

Dictamen 18/05 (Ref. A.G.-Entes Públicos). Las entidades sometidas a la Ley 48/1998 cuyos contratos se rijan, en cuanto a sus efectos y extinción, por el Derecho privado, no pueden ejercer la prerrogativa de modificación del contrato.

Determinado en la forma que acaba de indicarse el régimen jurídico al que se someten los contratos de que se trata, ha de quedar excluido el ejercicio del ius variandi por parte de la entidad X, es decir, el ejercicio de la potestad de modificación unilateral del contenido de los contratos que es de obligatorio cumplimiento para el contratista, y ello en razón de que dicha potestad (que se configura como un poder de la Administración exterior al contrato, aunque incidente sobre él) es aplicable a los contratos regidos por el Derecho público, esto es, a los contratos administrativos y no a los contratos sometidos al ordenamiento jurídico privado como, según se ha dicho, es del caso. El propio escrito de consulta así lo viene a reconocer desde el momento en que alude a «la necesidad de adaptar, mediante modificaciones pactadas con los adjudicatarios, los contratos adjudicados a los mismos.» (apartado 4 de los «fundamentos jurídicos para la modificación contractual»).

Excluido, por las razones indicadas, el ejercicio del «ius variandi» por parte de X, tampoco resulta jurídicamente correcto invocar la aplicación de la «cláusula rebus sic stantibus», y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen:

(2) Requisitos para la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus».

En relación con la cláusula «rebus sic stantibus», la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2000 declara lo siguiente:

«Para que proceda la referida cláusula en los contratos duraderos, según jurisprudencia reiterada de esta Sala, desde las decisivas sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941 y 17 de mayo de 1957, se parte de que, no obstante apoyarse en principios de equidad, su aplicación por los Tribunales ha de hacerse cautelosamente y con moderación y así sólo procede cuando se cumplen los requisitos que exige la doctrina jurisprudencial atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso (sentencia de 7-11-1992), y vienen a consistir en que se produzca alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación a las previstas al tiempo de su celebración (sentencias de 17-11-1993, 14-12-1993, 4-2-1995 y 29-1-1996), tratándose, por tanto, de circunstancias imprevisibles por completo (sentencias de 23-4-1991, 6-11-1992 y 4-2-1999) y que vienen a actuar aportando una desproporción inusitada y exorbitante, fuera de todo cálculo, que aniquila el necesario equilibrio de las prestaciones (sentencias de 15-3-1999 y 29-5-1996) otorgándose a la referida cláusula efectos modificativos del contrato, encaminados a compensar el desequilibrio obligacional instaurado —lo que supone plantear demanda o, en su caso, su petición por vía reconventional—, pero no autoriza la extinción o resolución de la relación por alteración sobrevenida de la base negocial (sentencias de 6-11-1992, 15-3-1994 y 19-6-1996), lo que cabría considerar teóricamente si se diera desaparición total de dicha base, determinante de la imposibilidad plena en el cumplimiento de las prestaciones.»

Como fácilmente se colige de la lectura de la sentencia transcrita, y así lo pone de manifiesto la doctrina más autorizada, la teoría de la cláusula «rebus sic stantibus» contempla el supuesto, y sólo a él queda referido, de alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias que hacen en extremo onerosa para una de las partes la ejecución del contrato en los términos

convenidos, aniquilando el necesario equilibrio económico de las prestaciones. Pues bien, en el supuesto a que se refiere el presente informe no se suscita en realidad, en cada uno de los contratos de que se trata, un desequilibrio económico de las prestaciones en términos tales que para una de las partes la ejecución del contrato se haya tornado excesivamente onerosa; lo que se suscita, a razón de las circunstancias reseñadas en los antecedentes del escrito de consulta, es la innecesariedad, para X, de adquirir el número de unidades o elementos (cabezas tractoras y trenes) convenidos en dichos contratos, lo que es muy distinto; así lo corrobora la circunstancia de que se propone una ampliación de los plazos de entrega, una modificación dentro de un mismo contrato, del número de elementos del mismo, aumentando unos y disminuyendo otros, y, en fin, la resolución parcial de un contrato y la compensación al contratista de los perjuicios que de ello se le seguirían mediante la adjudicación al mismo de un nuevo contrato, alteraciones o modificaciones todas ellas que no guardan relación con las consecuencias a que da lugar la doctrina de la «cláusula rebus sic stantibus».

