



Informe 9/2022, de 17 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Conseqüències jurídiques de la modificació d'un contracte sense tramitar el procediment establert legalment

ANTECEDENTS

I. Des de l'Ajuntament de Sitges s'ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Pública en relació amb si "la manca de tramitació de procediment de modificació d'un contracte suposa un vici de nul·litat absoluta o si suposa un vici d'anul·labilitat d'acord amb l'article 40 de la Llei 9/2017 de Contractes del Sector Públic".

Concretament, en l'escrit de petició d'informe s'indica que "s'ha procedit a la modificació d'un contracte d'execució d'obres de facto, sense la tramitació del procediment establert a l'efecte malgrat es donen els requisits substantius per procedir a la seva modificació", i aclareix que "durant l'execució de l'obra, s'ha procedit a instàncies de la Direcció Facultativa a modificar l'obra que s'està executant incrementant el seu preu final, sense que s'hagi tramitat el procediment establert, tot i que es podria haver tramitat d'acord amb l'article 205 2 b) de la Llei referida", i que "aquesta anomalia es posa de manifest quan l'execució de l'obra ja ha finalitzat i en el moment en que es presenta la factura per part de l'empresa adjudicatària del contracte". En relació amb aquest supòsit de fet es formulen les qüestions següents:

"1. Una modificació contractual en la qual es compleixen els requisits i circumstàncies substantius però que es tramita un cop la modificació del contracte ja s'ha executat prèviament de facto:

- a) És un supòsit de nul·litat de ple dret previst i regulat a l'article 47.1 e) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions públiques a que es remet l'article 39.1 de LCSP; o bé,
- b) és un supòsit d'anul·labilitat d'acord amb l'article 40 de la Llei 9/2017 de Contractes del Sector Públic, que abastaria no només els aspectes substantius de les modificacions previstos als articles 204 i 205 de la referida llei, sinó també el procediment administratiu aplicable, i per tant seria una situació convalidable amb posterioritat, i per tant procediria la seva aprovació extemporània o fins i tot,
- c) és una irregularitat no invalidant de l'acte administratiu.

2. En el supòsit que a més de manca de procediment, ens trobéssim amb un supòsit d'incompliment també dels requisits establerts als articles 204 i 205, per manca de causa legítima per modificar o be per un excés dels llindars percentuals establerts:

- a) Ens trobaríem davant d'un acte anul·lable d'acord amb l'article 40 de la Llei de Contractes del Sector Públic; o bé
- b) Ens trobaríem davant d'un acte nul de ple dret per quan s'hauria eludit la tramitació de la nova licitació que caldria haver tramitat d'acord amb l'article 203.2 de la Llei de Contractes del Sector Públic."

II. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació pública, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. La modificació dels contractes: una prerrogativa que ha d'exercir l'Administració

L'Ajuntament de Sitges planteja la qüestió de quin és el tipus d'invalidesa que ha de comportar el fet de modificar un contracte d'obres *de facto*, sense tramitar el procediment que estableix la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), i distingeix dos supòsits diferents, en funció de si concorren o no els requisits i les circumstàncies substantives establertes per la normativa de contractació pública per dur a terme la modificació.

Tenint en compte els termes en els quals l'entitat sol·licitant descriu el supòsit de fet que motiva la petició d'informe, al·ludint al fet que l'anomalia de la modificació *de facto* del contracte "es posa de manifest quan l'execució de l'obra ja ha finalitzat i en el moment en que es presenta la factura per part de l'empresa adjudicatària del contracte", es pot donar a entendre que la modificació no obeeix a una decisió de l'Administració, es considera adient recordar que la modificació dels contractes administratius es configura a l'article 190 de la LCSP com una prerrogativa de l'Administració que procedeix per raons d'interès públic, que s'ha d'exercir conforme amb el procediment establert en l'article 191 de la LCSP, tenint en compte les especialitats procedimentals que fixa l'article 207 de la LCSP i d'acord amb els requisits i en els casos previstos en els articles 203 a 205 de la LCSP.

