

COMENTARIO MONOGRÁFICO

LOS RIESGOS IMPREVISTOS EN EL CONTRATO DE OBRAS

TOMÁS-RÁMON FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Se estudia el problema de los riesgos imprevistos en los contratos de obra y se advierte de la necesidad de afinar más en la elaboración de pliegos y proyectos ahora que la práctica habitual de los «reformados» se ha limitado drásticamente por la vigente legislación contractual.

Palabras clave: contratos de obras; riesgos imprevistos.

ABSTRACT

This writing studies the problem of unforeseen risks in the works contracts, advising about the need to precise more in the future the projects and the rules of the contract because the actual Law has reduced strictly the former solution of the “reformados” (modification of the contracts).

Keywords: works contracts; unforeseen risks.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE RIESGOS IMPREVISTOS (SUJÉCTIONS IMPRÉVUES).—III. EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN NUESTRO DERECHO.—IV. LOS RIESGOS IMPREVISTOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO DE LOS ÚLTIMOS AÑOS: 1. *La atribución de los riesgos en los pliegos de condiciones*. 2. *La elaboración de los proyectos y su influencia en la imputación de los riesgos*.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012 cita otra Sentencia del propio Tribunal de 22 de abril de 2008 que contiene un párrafo rigurosamente inusual entre nosotros para referirse a una reclamación formulada por el concesionario de las obras de una autovía por los mayores costes por él soportados a consecuencia de lo que la sentencia consideró errores materiales del proyecto, reclamación que fue desestimada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de diciembre de 2005. El texto al que me refiero dice así:

Estamos, en definitiva, ante un supuesto conocido por la doctrina francesa con el nombre de *sujétions imprévues* que tiene lugar cuando sin existir modificación en el número o clase de obras a ejecutar, éstas suponen una mayor onerosidad al contratista como consecuencia de la aparición de dificultades no previstas, ni calculadas en el proyecto, tales como cimentación a mayor profundidad, excavaciones con una proporción de roca dura y roca blanda distinta de la prevista.

La referencia a la técnica francesa de las *sujétions imprévues* es, ciertamente, llamativa, porque en nuestra literatura jurídica no hay alusiones a ella si se exceptúan las que Gaspar ARIÑO hizo en su tesis doctoral hace ya casi medio siglo¹. Al resto de los mecanismos compensatorios de los que puede beneficiarse el contratista (*ius variandi*, hecho del príncipe y teoría de la imprevisión) son constantes las referencias que pueden encontrarse en nuestras leyes, nuestra jurisprudencia y nuestros libros, pero no ocurre así con las *sujétions imprévues*, que completan el cuadro de tales mecanismos en el derecho francés, lo que no deja de ser curioso porque, como es obvio, los problemas a los que esa figura

¹ Vid. G. ARIÑO ORTIZ (1968), *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid: IEA (págs. 181 y ss.).

hace frente se producen también, con frecuencia, además, entre nosotros, como es natural.

Merece la pena, por lo tanto, prestar atención al asunto para averiguar por qué en nuestro derecho no ha cuajado esta técnica y cómo hemos resuelto los problemas a los que pretende dar respuesta.

II. EL CONCEPTO DE RIESGOS IMPREVISTOS (SUJÉCTIONS IMPRÉVUES)

Aunque la Sentencia de 22 de abril de 2008 aporta una definición correcta de la figura a la que vengo aludiendo, conviene acudir a la literatura de su país de origen para precisar, sobre todo, sus diferencias con las afines a ella y así evitar malentendidos.

Tomo como referencia a estos efectos la segunda edición del *Traité des contrats administratifs* de A. DE LAUBADÈRE, F. MODÈRNE y P. DEVOLVÉ² para los que por sujeciones imprevistas hay que entender las «dificultades materiales de un carácter absolutamente anormal que no han podido entrar razonablemente en las previsiones de las partes en el momento de la conclusión del contrato y que hacen más onerosa la ejecución de éste».

