

Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas¹

I. Introducción

El contrato administrativo, o mejor, los contratos administrativos, constituyen un tema central del programa del Derecho Administrativo. Actos y contratos son, es bien sabido, las dos expresiones más conocidas de la manera en que la Administración pública intenta servir objetivamente el interés general.

En efecto, a través de la actuación contractual, la Administración pública aparece en el tráfico jurídico para proporcionar servicios públicos a los ciudadanos y se presenta como garante de los intereses públicos, investida de todo un conjunto de potestades que se justifican, en definitiva, en la medida del servicio objetivo al interés general.²

Ciertamente, en el ámbito contractual la idea de la colaboración (BASSOLS) es la que explica la naturaleza de las relaciones entre la propia Administración pública y el empresario que finalmente presta el servicio o realiza la actividad objeto del contrato de que se trate. Ahora bien, para que ese servicio o esa actividad se realice de acuerdo con el interés público, la Administración pública dispone de un conjunto de potestades, prerrogativas las llama el legislador, muy relevantes que ayudan a entender la posición peculiar que también tiene la propia Administración en los denominados contratos públicos. En cualquier caso, interesa dejar constancia, en efecto, de que la idea de la colaboración constituye el meollo de la cuestión, adquiriendo, por ello, las “prerrogativas” un marcado carácter instrumental en orden a garantizar que el objeto del contrato sigue las exigencias del interés público ordinariamente explicitadas en el propio pliego del contrato. Hoy esta doctrina que nace en Francia de la mano de HAURIOU es una

Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de La Rioja. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación de Ciencias Administrativas de España.

¹ Exposición del autor en el Curso sobre Contratación Administrativa organizado por el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Intermunicipal de Granada el 5 de mayo de 2006.

² En general. Vid. F. ALBI, *Contratos administrativos*, NEJ SEIX, 1992; G. ARIÑO ORTIZ, *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Madrid, 1984; P. GARCÍA ORTEGA, *Manual de Contratos del Estado*, Madrid, 1987; J.I. MONEDERO GIL, *Doctrina del Contrato del Estado*, Madrid, 1977 y J.L. VILLAR PALASÍ-J.I. VILLAR EZCURRA, *Derecho Administrativo*, Tomo III, *Contratación administrativa*, Madrid, 1983.

realidad confirmada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde encontramos algunos pronunciamientos que no dejan lugar a dudas: “en la más moderna concepción del contrato administrativo el contratista ha dejado de ser un titular de intereses antagónicos a los de la Administración, para convertirse en un colaborador voluntario de la misma, aunque desinteresado; en esta colaboración se entra, por cierto, contando de antemano con la voluntad predominante de los entes públicos, en cuanto, en cierta forma, el contrato administrativo puede considerarse un contrato de adhesión o un contrato tipo” (sentencia de 15 de junio de 1972).

En los contratos administrativos, el juego del interés público, al que debe servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1984 establece que “la inalterabilidad del contrato administrativo tiene excepciones que responden a la prevalencia del fin público que con él se persigue, y que de una parte se traduce en facultades exorbitantes de la Administración, muy especialmente en el reconocimiento del *ius variandi*”.

Como ha señalado el profesor MEILÁN GIL, el término “prerrogativa” o “privilegio” supone ya un determinado planteamiento del problema contemplado desde la perspectiva constitucional del Derecho Administrativo.³

Independientemente de los presupuestos históricos que han configurado la esencia del Derecho Administrativo, la operatividad del Estado social de Derecho y la esencia “vicarial” de la Administración, aconsejan, puesto que se trata de una función-servicio, el uso del término “potestad”, en lugar de las expresiones “privilegios” o “prerrogativas”. En este sentido, para MEILÁN GIL “es urgente, no tanto luchar obviamente contra excesos de la Administración levantada sobre la prerrogativa, cuanto situar a la Administración en el nuevo contexto constitucional y extraer de ello las consecuencias lógicas”. Por eso, las potestades no son un privilegio sino poderes mensurables por su fin en todas sus facetas. El canon de la proporcionalidad, de la razonabilidad, de la oportunidad, permiten la ponderación en el ejercicio de las potestades.⁴ En este sentido, habrá que entender las prerrogativas que el legislador atribuye a la Administración pública en materia contractual. Es más, el ejercicio mensurado y ponderado de las potestades facilitará que la motivación sea un elemento esencial en la funcionalidad de estas concretas potestades hoy definidas en el artículo 59 de la vigente ley de contratos de las Administraciones públicas.

La Administración, dice el artículo 103 de la Constitución “sirve con objetividad los intereses generales”. De ahí que la actuación de la Administración no queda cubierta por el manto del privilegio. Sobre ella mandan los intereses generales, de la que es servidora; como poder público está sometida a la Constitución –derechos fundamentales– y al resto del ordenamiento jurídico (MEILÁN GIL)

³ J.L. MEILÁN GIL, Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración, Prólogo al libro de J. RODRÍGUEZ-ARANA, La suspensión del acto administrativo, Madrid, 1986, p. 22.