Així, la prerrogativa de tramitar i aprovar la modificació d'un contracte correspon únicament a l'òrgan de contractació, sense que sigui possible que es produeixi mitjançant una modificació *de facto* duta a terme per l'empresa contractista, malgrat que sigui a instància de la direcció de l'obra –la qual, en cas de detectar durant l'execució del contracte la necessitat de modificar la prestació pactada inicialment, ha de comunicar-ho a l'òrgan de contractació perquè sigui aquest òrgan qui, amb la valoració prèvia de la concurrència de les circumstàncies i els requisits establerts per la normativa, tramiti i aprovi l'expedient de modificació corresponent. Per tant, en cas que un cop finalitzada una obra, quan s'hagi de recepcionar, l'òrgan de contractació constati que s'ha executat en uns termes diferents dels fixats en el contracte sense que la modificació procedeixi de la seva decisió, d'acord amb l'article 243 de la LCSP, hauria de valorar si malgrat els canvis introduïts, l'obra es troba en bon estat i compleix les prescripcions previstes per ser rebuda.¹

¹ Tal com disposen l'article 210 i l'article 238 de la LCSP, respectivament, el contracte s'entén complert pel contractista quan aquest hagi realitzat "d'acord amb els termes d'aquest i a satisfacció de l'Administració", la totalitat de la prestació i les obres s'han d'executar "amb estricta subjecció a les estipulacions que conté el plec de clàusules administratives particulars i al projecte que serveix de base al contracte i d'acord amb les instruccions que en interpretació tècnica d'aquest doni al contractista la direcció facultativa de les obres".

En cas afirmatiu, procediria aixecar l'acta de recepció corresponent –deixant, si escau, constància de les reserves que procedissin respecte de les modificacions que, si bé no obsten que l'obra compleixi els requisits i pugui ser recepcionada, no formen part de la prestació contractada² i efectuar el pagament pertinent conforme amb el que es va fixar en el contracte, sense tenir en compte l'excés eventual de preu en què s'hagi incorregut per haver executat la prestació en uns termes diferents dels pactats.³

En cas contrari, si atesos els canvis produïts, l'obra no compleix els termes pactats i, en conseqüència, el resultat final no dona cobertura a les necessitats de l'entitat contractant, les obres no es trobarien en estat de ser rebudes, la qual cosa s'hauria de fer constar en l'acta, en què s'hauria de detallar els defectes que s'observessin i concretar les instruccions per corregir-los, atorgant un termini per fer-ho.

Per tant, feta aquesta consideració prèvia, es dona resposta a les qüestions plantejades partint de la premissa que, com no pot ser d'altra manera, la modificació del contracte en el supòsit de fet que es planteja es va dur a terme, malgrat que *de facto*, per decisió de l'òrgan de contractació.

II. El règim d'invalidesa dels contractes i dels actes subjectes a la LCSP. Possibles supòsits d'invalidesa aplicables a la modificació *de facto* d'un contracte

Per donar resposta a la pregunta de quin tipus de vici comporta i quines conseqüències jurídiques deriven de la modificació d'un contracte d'obres *de facto*, sense seguir el procediment establert a l'efecte en la LCSP, cal partir de la regulació del règim d'invalidesa aplicable als contractes i actes regulats per la LCSP, continguda en el seu capítol IV, del títol III, del llibre I, articles 38 a 43.⁴

² En la [Sentència de 28 d'octubre de 1997](#), analitzant la petició d'interessos del contractista per l'excés d'obra realitzat sense la tramitació de la corresponent modificació contractual, el Tribunal Suprem afirma que “en supuestos como el presente, en los que no hay coincidencia entre la obra contratada y la efectivamente realizada y recibida, la Administración entra a ocupar la edificación en que las obras consistían, sin formular protesta ni reserva alguna por el exceso de obra efectuada (...) tal conducta equivale a aceptar la prestación realizada por la contraparte, con la secuela de estar obligado a realizar, también, la contraprestación que de dicho exceso se deriva, y ello con independencia del contenido de las obligaciones contractuales establecidas”.