(3) Requisitos para apreciar el «factum principis».

Tampoco resulta jurídicamente correcta la invocación de la figura del «factum principis». Con la denominación de «factum principis» se alude a medidas administrativas de carácter general que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato ni tampoco lo pretendan, inciden o repercuten sobre el propio contrato, haciendo su ejecución más onerosa para el contratista sin culpa de éste. Siguiendo la doctrina del Consejo de Estado francés (Arrêt Aurrant de 10 de febrero de 1943), el dictamen del Consejo de Estado español de 3 de noviembre de 1948, reproducido en otros posteriores, exige los siguientes requisitos para que pueda hablarse en principio de «factum principis»:

1. Que se trate de un acto de autoridad con eficacia bastante para ser impuesto en la ejecución de los contratos, esto es, debe haber una relación directa de causalidad entre la disposición administrativa y la elevación de costes, pues el «factum principis» debe ser la causa y no la ocasión de aumento, por lo que no es operante cuando se trata de «disposiciones de carácter general y universal» que sólo de manera indirecta generan el aumento de costes.

2. Que el perjuicio causado por el «factum principis» sea especial, excluyéndose, pues, las medidas de carácter absolutamente general cuyas consecuencias deben ser consideradas como cargas públicas impuestas a la colectividad, por lo que librar de ellas al contratista sería tanto como privilegiarle respecto de los demás agentes económicos privados.

La propia configuración, en los términos que han quedado expuestos, del «factum principis» hace inviable, en los casos de que se trata, el recurso a esta figura. En efecto si el «factum principis» hace referencia a una medida administrativa general que incide o repercute en el contrato haciéndolo más oneroso para el contratista, fácilmente se comprende que la figura de que se trata no guarda relación con los supuestos a que se refiere el presente informe, ya que lo que en éstos se plantea no es, a consecuencia de una disposición administrativa, un encarecimiento de los costes de la prestación a que se obliga el contratista, sino, como se ha dicho al tratar de la cláusula «rebus sic stantibus», la innecesariedad, para X, de adquirir el número de unidades o elementos (cabezas tractoras y trenes) convenidos en los contratos, lo que es muy distinto. Es más, si el efecto natural y propio del «factum principis» es la compensación o indemnización al contratista, por la mayor onerosidad que se le causa, en los supuestos de que se trata la cuestión no se plantea en términos de indemnizar a los contratistas, sino en términos de modificar los plazos de entrega y los elementos o unidades

convenidas en los contratos sustituyendo unos por otros, todo lo cual demuestra que no se está ante un caso en el que pueda apreciarse la concurrencia del «factum principis».

(4) Las entidades sometidas a la Ley 48/1998 cuyos contratos se rijan en cuanto a sus efectos y extinción, por el Derecho privado, pueden acordar una novación modificativa del propio contrato con sujeción a los requisitos generales del Código civil, salvo que aquélla supusiera una alteración sustancial contraria a los principios de publicidad y concurrencia.

Descartada, por las consideraciones precedentes, la aplicación, además del ejercicio del «ius variandi», de las figuras de la cláusula «rebus sic stantibus» y del «factum principis», y dado que, según se ha indicado en el fundamento jurídico anterior, a los contratos de continua referencia les es aplicable el ordenamiento jurídico-privado en cuanto a su régimen jurídico de fondo (efectos y extinción), no existe duda de que, desde la perspectiva estrictamente jurídico-privada, serían perfectamente admisibles las modificaciones que se proponen por vía de novación de los contratos adjudicados por X prestando para ello su consentimiento los adjudicatarios de los mismos.