⁴ *Ibidem*, p. 31.

Las potestades, por tanto, constituyen ejercicio del interés general en un contexto en el que la Administración, ni es dueña de los procedimientos, ni puede actuar sin tener en cuenta los principios constitucionales y su vinculación a los derechos fundamentales que, hoy por hoy, constituyen un elemento esencial en toda actuación administrativa. En este sentido, pues, las prerrogativas de la Administración, deben entenderse en este contexto.

El artículo 10.1 de la Constitución española subraya el carácter central de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes y del libre desarrollo de la personalidad. Estos tres elementos constituyen nada más y nada menos, que el fundamento del orden político y la paz social. En otras palabras, el Estado social y democrático de Derecho en buena medida descansa sobre la realización de estos valores constitucionales que, como señala la Constitución en el artículo 9, vinculan a ciudadanos y poderes públicos.

En este sentido, los poderes públicos han de comprometerse, como señala GONZÁLEZ PÉREZ,⁵ en “una acción decidida a fin de promover las condiciones para que la dignidad sea efectiva y remover cuantos obstáculos dificulten su plena realización a través del sistema tributario, de la actividad de fomento, y hasta de servicios públicos, cuyo objeto sean prestaciones de cosas y servicios ineludibles para que queden garantizadas unas condiciones mínimas de existencia, que permitan vivir con dignidad”.⁶

Por ello, los derechos fundamentales “dan sus contenidos a dicho Ordenamiento, en nuestro caso al Estado Social y Democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal (...), son un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente (...), establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”.⁷

Los derechos fundamentales, por tanto, se constituyen en pieza clave del sistema constitucional. De ahí que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 1984 señale con contundencia “el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales”.

No se trata de una consideración aislada en nuestro Alto Tribunal. Todo lo contrario. Afortunadamente, la afirmación de que el propio interés general se orienta hacia la protección y reforzamiento de los derechos fundamentales puede decirse que se encuentra perfectamente consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

En los tiempos que corren, las modernas tendencias apuntan a que será un derecho fundamental de la persona el derecho al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas. Derecho que ya figura con tal calificación en el proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa, como es

⁵ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, p. 63.

⁶ *Ibidem*.

⁷ STC de 14 de julio de 1981.

bien sabido. Y entre las características de este nuevo derecho fundamental habrá que tener presente el fomento de la publicidad y la concurrencia en la contratación administrativa, valores constitucionales desde los que hay que entender el sentido y la funcionalidad de los poderes, o como dice la Ley prerrogativas, de la Administración pública en materia de contratación administrativa.

Por otra parte, la sentencia, del Tribunal Constitucional Español de 12 de diciembre de 1986, con cita del 14 de julio de 1981, señaló:

“los derechos fundamentales resultan ser elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, reiterando el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales”.

En definitiva, la tarea de protección y promoción de los derechos fundamentales⁸ debe ser asumida por el Estado hasta el punto de constituir una de sus principales funciones tal y como señala la anterior sentencia:

“los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política...”⁹

Por tanto, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, puede afirmarse que el Derecho Administrativo Constitucional encuentra en la protección y consolidación de los derechos fundamentales la esencia de su tarea de “servir con objetividad a los intereses generales” (art. 103 CE).

Si estamos de acuerdo en que los límites a los derechos fundamentales son parte integrante de su contenido, dichos derechos y sus límites no deben perderse de vista para comprenderlos mejor en su inserción en el Estado social y democrático de Derecho:

“Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser integrados con

⁸ En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, loc. cit., p. 122: “Hoy el interés público primario es, justamente, el respeto y el servicio de los derechos fundamentales, cuyo libre y pacífico ejercicio es el fundamento mismo del Orden Público (artículo 1 LOP, y aun del orden político entero: el artículo 10.1 de la Constitución) y no el objetivo a eliminar para una traspersonalización de éste. La articulación de las libertades públicas individuales con el interés general deberá buscarse en el sistema constitucional mismo y en las Leyes Orgánicas que lo desarrollen (artículo 81.1), y no en ninguna apreciación subjetiva de los funcionarios”.

⁹ En el mismo sentido la STC de 16 de octubre de 1984.

criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.¹⁰

Ahora bien, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, el Estado Social de Derecho impide que la propia Administración pública monopolice el interés general.¹¹ En este contexto encaja adecuadamente la idea de colaboración que guía las relaciones entre Administración y particulares en lo que se refiere a la contratación administrativa:

“La configuración del Estado como social de Derecho viene a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad” (sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de febrero de 1984).

Dicha Sentencia también dispone que:

“La interpenetración entre Estado y Sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de Entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante, si bien los grados de intensidad de esta ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes”.