A partir de esta definición los autores citados subrayan sus diferencias con la fuerza mayor, de la que en sus orígenes las sujeciones imprevistas se consideraron una derivación, porque la *vis maior* resulta de fenómenos exteriores, mientras que estas se refieren siempre a dificultades de orden material que surgen en el interior de la relación contractual. A ello hay que añadir otra diferencia fundamental y es que en la fuerza mayor el fenómeno exterior que la produce impide el cumplimiento de la obligación, mientras que en las sujeciones imprevistas no es necesario llegar a la imposibilidad absoluta porque para apreciar su existencia es suficiente con que exista un incremento sustancial de la onerosidad.

La fuerza mayor, por otra parte, puede jugar en todo tipo de contratos en tanto que las sujeciones imprevistas lo hacen preferentemente, si no exclusivamente, en el ámbito del contrato de obras.

Las sujeciones imprevistas no pueden ser confundidas tampoco con las prestaciones suplementarias, ya que estas suponen la adición de nuevos trabajos no incluidos inicialmente en el precio pactado, mientras que aquellas consisten en la aparición de dificultades extraordinarias en el curso de la ejecución de las propias prestaciones contractuales.

² Vid. A. DE LAUBADÈRE, F. MODÈRNE y P. DEVOLVÉ (1984), *Traité des contrats administratifs*, 2ª ed. Paris: LGDJ, vol. II (págs. 183 y ss.).

Las sujeciones imprevistas difieren también del *factum principis*, ya que este tiene que ver con algo exterior al contrato y, en concreto, con la decisión de una autoridad pública distinta de la propia Administración contratante que es de obligada observancia para el contratista y que encarece para este el cumplimiento de lo pactado.

Y, en fin, las sujeciones imprevistas se distinguen también de la teoría de la imprevisión con la que a menudo aparecen confundidas o mezcladas, aunque las diferencias que las separan de esta son notorias, ya que, como más atrás se dijo, se trata de dificultades extraordinarias de orden material con las que el contratista tropieza inesperadamente durante la ejecución del contrato, mientras que los acontecimientos susceptibles de poner en marcha la teoría de la imprevisión no tienen nada que ver con las prestaciones objeto del contrato, sino con fenómenos relativos al orden económico general que, al incidir sobre aquel, alteran gravemente el equilibrio económico que está en la base del negocio jurídico concluido.

Ambas figuras comparten, sin embargo, el carácter extraordinario y absolutamente anormal de las circunstancias sobrevenidas (de orden material en un caso y relativas al orden económico general en otro), que no podían ser razonablemente previstas por las partes en el momento de suscribir el contrato y que provocan un trastorno sustancial (*bouleversement*) de la economía de este³.

Es muy importante retener también que las sujeciones imprevistas operan normalmente, como ya se ha dicho, en el contrato de obras, cuya lógica institucional es la propia de la *locatio operis* romana, es decir de un contrato de resultado, que se concluye a riesgo y ventura del contratista, que está obligado a entregar la obra contratada dentro del plazo pactado y a cambio de un precio fijado de antemano e invariable. La teoría de la imprevisión tiene su origen, como es sabido, en la concesión de servicio público, cuya lógica institucional es completamente diferente, ya que esta es un negocio de larga duración que vincula a la Administración titular del servicio público con el concesionario encargado de la gestión de este, lo que obliga a aquella a acudir en ayuda del gestor con el fin de evitar su caída cuando hechos imprevisibles ajenos a su buena gestión hayan alterado gravemente la economía de la concesión, ya que, si no lo hiciera, el propio servicio público caería con él, lo que la Administración debe evitar a toda costa como responsable última ante los ciudadanos de su prestación.