³ En la [Sentència de 28 de gener de 2000](#) el Tribunal Suprem afirma, en relació amb “una ampliación de la obra basada en una decisión unilateral imputable a la empresa contratista, sin que exista una modificación del contrato realizada por la Administración”, que “debemos pues aplicar la doctrina de que, si bien es cierto que el contratista tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, constituye regla general que el cumplimiento y efecto de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas (cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización)” i que en aquest sentit es va pronunciar la sentència de 27 de juny de 1988.

⁴ Aquesta regulació estableix els supòsits d'invalidesa (article 38), les causes de nul·litat de dret administratiu (article 39), les d'anul·labilitat de dret administratiu (article 40), el procediment de revisió d'ofici (article 41), els efectes de la declaració de nul·litat i d'anul·labilitat (article 42), i el règim procedimental en cas de causes d'invalidesa de dret civil (article 43).

Pel que fa a les causes de nul·litat, l'article 39 de la LCSP remet a les causes de nul·litat generals del dret administratiu previstes en l'article 47 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPAC), d'entre les quals cal assenyalar, als efectes de la qüestió que s'analitza, la relativa a actes dictats prescindint totalment i absolutament del procediment legal establert (article 47.1.e).⁵

Per la seva banda, l'article 40 de la LCSP disposa que les altres infraccions de l'ordenament jurídic –les que no comportin nul·litat de ple dret–, i especialment la infracció de les regles contingudes en la LCSP, constitueixen causes d'anul·labilitat de conformitat amb el que estableix l'article 48 de la LPAC, i enumera entre les causes específiques que poden comportar l'anul·labilitat l'incompliment de les circumstàncies i els requisits que exigeixen els articles 204 i 205 per a la modificació dels contractes.⁶

Per tant, la invalidesa de dret administratiu pot ser de nul·litat absoluta o de ple dret, o de nul·litat relativa o anul·labilitat, constituint la primera el grau màxim d'invalidesa dels actes administratius, que ha de ser objecte d'una interpretació restrictiva, en tant que determina, amb caràcter general, que l'acte o contracte al qual afecta té un defecte que no el fa apte per produir cap tipus de conseqüències jurídiques i que es pot apreciar sense necessitat que sigui exercida cap acció per part de les persones interessades i és imprescriptible. En canvi, l'anul·labilitat es dona quan l'acte administratiu que infringeix l'ordenament jurídic no reuneix els requisits formals indispensables per aconseguir la seva finalitat, o produeix indefensió a les persones interessades, o bé quan es realitza fora del termini establert sempre que així ho imposi la naturalesa del terme o termini, i desplega tots els efectes mentre no s'invalidi la seva eficàcia mitjançant l'acció d'anul·labilitat corresponent, que prescriu una vegada transcorrin quatre anys des que es va dictar l'acte. La resta de defectes o vicis que no tinguin cabuda en cap de les categories anteriors poden qualificar-se com a irregularitats no invalidants, en tant que defectes de forma o de procediment que no varien el contingut material de l'acte i que, per seguretat jurídica i economia processal, no comprometen la seva validesa jurídica –si bé

⁵ A més d'aquesta remissió a la LPAC, l'article 39 de la LCSP recull com a causes de nul·litat de ple dret específiques en matèria de contractació pública, que no resulten d'aplicació al supòsit de fet que s'analitza, les relatives a la falta de capacitat, de solvència, d'habilitació empresarial o professional o de la classificació requerida; la concurrència en l'adjudicatària d'una prohibició de contractar; la carència o insuficiència de crèdit, llevat dels supòsits d'emergència; la manca de publicació de l'anunci de licitació i la inobservança del termini per a la formalització del contracte en circumstàncies determinades; la formalització del contracte sense respectar la suspensió derivada, si escau, de la interposició d'un recurs especial en matèria de contractació; l'incompliment de les normes d'adjudicació dels contractes basats en un acord marc formalitzat o dels contractes específics basats en un sistema dinàmic d'adquisició en determinats casos; i l'incompliment greu de les normes de dret en matèria de contractació pública de la Unió Europea quan aquest incompliment comporti que el contracte no s'hauria hagut d'adjudicar al contractista i així ho hagi declarat el Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