Todas estas entidades sociales constitucionales tienen asignadas tareas importantes en cuanto a la determinación del interés público, lo cual pone de manifiesto, como señala la propia sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de febrero de 1984, que el interés general ya no se encuentra bajo la titularidad exclusiva de la Administración Pública, sino en una perspectiva abierta que ha de ser definida a través de la colaboración entre poderes públicos y agentes sociales.¹²

El Derecho de la Contratación administrativa, en la medida en la que parte de la colaboración entre la Administración y los particulares para realizar tareas de interés público encaja francamente bien con esta idea del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual el interés público se define, debe definirse insisto, de una manera abierta y complementaria entre poderes públicos y agentes sociales.

Estas reflexiones encuentran fundamento en lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 cuando señala:

“Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes

¹⁰ STC de 11 de abril de 1985.

¹¹ STC de 12 de diciembre de 1986.

¹² Así, la sentencia citada hace una enumeración de dichas Entidades de carácter social cuyas actividades ofrecen un interés público relevante: formaciones sociales con relevancia constitucional (partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales); entes de base asociativa representativas de intereses profesionales y económicos (entes asociativos o fundacionales) de carácter social y con relevancia pública... entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o interés general”.

públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, así cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”.

La sentencia que acabo de transcribir ofrece dos importantes consideraciones respecto a la operatividad del Derecho Administrativo Constitucional que, obviamente, tienen su proyección sobre la teoría de los poderes públicos en general y sobre las prerrogativas de la Administración en materia contractual, en particular.

Primera: los derechos fundamentales, como fin del orden jurídico y de la paz social (art. 10.1 CE) deben ser asumidos como elementos centrales del sistema constitucional por el legislador y la Administración.¹³

Segunda: esa asunción de los derechos fundamentales, además de ser “impulso y línea directiva” que presida el sistema del Derecho Administrativo Constitucional, introduce un elemento bien relevante. El Derecho Administrativo debe “contribuir a la efectividad de tales derechos (...) aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”. Es decir, como “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto el conjunto del orden jurídico como de cada una de las ramas que la integran, el Derecho Administrativo se encuentra condicionado, en su marco constitucional, por los derechos fundamentales hasta el punto de que la actividad administrativa en su conjunto debe plantearse hacia la realización efectiva de los derechos fundamentales¹⁴ y, como dice el Tribunal Constitucional, los valores que representan, entre los que la publicidad y la concurrencia, expresiones de la transparencia, son principios medulares.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que el ejercicio de las prerrogativas de la Administración en materia contractual ha de realizarse “dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la normativa jurídica, sin que ello quiera decir que tal modificación unilateral pueda afectar a las estipulaciones esenciales del contrato” (sentencia de 28 de febrero de 1989). La Administración, sentencia de 16 de septiembre de 1988, no cuenta entre sus prerrogativas la de “poder desligarse unilateralmente de sus compromisos” puesto que, en todo caso, está vinculada por el interés público. Por ello, sentencia de 18 de abril de 1988, un contrato tiene la con-

¹³ Vid. MEILÁN GIL, Prólogo al libro de J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La suspensión del acto administrativo*, Madrid 1986, pp. 28 y ss.

¹⁴ En este sentido K. HESSE, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik*, EUUGRZ 1978, p. 437 y ss: los derechos fundamentales “determinan, de modo positivo, en cuanto que directrices y factores de incitación, los deberes del Estado y su defensa”. En el mismo sentido U. SCHEUNER, *Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat*, DöV, 1971, p. 505.

dición de administrativo cuando la vinculación de su objeto al interés público alcanza una entidad tal que dicho interés no tolera que la Administración se despoje de sus prerrogativas exorbitantes.

Las “potestades” administrativas de interpretar los contratos, de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, de modificación o de resolución unilateral que ahora recoge el artículo 59 de la Ley coinciden con las potestades recogidas en el art. 18 de la Ley de 1965. Dichas potestades, en la medida que definen la posición jurídica de la Administración en el marco contractual, deben venir justificadas en concretas razones de interés público y su ejercicio, en la medida que supone una posición especial, debe siempre motivarse tal y como ahora exige la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del procedimiento administrativo común.

Como ha señalado el profesor ARIÑO ORTIZ, los “privilegios” o “prerrogativas de la Administración en la contratación son consecuencia obligada de dos factores: 1) la posición jurídica general de la Administración en el Estado moderno, y 2) la tutela que el Derecho presta a los intereses públicos.¹⁵

Esa protección del interés público que la obra o el servicio público vienen a satisfacer, constituye el fundamento de esa especial posición jurídica de la Administración en la contratación administrativa, en cuyo seno es bien sabido no se produce esa igualdad entre las partes característica del contrato privado.

Pues bien, los principales privilegios administrativos en materia de contratación son: el poder de dirección, inspección y control de las obras, el poder de interpretación unilateral del contrato, la potestad de modificar el contrato por razón de interés público (“potestas variandi”), la potestad de suspender las obras por motivos de interés general, la inaplicación general de las excepciones de incumplimiento administrativo, el régimen especial de mora administrativa, potestad de resolución unilateral del contrato y del principio de ejecutividad de los acuerdos.