La diferencia debe tenerse muy presente para valorar como merecen las previsiones de los pliegos de condiciones que rigen las concesiones

³ Vid. A. DE LAUBADÈRE, F. MODÈRNE y P. DEVOLVÉ (1984: vol. II, 499 y ss.).

de obras, que son una figura mixta en la que es perfectamente distinguible una fase de construcción y una fase de explotación de la obra ya construida. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012 es un buen ejemplo de lo que acabo de decir, como más adelante habrá ocasión de comprobar.

III. EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN NUESTRO DERECHO

El hallazgo de dificultades no previstas en el curso de la ejecución de unas obras, bien consistan en la aparición de un volumen de roca mayor del previsto, bien en la de mayor cantidad de agua u otras semejantes, es, naturalmente, un incidente común, que en el pasado tuvo que producirse con más frecuencia incluso que en el presente, ya que ahora se exige por las leyes la realización de estudios geotécnicos que antes eran simplemente desconocidos. El problema jurídico que entonces y ahora se presenta es el de la respuesta que procede dar a este tipo de incidentes, esto es, si ha de ser el contratista quien soporte los mayores costes de la obra que de ellos resulte o si es exigible al *dominus operis* el abono de los mismos. El principio del riesgo y ventura, que es el principio institucional en torno al cual se articula la *locatio operis*, impone que sea el contratista quien deba soportarlos, ya que la obra se contrata por un precio alzado invariable.

Esta solución, que en el ámbito del derecho privado podía ser, aunque enojosa, soportable, se reveló pronto insatisfactoria en el de las obras públicas en razón del mayor porte económico de estas. R. FERNÁNDEZ DE VELASCO planteó con toda claridad el problema en su monografía sobre los contratos administrativos hace ya noventa años⁴. «En términos de justicia —decía—, ¿se debe mantener el principio del riesgo y ventura con toda su rigidez? Supuesto que la ejecución de obras públicas significa una verdadera profesión, en la cual encuentra el Estado un eficaz auxiliar, es claro que la respuesta negativa se impone»⁵.

La dificultad era —y sigue siendo— dónde y cómo encajar una respuesta de otro tipo, ya que ni la legislación, ni los pliegos generales de condiciones facilitaban las cosas. Había —y de alguna forma sigue habiendo— que forzar el tenor literal de aquellas cláusulas de los pliegos que, aparentemente al menos, ofrecían alguna posibilidad en ese

⁴ Vid. R. FERNÁNDEZ DE VELASCO (1927), *Los contratos administrativos*, Madrid: Revista de Derecho Privado.

⁵ Vid. R. FERNÁNDEZ DE VELASCO (1927: 162).

sentido. Y eso es exactamente lo que hizo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de septiembre de 1913, que FERNÁNDEZ DE VELASCO cita. El supuesto de hecho, del que G. ARIÑO da más detalles⁶, fue el hallazgo por el contratista de las obras del túnel transpirenaico de Canfranc de unos yacimientos geológicos «no calculados ni previstos» cuya voladura exigió procedimientos más costosos que los presupuestados. El Tribunal consideró que este mayor coste de las obras no podía ser atribuido a un error de cálculo, ni tampoco a accidente natural imprevisto «análogo a los casos de fuerza mayor, sino que se trata de un accidente normal, aunque de importancia por su cuantía» al que había de aplicarse el artículo 48 del pliego general de condiciones, referente a la tasación de obras no incluidas en el presupuesto de la contrata.

La solución fue, pues, correcta desde el punto de vista de la justicia, pero discutible en el plano técnico-jurídico, ya que, como más atrás se dijo, las *sujétions imprévues* no son asimilables a las prestaciones suplementarias, ya que realmente no suponen la adición de nuevas unidades de obra no contempladas en el proyecto, sino simplemente el encarecimiento de las unidades contratadas.