⁶ Les altres causes específiques fixades en aquest precepte que poden comportar l'anul·labilitat són la inclusió o concurrència de disposicions, resolucions, clàusules o actes dels poders adjudicadors que atorguin, de manera directa o indirecta, avantatges a les empreses que hagin contractat prèviament amb qualsevol Administració, i l'adopció d'encàrrecs acordats pels poders adjudicadors per a l'execució directa de prestacions a través de mitjans propis quan no observin els requisits establerts en la pròpia LCSP. A més, d'acord amb l'article 48 de la LPAC, són anul·lables els actes de l'Administració que incorrin en qualsevol infracció de l'ordenament jurídic, fins i tot la desviació de poder, si bé "el defecte de forma només determina l'anul·labilitat quan l'acte no tingui els requisits formals indispensables per assolir el seu fi o doni lloc a la indefensió dels interessats" i "la realització d'actuacions administratives fora del temps establert per a aquestes només implica l'anul·labilitat de l'acte quan així ho imposi la naturalesa del terme o termini".

poden comportar responsabilitat disciplinària.⁷

En definitiva, els graus d'invalidesa de nul·litat, anul·labilitat i simple irregularitat no invalidant es defineixen per la concurrència dels supòsits establerts legalment i en relació amb els altres, de manera que l'anul·labilitat es produeix quan el vici o defecte que infringeix l'ordenament jurídic no pot qualificar-se com a nul·litat, per no comportar una infracció de l'ordenament de les establertes amb caràcter taxat que doni lloc a aquell grau màxim d'invalidesa, ni tampoc com una simple irregularitat no invalidant de l'acte, atès que té suficient entitat per alterar els seus efectes.⁸

Així mateix, a l'hora de qualificar un vici o defecte com a nul, anul·lable o com a simple irregularitat no invalidant, cal tenir en compte també, tal com han considerat tant els òrgans jurisdiccionals com els consultius, que en dret administratiu i a diferència del que succeeix en el dret comú, la nul·litat radical o absoluta constitueix l'excepció, de manera que es produeix únicament en els supòsits legals taxats, la concurrència dels quals ha de ser objecte, com és sabut, d'una interpretació estricta i no extensiva, essent la regla general en seu administrativa l'anul·labilitat. En aquest sentit, tant la jurisprudència com els tribunals contractuals han considerat que en seu administrativa no procedeix la declaració de nul·litat d'un acte en aquells casos en què el nou acte o resolució que es dicti per esmenar-lo sigui idèntic –en sentit material– a aquell respecte del qual es declara el vici.⁹

⁷ Al règim d'invalidesa dels contractes del sector públic s'ha referit aquesta Junta Consultiva de Contractació Pública, entre altres, en els informes [3/2016, de 28 de juny](#), i [2/2017, d'1 de març](#).

⁸ En relació amb la delimitació d'aquestes categories d'invalidesa, el Tribunal Suprem ha afirmat, en la [Sentència d'1 de març de 2000](#) que “la finalidad que ha de presidir las decisiones de anulación de los actos administrativos (...) han de partir de que el defecto que acarree la anulabilidad del acto sea de tal entidad que haya tenido transcendencia bastante para posibilitar la alteración del resultado final”, considerant que “en caso de que no sea así, el defecto existente pierde sus características anulatorias y se transforma en mera irregularidad (...) no susceptible de ocasionar el efecto invalidante”.