En efecto, aunque el artículo 1156 del Código Civil (CC) enumere a la novación como causa extintiva en las obligaciones, es criterio doctrinal y jurisprudencial unánime que la novación actúa también como figura modificativa y no sólo extintiva de las obligaciones y, por extensión, de los contratos; a este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede sintetizarse en las siguientes reglas o criterios:

1. *«Lo normal es que exista novación modificativa no extintiva, pues esta última se configura como excepcional en los artículos 1203, 1204 y 1207 del CC, y ello porque la novación no se presume nunca y debe constar de forma expresa; por lo que no puede declararse en virtud de presunciones únicamente, por muy razonables que sean —sentencia de 11 de febrero de 1965—. Por consiguiente, hay que estimar novadas de un modo puramente modificativo, no extintivo, las obligaciones en las que se expresa o tácitamente se modifican por acuerdo bilateral las condiciones primitivamente establecidas» (sentencia de 23 de julio de 1991).*

2. *«Para estimar la existencia de una novación modificativa basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla, sin necesidad de constancia de carácter documental y es por ello por lo que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido también con harta reiteración y de la que son muestra las sentencias de 16 de febrero de 1983, 4 de junio y 21 de diciembre de 1985 y 10 de julio y 8 de octubre de 1986, que las cuestiones relativas a la apreciación de hechos determinantes de la novación es facultad propia de la Sala sentenciadora en la instancia» (sentencia de 26 de enero de 1988).*

3. *«El concepto romano de novación está ampliado considerablemente en el Derecho español, que incluye dentro de aquél no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la modificación convencional de las obligaciones (la llamada novación impropia o modificativa) y el deslinde entre una y otra ha de hacerse teniendo en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación de tal modo que si ésta subsiste, pero varía alguna de sus condiciones principales, permitiendo el vínculo, aunque modificado, se produce la novación impropia» (sentencia de 16 de febrero de 1983).*

4. *«Según tiene declarado esta Sala, en casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la novación modificativa y no la extintiva de la obligación» (sentencia de 29 de enero de 1982).*

Admitida, a la vista de la jurisprudencia de que se ha hecho mención, la figura de la novación impropia o simplemente modificativa de una obligación preexistente, constituyendo dicha novación impropia la regla o norma general, no cabe apreciar ningún impedimento jurídico para que las partes que han dispuesto la autorregulación de sus respectivos intereses mediante el otorgamiento del oportuno contrato puedan, en aplicación del principio general de autonomía de la voluntad que sanciona el artículo 1255 del CC, introducir en dicho contrato, subsistiendo el mismo vínculo contractual, las modificaciones que tengan por conveniente novando impropia de esta forma aquél.

Así las cosas, y puesto que la relación contractual que median entre X y las empresas adjudicatarias de los contratos de que aquí se trata se rigen, según lo indicado en el fundamento jurídico precedente, por el ordenamiento jurídico-privado en cuanto a sus efectos y extinción, no habría inconveniente alguno, desde esta perspectiva jurídico privada, en que, mediando el consentimiento de ambas partes, se modificasen los contratos de suministro a que se refiere el presente informe.

Si, según lo razonado, no existe, desde el punto de vista jurídico-privado, ningún impedimento para que válidamente se efectúen las modificaciones que se pretenden, debe examinarse todavía si lo anterior es jurídicamente posible desde la perspectiva jurídica-pública que comportan las exigencias que establece la antes citada Ley 48/1998, de 30 de diciembre, respecto de los contratos sometidos a su ámbito de aplicación.

