buena fe exigen que la parte teóricamente más débil en la contratación administrativa no se vea sorprendida por la inesperada con-

traposición de motivos formales que nunca imaginó que pudieran determinar la nulidad del contrato, a los que ella misma es ajena por completo.

Por su propia naturaleza, no puede invocar este principio quien actúa prevaliéndose de una determinada situación fáctica, con ventaja sobre terceros, que le permite el acceso a los centros de decisión administrativos en condiciones privilegiadas de información y, *a fortiori*, de consecución de encargos. Tampoco puede alegar buena fe en la consecución de un negocio irregular quien, a sabiendas de su irregularidad, accede a celebrarlo y se beneficia de él no obstante lo patente de su ilegalidad: cuando la intensidad de los vicios productores de la nulidad es tal que puede calificarse de absoluta y manifiesta, fácilmente perceptible por personas incluso no versadas en Derecho, mal pueden invocar buena fe aquellos que, por su formación y experiencia en el ámbito de la contratación administrativa, conocen *a priori* la falta de validez jurídica del contrato verbal que pactan. En tales casos, dichos contratantes no pueden sin más aparecer como ‘víctimas’ de una deficiencia e ilícita actuación de gobierno, que precisamente ellos mismos han propiciado y colaborado a llevar a término, a sabiendas de su objetiva ilegalidad”.

Y aplicando este criterio al caso analizado, el Tribunal constata que se trataba de profesionales conocedores de los principios de la contratación, que sabían cuál era el instrumento idóneo para formalizar los encargos y que su actuación posterior también resultaba extraña: tardaron en reclamar más de dos años, no pasaron el proyecto por Registro y, además, -y el dato resulta determinante- “la cuantía que reclaman depende única y exclusivamente de su propia voluntad, ante la ausencia de especificaciones escritas sobre el importe aproximado del proyecto”, de forma que bien pudieron evaluar sus honorarios en el doble o el triple de la cantidad en que lo hicieron “bastándoles para ello incrementar el coste presupuestado”.

Esta suma de circunstancias (unidas a otras de carácter personal, que se especifican), “estimadas en su conjunto y de modo global”, permiten a la Sala llegar a la convicción de que los recurrentes se han valido de una posición de privilegio en términos objetivos para conseguir un contrato verbal cuya invalidez era fácilmente perceptible, concluyendo que “quien asume el riesgo de aceptar en tales condiciones un encargo profesional debe igualmente asumir las consecuencias desfavorables en el caso de que una Administración consciente de sus responsabilidades en el manejo de los fondos públicos y en el cumplimiento de las leyes opte, como es de rigor, por aplicar éstas”.

La Sentencia fue en su momento muy importante, significativa y de gran interés. Pero no resulta extrapolable miméticamente a cualquier otra situación, especialmente a los contratos de obras donde existe un elemento mensurable, como hemos visto más atrás: el valor probado del enriquecimiento.

Se dan, además, en el caso analizado por la Sentencia de la Sala de Cantabria, una serie de circunstancias adicionales que inciden en el resultado desestimatorio: la prevalencia por vinculaciones personales, la inactividad en la reclamación, la falta de visado colegial, la imposibilidad de determinar la cuantía reclamada... Ello

no obstante, la idea matizadora debe retenerse porque, como antes apunté, puede servir para atenuar consecuencias rígidas y para informar la labor interpretativa.

La buena fe puede, pues, jugar como elemento que matice las consecuencias patrimoniales de la declaración de nulidad cuando el contratista sabía o podía saber previamente esa circunstancia. Idea matizadora, digo, no necesariamente exoneradora. Según el TS, en efecto, “*el conocimiento de la posible ilegalidad no es determinante por sí solo de exoneración, sino que hace falta algo más, esto es, ver cuál ha sido la actuación del peticionario en el procedimiento*” (STS de 26 de septiembre de 1981. Ponente: P. Martín Martín). Ese “algo más” se da en el caso de la STSJ de Cantabria de 21 de febrero 1991, pero no es fácilmente generalizable.