⁹ El Tribunal Suprem recorda, entre d'altres, en la [Sentència de 15 de juny de 1990](#), que “es obvio que en el orden jurídico administrativo, el sentido finalista de la actuación administrativa, dirigida a la satisfacción del interés público, la necesaria celeridad de la actividad administrativa para la consecución de sus fines, la quiebra que para el interés público supondría la exigencia de una escrupulosa perfección jurídica de los actos administrativos y otros condicionamientos semejantes, han venido a sustituir el principio general de la nulidad de pleno derecho, que rige en el ámbito del derecho privado (...), por la situación inversa, en cuánto que la regla general es la anulabilidad o nulidad relativa, mientras lo excepcional es la nulidad absoluta o de pleno derecho”; criteri que continua sostenint en pronunciaments més recents, com per exemple, en la [Sentència 155/2017, de 2 de febrer de 2017](#), en la qual afirma que “los vicios de nulidad radical deben ser objeto de una interpretación estricta, de manera que, dentro de la teoría de la invalidez, la anulabilidad se erige en la regla general frente a la excepción que es la nulidad radical o de pleno derecho”. Així, ha sostingut l'aplicació moderada de la teoria de la nul·litat en l'esfera administrativa en la [Sentència de 23 de juny de 2003](#), respecte de la possible anul·labilitat d'un acte per la concurrència d'un defecte de forma, en la qual assenyala que “en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado”; com també, respecte d'un supòsit de nul·litat absoluta, en la [Sentència de 30 de novembre de 1993](#), en la qual afirma que “en la apreciación de supuestos vicios de nulidad, debe ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las desviaciones que

Pel que fa a la causa de nul·litat de ple dret que consisteix a haver-se dictat l'acte prescindint totalment i absolutament del procediment establert legalment, cal recordar en primer terme que, tal com ja ha indicat aquesta Junta Consultiva –en els informes 3/2016 i 2/2017, ja esmentats–, és doctrina reiterada del Tribunal Suprem considerar-la d'aplicació en aquells casos en què s'ha omès totalment i absolutament el procediment establert o en els quals s'ha omès algun tràmit essencial o fonamental. Així, el propi Tribunal Suprem ha precisat respecte d'aquesta causa de nul·litat que no tota omissió d'un tràmit essencial dona lloc a nul·litat absoluta, sinó que cal valorar i ponderar les conseqüències concretes que aquesta omissió ha produït a la part interessada, la manca de defensa que n'ha derivat i, sobretot, en què hauria variat l'acte administratiu originari si s'hagués complert el tràmit omès, i ha considerat que la nul·litat absoluta es produeix en aquells casos en què no s'ha realitzat cap dels tràmits del procediment, apropant-se a la via de fet, o bé també en els casos en què s'utilitza un procediment no previst.¹⁰

III. Conseqüència de la modificació d'un contracte *de facto* sense tramitació prèvia de procediment. Efectes respecte del pagament que procedeix a l'empresa contractista

Ateses les qüestions plantejades en la petició d'informe, cal donar resposta a quines són les conseqüències i efectes de la modificació d'un contracte –duta a terme, en tot cas, per part de l'Administració, d'acord amb el que s'ha assenyalat en la consideració jurídica primera–, sense la tramitació del procediment corresponent, tant en el cas que la modificació *de facto* es produeixi concurrent les circumstàncies i requisits que la LCSP estableix per dur-la a terme, com en el cas que no hi concorrin.

D'acord amb el règim d'invalidesa dels actes subjectes a la LCSP a què s'ha fet referència en la consideració jurídica anterior, la modificació *de facto* d'un contracte té encaix en la causa de nul·litat de ple dret que estableix l'article 39 de la LCSP, per remissió a les causes generals de nul·litat del dret administratiu previstes en l'article 47 de la LPAC, relativa a haver-se dictat l'acte "prescindint totalment i absolutament del procediment legalment establert". Certament, atès que en el supòsit de fet que s'analiza no s'ha dut a terme cap tràmit del procediment de

motivo, la situación y posición de los interesados en el expediente, y, en fin, cuantas circunstancias concurran, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado" i, sobre la base del principi d'economia processal, afirma "la improcedencia de declarar nulidades cuando el nuevo acto o resolución que se dicte, una vez subsanado el posible defecto formal, haya de ser idéntico en sentido material al anterior".