Las prerrogativas públicas en la contratación administrativa traen su causa, desde otro plano, no del contrato, sino de la Ley, no son expresión de un derecho subjetivo, sino de una potestad atribuida “ex lege” para atender los intereses públicos. En otras palabras, la especial posición de la Administración en materia contractual trae su causa de la necesidad de asegurar la realización de las obras públicas contratadas o de la prestación de los servicios públicos objeto del contrato de que se trate.

Las prerrogativas de la Administración en esta materia son potestades legales de naturaleza reglada, ya que sólo la Ley puede conferir potestades que modulen el contenido de las relaciones contractuales reguladas por la propia Ley. Estas potestades, como ya hemos indicado apoyados en el Tribunal Supremo, sólo pueden ejercerse dentro de los límites y con sujeción a las requisitos establecidos en la Ley. Por tanto, no son atribuciones legales que permitan a la Administración actuar indiscriminadamente. No son poderes

¹⁵ G. ARIÑO: *La Reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Madrid, 1984, p. 95.

arbitrarios, esto es, carentes de racionalidad. Por ello, no se pueden modificar irracionalmente los contratos administrativos por parte de la Administración. El ejercicio de estas potestades ha de conducirse dentro de límites que no desnaturalicen el objeto del contrato. Por ello, el interés público que justifica el ejercicio de estos poderes ha de ser expreso, claro y bien motivado.

Desde la consideración del contratista como colaborador de la Administración para llevar a buen fin la obra pública o el servicio público objeto de contratación, también puede entenderse mejor el alcance de las llamadas prerrogativas de la Administración en materia contractual. Si el contratista es colaborador de la Administración, entonces actúa en coordinación con ella y en plena sintonía con el interés público. Actúan conjuntamente, Administración y contratistas, en orden a la realización de la obra pública o la prestación del servicio. Esta posición de dirección que corresponde a la Administración la compromete en orden a que las potestades que deba operar se enmarquen necesariamente en llevar a buen puerto la obra pública o el servicio público de que se trate en cada caso.

El artículo 59 de la Ley de Contratos, que es el que regula esta materia, señala en su párrafo 2º que “los acuerdos correspondientes pondrá fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”. Es la expresión, en materia contractual, de la autotutela administrativa que hoy parece que, de acuerdo con el marco constitucional, debe entenderse como un poder, por supuesto, susceptible de control judicial antes de materializarse, pues, de lo contrario, nos encontraríamos ante la posible consolidación de situaciones irreversibles que lesionan gravemente el derecho a la efectividad de la tutela judicial. En estos casos, nos topamos con la llamada justicia cautelar, hoy tan relevante cuando la lentitud es inherente, desgraciadamente, a la administración de justicia. En cualquier caso, la ejecutividad de estos acuerdos que explicitan las llamadas prerrogativas de la Administración es la regla general, salvo que se acrediten situaciones irreversibles. Regla general sometida, como sabemos, a ciertos límites: audiencia del contratista, informe previo de los servicios jurídicos y dictamen del Órgano consultivo competente en los casos de interpretación, nulidad y resolución cuando se formule oposición por el contratista o también en los supuestos de modificaciones superiores a un 20 % del precio original del contrato y éste sea igual o superior a 1.000 millones de pesetas.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de sentar que cualesquiera que sean las modulaciones que la posición de una Administración pública introduce, nunca pueden llegar sus potestades de dirección o interpretación a atribuir a su exclusivo arbitrio la validez o el cumplimiento de los contratos, en contra de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil (sentencia de 24 de septiembre de 1991).

El poder de dirección y control de la Administración y la consiguiente función de colaboración del contratista ayudan a entender el sentido y funcionalidad del conjunto de poderes concretos que a continuación vamos a comentar. Es este un poder que comprende lógicamente la impartición de órdenes o instrucciones por parte de la Administración al

contratista, que éste debe cumplir en todo caso, salvo que entienda que dichos poderes son arbitrarios o van directamente contra el propio interés público ínsito en la obra pública o servicio público de que se trate.

En el artículo 128 del Texto refundido, para el contrato de obras, se dispone que “el contratista estará obligado a presentar un programa de trabajo” y se prevé que la “Administración puede imponer la introducción de modificaciones o el cumplimiento de determinadas prescripciones, siempre que no contravengan las cláusulas del contrato”. Además, el artículo 130 establece que “las obras se ejecutarán conforme a las instrucciones que en interpretación de éste diera el contratista al facultativo de la Administración, que serán de obligado cumplimiento para aquel, siempre que lo sean por escrito”. En el mismo sentido, el artículo 131 señala que “una vez iniciados los trabajos, cuantas incidencias puedan surgir entre la Administración y el contratista serán tramitadas y resueltas por la primera a la mayor brevedad posible, adoptando las medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras”.

