

I.-COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

RIESGO Y VENTURA Y FUERZA MAYOR EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: I. Planteamiento. La sentencia de 3-XII-1949.—II. La doctrina dominante sobre «riesgo y ventura» y fuerza mayor en el contrato administrativo.—III. El principio de «riesgo y ventura»: 1) Como manifestación de la lex contractus. 2) Onerosidad de la prestación y teoría de los riesgos en el contrato civil y en el contrato administrativo. 3) Síntesis de la extensión del principio en el contrato administrativo. 4) Examen de la especialidad sobre el régimen común.—IV. Fuerza mayor: 1) Fuerza mayor en la teoría de los riesgos y en la doctrina del incumplimiento; concreción a esta última. 2) Estimación en el contrato administrativo. 3) Sistemática de la fuerza mayor en el contrato administrativo.

I. El tema de estas notas toma oportunidad en la reciente sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949. No nos interesa en esta ocasión, sin embargo, el fondo del asunto que la sentencia aborda, sino simplemente el análisis de una doctrina que, con independencia del caso en cuestión, se enuncia con carácter general en el único de los *considerandos* que la sentencia contiene (que, por lo demás, se remite a los *considerandos* de la sentencia apelada, que transcribe íntegramente en los antecedentes). Dice así:

«Considerando, además, que el concepto de fuerza mayor, como elemento de posible obstáculo y de consiguiente modificación en el cumplimiento de los contratos, tiene en los de naturaleza administrativa un alcance más limitado y concreto que en los de carácter civil, como lo demuestra el precepto del art. 42 del Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 13 de marzo de 1903, que es de tener en cuenta como supletorio en los contratos municipales, cuyo [sic] precepto expresa que únicamente se considerarán como tales casos de fuerza mayor los que categóricamente enumera —incendios por electricidad atmosférica, daños por terremotos, movimientos del terreno y destrozos ocasionados violentamente a mano armada en tiempo de guerra o por sediciones populares—, motivos todos desde luego incomparables, por su condición extraordinaria e imprevisible, y sin la menor analogía, con la disminución o des-

aparición transitoria en el mercado de alguna de las especies gravadas con el tributo objeto de afianzamiento, por lo que, en unión de los demás fundamentos acertadamente recogidos en la sentencia que en esta alzada se discute, resulta en absoluto inaplicable la estimación de la fuerza mayor, y se impone sin duda alguna la confirmación y subsistencia de la decisión recurrida.»

La doctrina según la cual la fuerza mayor juega un papel restrictivo en el campo de la contratación administrativa responde a una idea bastante extendida, a la que no falta, como vamos a ver, dignidad de presentación. Sus fundamentos se suelen colocar en una doble argumentación: el principio de «riesgo y ventura», como específico de los contratos administrativos, y la numeración limitativa y por vía excepcional de casos estimables de *vis maior*, que enuncia en concreto la legislación positiva del contrato de obras públicas.

II. El principio llamado del «riesgo y ventura» se ha hecho jugar tradicionalmente como uno de los característicos del contrato administrativo, determinante incluso de una especialidad de éste frente al contrato común ordinario. El problema de la sustantividad o especificación, que afecta íntegramente, como a todo ente del mundo, a las figuras jurídicas, y muy particularmente a aquellas que, como la del contrato administrativo, tienen su reflejo y paralelo en otras ramas del Derecho más elaboradas, se ha visto así aludido en esta posición doctrinal, lo que por sí sólo expresa lo trascendencia que a sí mismo se concede. La especialidad del contrato administrativo, en este caso, se referiría a lo que más tarde se ha erigido en principio cardinal del mismo: un especial *rigor iuris*, un régimen «exorbitante del Derecho común» (1). El sentido del «riesgo y ventura» consistiría justamente en la exclusión de la fuerza mayor como causa justificante del contratista, contradiciendo el principio del art. 1.105 del Código civil; tal régimen se configuraría, pues, como un supuesto generalizado de *praestando casus*. Una larga tradición doctrinal, que va desde la obra clásica de DELGADO Y MARTÍN (2) hasta las más recientes y ambiciosas de FERNÁNDEZ DE VELAS-

(1) La discriminación material de los contratos administrativos y civiles en base al *rigor iuris* de los primeros (teoría de las «cláusulas exorbitantes del Derecho común», en relación con el principio del servicio público), es ya una vieja tendencia, si bien su elaboración teórica ha surgido recientemente del Derecho francés. Cfr. J. ROUVIERE: *A quel signes reconnaître les contrats administratifs?*, París, 1930, páginas 161 y sigs.; G. PÉQUIGNOT: *Théorie générale du contrat administratif*, París, 1945, págs. 129 y sigs. En nuestro Derecho, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1936 adopta la tesis expresamente.

(2) *Contratos administrativos*, I, 2.^a ed., Madrid, 1899, págs. 6, 135, 147 y 153. «Merece condenarse la doctrina de... que todos los contratos administrativos se reputan aleatorios, cualquiera que sea su naturaleza, prestándose en ellos, a menos de

co (3), ALBÍ (4) y BADENES GASSET (5), puede citarse para determinar en tal posición una *communis opinio* general y sin excepción. A la vez y paralelamente, el Tribunal Supremo ha participado en esta corriente directa o indirectamente, muchas veces, es cierto, para tratar de paliar los efectos de tal principio drástico, pero reconociendo con ello, igualmente en este caso, su virtualidad (6). Una declaración expresa y de una netitud y un rigor como no conocemos, es la que formula el «considerando» transcrito de la sentencia que glosamos, a cuya doctrina no falta, por consiguiente, historia.