¹⁰ Per exemple, en la [Sentència de 28 de setembre de 2005](#) el Tribunal Suprem recorda que perquè l'acte hagi de ser qualificat com a nul, no n'hi ha prou amb l'omissió d'alguns dels tràmits del procediment, per important que sigui, sinó que quan s'ha omès algun tràmit, però no s'ha prescindit totalment i absoluta del procediment legalment previst, l'acte pot ser anul·lable, si no reuneix els requisits formals indispensables per produir els seus efectes o causa indefensió als interessats; i en la [Sentència de 7 de desembre de 2012](#), afirma que per apreciar aquesta causa de nul·litat el defecte ha de ser d'una naturalesa que l'omissió produïda sigui equiparable a l'absència total del procediment. En aquest mateix sentit, la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya ha considerat, en el [Dictamen 131/2021, de 5 de maig](#), que "de conformitat amb la jurisprudència, aquesta causa vinculada a la manca de procediment no és aplicable davant l'existència de qualsevol vici de procediment, sinó únicament, d'una manera coherent amb la naturalesa excepcional de la nul·litat de ple dret, en els supòsits en què aquest vici és més greu, en concret, en els tres supòsits següents: manca total de procediment, procediment diferent al legalment previst i ommissió de tràmits essencials".

modificació dels contractes, no procedeix ni tan sols haver de tenir en compte la delimitació feta pel Tribunal Suprem d'aquesta causa de nul·litat –precisant que no tota omisió d'un tràmit essencial dona lloc a la nul·litat absoluta, en els termes indicats en la consideració jurídica anterior–, en tant que és clara la consideració de nul·litat absoluta en els casos, propers a la via de fet, com és el cas plantejat en l'escrit de petició d'informe, en què no s'ha realitzat cap dels tràmits del procediment.¹¹

En aquest sentit, l'alteració dels termes d'un contracte *de facto* sense tramitar el corresponent expedient de modificació és equiparable a la realització d'una contractació verbal de manera que l'òrgan de contractació està encarregant i adquirint noves o diferents prestacions sense la cobertura contractual que correspondria, ja sigui a través de la tramitació de la modificació del contracte vigent, si concorren els requisits per dur-la a terme, o bé, en cas que no concorrin, mitjançant una nova licitació. En conseqüència, la modificació d'un contracte prescindint totalment i absolutament del procediment establert legalment a l'efecte equival a la contractació verbal de les noves prestacions o de les diferents a les pactades inicialment, constituint així una nova adjudicació efectuada de manera directa, eludint l'aplicació dels principis generals de la contractació pública.

D'acord amb el que s'ha exposat, es pot respondre ja a les dues qüestions objecte d'aquest informe de manera conjunta atès que, amb independència de si concorrien o no els requisits legals per dur-la a terme, la modificació d'un contracte *de facto* sense tramitar l'expedient de modificació en els termes establerts en la LCSP és nul·la de ple dret en haver-se produït amb omisió total i absoluta del procediment legal per adoptar-la. Essent la tramitació de l'expedient de modificació un pressupòsit habilitant perquè es produeixi –que no pot reconvertir-se en un instrument de “convalidació” d'una modificació ja introduïda– i essencial, tant pel que fa al seu contingut, com a la necessitat que sigui prèvia a l'adopció i l'execució de la pròpia modificació, no es pot considerar aplicable en aquest cas l'aplicació moderada de la teoria de la nul·litat en l'esfera administrativa a què s'ha fet referència en la consideració jurídica anterior.¹²