Por lo que se refiere al contrato de gestión de servicios públicos, el artículo 155.3 del Texto refundido dispone que “en todo caso la Administración del Estado conserva los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio de que se trate”. Por lo que se refiere al contrato de suministro, hemos de ir al artículo 188: “la Administración tiene facultad de inspeccionar y de ser informada, cuando lo solicite, del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear, establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido”. Finalmente, para el contrato de consultoría, el artículo 212.1 establece que “el contrato se ejecutará con arreglo a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere el contratista de la Administración”.

En el marco de estas consideraciones, examinaremos brevemente el conjunto de prerrogativas que el artículo 59 de la Ley confiere a la Administración:

“1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

II. “Potestas Variandi”

El término “potestas variandi” o “ius variandi” se refiere al poder unilateral de modificación que posee la Administración en virtud de la atribución realizada por el Ordenamiento.

Como señala MESTRE DELGADO, este privilegio de la Administración se circunscribe al poder que la Administración tiene de modificar, amparado en razones de interés público, el objeto o las condiciones del contrato.¹⁶

En este sentido, hemos de llamar la atención sobre el hecho, bien expresivo, de que teniendo todas las prerrogativas el telón de fondo del interés público, el actual legislador ha querido dejar en la letra de la ley la vinculación expresa entre poder de modificación e interés público. La razón de este proceder la podemos encontrar en el hecho de que estadísticamente el poder de modificación es la prerrogativa más utilizada por la Administración en materia contractual, por lo que dicha vinculación resulta bien ilustrativa de la intención de la Ley.

El principio de inalterabilidad contractual implica que los pliegos de condiciones particulares no pueden ser modificados en razón de la necesidad de preservar el principio de igualdad de los ciudadanos ante los beneficios públicos. Sin embargo, en la contratación pública, la Administración tiene la facultad de modificar unilateralmente y por razones de interés público el contrato, modificación que es obligatoria para el contratista dentro de ciertos límites y que, si supone una mayor carga para él, irá acompañada de la correspondiente compensación económica de forma que se mantenga el equilibrio financiero del contrato.

El “ius variandi” constituye, como dice el Tribunal Supremo en una sentencia de 30 de marzo de 1978, “un acto de poder público, como ejercicio de un derecho que le pertenece en cuanto Administración” y en cuya virtud, dice también el Supremo en sentencia de 13 de abril de 1981, “se han superado los principios propios de la contratación civil (*lex inter partes y pacta sunt servanda*) en aras de los principios de mutabilidad del contrato administrativo, Administración–poder y contratista–colaborador, equilibrio financiero y honesta equivalencia de prestaciones”.

El Texto refundido establece con carácter general en su artículo 101 que “una perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”. El precepto es relevante. Primero porque remarca el criterio de la vinculación de esta potestad al interés público. Segundo porque delimita extraordinariamente el ámbito de operatividad del *ius variandi*, pues sólo podrá operar en los supuestos de necesidades nuevas o causas imprevistas, lo que permite calificar el ejercicio de esta potestad sin excesivos problemas. Y tercero porque se obliga a la Administración que lo utilice a justificar su uso “debidamente” en el expediente. Es decir, se requiere de una debida motivación, puesto que limita derechos subjetivos (Artículo 54.1.a LRJPAC). En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de abril de 1984, sentó que “el ejercicio del poder de modificación requiere en todo caso de una singular motivación porque no es una atribución legal indiscriminada, de libre criterio, sino una facultad reglada

¹⁶ J.F. MESTRE DELGADO, La posición singular de la Administración en la contratación administrativa, REDA, nº 47, p. 428.

cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, necesidades que hagan indispensable su uso para el mejor servicio del interés público con la consiguiente compensación”.

Nos encontramos, pues, con una potestad sometida al interés público y que jugará cuando existan necesidades nuevas o causas imprevistas. En relación con la presencia del interés público, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de señalar, en sentencia de 29 de junio de 1986, que “el *ius variandi* debe ejercerse atendiendo al interés público que demanda la prestación del servicio y que constituye su causa o finalidad, no estando justificado su ejercicio en aras de un interés particular como es el económico del concesionario, en detrimento del propio servicio y de los derechos de los demás interesados en su prestación”. Se trata, obviamente, de “una prerrogativa excepcional sometida a interpretación restrictiva” (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1988).

La operativa de la modificación requiere que se formalice de la misma manera que los contratos originales, que se pida informe jurídico del Órgano consultivo competente si se supera el 20 % del presupuesto y este es igual o superior a 1.000 millones de las antiguas pesetas, que se someta a fiscalización previa y que se exijan determinados documentos en los casos a que se refiere el artículo 101.3 del Texto refundido.