La cuestión se liga luego, en la exégesis positiva, a textos concretos, en los que se cree encontrar una enunciación expresa del principio con tal alcance. Por una parte, los preceptos que lo formularían directamente: art. 43 del Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas (R. D. de 13 de marzo de 1903): «El contratista no podrá, bajo ningún pretexto de error u omisión, reclamar aumento de los precios.» Art. 6.º del Reglamento para la contratación municipal (Real Decreto de 2 de julio de 1924): «En el Pliego de condiciones se consignará necesariamente...: 6.º Los casos en que el rematante pueda pedir aumento o disminución del precio o rescisión del contrato, o la advertencia de que éste se hace a *riesgo y ventura* para el rematante, sin que por ninguna causa pueda pedir alteración del precio o rescisión».

haberse pactado lo contrario, el caso fortuito»; lo critica, pues, como privilegio administrativo. «A la doctrina expuesta de que los contratos se celebran a riesgo y ventura se le ha venido dando por la Administración una interpretación tan amplia que pugna con los más elementales principios de justicia y equidad.» La obra anterior a ésta en nuestra bibliografía, la de J. ABELLA (*De los contratos administrativos*, Madrid, 1885), se limita a afirmar que en los contratos administrativos «siempre hay más riesgo y ventura que en los contratos ordinarios»; no señala, sin embargo, la especialidad de la fuerza mayor, porque es de observar que se publica bajo la vigencia del Reglamento de 17 de julio de 1868, que establecía el principio de indemnizar todos los siniestros fortuitos. (Vid. infra, en especial nota 7.)

(3) *Los contratos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, 1945, págs. 177 y sigs. «En la legislación administrativa se sigue otra dirección [que la del art. 1.105 del Código civil]».

(4) *Los contratos municipales*, Valencia, 1944, págs. 20, 330 y sigs. Cita como privilegio de la Administración la cláusula de «riesgo y ventura», determinante del régimen característico de la desigualdad de las partes. La contradicción del «riesgo y ventura» con el principio del art. 1.105 del Código civil, expresamente en las páginas 333 y 334. La obra de ALVAREZ GENDÍN, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934, agota, con las citadas hasta aquí, la bibliografía española monográfica sobre el tema; no considera la cuestión que examinamos.

(5) *El riesgo imprevisible*, Barcelona, 1944, pág. 165. «Contrastando con el artículo 1.105 del Código civil, en la legislación administrativa se sigue otra dirección: la celebración de los contratos a riesgo y ventura.» Como obra práctica, que en tal sentido recoge los criterios de aplicación común, vid. también, en la misma dirección, MALLOL-ORTÍ: *Diccionario Jurídico-Legislativo*, 2.ª ed., Valencia, 1950; voces «Riesgo y ventura» y «Fuerza mayor».

(6) En las obras y lugares citados pueden encontrarse largas series de sentencias del Tribunal Supremo en tal sentido, de cuya cita aquí nos relevamos.

sión.» Por otra parte, y finalmente, textos aún más expresos que aplicarían las consecuencias del principio: art. 42 del Pliego citado: «El contratista no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras sino en los casos de fuerza mayor. Para los efectos de este artículo, se considerarán como tales casos únicamente los que siguen: 1.º Los incendios causados por la electricidad atmosférica. 2.º Los daños producidos por los terremotos. 3.º Los que provengan del movimiento del terreno en que estén construídas las obras. 4.º Los destrozos ocasionados violentamente a mano armada en tiempo de guerra, sediciones populares o robos tumultuosos» (7). Solamente, pues, cuatro casos tasados y verdaderamente excepcionales de fuerza mayor juegan como tales en el contrato administrativo de obras públicas; del resto innumerable responde el contratista deudor—dice esta interpretación—, contradiciendo el principio civil *casus a nullo paestatur*. La doctrina y la jurisprudencia aludidas encuentran en este precepto su apoyatura máxima, y así expresamente lo declara («como lo demuestra...») la sentencia glosada.

III. La doctrina expuesta presenta, sin duda, una cierta coherencia lógica, los propios términos de los conceptos que trata de explicar juegan a su favor para no mover a la desconfianza («riesgo y ventura», «se considerarán como de fuerza mayor únicamente...»), y una larga tradición doctrinal y jurisprudencial, por último, parece garantizar la objetividad que pretende. Sin embargo, por nuestra parte discrepamos de la misma en su totalidad. Podríamos invocar, frente a tanta autoridad en contra, alguna que también nos protegiese, comenzando por sentencias del mismo Tribunal Supremo, cuyo buen sentido se ha manifestado corrientemente en esta como en tantas cuestiones (8); pero preferimos