Es indudable que quien contrata con la Administración tiene intención de que ese vínculo produzca efectos, por lo que hay que presuponer también que, salvo prueba en contrario, si hubiera conocido la nulidad hubiese tratado de evitarla en cuanto la contraparte pudiera⁷⁹. Como el principio de confianza no puede excluirse *a priori*, incluso el conocimiento de la ilegalidad inicial por parte del contratista *no excluye necesariamente todas las consecuencias* patrimoniales del vínculo fáctico porque aquel conocimiento -y la confianza que conlleva- debe valorarse a la luz de los propios precedentes. Es decir, no puede deducirse una consecuencia exoneratoria completa de la Administración si en anteriores ocasiones ella misma se ha comportado de manera similar y ese comportamiento induce al contratista a seguir una conducta análoga y para él normal, aunque esa normalidad no sea tal desde el estricto plano de la legalidad. Porque parece razonable que al contratista no le sea exigible una diligencia mayor que la de la propia Administración.

En definitiva, en un contrato de obras o en su modificación, salvo prueba en contrario y en ausencia de otros datos que singularicen el caso, no puede presumirse la mala fe. Hay que probarla. Ello significa que incluso el conocimiento previo de la nulidad por el contratista -conocimiento que habría que probar al menos indiciariamente y en un contexto circunstancial en el que se tuvieran en cuenta las indicaciones que acaban de hacerse- difícilmente exonera a la Administración del resarcimiento, bien sobre la base del enriquecimiento sin causa, bien desde la óptica de la responsabilidad. Pero ese conocimiento previo, que podría suponer la aceptación de algún tipo de riesgo, puede no ser merecedor de una protección completa, con lo que se llegaría a la conclusión de que podría matizar la cuantía del resarcimiento, como ya se ha señalado. La cuantificación de esa matización es, evidentemente, imposible de señalar con carácter general. Será preciso probar previamente la cuantía del enriquecimiento y, sobre esa base, efectuar después, si procede, una valoración ponderada de la cuantía indemnizatoria resultante.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Es hora de terminar este trabajo. Y al hacerlo cabe pergeñar algunas brevísimas conclusiones tras el análisis de una realidad bien frecuente en la vida de la acti-

79 J. GONZÁLEZ PÉREZ, *op.cit.*, pág. 79.

vidad contractual de la Administración: la de las modificaciones de los contratos, sobre todo los de obras, y la existencia de frecuentes reformados y obras suplementarias o complementarias del contrato principal a veces derivadas de una actividad no formalizada.

Es una circunstancia frecuente y, probablemente, inevitable porque es imposible prever todo y un margen de flexibilidad debe existir. Pero es también un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia, como he llevado al mismo título de esta reflexión. Hay que buscar un cierto equilibrio: posibilitar pero controlar; permitir pero estar atento a los excesos, facilitar pero controlar. El papel de los gestores públicos en la fase inicial resulta imprescindible. Pero el de los órganos consultivos, cuando estos temas les llegan, también. Tienen que trabajar, con frecuencia, con conceptos indeterminados, con ideas de tendencia, con principios informadores. Tienen que decir en la incerteza, como es propio con frecuencia del trabajo jurídico. De ahí las exigencias de ponderación, equilibrio, independencia de juicio que son predicables de este tipo de órganos, que, cuando funcionan bien, rodean y amparan del necesario prestigio a la actividad pública evitando tópicos, suspicacias y sospechas.

Así, pues, para terminar, se me ocurren tres simples conclusiones que no son en absoluto novedosas, sino la decantación del sentido común, a la luz de los datos normativos. Conclusiones que, también, de una u otra forma ha apuntado el Consejo de Estado y que enunciaría de la siguiente manera:

- a) Primero, la necesidad de introducir todo tipo de cautelas en la redacción de los proyectos para evitar en lo posible su posterior. Cabe recordar una vez más la clásica afirmación, recogida también en la Ley de ases de 1963, pero permanentemente presente, de que los contratos deben ser de gestación lenta y de ejecución rápida. No al revés, de gestación rápida, azuzados por urgencias que a veces no son tales (por ej. una convocatoria electoral, un cierre de ejercicio...) y de ejecución más que lenta, eterna. Ese punto de partida si no evita la necesidad de todos los reformados sí podría limitarlos un tanto y, de paso, los problemas derivados de ellos. Un estudio experimental, de carácter comparativo, sobre lo que sucede al respecto en los contratos de obras del sector público y los del privado, podría quizá arrojar alguna luz para verificar hasta qué punto son o no necesarias las modificaciones cuando se proyecta o planifica bien.
- b) Segundo, la conveniencia de vigilar estrechamente la evolución de las obras para adelantarse a las eventuales necesidades nuevas, propiciando si es el caso, con tiempo, el correspondiente expediente en los casos en que sea verdaderamente precisa una modificación; y
- c) Tercero, la necesidad, más que conveniencia, de motivar adecuada y suficientemente los presupuestos de hecho de las modificaciones que son siempre conceptos indeterminados, para poder analizar y comprobar su presencia en los casos concretos. Me refiero a la idea de “el