Es posible que el ejercicio del *ius variandi* altere sustancialmente el equilibrio financiero. En estos casos, el contratista tiene derecho a la correspondiente indemnización. Este derecho está reconocido para los contratos de obra en el artículo 144 de la Ley, en el artículo 162 para los de gestión de servicios públicos, en el artículo 188 para el contrato de suministro y en el artículo 211 para los contratos de consultoría y asistencia, de los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración. Es relevante, a estos efectos, el régimen jurídico diseñado para el derecho a indemnización como consecuencia de la suspensión temporal o definitiva de los contratos. En estos casos llama la atención que, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley, parece que sólo procederá la indemnización si la suspensión lo fuera por tiempo superior a una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, si la suspensión se prolongara más allá de seis meses. Entonces, la Administración abonará al contratista los daños o perjuicios efectivamente sufridos por éste. El problema estriba en que es posible que la suspensión pueda ser utilizada arbitrariamente, sin traspasar los plazos legales, ocasionando evidentes perjuicios al contratista que, en mi opinión, habrá que resolver en atención a las reglas generales y a los principios generales del Derecho, pues no parece que encaje con una Administración que sirve objetivamente el interés general el uso arbitrario del poder.

En definitiva, como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de mayo de 1995, el *ius variandi* trae su causa de “la más inmediateamente posible satisfacción del interés público, procurándose en todo caso, que la prestación incumplida o defectuosamente cumplimentada se interrumpa o cese con grave quebranto del interés público (...); tal prerrogativa pretende asegurar el buen funcionamiento del servicio y la prestación del mismo de forma regular y continua (...). Es un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas, con el fin de que se construya la obra que demanda el interés público,

o sea, su correcta ejecución que es el sentido finalista que justifica toda la especialidad de las normas reguladoras de esta singular materia de los contratos administrativos en que el interés general es el que debe prevalecer en todo caso y como indica la sentencia de 2 de julio de 1979, la prevalencia del fin sobre el objeto, una de las características del contrato de obra pública es la que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin”.

III. Interpretación unilateral

El privilegio de interpretación unilateral se recoge, como ya sabemos, en el artículo 59 de la Ley en términos generales.

En la doctrina, como se sabe, hay dos direcciones distintas en relación con la cuestión del interés público como criterio propio de interpretación del contrato. La primera se centra en configurar el interés público, no como criterio sustantivo de interpretación sino como parámetro a tener en cuenta por la Administración y, que, posteriormente aparecerá al investigar la voluntad negocial (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). La segunda orientación mantiene, como recuerda DE SOLAS, que la interpretación de los contratos administrativos se caracteriza, sobre todo, por su aspecto material o sustantivo. Es decir, el interés público interviene como criterio autónomo de interpretación porque, como es lógico, si la razón de ser de los contratos públicos se encuentra en la satisfacción del interés público el principal criterio de interpretación será precisamente el del “interés público” y, para que ello sea así, es por lo que el Ordenamiento concede dicho privilegio unilateral.

Esta prerrogativa ha sido, desde hace tiempo, perfilada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la sentencia de 8 de octubre de 1990 señala que esta facultad “no tiene otro alcance que evitar el perjuicio para el interés público que seguiría de la interrupción de la prestación del servicio público en tanto se despejan las dudas y no se traduce en reglas interpretativas distintas de las que, con carácter general, se establecen en los artículos 1.281 y ss. En relación con el artículo 3, todos del Código Civil para los contratos, a los que, en todo caso, debe ajustarse el ejercicio de esta potestad interpretativa”. El ejercicio de esta potestad, obviamente, no excluye la intervención de los Tribunales para revisar dicha prerrogativa (sentencia de 20 de abril de 1999). Su alcance es el de “encontrar el verdadero sentido y contenido de las cláusulas a que se someten las partes, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las reglas que con carácter general se establecen en los artículos 1281 y siguientes de Código Civil, criterio que, además, se ha tenido en cuenta por el Consejo de Estado (...) pudiéndose llegar a la consideración final que, si bien en determinada jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo se ponía de manifiesto que existía una presunción de autenticidad en la interpretación llevada a cabo por la Administración, lo que significaba que debía aceptarse ésta, mientras no se acreditase que fuera errónea, la jurisprudencia más reciente acepta, sin más, los criterios interpretativos del Código Civil” (sentencia de 10 de febrero de 1999). Es

una prerrogativa “que tiene su razón de ser en la mejor satisfacción posible del interés público, ínsito en toda actividad administrativa, y desde luego no supone una facultad ejercitada caprichosa o arbitrariamente rotundamente prohibida por el artículo 9.3 de nuestra Constitución. La finalidad perseguida (...) no es otra que la de solucionar cualquier divergencia o conflicto durante la ejecución del respectivo contrato, siempre, desde luego en aras del interés público. Mas esta facultad o poder de decisión ejecutoria es objeto, en todo caso, de control judicial” (sentencia de 14 de diciembre de 1995).

La prerrogativa de interpretación no autoriza a la Administración a imponer a la otra parte cláusulas o condiciones que no estuviesen incluidas en el pliego de condiciones (sentencia de 9 de julio de 1988).