(7) Este precepto cuenta con precedentes uniformes en nuestra legislación de obras públicas. El Reglamento de 17 de julio de 1868 (aun aplicable en procedimiento, por remisión expresa), enumeraba trece casos concretos de fuerza mayor que daban derecho a indemnización, para concluir con una fórmula general: «... y en general, todos aquellos accidentes extraordinarios cuyos efectos son de todo punto irresistibles». El Pliego general de 11 de junio de 1886 estableció por primera vez la limitación de casos estimables (art. 40), que a través del Pliego posterior de 7 de diciembre de 1900 (art. 41), ha pasado a la formulación vigente. El precepto, por lo demás, tiene su reflejo en la generalidad de los Reglamentos de contratación y Pliegos vigentes para distintas ramas de la Administración: de 4 de noviembre de 1904 (Marina), art. 187 (si bien esta disposición recoge todavía el sistema abierto del Reglamento de 1868); de 4 de septiembre de 1908 (Educación Nacional), art. 47; de 7 de junio de 1927 (Hacienda), art. 24; de 10 de enero de 1931 (Ejército), art. 91 (y disposición a que remite); etc.

(8) La jurisprudencia no ha acertado a formular la verdadera doctrina aunque corrientemente no dude en aplicarla, aun contradiciendo la que sostiene por vía general, según lo expuesto. Así pueden traerse a colación las numerosas sentencias relativas a rescisiones con pérdida de la fianza en las que, casi con unanimidad, se exonera de esta pena inevitablemente al contratista que justifica en fuerza mayor su

seguir —para justificar más completamente nuestra postura— el discurso necesario sobre la base ineludible y cardinal de las regulaciones legales positivas.

1. La tesis es que el principio de «riesgo y ventura», de que blasona el contrato administrativo, no es sino la enunciación de un principio superior, por lo demás común: la inmutabilidad del *contractus lex*. Debemos dirigir la argumentación al contrato de obras públicas (9) en concreto, sobre cuya regulación positiva, como se ha visto, se construye la postura combatida.

En el contrato de obra se produce una particularidad, de la que precisamente debe partirse en esta ocasión: las obligaciones de las partes, y en especial la del contratista, son obligaciones de resultado, concepto que se contrapone al de obligación de medio o de actividad. Es, en efecto, característico de este contrato, desde su aislamiento dogmá-

incumplimiento. Cfr., entre otras, sentencias de 7 de mayo de 1878, 4 de noviembre de 1892, 4 de junio de 1902, 20 de diciembre de 1905, 10 de diciembre de 1910, 1 de junio de 1920, 9 de febrero de 1921, 30 de noviembre de 1922, 10 de noviembre de 1924, 23 de marzo de 1926, 28 de enero de 1936. La doctrina está normalmente con este tratamiento de las rescisiones, pero así como en el Tribunal Supremo no sólo es permisible sino laudable esta falta de consecuencia que favorece la justicia de los casos fallados, que es en definitiva su función última, en la doctrina no es disculpable tal falta de lógica.

(9) En el texto se parte de la equivalencia material entre el contrato de obra pública y el de obra privada («obras por ajuste o precio alzado» en el Código civil, arts. 1.588 y siguientes). Aunque así, sin más, parezca obvio, bueno será insistir para salvar algún posible punto de fricción: a) La modalidad de la estipulación del pago por «unidades de obra», común (arts. 31 y 32 del Pliego de 1903), aunque no general (art. 26 de la Ley general de Obras Públicas de 13 de abril de 1877), en este contrato no contradice la calificación: argumento, art. 1.592 del Código civil, b) Tampoco, igualmente, los pagos parciales y las mediciones valoradas previas a los mismos (arts. 36 y 37 del Pliego), que, por una parte, no implican aceptación ni recepción de las obras (arts. 26 y 58 y siguientes del Pliego) y, por lo demás, ni siquiera pago definitivo, sino a cuenta de la liquidación final (arts. 37, 61 y siguientes del Pliego); esta salvedad importa para extender la virtualidad de la calificación no sólo a la parte de obra no certificada y no pagada y a la pendiente de ejecución (ídem art. 1.592 del Código civil), sino a la integridad de la prestación pactada, que no se entiende cumplida sino hasta el momento de la recepción definitiva: art. 26 del Pliego: «Hasta que tenga lugar la recepción definitiva el contratista es exclusivamente responsable de la ejecución de las obras que haya contratado y de las faltas que en ellas puedan notarse, sin que le sirva de disculpa ni le dé derecho alguno la circunstancia de que el ingeniero o sus subalternos hayan examinado y reconocido durante su construcción dichas obras o los materiales empleados, ni que hayan sido valoradas en las relaciones parciales». c) Por último, la identidad entre el contrato de obra pública y el de obra privada, observada su igualdad de estructura, procede legalmente en nuestro Derecho por el precepto del art. 60, § 3.º de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911: «Se entenderá implícita siempre en todo contrato [de servicios y obras públicas] la condición de que las cuestiones a las cuales dé origen que no se puedan resolver por las disposiciones especiales sobre contratación administrativa, se resolverán por las reglas del Derecho común».

tico en el Derecho Romano, que el empresario (contratista, *conductor*) promete un resultado logrado, una obra concluida, quedando exclusivamente de su cargo la actividad para llevarla a efecto, la cual, por ende, no es contemplada por el contrato, ni sus avatares, en consecuencia, deben producir efecto alguno en la relación contractual. La *locatio operis* se distingue así de la *locatio operarum*, en la cual el dueño de la obra adquiere el derecho a la prestación de una actividad independientemente del resultado que de la misma pueda obtenerse; resultado que es ahora el término ausente de toda relevancia en el nexo contractual.