interés público”, “causas imprevistas”, “no afección a las condiciones esenciales”, que son, como digo, los presupuestos de hecho y los que justifican o no la modificación, la necesidad o no de un nuevo contrato.

Sería por eso útil interiorizar la práctica de notificar los actos a todos los posibles interesados que son más que contratista adjudicatario inicial.

Los órganos consultivos, cuando sean llamados a intervenir por exigencias legales o por voluntad de la Administración deberían ser especialmente sensibles a la motivación, a su carácter sustantivo y no meramente formal, emitiendo informes desfavorables en otro caso.

- d) Finalmente, hay que resaltar la conveniencia cuando no obligación de ejercer la acción de regreso contra el personalmente culpable en los supuestos en que la Administración sea condenada a indemnizar a un tercero por falta de diligencia de quien debía haberla puesto en el cumplimiento y aplicación de los preceptos de la Ley de Contratos. En particular, en los casos de aumento de prestaciones no formalizadas o de suplementos de obras no contratadas. Cuando, a causa de ello, la Administración es condenada a indemnizar al contratista. En algunos de esos casos la acción de regreso⁸⁰ contra el personalmente responsable se impone. Pero hay que constatar que es algo del todo infrecuente y muy poco habitual tras las condenas de responsabilidad de la Administración. Los repertorios jurisprudenciales están desiertos de jurisprudencia sobre el precepto de la Ley 30/1992 (el art. 145) que impone la acción de regreso, en ciertos casos como una obligación. Por eso, puede resultar de interés la mera referencia de una Sentencia excepcional por aislada, la de 13 de enero de 1989 (Arz. 387) donde se contempla un supuesto de ejercicio de la acción de regreso que el TS, al rechazar el recurso del afectado, avala y considera procedente. En síntesis, los hechos fueron los siguientes. El recurrente, como director técnico de una obra de una Diputación Provincial, extendió, firmó y estampilló certificaciones de obra por importe de varios millones de las antiguas pesetas que entregó a la empresa contratista. Parte de esas certificaciones fueron endosadas por la citada empresa a tres entidades bancarias. Con independencia de ello, poco después, y por razones que tenían que ver con la situación económica de la empresa constructora, la Administración resolvió el contrato y procedió a la recepción de las obras realizadas, momento en el que se descubrió que

80 Sobre la acción de regreso, cfr. por todos, JAVIER BARCELONA LLOP, “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 105 (2000), págs. 37 y ss. También en el volumen colectivo para el que fue inicialmente redactado, *Escritos Jurídicos (Homenaje a LUIS ROJO AJURIA)*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003, págs. 765 y ss. Cfr., igualmente, L. MARTÍN REBOLLO, “La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad personal de los empleados públicos)”, en la *Revista Derecho y Salud*, vol. 9, 1 (2001), págs. 9 y ss.

desde hacía dos años no se había realizado obra alguna. La Diputación, entonces, inició expediente disciplinario al Director de las obras; expediente que terminó con una sanción. Pero las cosas no acabaron ahí puesto que las entidades bancarias antes mencionadas presentaron al cobro las certificaciones endosadas, alguna de las cuales se referían a obras no realizadas, lo que dio origen a varios litigios que acabaron en Sentencias de condena a la Administración; circunstancia que es la que está en el origen del expediente de responsabilidad civil iniciado contra el funcionario responsable del perjuicio a fin de repercutirle el importe de la cantidad por la que fue condenada la Administración. Interpuesto recurso por el funcionario en cuestión, el TS lo desestima validando una acción que es destacada por su escasa presencia y utilización.

RESUMEN

El ejercicio del “*ius variandi*” por parte de las Administraciones Públicas en el seno de una relación contractual, lejos de ser una realidad excepcional, constituye en palabras de Villar Palasí “lo ordinario en la vida del contrato”.