Ciertamente, como se señala en la sentencia de 29 de febrero de 1984, este privilegio no se mantiene cuando el administrado no se aquieta o conforma y el asunto traspasa las fronteras jurisdiccionales ya que, de lo contrario, el contencioso se convertiría en una pura máscara o en una ficción, lo que implica que el control o la revisión judicial debe servir para impedir que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance de lo pactado. Ahora bien, como también señala el Tribunal Supremo en esta sentencia, también es cierto que esta facultad permite la ejecución sin dilaciones del contrato puesto que puede servir para conocer la auténtica voluntad de lo convenido, de difícil intelección en caso contrario debido a que, en primer lugar, las cláusulas están redactadas por la propia Administración y, por ello, es ella quien está mejor dotada para conocer su verdadero sentido; en segundo lugar, las cláusulas contienen diversas expresiones (flexibilidad en el comportamiento de los precios) que, por su indeterminación, nadie mejor que ella puede conocer la finalidad con que han sido empleadas y, en tercer lugar, porque salvo abuso de poder, error o irracionalidad, la Administración puede acometer estas tareas sin propósitos egoístas o partidistas, ya que los agentes que por ella obran en nada se favorecen particularmente.

Esta prerrogativa debe atemperarse en función de los principios de prohibición de la arbitrariedad (sentencia de 24 de enero de 1984), debe aplicarse en el marco del principio *in claris non fit interpretatio* (sentencia de 4 de octubre de 1980). Las facultades de interpretación no han de incurrir en el olvido de que la finalidad de la labor exegética no es otra que la indagación de lo pactado, no siendo por ello sustituible la voluntad realmente emitida por otra de construcción (sentencia de 20 de noviembre de 1974).

IV. La resolución unilateral

El interés público también puede aconsejar en determinados casos que la propia Administración decida unilateralmente la resolución del contrato. Sobre todo, se producirá en aquellos casos en que se constate la existencia de un incumplimiento grave por parte del contratista (caducidad) o cuando las razones de interés público determinen la extinción de la relación contractual.

En realidad esta prerrogativa constituye una de las causas de extinción de los contratos administrativos. Con carácter general, se puede decir que se trata, por supuesto, de una potestad exorbitante de la Administración que solo puede desencadenarse si se dan los requisitos del artículo 112 de la Ley, completados, para cada tipo de contrato, por los preceptos que les son de aplicación. El artículo 113 de la Ley remite, en cuanto al procedimiento, al Reglamento.

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista. En este caso, se incluyen los supuestos en los que el contratista tiene derecho a exigir la resolución del contrato. Así, por ejemplo, los supuestos de modificación que implican alteraciones del precio del contrato en cuantía igual o superior al 20 % de su importe, representen una alteración sustancial del mismo o en caso de retraso de más de ocho meses en el pago por la Administración son, según los casos, causas de resolución a instancias del contratista.

V. La potestad de inspección y control del contrato

Esta potestad no encuentra su reconocimiento general en el artículo 59 de la Ley sino que va a ser objeto de regulación en los distintos tipos de contratos.

En este sentido, puede contemplarse el artículo 143 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referido a las obras públicas, que obliga al contratista a someterse a las instrucciones técnicas; el artículo 156.3 de la Ley, en el marco del contrato de gestión de servicios públicos, que atribuye a la Administración los poderes de policía necesarios para garantizar la buena marcha de los servicios; el artículo 189, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para contrato de suministros, que recoge la facultad de la Administración de inspeccionar y de ser informada en el proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo establecerse ensayos, pruebas, sistemas de control de calidad,...; y, finalmente, el artículo 212 de la Ley, para los contratos de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración.

Del análisis de la doctrina del Consejo de Estado sobre esta potestad, pueden extraerse estos criterios:

1. La garantía de que se ejecuten con sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mismo.
2. La posibilidad de tramitar y resolver a la mayor brevedad cuantas incidencias surjan.
3. La formulación oportuna y por escrito de instrucciones de obligado cumplimiento para el contratista.
4. La vigilancia de que las obras se acomoden al programa de trabajos.
5. La opción de medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras.

6. La seguridad de que las certificaciones expedidas se ajustan a las obras ejecutadas, etc.

VI. Suspensión del Contrato por la Administración

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha distinguido entre la suspensión como consecuencia de causas derivadas de la potestas variandi, y la suspensión acordada como medida previa a la resolución del contrato.

En efecto, la suspensión vinculada a la modificación del contrato encuentra su regulación en el artículo 103 de la ley y la suspensión relacionada con la resolución del contrato se aborda para cada tipo de contrato en su regulación específica (art. 152.3 y 4 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para el de obras, 168 y 170 en el de servicios públicos, 194.2 y 3 en suministros y 214 y 215.2 y 3 en los casos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración).