Es muy posible que esa misma solución se haya aplicado por la Administración en otros muchos casos, pero el cauce preferentemente utilizado ha sido, sin duda, el de los proyectos reformados, verdadero «cajón de sastre» al que han ido a parar sistemáticamente todo tipo de problemas empezando por los derivados de los defectos de los proyectos, y continuando por el enmascaramiento inicial del valor superior de la obra proyectada para conseguir más fácilmente su aprobación, la ampliación de las obras contratadas y, por supuesto, este de la aparición en el curso de la ejecución de la obra de riesgos inicialmente desconocidos para ambas partes contratantes o, incluso, una mezcla confusa de todos ellos. Un ejemplo de esto último es lo que ocurrió con las obras de rehabilitación y ampliación del Casón del Buen Retiro, que se contrataron en agosto de 1998, en el que se mezclaron los requerimientos de ampliación formulados por la Administración poco después de la firma del contrato con el descubrimiento de problemas no previstos en el estudio geotécnico facilitado por la Administración al contratista, estudio que incluía sondeos de hasta diez metros de profundidad en los que no apareció agua, lo que bastaba, ciertamente, para la ejecución del proyecto inicial que solo contemplaba dos sótanos, pero que resultó insuficiente al exigirse la construcción de un tercer sótano, ya que un nuevo estudio geotécnico detectó el nivel freático a 12-14 metros con la consiguiente

⁶ Vid. G. ARIÑO ORTIZ (1968: 183, en nota).

incidencia en el coste del sistema de cimentación inicialmente previsto. El presupuesto final de las obras terminó multiplicándose por diez en el «reformado» que finalmente hubo de tramitarse para dar cobertura a este conjunto de modificaciones.

Si pongo por ejemplo las obras del Casón es porque ilustra muy bien lo que ha supuesto en los últimos años la técnica de los proyectos reformados, a los que la cláusula «necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas», introducida por el artículo 149 del Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975 y repetida luego por todas las normas posteriores, daba amplia cobertura.

Por esta vía se encauzaron, pues, habitualmente los problemas planteados por la aparición de riesgos imprevistos, como es fácil comprobar con un simple repaso de la doctrina reciente del Consejo de Estado, que, aunque advirtió repetidamente sobre el abuso de los «reformados»⁷, no tuvo más remedio que transigir con ellos en muchos casos, so pena de dejar empantanadas las obras⁸.

El resultado de todo ello ha sido la pérdida de visibilidad de este tipo de problemas, lo que nos ha privado de contar con una doctrina precisa que nos sirva de guía para resolver con la necesaria seguridad las distintas situaciones que pueden presentarse, que son muy complejas a veces.

Es esta una carencia importante en este momento porque la solución tradicional de los «reformados» ha visto reducido su ámbito tradicional de despliegue drásticamente en la nueva legislación de contratos del sector público, lo que, ciertamente, no impide *a radice* acudir a esta técnica para dar solución al problema de la aparición de riesgos o sujeciones imprevistas, pero obliga a hacerlo con un rigor que hasta ahora resultaba innecesario.

El artículo 105 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011 limita, como es sabido,

⁷ Vid., por ejemplo, la *Memoria* de 1990 (págs. 153 y ss.).

⁸ Sirvan como ejemplo de lo dicho en el texto los Dictámenes de 14 de septiembre de 1989 y 1 de febrero de 1996. En el primero de ellos, relativo al expediente de modificación del contrato de las obras de rehabilitación del Hospital de San Carlos para sede del Instituto Nacional de Administración Pública que supuso un incremento del presupuesto inicial en un 46'02 %, el Consejo de Estado concluye que «la celebración de un nuevo contrato —que tuviera por objeto las unidades de obra ahora considerada— entrañaría un retraso inconveniente» y supondría previsiblemente «un mayor coste de ejecución», a lo que se añade «la conveniencia de que las obras se realice por el mismo contratista», todo lo cual le lleva a estimar la procedencia del reformado.

El segundo se refiere a un proyecto reformado que comportaba un incremento del presupuesto superior al 30 % y el Consejo también se pronuncia favorablemente porque entiende que «la opción de resolver el contrato acarrearía más desventajas al interés público que el modificar el existente».