Sinalagmáticamente se han relacionado las dos prestaciones en la forma en que éstas se han determinado; el precio no se debe, por tanto, sino contra la entrega de la obra acabada, y siendo ésta indivisible en la integridad como se ha definido no es posible concebir un cumplimiento parcial sin una novación que así lo estipulase; a la vez, todo lo que no esté en el hecho de esa entrega, aunque en el plan particular del contratista haya de conducir a ella, al caer fuera de la determinación contractual, no tiene efecto de reciprocidad sobre la prestación debida por el dueño (*locator, dominus operis*), y ésta es, por lo demás, inmutable por la ley del contrato.

Es decir, que la consecuencia inmediata de que la actividad que conduce al resultado en que la prestación consiste se abstraiga en la determinación contractual, es que la suerte de la onerosidad afecta a la misma carezca de todo efecto para mover el mecanismo del contrato. La onerosidad efectiva, mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizar la obra prometida queda únicamente de su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual.

A esta carga propia del contratista llamaremos provisionalmente «riesgo y ventura» del contrato de obra. Es, en efecto, como la exposición trata de poner de relieve, una simple aplicación de la *lex contractus* la que ampara al dueño de la obra para imponer su efectividad al contratista.

Se deduce inmediatamente cómo el principio afecta a la teoría de los riesgos (*periculum*), a lo que la misma expresión «riesgo y ventura» alude (10). Pues, en efecto, en virtud del principio señalado, no siendo

(10) Encontramos en el mismo Derecho común esta expresión «riesgo y ventura», si bien refiriéndose solamente a la teoría de los riesgos: el art. 361 del Código de comercio establece que «las mercaderías se transportarán a riesgo y ventura del cargador si expresamente no se hubiere convenido lo contrario». Quizá se observe que teniendo el contrato de transporte, aun legalmente, la misma naturaleza de *locatio operis*, sin embargo, la solución de la doctrina de los riesgos que este precepto (y el correlativo del Código civil, art. 1.602) proclama es distinta de la que, como consecuencia de esa naturaleza, afirmamos ser propia del contrato de empresa, pues es el porteador y no el cargador quien está en la posición que en este otro contrato corresponde al empresario. La objeción desaparece ante un examen atento, pues en realidad la doctrina de los riesgos se predica típicamente en uno y otro supuesto de situaciones diversas; en el contrato de obra se alude a los riesgos que afectan a la

relevante como pago o cumplimiento sino la entrega final de la obra concluida, los riesgos de destrucciones que antes de esa entrega afecten a las obras en curso serán de cuenta del propio empresario. La solución parece normal; por una parte, porque si de estos riesgos se hiciese responder al *dominus*, exigiéndole el pago de la obra destruida, sería tanto como imponerle el cumplimiento de su prestación sin que el contratista hubiera consumado la suya; por otra parte, la destrucción de la obra es un acaecimiento que se traduce para el contratista en un simple aumento de onerosidad en la realización definitiva de la prestación a que se ha obligado, y vale aquí lo observado ya sobre este extremo (11).

Estas exigencias ordinarias del «riesgo y ventura» no atentan, naturalmente, contra el principio de igualdad, ni suponen una carga leonina sobre el contratista; antes por el contrario, la explicación de las mismas en y por el principio de la interconexión sinalagmática de las dos prestaciones, tal como éstas se determinan en el contrato de obra, evidencia que justamente, al menos en el plano teórico, son un postulado de la igualdad misma. Cabe, además, un argumento que en verdad no sería necesario —pues el equilibrio contractual se logra a través del mecanismo sinalagmático y no por la equivalencia material económica o de posiciones—, aduciendo cómo en realidad la parte contraria viene a pechar en el contrato con el mismo «riesgo y ventura» por lo que hace a su propia prestación: la onerosidad en el cumplimiento de ésta (diferencia del valor monetario entre el momento del pacto y el del pago, disminución en el mercado del valor de las obras), los mismos riesgos de destrucción de las *res pecuniae* por él destinadas a esta finalidad, son soportados íntegramente por el *dominus operis*, del mismo modo que el empresario con su respectiva prestación.

2. Nos cumple ahora verificar el anterior esquema teórico sobre la realidad de nuestro derecho positivo.

a) La regulación que el Código civil contiene del contrato de obra responde íntegramente a las soluciones propias de la anterior construc-

realización en curso de la prestación del contratista (vid. texto a continuación), y éstos, efectivamente, también son en el transporte de cuenta del porteador, que no puede repercutirlos sobre la prestación debida por la otra parte; los riesgos a que aluden los arts. 361 del Código de comercio y 1.602 del Código civil, no son los que afectan a la realización de la prestación del porteador, sino a la suerte de las *mercaderías* transportadas, y sienta el principio ordinario *res perit domino*; la equivalencia en el contrato de obra sería en el caso de materiales del dueño de la obra que perecen con la destrucción de ésta, y la solución legal sería la misma (art. 1.589 del Código civil, a contrario sensu).