En efecto, como se ha indicado en el fundamento jurídico I del presente informe, la Ley 48/1998 no prejuzga el carácter administrativo o privado de los contratos a que afecta; ahora bien, dicho texto legal, tratándose, como es del caso, de contratos cuyos importes sean iguales o superiores a los fijados en su artículo 8, los somete a determinados procedimientos de adjudicación y selección de los contratistas, implantando, en lo que aquí importa, el mismo principio general que inspira el régimen de contratación que disciplina la LCAP, cual es el principio de publicidad y concurrencia; en este sentido, el artículo 10 de la Ley 48/1998 dispone lo siguiente:

«Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia salvo las excepciones en ella previstas y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación».

En el ámbito de la contratación pública, esto es, en el ámbito de los contratos administrativos, los principios de publicidad y concurrencia (cfr. artículo 11.1 de la LCAP) comportan una limitación o, al menos, una modulación del «ius variando» o potestad de modificación del contrato que asiste al órgano de contratación (cfr. artículo 101 de la LCAP).

Ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid., por todas, sentencia de 28 de febrero de 1989 bien que esta resolución judicial no se refiere propiamente a los mencionados principios) declara improcedente el ejercicio del «ius variandi» cuando con ello se afecte a las estipulaciones esenciales del contrato o, lo que es lo mismo, cuando por consecuencia del ejercicio de esa potestad se altere en lo sustancial el contrato. Así, en su fundamento de derecho segundo se dice lo siguiente:

«... por otra parte, no se ha de olvidar que, si bien el artículo 18 de la LCE y su correlativo artículo 50 del RCE conceden al órgano de contratación la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, —cual es el de actual referencia—, así como resolver las dudas que

ofrezca en cumplimiento, pudiendo incluso modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución, sin embargo ello ha de hacerse —como dichos preceptos establecen— dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos establecidos en la citada normativa jurídica, sin que ello quiera decir que tal modificación unilateral puede afectar a las estipulaciones esenciales del contrato...».

Más particularmente, y ya con referencia a los principios de publicidad y concurrencia, es doctrina reiterada del Consejo de Estado que la introducción de alteraciones sustanciales en los objetos de los contratos infringe los principios de publicidad y concurrencia.

El dictamen del Alto Cuerpo Consultivo nº 2582/95, de 1 de febrero de 1996, con cita del dictamen nº 1508/93, de 10 de febrero de 1994, declara lo siguiente:

«Como viene reiterando este Alto Cuerpo Consultivo, resulta esencial la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar los proyectos de obras, de forma que sólo excepcionalmente haya de acudir a la ulterior modificación objetiva del contrato, pues, de lo contrario, prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto del tipo de obras que habría de ejecutarse y hasta suponer, en rigor, la existencia de un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación.

En análogo sentido se pronuncian, entre otros muchos los dictámenes de 26 de septiembre de 1991, número 1021/91 y 23 de enero de 1992, número 1629/21.

Fácilmente se comprende que la introducción de profundas modificaciones en los objetos de los contratos, sin dar lugar a ninguna licitación (al adjudicarlos al contratista que ha comenzado ya a ejecutar el proyecto original) puede lesionar los principios de publicidad y concurrencia consagrados por el legislador (artículo 13 de la LCE y 11.1 de la LCAP)».

En el dictamen nº 79/1993, de 1 de abril de 1993 se dice, en el mismo sentido, lo siguiente:

«Como ha recordado el Consejo en numerosos dictámenes, la legislación sobre contratos del Estado limita la potestad de la Administración para modificar proyectos de obras y, como consecuencia de tal modificación, el contrato mismo. Concretamente, el artículo 149 del RCE dispone que la Administración sólo podrá acordar modificaciones en el proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al elaborar el proyecto...

El sometimiento a cauces estrictos del ius variandi de la Administración tiene su razón de ser precisamente en las salvaguardas del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración pueda variar tales condiciones en determinadas circunstancias y por razones de interés público llevan a admitir el citado ius variandi de la Administración pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar, como se dice, la indebida alteración del referido principio de licitación pública. La adjudicación al contratista originario de la ejecución de proyectos modificados comporta de esta manera una excepción a la exigencia de concurrencia pública en la adjudicación de los contratos administrativos y como tal debe ser interpretada...».