Hay muchos semejantes a estos en ese mismo sentido.

la posibilidad de modificar los contratos a los casos en que «así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107». «En cualesquiera otros supuestos —añade el párrafo segundo del artículo 105.1—, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada inicialmente, deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes».

La Ley no se conforma, por lo demás, con precisar cuándo puede excepcionalmente procederse a modificar el contrato, sino que para evitar cualquier posible equívoco al respecto insiste en aclarar cuándo no podrá realizarse una modificación o, para ser más exacto, con qué fines no podrá acudir a este procedimiento. El apartado 2 del artículo 105 es absolutamente categórico en este sentido cuando dice que «la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente».

Canalizar por esta vía el tratamiento de los riesgos imprevistos ya solo será posible en consecuencia cuando así se prevea en los pliegos o cuando se den las circunstancias a las que alude el apartado b) del artículo 107.1 de la Ley, que es el único supuesto de modificaciones no previstas en los pliegos que se consideran admisibles que tiene relación con nuestro tema:

Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico⁹, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

A partir de ahora, por lo tanto, habrá que afinar más en la elaboración de los proyectos y en la redacción de los pliegos. Para decirlo gráficamente, con la nueva ley hay que saltar sin red o, por lo menos, sin esa amplia y tupida red que antes amortiguaba las consecuencias de los errores.

⁹ El hallazgo de restos arqueológicos cuya existencia se ignoraba no es infrecuente, ni mucho menos. Un ejemplo reciente de ello es el «reformado» que hubo de tramitarse por este motivo con ocasión de las obras de instalación del Museo del Ejército en el Alcázar de Toledo.

IV. LOS RIESGOS IMPREVISTOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO DE LOS ÚLTIMOS AÑOS

1. *La atribución de los riesgos en los pliegos de condiciones*

La solución de los problemas a los que me vengo refiriendo depende en primer término, como es natural, de lo que al respecto dispongan los pliegos de condiciones, no en vano estos son «la ley del contrato».

En la contratación administrativa rige también la libertad de pactos, «siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración» (artículo 25 del Texto Refundido vigente de la Ley de Contratos del Sector Público). Nada se opone, pues, a la inclusión en los pliegos de cláusulas de reparto o de distribución de riesgos, porque lo que el interés público demanda siempre y, de modo especial, cuando hay que ejecutar una obra de particular importancia es encontrar el «óptimo contractual», es decir, el punto en el que pueda conseguirse la mejor obra en las mejores condiciones, lo que exige aquilatar cuidadosamente las ventajas e inconvenientes que su ejecución pueda comportar y la aceptabilidad de aquellas y estos en el mercado, así como de huir de la tentación de incurrir en maximalismos¹⁰.

Un excesivo rigor en las exigencias a los licitadores solo puede servir para dejar desierta la licitación, lo que, obviamente, es indeseable en la medida en que aplaza innecesariamente la satisfacción de la necesidad pública a la que se trata de hacer frente. Es obligado por esa razón aceptar un cierto reparto de los riesgos entre la Administración y el contratista, muy especialmente en aquellos casos en los que el coste de la obra a ejecutar —y, por lo tanto, los riesgos inherentes a su ejecución— adquiere elevadas proporciones. El tratamiento excepcional que la legislación contractual administrativa da a la fuerza mayor es la mejor prueba de lo que digo¹¹.

Como notan DELAUBADERE, MODERNE y DEVOLVE, el *Conseil d'Etat* acepta sin mayores problemas la aplicación de este tipo de cláusulas en beneficio unas veces de la Administración y otras de los contratistas¹². Y así lo hace también sin reservas la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, porque, como dice la Sentencia de 17 de mayo de 2012 a la

¹⁰ Sobre la idea del óptimo contractual *vid.* J. I. MONEDERO GIL (1977), *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid: IEF, págs. 313 y ss.

¹¹ Es obligada aquí la cita del trabajo ya clásico de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1950), “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 2.