(11) Ha sido tradicional caracterizar la *locatio operis* respecto de la *locatio operarum* por la peculiaridad de esta doctrina de los riesgos, que se contraponen a la de aplicación a este segundo contrato. Cfr. MANRESA (*Comentarios...*, 4.^ª ed., t. X, Madrid, 1931, pág. 671), ENNECCERUS (*Derecho de obligaciones*, trad. esp., vol. II, Barcelona, 1944, pág. 230).

ción, como debida a los mismos principios. Se parte, en efecto, de la contraposición dialéctica arrendamiento de obra-arrendamiento de servicios (arts. 1.544, 1.583, 1.588), y las consecuencias lógicas se obtienen seguidamente con toda corrección. Así, la abstracción contractual del *onus praestationis* se enuncia en el art. 1.593; la doctrina de los riesgos, en los arts. 1.589 y 1.590. Según estos preceptos el contratista no puede dejar el contrato ni pedir aumento del precio convenido porque la realización de la obra prometida sobrepase la onerosidad por él prevista, y aun cuando este exceso sea debido a causas supervinientes absolutamente objetivas y extrañas: aumento de precios en el mercado, destrucción de las obras por siniestros fortuitos. Para llegar de aquel planteamiento a estas consecuencias, el Código civil es fiel a sus propios principios generales, pues, en efecto, sin la precisión de estos preceptos expresos podía llegarse a sus mismas soluciones: poniendo en relación la simple definición del art. 1.544 («una de las partes se obliga a ejecutar una obra... por precio cierto») con las reglas elementales del pago (artículo 1.156: «no se entenderá pagada una deuda sino cuando *completamente* se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consiste»); aduciendo el juego normal de la causa en la relación sinalagmática (*exceptio non adimpleti contractus*, o *non rite adimpleti...*, arts. 1.100, último párr., y 1.124), o, en concreto para esta hipótesis, el mismo sistema general de los riesgos por lo que hace a la obligación del empresario de entregar cosa futura (art. 1.182, *a contrario*).

b) Contrastando el planteamiento que aquí se presenta con el que hemos visto ser común en la doctrina, e incluso, confundida por ésta, en la propia jurisprudencia, sólo provisionalmente se ha convenido más atrás en aplicar la expresión típica de la contratación administrativa «riesgo y ventura» al contenido que se ha referido: elusión contractual de la onerosidad de la prestación y doctrina de los riesgos (*periculum*). Ahora llega el momento de prescindir de aquel convencionalismo para afirmar de modo positivo que así es en realidad, a la luz de los preceptos legales en que se plasma. Nos satisface poder invocar en primer lugar a favor de esta interpretación una correctísima declaración jurisprudencial: «Tanto jurídica como gramaticalmente quiere decir la frase *a riesgo y ventura*, riesgo —contingencia o proximidad de un daño—, ventura —palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien» (12). Mas, en concreto, la tesis resulta de aquellos preceptos positivos, transcritos al comienzo, que enuncian las soluciones típicas del «riesgo y ventura» en los contratos administrativos.

Además de comprenderlas sistemáticamente, descubrimos ahora que estas tales reglas tenidas generalmente como características del contrato

(12) Sentencia de 18 de junio de 1947.

administrativo no cumplen en realidad originalidad alguna, antes bien se limitan a aplicar los postulados propios de la dogmática civil, e incluso más, a reflejar directamente principios que tienen también en el Derecho común su concreta expresión normativa. Así, los arts. 42 y 43 del Pliego de 1903 y 6.º del Reglamento de 2 de julio de 1924 (así como sus correlativos en otros Reglamentos y Pliegos), en cuanto determinan la inmutabilidad del contrato, y en concreto del precio, sea cual fuere la onerosidad que al contratista cueste o pueda costar el cumplimiento de su prestación, no hacen sino ratificar los propios preceptos del Código civil que acaban de analizarse. Un examen especial merece la teoría de los riesgos que enuncia el citado art. 42 del Pliego y que, evidentemente, marca una disparidad con el contrato civil.

Luego de conocida la tradición doctrinal y jurisprudencial que afirma el rigor especial del contrato administrativo en este punto, puede parecer sorprendente llegar a la conclusión de que el «riesgo y ventura» propio de este contrato es mucho más benigno que el que se ha visto es propio del contrato civil, pero la afirmación no es menos cierta. Es decir, que llegamos aquí a una conclusión paradójica: no es más riguroso el sistema de «riesgo y ventura» del contrato administrativo que el de contrato común, no es ni siquiera planteado de distinta manera, y es en efecto diferente a éste, pero la diferencia no es precisamente por rigor, sino por todo lo contrario, por una benignidad expresa (13). Efectivamente, esta conclusión es ineludible si contrastamos el art. 42 del Pliego de condiciones generales de 1903 con los arts. 1.589 y 1.590 del Código civil. Mientras estos preceptos, según se ha estudiado, imponen sin excepción al constructor o contratista la carga completa de los riesgos por pérdidas y destrucciones de las obras anteriores a la entrega y recepción de las mismas, el art. 42 del Pliego de 1903, por el contrario, le otorga un derecho de indemnización cuando el siniestro se ha producido por alguna de las cuatro causas que refiere, en virtud de lo cual la carga de los riesgos en estos supuestos se desplaza al *locator*, la Administración en este caso, como obligado a la indemnización consiguiente.