¹¹ Concretament, un cop proposada la modificació a l'òrgan de contractació per part de la direcció facultativa de l'obra, hauria procedit la tramitació d'un expedient contradictori que inclogués la proposta de modificació, la justificació de la concurrència de les circumstàncies i els requisits legals per dur-la a terme, l'audiència a la contractista i al redactor del projecte o de les especificacions tècniques, l'emissió dels informes corresponents en cada cas, l'aprovació motivada de l'expedient (que ha de ser degudament notificada a la contractista) i de les despeses complementaries necessàries, i la formalització de l'acord de modificació, amb la preceptiva publicitat de la modificació i la seva justificació, de conformitat amb els articles 63 i 207 de la LCSP, i podent ser a més susceptible de recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.2.d de la LCSP.

¹² La Comissió Jurídica Assessora de Catalunya afirma en el [Dictamen 402/2021, de 21 de desembre](#), respecte d'un supòsit d'encàrrec verbal d'unitats d'obra no previstes en el contracte original que van ser executades sense tramitar la corresponent modificació, que “no és necessari entrar a examinar si es donava o no alguna de les circumstàncies exigides legalment per a poder tramitar una modificació del contracte d'obres no prevista”, sinó que “el fet determinant, en relació amb la validesa de l'acte (...) és que no es discuteix que la direcció facultativa va efectuar la contractació verbal de les prestacions d'obra no incloses en el projecte constructiu sense instar la tramitació del projecte modificat o demanar l'autorització per a redactar el projecte modificat”, de manera que constitueix “un supòsit de contractació irregular, amb infracció de l'ordenament jurídic per prescindir totalment i absolutament del procediment establert legalment i, en conseqüència, amb concurrència de la causa de nul·litat de ple dret de l'article 47.1.e) de l'LPAC”. En el mateix sentit, la modificació d'un contracte prescindint totalment i absolutament del procediment ha estat considerada nul·la de ple dret tant pel Consell d'Estat, en el [Dictamen 454/1996, de 8 de febrer](#), i en el [Dictamen 1026/2009, de 16 de juliol del 2009](#), com per la

Adicionalment, es considera també procedent fer una breu referència dels efectes d'aquesta nul·litat de ple dret recordant en primer lloc que, de conformitat amb l'article 42 de la LCSP, procediria la restitució recíproca de les prestacions rebudes i, en cas de no ser possible, la devolució del seu valor, i s'obriria també la possibilitat que la part culpable hagués d'indemnitzar a l'altra pels danys i perjudicis causats. Així, atesa la improcedència de restituir una modificació *de facto* ja executada i rebuda de conformitat, l'òrgan de contractació hauria d'abonar a la contractista l'obra d'acord amb el que s'estableix en el contracte, més l'excés de preu, si és el cas, corresponent a les despeses en què hagi incorregut per dur a terme la modificació, en concepte d'indemnització per evitar l'enriquiment injust de l'Administració.

Per tant, les conseqüències de la invalidesa dels contractes pretenen la situació ideal de fer-ne desaparèixer tots els efectes, si bé és habitual a la pràctica que es produeixin situacions en què és procedent la compensació o la indemnització a alguna de les parts –habitualment a la contractista que ha assumit la realització de les prestacions–, i en aquest àmbit s'emmarca l'acció d'enriquiment injust, que comporta haver de determinar la compensació per evitar aquest enriquiment per les prestacions realitzades, de manera que s'hauria de limitar a aquest efecte.¹³

En tot cas, en tractar-se d'una situació irregular, aquesta compensació, derivada del deure d'evitar l'enriquiment injust de l'Administració i no d'una obligació contractual, s'hauria de limitar a l'estricta compensació econòmica dels costos d'allò que efectivament ha realitzat la contractista i l'òrgan contractant ha recepcionat de conformitat, sense incloure el benefici industrial.¹⁴ Tanmateix, prenent en consideració el grau de coneixement per part de l'empresa

Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, en [l'Informe 57/2000, de 5 de març del 2001](#), i la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, en [l'Informe 18/2013, de 25 de setembre](#).