¹² *Vid.* A. DE LAUBADERE, F. MODERNE y P. DEVOLVE (1984: vol. I, 767).

que luego me referiré con detalle, las cláusulas de distribución de riesgos:

[...] vienen a significar, en cierto aspecto, la ley del contrato y son de aplicación preferente, pues, si estas causas no son contrarias al ordenamiento jurídico, disponen de fuerza vinculante para las partes en virtud de la libertad contractual y de la eficacia obligatoria de lo pactado, conforme las previsiones establecidas en los artículos 1.257 y 1.258 del Código Civil.

En este mismo sentido se ha pronunciado también la doctrina más solvente¹³.

Es expresivo en este sentido el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de octubre de 2014 (expediente 868/2014), según el cual:

[...] el mayor volumen de roca derivado de la excavación se integra bajo el principio del riesgo y ventura que rige la contratación administrativa, pues el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares preveía expresamente el abono de un precio fijo para la excavación de cualquier clase de suelo, circunstancia que asumió el reclamante, a sabiendas de la mayor o menor rentabilidad de la empresa a resultas de la menor o mayor presencia de roca en la superficie a excavar.

El Alto Cuerpo consultivo no se niega en este caso a reconocer la posibilidad de compensar la mayor onerosidad sobrevenida, pero entiende que para que cese la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes dicha onerosidad debe ser «tal que, aparte de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual».

Destaca además el Dictamen que el contratista reclamante pudo haber advertido durante la ejecución del contrato, en el curso de la tramitación de una modificación de este, «de la presencia de roca superior a la prevista y no haber esperado a la resolución del contrato para luego reclamar un desequilibrio económico por tal motivo», lo que «además de servir al principio de buena fe contractual, habría permitido debatir en sede de ejecución la procedencia o no de un incremento del precio de la excavación, que en todo caso lo era para todo tipo de suelo. Este fue

¹³ Vid. R. GÓMEZ-FERRER MORANT (2004), *El contrato de concesión de obras públicas. Disposiciones generales*, en la 2ª ed. de la obra por él dirigida, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, (pág. 1107).

el criterio señalado por este Alto Cuerpo Consultivo en un asunto semejante al examinado (Dictamen 206/2010, de 21 de diciembre)».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2014 se sitúa en esta misma posición en un supuesto en el que el contratista formuló reclamación por haber tenido que utilizar en las excavaciones una técnica más costosa que la convencional por ser necesaria la voladura de una superficie mayor de la prevista. Su reclamación fue desestimada porque, como apreció la Sentencia de instancia, el contratista, al suscribir el contrato, aceptó el proyecto, los planos, los pliegos de prescripciones técnicas y el cuadro de precios y, en lo que se refiere concretamente a la excavación, aceptó los precios en la forma e importe establecidos y en la modalidad de «no clasificada», lo que supuso la asunción del riesgo de un mayor o menor coste de la obra en razón del tipo de terreno.

La aceptación del pliego se impuso así al alegato de los supuestos errores del proyecto, que, en opinión del reclamante que respaldó, incluso, el ingeniero director de la obra, debería haber distinguido diferentes tipos de suelo y haber fijado precios distintos para cada uno de ellos.

La Sentencia reprocha, en fin, al reclamante haber formulado su reclamación tras haber firmado de conformidad y sin reserva alguna la liquidación final del contrato, recordando al respecto que el artículo 97 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 12 de octubre de 2001 prevé un procedimiento específico para las incidencias que surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución del contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar sus condiciones.

El tenor de los pliegos es, pues, determinante tanto para el Consejo de Estado como para el Tribunal Supremo en tanto que de ellos depende el reparto de los riesgos entre la Administración y el contratista.

2. *La elaboración de los proyectos y su influencia en la imputación de los riesgos*

La elaboración de los proyectos es, por supuesto, una cuestión clave a la hora de decidir a quién habrán de imputarse los riesgos imprevistos que puedan aparecer durante la ejecución de las obras.