Es patente el favor de este régimen al señalar cuatro excepciones a la carga normal del riesgo, excepciones que el contrato civil desconoce, pero todavía debe observarse que la benignidad no para ahí simplemente, pues la indemnización que a la Administración se impone comprende no solamente las pérdidas sufridas en las obras, sino también aquellas otras que haya sufrido el contratista en las instalaciones, medios auxiliares y materiales de su patrimonio particular —«pérdidas, averías o perjuicios», dice el texto legal, y así en concreto lo ratifica, si

(13) Cfr. mi recensión a la obra citada de BADENES GASSET en *Anuario de Derecho civil*, t. I, fascículo 2.º, Madrid, junio 1948, págs. 594 y sigs. (en especial, página 599).

bien implícitamente, la disposición procedimental aplicable por remisión expresa del propio precepto, el Reglamento de 17 de julio de 1868; extensión esta que dogmáticamente parece resistirse en principio a integrarse dentro de la teoría general de los riesgos, pues ésta debe referirse genuinamente a riesgos afectantes al objeto de la obligación y no a los que puedan alcanzar a bienes del patrimonio de cualquiera de los contratantes que no tienen relación alguna en el nexo obligacional (14).

3.—Debemos recapitular en este momento los resultados obtenidos en la investigación precedente. Pueden señalarse así:

1.º El llamado «riesgo y ventura» del contrato administrativo no es sino la aplicación del principio común del *contractus lex* (arts. 1.091 y 1.254 del Código civil), haciendo relación en concreto a la virtualidad del vínculo establecido, la inmutabilidad del contenido obligacional del mismo y la disposición sinalagmática de las prestaciones acordadas en él.

2.º La referencia unitaria de tales tres cuestiones se realiza por la calificación de las obligaciones nacidas del contrato de obras públicas (y, correlativamente, de aquellos otros a los cuales también se aplica) como obligaciones de resultado, lo que implica la elisión total en la determinación de las prestaciones y, por tanto, en su interconexión sinalagmática, del plano del *onus praestationis* que queda así a cargo particular de cada parte respectivamente, sin que, según el pacto, afecte a la economía del sistema contractual; este principio puede referirse a las dos partes del contrato, aunque tenga relieve especial respecto a la obligación del contratista (responsabilidad de la *empresa*), respecto del cual ordinariamente se predica.

3.º De lo cual se deduce: *a)*, que la mayor o menor onerosidad sobre la prevista o normal en la realización de la prestación comprometida no autoriza a desligarse del contrato (negación de la rescisión por lesión, tanto inicial como superviviente: art. 6.º del Reglamento de contratación municipal, implícitamente art. 43 del Pliego de 1903); *b)*, ni a pretender una modificación correlativa de la prestación de la otra parte (negación de la indemnización por lesión, inicial o sobrevenida: recogido en las mismas disposiciones que lo anterior) (15); *c)*, que los riesgos (*periculum*) que, antes del pago o de la *mora accipiendi*, afecten

(14) Es evidente, aun conviniendo en dudar en el caso de los materiales acopiados, que al menos las instalaciones y medios auxiliares no son objeto de la obligación, y en este sentido no parece deban seguirse con ellos reglas referentes a este objeto, se orienten éstas en uno u otro sentido. Ahora bien, el precepto puede tener un fundamento material propio, lo que se examinará más adelante, justificándose entonces la comunidad de destino con las obras por el principio de afección real de los medios auxiliares, que como particularidad genuina del contrato de obras públicas instrumentan las regulaciones del Pliego de 1903 (arts. 28, 38 y 56); tema éste digno de atención especial, que en este momento no podemos prestarle.

(15) La teoría del «riesgo imprevisible», propia del contrato administrativo, tiene

a la realización de la prestación deben ser soportados por el titular respectivo de ésta, habida cuenta que hacerlos repercutir sobre la parte contraria implicaría imponer a esta otra el cumplimiento de su obligación sin que la anterior hubiera consumado la suya.

4.º Las anteriores formulaciones a que se concretan las exigencias del principio de «riesgo y ventura» son por su mismo origen propias del contrato civil, en cuya regulación se encuentran íntegramente, y de donde las ha tomado el contrato administrativo, siendo así equivocada la doctrina que afirma una particularidad del contrato administrativo en este extremo, que consistiría en un rigor especial con el empresario o constructor de la obra.

5.º Finalmente, y en relación con lo último notado, existe realmente una particularidad del contrato administrativo pero determinada en sentido contrario a lo comunmente afirmado: pues consiste en la aceptación de cuatro excepciones (que se enuncian en el art. 42 del Pliego de 1903) al deber general que el contratista tiene, según el derecho común, de soportar sus riesgos, haciéndolos recaer en tales supuestos sobre la Administración; extendiéndose, además, la excepción de este régimen a indemnizar al contratista daños sufridos en *res sua*, y no sólo en la obra objeto del contrato.