¹³ Així ho va assenyalar aquesta Junta Consultiva en [l'Informe 2/2021, de 12 de febrer](#), i, en el mateix sentit, ja en la [Sentència de 20 d'octubre de 1987](#), el Tribunal Suprem va afirmar que “la aplicació del principi que veda el enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras de las reclamaciones por los excesos sobre el proyecto siempre que hubieren sido efectivamente entregados y realizados como consecuencia de órdenes de la Administración”, de manera que “si fueron efectivamente ordenadas las obras, los vicios existentes en las órdenes como consecuencia del incumplimiento de alguno de los citados requisitos de competencia o procedimiento (...) al no ser imputables al contratista, no podían oponerse a que el mismo percibiere su importe”. Així mateix, en la recent [Sentència 722/2022, de 13 de juny](#), en la que el Tribunal Suprem analitza si el dret al cobrament de l'import d'unitats d'obra executades al marge d'un contracte i sense tramitar la modificació pertinent, té caràcter indemnitzatori o és preu del contracte –de manera que el seu abonament un cop vençut el termini ha de donar lloc al corresponent abonament d'interessos–, precisa que en el supòsit “en el que la Administración siguió un procedimiento de revisión de oficio, con declaración de nulidad de las actuaciones de ejecución de unidades de obra en las que se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...), la naturaleza del pago de las unidades de obra ejecutadas fuera de proyecto tuvo un carácter indemnizatorio, como resulta de la propia resolución de declaración de nulidad, que fijó una indemnización en favor del contratista con expreso fundamento en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la Administración”.

¹⁴ En aquest sentit, la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya assenyala, en el Dictamen 402/2021, ja esmentat, respecte d'un supòsit d'encàrrec verbal d'unitats d'obra no previstes en el contracte i executades sense tramitar la modificació corresponent, va considerar que “el pagament del benefici industrial no s'ha d'incloure en el valor de la prestació a restituir, sinó que s'ha de reconduir a la via indemnitzatòria, que es pot tramitar dins del mateix procediment de revisió d'ofici, en els termes i les condicions establerts en l'article 42.1 de l'LCSP”.

contractista de la il·legalitat de la modificació, podria procedir també l'abonament d'aquell benefici industrial en la indemnització dels danys i perjudicis causats per la part culpable.¹⁵

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Pública formula les següents

CONCLUSIONS

I. La modificació dels contractes subjectes a la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, és una prerrogativa de l'administració contractant que requereix, a més de la concurrència de les circumstàncies i requisits previstos en la llei, la tramitació prèvia de l'expedient corresponent.

II. D'acord amb el règim d'invalidesa dels contractes subjectes a la Llei 9/2107, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, la modificació d'un contracte duta a terme per l'administració contractant amb omissió total del procediment establert a l'efecte és nul·la de ple dret, amb independència de si concorrien o no els requisits legals per dur-la a terme. En conseqüència, atesa la improcedència de restituir una modificació ja executada un cop rebuda l'obra, l'administració contractant hauria d'abonar a la contractista la compensació econòmica dels costos en què hagi incorregut per dur a terme la modificació, per tal d'evitar l'enriquiment injust de l'administració, incloent-hi o no el benefici industrial, en funció del grau de coneixement per part de l'empresa contractista de la il·legalitat de la modificació, per la via de la indemnització dels danys i perjudicis.

Barcelona, 17 de novembre de 2022

¹⁵ En l'Informe 2/2021, ja esmentat, aquesta Junta Consultiva ha recordat que, per determinar la quantia que s'ha d'abonar a l'empresa com a compensació, que no preu, en el marc de la institució de la prohibició d'enriquiment injust, tant la doctrina com la jurisprudència han assenyalat la necessitat de tenir en compte l'actuació o la conducta de l'empresa contractista, afirmant que "s'ha posat de manifest la improcedència de l'enriquiment o obtenció de benefici per part de l'empresa que també ha actuat amb contravenció d'aquella normativa i principis essent coneixedora de la irregularitat".