A estos efectos es especialmente importante el estudio geotécnico de los terrenos sobre los que la obra se va a ejecutar que la Ley de Contratos de la Administración Pública de 1995 ordenó incluir por vez primera en los proyectos de las obras, «salvo cuando resulte incompatible con la naturaleza» de estas.

La ausencia se considera una omisión esencial que, cuando la elaboración del proyecto de la obra corresponda a la Administración, impide a esta imputar al contratista el incumplimiento culpable del contrato y hace obligada la indemnización a aquel por los perjuicios que dicha omisión pudiera haberle irrogado (Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2009).

Si el contrato comprende proyecto y obra los riesgos derivados de la defectuosa redacción de aquel serán imputables, en principio, al contratista¹⁴. En este caso hay que proceder, sin embargo, con sumo cuidado, porque la Ley exige a la Administración contratante la previa redacción del correspondiente anteproyecto o documento similar o, como mínimo, las bases técnicas a las que el proyecto deba ajustarse, a lo que hay que añadir que incumbe a la Administración la supervisión, la aprobación y el replanteo del proyecto.

Pero, sobre todo, hay que tener muy presente lo que los pliegos de prescripciones técnicas particulares puedan disponer a propósito del deber genérico de la Administración de facilitar la elaboración de las proposiciones. Los pliegos, en efecto, suelen precisar que la Administración convocante de la licitación facilitará a los licitadores la información y documentación que obre en su poder y sea de utilidad para elaborar el proyecto, así como el acceso a los terrenos para efectuar las catas y sondeos que aquellos consideren necesarios o la respuesta a las consultas que a estos mismos efectos le puedan ser formuladas. Si esto es así —y lo es siempre en el caso de obras de alguna importancia—, el buen o mal cumplimiento de estos deberes pueden redundar en la imputación de la responsabilidad a la Administración por los riesgos imprevistos que puedan surgir en el curso de las obras o en la exoneración, total o parcial, del contratista.

La regulación de la elaboración de los proyectos es más minuciosa en el contrato de concesión, lo que aumenta la participación de la Administración en el proceso correspondiente, que empieza por la realización de un estudio de viabilidad y sigue con la redacción de un anteproyecto de construcción y explotación de la obra, que ha de ser sometido a información pública¹⁵.

Con la Ley en la mano poco más puede decirse, pero en la práctica las cosas suelen ser muy complicadas. Merece la pena por ello detenerse en el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012 (ponente: Juan J. GONZÁLEZ RIVAS), a la que se hizo alusión al comienzo.

¹⁴ *Vid.* el artículo 124 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que considera excepcional este supuesto y el artículo 130.4 del mismo texto según el cual el concesionario debe responder de los daños derivados de los defectos del proyecto.

¹⁵ *Vid.* artículo 129.3 del Texto Refundido.

El asunto, que tuvo una trayectoria compleja y dio lugar a un recurso de casación anterior que la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2008 rechazó, está muy bien resumido a los efectos que ahora importan por la propia Sentencia de 17 de mayo de 2012, que en su fundamento jurídico quinto dice así:

La cuestión básica... es la que se refiere a si se producen o no circunstancias nuevas e imprevistas y si, producidas, dan lugar al deber de la Administración de responder de la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión.

Inmediatamente a continuación la Sentencia añade que:

La demandante señala que el dato más significativo es el «aumento del volumen de excavación en roca respecto de lo contemplado en la fase del proyecto» y sostiene que en el estudio geotécnico que incluye el proyecto del trazado elaborado por la Administración, previó un volumen de roca mucho menos del que apareció en la fase de ejecución.

Pues bien, la reclamación así planteada fue desestimada primero por la Administración y después por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de mayo de 2008, cuyos argumentos hace suyos la del Tribunal Supremo que declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa concesionaria. Importa detallar aquí esos argumentos.