Recalcando la idea de que no es posible introducir, por vía del ejercicio del *ius variandi*, modificaciones de tal entidad que se equiparen a un contrato nuevo, deben traerse a colación los dictámenes números 5473/1990, de 28 de junio de 1990 y 1254/93, de 21 de octubre de 1993.

En el primero de dichos dictámenes se dice:

«las causas de celeridad y economía que explican y amparan la derogación parcial del principio de concurrencia en que consiste la prerrogativa de modificación unilateral del contrato pierden su razón de ser cuando aquella alteración adquiere tal magnitud que se equipara a un contrato nuevo».

En el segundo, el Alto Cuerpo Consultivo declara:

«En el presente caso, como se deduce del contenido del proyecto, se trata en realidad de una variación en la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse; se trata en fin de un proyecto nuevo, lo que ha de dar lugar a un expediente nuevo de contratación, y en definitiva a un contrato administrativo distinto (...) La aparición de necesidades nuevas no puede justificar la adjudicación de todo un nuevo contrato administrativo con quiebra de los principios de publicidad y concurrencia...».

La doctrina mantenida por el Consejo de Estado es, finalmente, la misma que sostiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Así, y reiterando el criterio mantenido en su informe número 48/1995, de 21 de diciembre, en su informe número 52/00, de 5 de marzo de 2001 se dice lo siguiente:

«Dejando aparte que las modificaciones que se pretende introducir no parecen tener un encaje adecuado en el artículo 74 de la LCE y en el artículo 164 de la LCAP, lo cierto es que, como ya declaró esta Junta en su informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 (expedientes 48/95 y 47/98) hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos, puesto que <celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato (...) la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce...>».

Pues bien, si, en relación con los contratos administrativos y a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, más concretamente, de la doctrina del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, los principios de publicidad y concurrencia a que aquéllos contratos están sometidos tienen por consecuencia el efecto de impedir alteraciones sustanciales de aquellos contratos, es decir, alteraciones que por su magnitud o entidad han de equipararse a un contrato nuevo, este mismo criterio ha de entenderse aplicable a los contratos incluidos, como es del caso, en el ámbito de aplicación de la citada Ley 48/1998, desde el momento en que estos últimos han de ajustarse, por expresa prescripción legal (artículo 10 de dicho texto legal) a los principios de publicidad y concurrencia, y ello aunque se trate de contratos sometidos, en cuanto a sus efectos y extinción, al ordenamiento jurídico-privado. En efecto, no tendría sentido alguno que los principios de publicidad y concurrencia

impidan que se introduzcan modificaciones sustanciales (a ejecutar por los adjudicatarios de los contratos originarios que son objeto de esas modificaciones) en los contratos administrativos y, en cambio, que permitan la introducción de modificaciones de ese carácter (a ejecutar también por los adjudicatarios de los contratos originarios objeto de esas modificaciones) en contratos sometidos igualmente, pese a regirse por el ordenamiento jurídico-privado en cuanto a sus efectos y extinción, a los repetidos principios de publicidad y concurrencia; entender lo contrario y admitir que en estos últimos contratos son posibles modificaciones de ese carácter (a ejecutar por los adjudicatarios de los contratos originarios) equivaldría a desconocer y dejar sin valor alguno tales principios. En definitiva, y dicho en otros términos, el efecto o consecuencia que se derivaría de la caracterización jurídico-privada del contrato de que aquí se trata —modificabilidad del objeto del mismo, aun de carácter sustancial, por mutuo acuerdo de ambas partes— queda limitada y, en rigor, excluida por razón de las exigencias que comporta la funcionalidad de los repetidos principios de publicidad y concurrencia que, de esta forma se sobreponen a la regla, propia de toda relación contractual, de modificabilidad del objeto del contrato por acuerdo de las partes que lo otorgaron, prevaleciendo sobre la misma.