4.—Expuesto lo anterior, nós interesa explicar la especialidad notada en el último punto, según la cual el rigor común del «riesgo y ventura» se templa en el contrato administrativo en ciertos supuestos en beneficio del contratista. ¿A qué se debe esta excepción favorable? ¿Cómo justificar una lenidad tal sobre el régimen común que parece contradecir la tendencia general del contrato administrativo de reforzar la posición de la Administración como contratante, tendencia seguida a costa de afectar muchas veces al mismo principio de igualdad? Intentaremos una explicación doble, apoyada una en razones intrínsecas a la propia naturaleza del contrato de obra, y como tal con posibilidad de valer para el mismo contrato privado, justificada la segunda en motivos específicos de la contratación administrativa, y en especial en su criterio cardinal que es el principio del servicio público.

a) La teoría de los riesgos en el contrato privado de obra, tal como ha quedado expuesta, cuenta a su favor, sin duda, con una innegable coherencia lógico-dogmática, según se ha tratado de manifestar en la

en este punto, como excepción a tal principio, su lugar sistemático. Es dudoso que quepa encuadrarse dogmáticamente dentro de tal teoría la solución análoga, propia de nuestro Derecho, de la «revisión de precios» (Ley de 17 de julio de 1945 y disposiciones complementarias), que, no obstante, debe referirse sistemáticamente en parte importante al mismo lugar. Sobre estos extremos nos relevamos de hacer otras consideraciones en esta ocasión, remitiéndonos a nuestro trabajo en colaboración con J. L. VILLAR PALASÍ: «La revisión de los precios del contrato administrativo en la doctrina del Consejo de Estado», de publicación próxima en esta REVISTA.

misma exposición seguida, pero acaso no pueda decirse que llegue siempre a consecuencias justas; y es obvio que entre la deducción lógica y la exigencia de la justicia, si el conflicto llega efectivamente a plantearse, el Derecho —que no es un artificio dialéctico, sino una disciplina social— deberá inclinarse a favor del segundo término. Nos bastará en esta ocasión observar que ciertamente una solución que por esta consideración desplace la carga de los riesgos en ciertos casos desde el constructor al dueño ha podido existir en el más prestigioso derecho histórico, existe aún en muchos sistemas positivos, y es finalmente postulada por un sector importante de la doctrina.

El Derecho Romano, fiel a su tendencia general, ofrece un ejemplo de soluciones casuísticas sólo interpretables por el criterio propuesto. Despreciando la solución unitaria que le ofrecía la doctrina de la prestación-resultado que por primera vez se formula en su seno (16), distingue, por de pronto, a estos efectos, tres supuestos: la simple *locatio operis*, la *locatio operis* con suministro de materiales, y, finalmente, esta última referida en concreto a la construcción de edificios. En el primer supuesto, se cumple teóricamente la regla de la carga de los riesgos para el empresario o constructor hasta el momento de la entrega (*operis probatio*) (17); decimos teóricamente porque una doctrina cuyo origen parece situarse en SABINUS va a trastocar este principio de modo profundo, al exceptuar del alcance de la regla precisamente el caso normal para que está formulada, la destrucción de la cosa por una fuerza mayor imposible de evitar, por ejemplo, un temblor de tierra (18), lo cual implica alterar esencialmente el sentido de la regla, que queda reducida en adelante nada más que a una simple presunción de culpa que afecta al empresario, mientras que la carga habitual de los riesgos se ha desplazado con ello al dueño o *locator*; hay que tener en cuenta, no obstante, que el principio *spondet peritiam artis* vinculaba estrechamente la diligencia del *conductor*, imponiendo la apreciación de la culpa levisima. Así, las fuentes muestran aplicaciones particulares de esta nueva formulación, como cuando se dice que si la destrucción se produce antes de la recepción el comitente debe pagar la remuneración si la obra estaba acabada de suerte que hubiere tenido que aceptarla (19); y que si la destrucción adviene cuando sólo estaba

(16) PAULUS, en D., 50, 16, 5, 1.

(17) «Si rivum quem faciendum conduxeras et feceras antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est»: LABEON, D., h. t., 62.

(18) D., h. t., 59; «*Marcus domum faciendam a Flacco, conduxerat; deinde operis parte effecta terrae motu concusum erat edificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit Flacci esse periculum.*» Decimos que es el siniestro inevitable el supuesto normal contemplado en la teoría de los riesgos y es obvio, porque si la destrucción fuese imputable a cualquiera de las partes, ésta respondería por la doctrina general de la culpa.

(19) D., h. t., 36; eod. 37; eod. 62.

hecha parte de la obra, debe también el comitente una remuneración parcial, si es que de haberse concluido la obra en la misma forma realizada hubiera tenido que ser admitida (20). En segundo lugar, el Derecho Romano consideraba específicamente el caso de arrendamiento de obra con suministro de materiales, supuesto que, en cuanto calificado como de compra-venta (21), se regía por las normas aplicables a este contrato, y, por tanto, los riesgos afectarían al comitente (*periculum est emptoris*), salvo que los materiales fuesen genéricos, y esta salvedad por el principio común *genus perire non censetur*. Finalmente, decíamos, normas especiales se prevenían para este último supuesto de arrendamiento con suministro de materiales cuando se trataba de la construcción de un edificio sobre fundo del dueño, pues en vez de seguirse en este caso el principio común de cargar los riesgos al empresario, como siempre que los materiales son cosas genéricas, se entendía que con la construcción los materiales accedían por incorporación al fundo, con lo que otra vez se aboca a afectar los riesgos al dueño, ahora a través del principio *res perit domino* (22).