El más importante de todos, naturalmente, es el relativo a la existencia de un proyecto de trazado aprobado por la Administración concedente cuyo estudio geotécnico preveía un volumen de roca inferior al que finalmente apareció. El alegato, que, en principio, parecía dar un indudable apoyo a la reclamación de la concesionaria fue, sin embargo, desmontado por la Sentencia, que precisó con acierto que la existencia de dicho proyecto no excluye el proyecto de construcción que en todo caso deben redactar los licitadores, ya que ambos proyectos tienen una función diferente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1.e) de la Ley de Carreteras de 29 de julio de 1988: el proyecto de trazado que corresponde elaborar a la Administración debe ocuparse de los aspectos geométricos de aquel, así como de la definición concreta de los bienes y derechos afectados, «mientras que el proyecto de construcción, elaborado por los licitadores, consiste en el desarrollo completo de la solución óptima, con el detalle necesario para hacer factible su construcción y posterior explotación».

Esto sentado, la Sentencia recuerda que el pliego de cláusulas administrativas advertía el contenido mínimo que había de tener el proyecto de construcción para afirmar sobre esa base a continuación que «si la adjudicataria de la concesión no llevó a cabo las actuaciones necesarias (catas, sondeos sobre el terreno) antes de presentar su proyecto, no cabe hablar de situaciones sobrevenidas e imprevisibles, sino de una auténtica falta de previsión de la concesionaria».

Así resultó acreditado en la prueba testifical practicada en la instancia que permitió constatar que el resto de los licitadores presentó proyectos con un volumen de excavación de roca muy superior al del adjudicatario, lo que efectivamente puso de manifiesto que el aumento del volumen de roca en el que este apoyó su reclamación no era realmente algo imposible de prever, puesto que de haber puesto la misma diligencia que los demás licitadores pusieron en la elaboración de sus proyectos, el adjudicatario y ulterior reclamante hubiera podido descubrir también que la cantidad de roca era mayor de la que él pensaba.

La Sentencia de 17 de mayo de 2012 confirma también lo que más atrás se dijo acerca del papel determinante de los pliegos a la hora de repartir las responsabilidades ante la aparición de acontecimientos imprevistos al recordar que el artículo 20 del pliego concesional refería el compromiso de la Administración concedente a mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión a la fase de explotación, no a la de construcción, en la que, por lo tanto, los riesgos de esa clase habían de ser asumidos por el concesionario.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012 que acabo de comentar es, me parece, una buena guía para afrontar en el futuro inmediato el problema de los riesgos imprevistos en el contrato de obras, que hasta ahora, como ya he dicho, estaba más o menos oculto tras la espesa cortina de los «reformados» y no había sido objeto por ello de la atención que por su importancia merece. Digo una guía y no un catálogo porque, como es natural, las dificultades que pueden plantearse en la práctica son muchas en una cuestión que, como también he indicado más atrás, depende en muy buena parte de cómo estén definidos en los pliegos los deberes de información que incumben a la Administración, así como su obligación general de suministrar al contratista los documentos que requiera la ejecución del contrato, así como la información de la que dispone sobre el estado de los terrenos, los planes de obras de

acondicionamiento, etc., por un lado, y los que recaen sobre los licitadores en orden a la diligencia que deben observar a la hora de elaborar los proyectos cuando esta tarea corra de su cuenta o las variantes a los elaborados por la Administración cuando los pliegos así lo prevean¹⁶.

Una nueva etapa se avecina a la vista de las limitaciones impuestas al ejercicio por la Administración del *ius variandi* y en ella hay que cambiar el rotulador de trazo grueso con el que tanto esta como los licitadores venían escribiendo pliegos y proyectos por un lápiz de punta afilada. Advertirlo así era mi único propósito.

¹⁶ Sobre todo ello *vid.* A. DE LAUBADÈRE, F. MODÈRNE y P. DEVOLVÉ (1984: vol. II, 183 y ss).