En todos los supuestos y tipos de contratos se sigue una solución idéntica, es decir:

- suspensión vinculada a la modificación: la solución que arbitra la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es la de indemnizar los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el contratista.
- suspensión, como consecuencia de motivos de interés público, que pueda ocasionar la resolución o desistimiento del contrato.

En la suspensión temporal superior a seis meses e inferior a un año se establece una indemnización equivalente al 3% del precio de adjudicación.

En la suspensión definitiva la indemnización que se establece es del 6% de las obras dejadas de realizar, de los suministros dejados de prestar, etc., que como puede comprobarse es equivalente a la cuantía del beneficio industrial.

De otro lado, queda perfectamente clara la posibilidad de que se acumulen ambas indemnizaciones, cuestión que había planteado cierta problemática.

En cualquier caso, el artículo 103.1 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige que se levante Acta en la que se consignen las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél.

VII. Reflexión final

Para terminar este estudio, tres reflexiones: una de Ética pública, otra sobre motivación de la actuación administrativa y una última sobre el sentido de los privilegios administrativos en la contratación pública.

El Tribunal Supremo, en una sentencia de la que fue ponente MARTÍN DEL BURGO, de 7 de abril de 1983, nos alerta de la importancia que tiene el principio de igualdad de oportunidades de los ciudadanos en relación con la moralidad pública:

“en la contratación administrativa –en su regulación–, existe una idea básica, un principio general: el de garantizar la igualdad de oportunidades de los administrados que asegure, de paso, la moralidad administrativa, evitando confabulaciones o favoritismos; principio que, ciertamente, no ha sido preservado a ultranza, sobre todo al permitirse y regularse los sistemas del concurso y del concierto, directo, desgraciadamente puestos en juego en mayor número de casos de lo que fuera deseable; constituyendo el sistema del concurso–subasta, utilizado en el supuesto de autos, una fórmula híbrida pensada para servirse de lo que hay de más positivo en las dos técnicas que, amalgamadas, articuladas en dos fases, la segunda de las cuales, la de la subasta, encargada de dilucidar las proposiciones económicas (art. 39–4ª. Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 enero 1953 –R. 1054 y N. Dicc. 22515–) es la que aquí y ahora ocupa y centra, en exclusiva, nuestra atención enjuiciadora”.

“aunque en los sistemas de selección de los contratistas no sujetos al automatismo absoluto de la subasta, o al automatismo relativo del concurso–subasta, no se dejan de adoptar medidas y formalidades, garantes de un grado conveniente de objetividad e imparcialidad; lo que no cabe duda es que, sobre todo en los dos sistemas primeros, la observancia del procedimiento establecido en el ordenamiento es esencial, ya que en pocos campos como en éste el procedimiento es garantía jurídica, tanto para la Administración, como para los particulares interesados”.

En relación con la motivación de los actos administrativos hay que reconocer, al menos en este punto, el acierto de la regulación de la LRJAPPAC, porque, en efecto, el Estado Social y Democrático de Derecho me parece que exige, como regla, la motivación de la actuación administrativa: en unos casos, con mayor intensidad y, si se quiere, en otros, con menor rigor. En materia de adjudicación de contratos, como también ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, en ponencia del profesor GONZÁLEZ NAVARRO, de 7 de mayo de 1987, es evidente que:

“la motivación es inexcusable cuando, como aquí ocurre, la Administración ha de optar entre varios contratistas. Porque la motivación es, de una parte, la garantía de que la decisión no se toma arbitrariamente sino fundada y razonadamente; y de otra, es el medio de que los demás interesados puedan combatir esa fundamentación cuando haya discurrido fuera de los márgenes legales y jurídicos (que la Administración ha de actuar conforme a la ley y derecho, artículo 103 de la Constitución) (R. 1978, 2836, y Ap. 1975–85,

2875) en que el contenido decisonal de todo actuar administrativo debe moverse.

En contra de lo afirmado por la Sentencia apelada, la motivación ha de ser expresa (aunque lo fuere por remisión a otra). Porque afirmar, como hace aquélla, que “la motivación de toda decisión de adjudicación definitiva de un concurso viene de suyo implícita en el mismo acuerdo, y no es sino el criterio del órgano decisor de que la proposición vencedora reúne las condiciones óptimas, según el régimen de adjudicación de que se trate, para cubrir el servicio público sacado a concurso”, equivale a dar un cheque en blanco a la Administración para eludir la expresa motivación de un acto que afecta a los destinatarios con intereses encontrados”.

Finalmente, ante la problemática de los privilegios o, mejor, potestades administrativas, caben dos soluciones. Suprimirlos, para que ciudadano y Administración actúen en pie de igualdad, o más bien mantener dichas potestades, buscando, eso sí, que su ejercicio esté de acuerdo “con el servicio objetivo a los intereses generales”. El ejercicio razonable, mensurado y proporcionado de los poderes administrativos al servicio objetivo del interés general es el gran desafío del moderno Derecho Administrativo.