Sin embargo, en este artículo se parte de la realidad de que el uso abusivo de esta prerrogativa por parte de la Administración puede afectar de manera seria a los principios de transparencia, libre concurrencia y eficiencia, entre otros, que deben guiar la actuación de los Poderes Públicos. De esta manera, el uso desviado del “*ius variandi*” puede dar lugar a la creación de auténticos contratos administrativos *ex novo* en fraude del principio licitatorio y, consecuentemente, vulnerando los principios de publicidad y libre concurrencia.

Así pues, el autor analiza con detalle los requisitos que deben concurrir en el ejercicio de esta prerrogativa por parte de la Administración pública y la necesaria primacía de la salvaguarda del interés público, especialmente tras las innovaciones introducidas por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Así, la modificación contractual queda vinculada por el ordenamiento a conceptos jurídicos indeterminados tales como “causas imprevistas” o el “interés público”, lo que según el autor exige un notable esfuerzo, especialmente, en sede de la Administración consultiva. Además, en el artículo se hace un deslinde de la figura de la modificación contractual respecto de otras figuras próximas tales como las obras complementarias...

Pero las modificaciones contractuales tienen necesariamente una proyección en el contratista, y el autor aborda también la repercusión que para él tiene el ejercicio del “*ius variandi*” por la Administración. La primera de ellas es que el propio ordenamiento establece una garantía para el contratista de suerte que aquellas modificaciones que superen ciertos límites en relación con el presupuesto o impliquen la alteración sustancial del proyecto no serán de aceptación obligatoria por parte de aquél.

También se aborda en las páginas precedentes el *iter* procedimental de las modificaciones contractuales para concluir en un estudio detallado de los supuestos de nulidad y anulabilidad de las modificaciones contractuales como consecuencia de las irregularidades en su tramitación. Situación esta que, a su vez, puede dar lugar a que el contratista reclame a la Administración la correspondiente responsabilidad patrimonial o, en su caso, recurra a una reclamación por enriquecimiento injusto de la Administración, lo que lleva el análisis hacia la concreción de estas dos vías realizada por la Jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Contratos administrativos. Modificación contractual. Función consultiva. Responsabilidad patrimonial. Indemnización.

ABSTRACT

The exercising of the “*ius variandi*” on the part of the Public Administration Authorities in the midst of a contractual relationship, far from being an exceptional reality, constitutes, in the words of Villar Palasi, “what is normal in the life of the contract”.

However, this article departs from the reality that abusive use of this prerogative on the part of the Administration may seriously affect the principles of openness, free competition and efficiency among other things, which really ought to be the guiding factors as to how the Public Powers act. In this way, deviant use of the “*ius variandi*” may bring about the creation of authentic *ex novo* administrative contracts which would represent fraud as regards the licit principle and consequently violate the principles of publicity and free competition.

Therefore, the author analyses in detail the requisites which must be combined in the exercising of this prerogative on the part of the public Administration Authority and the primacy necessary for the safeguarding of public interest, especially after the innovations introduced by the Law no. 30/2007 of Public Sector Contracts. Thus, contractual modification is linked by the judicial code to undetermined judicial concepts such as “unforeseen causes” or “public interest” which, according to the author, demands a considerable effort, especially at the heart of the consultative Administration. Additionally, in the article a distinction is made between the concept of contractual modification and other close concepts such as complementary works...

However, contractual modifications need to have implications with the contractor, and the author also deals with the repercussions which, in his opinion, the exercising of the “*ius variandi*” by the Administration Authority has. The first of them is that the very code establishes a guarantee for the contractor in such a way that he or she will have no obligation to accept those modifications that surpass certain limits in relation to the budget or imply considerable alteration of the project.

In the preceding pages, the procedural *iter* of contractual modifications is dealt with so as to conclude with a detailed study of nullity and annullability of the contractual modifications as a consequence of the irregularities in its processing. The situation is such that, for its part, it may create a scenario where the contractor claims the corresponding patrimonial responsibility from the Administration Authority or, should the case arise, have recourse to a claim for unjust acquisition of wealth of the Administration Authority, which brings the analysis to the precision of these two procedures executed by the Case-law.

KEY WORDS: Administrative contracts. Contractual modification. Consultative function. Patrimonial responsibility. Indemnity.