La misma tensión entre el rigor dogmático y la conveniencia práctica de exonerar de ciertos riesgos al empresario es dable observar en los derechos actuales. Hay Códigos que, como el portugués, aceptando el principio que hace recaer los riesgos sobre el empresario, salva, no obstante, el caso de que éste aporte sólo trabajo efectuado sobre materiales del dueño (arts. 1.397-8). Priva en los demás la solución escolástica recogida en el nuestro, sin que contengan ordinariamente excepciones favorables al empresario (Cód. de Napoleón, arts. 1.788-91; Cód. italiano de 1865, arts. 1.635 y 1.637; nuevo Cód. italiano, art. 1.673; Cód. alemán, § 644; Cód. suizo de las obligaciones, art. 376); pero es casi general en estos casos o una dulcificación del rigor por obra de la jurisprudencia (23), o una tendencia en tal sentido por parte de los tratadistas (24).

Sin salirnos de nuestro propio Derecho puede señalarse una tendencia en igual sentido. En la Ley de Partidas se refleja en buena parte

(20) D., h. t., 59; eod. 33. Con estos preceptos la carga de la prueba afecta al empresario, no sólo por lo que hace a destruir la presunción de culpa que le alcanza sobre las causas del siniestro, sino también positivamente para demostrar el estado concreto de la obra y su regularidad conforme a lo pactado.

(21) GAIUS, III, 147.

(22) D., h. t., 22; D., de contr. empt., 18, l. 1. 26. Para esta parte de Derecho romano, vid. GIRARD: *Manuel élémentaire de D. R.*, 7.^a ed., Paris, 1924, pág. 602; WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. it. por FADDA y BENZA, vol. II, Torino, 1930, págs. 552 y sigs.

(23) Así en Francia, donde, contra ley, en el caso de construcción de edificios sobre suelo del dueño, la jurisprudencia parece haber impuesto la misma solución romana de la accesión, expuesta más arriba. Vid. COLIN y CAPITANT: *Curso de Derecho civil*, trad. esp., t. IV, Madrid, 1925, pág. 341.

(24) Para Francia puede verse en los mismos autores acabados de citar, eod. cit., que postulan una vuelta a los criterios romanistas, mantenidos también por el antiguo

el casuismo romanista, y así es posible señalar soluciones distintas. Para nuestra tesis importa resaltar la que se contiene en la ley 21, título XXXII, Part. 3.^a: «Lealmente e con gran femencia deven mandar facer las lavores aquellos que son puestos sobre ella; de manera que por su culpa, nin por su pereza, non sea y fecha alguna falsehood... E si por *aventura* [destaquemos el término] la labor que fuese fecha de nuevo se derribase, o se moviese ante que se acabase, o quince años después que fuese fecha, sospecharon los sabios antiguos que por mengua o culpa o por falsehood de aquellos que eran puestos para facerlas aconteciera aquel fallecimiento. E por ende ellos, e sus herederos, son tenudos de refacerla a su costa e misión: fueras ende si las labores se derribasen por ocasión, así como por terremoto, o por rayo, o por grandes avcnidas de ríos o aguaduchos, o por otras grandes ocasiones semejantes de éstas.» Los riesgos ordinarios se imputan, pues, al *dominus operis*; la responsabilidad del contratista se justifica solamente en el supuesto de la culpa, si bien ésta sea juzgada estrictamente conforme al principio *spondet peritiam artis*, de modo que las causas de justificación se reducen expresamente a las «grandes ocasiones semejantes» al terremoto, el rayo o las inundaciones. La solución nos parece sorprendentemente análoga a la de nuestro Pliego de condiciones de 1903.

En la doctrina, aunque limitadamente, puede encontrarse la misma posición. GUTIÉRREZ justifica el régimen de las Partidas que, como vigente, glosa; para él «la obra que perece en todo o en parte antes de estar acabada se presume que ha perccido por defecto de construcción, y, en consecuencia, por falta del maestro de obras» (25). MANRESA, refiriéndose ya a la solución del art. 1.590 del Código civil, continúa justificándolo en el mismo fundamento: «La ley supone que si la cosa pereció es por defectos de confección, imputables al arrendador», pero se ve obligado a contradecirse al aceptar, con la letra del precepto, que pese sobre él el caso fortuito (26); en todo caso es fecundo interpretar la regla dentro de la teoría de las presunciones, aun a través del arbitrio del *iuris et de iure*, pues equivale a manifestar un fundamento material que puede jugar para modular la aplicación de la regla, o para postular incluso otra distinta por parte de una jurisprudencia constructiva, o, más holgadamente, *de lege ferenda*. Finalmente, PÉREZ y ALGUER asienten sin reservas la postura de la doctrina alemana antes señalada (27).

Derecho francés. Para Alemania, ENNECERUS, op. cit., pág. 290, y autores allí citados. En la doctrina italiana, GIORGI señala cómo, al menos en el caso puro de construcción sin suministro de materiales, la mayor parte de los autores repudia la solución del Código (*Teoría de las obligaciones...*, trad. esp., t. IV, Madrid, 1911, págs. 267-8); etcétera, etc.

(25) *Códigos...*, 4.^a ed., t. IV, Madrid, 1884, pág. 481.

(26) MANRESA, op. cit., págs. 675-6.

(27) Anotaciones a ENNECERUS, op. cit., pág. 290.

Con toda la exposición precedente podemos legitimar con comodidad una postura crítica. En un orden abstracto, sobre todo en cuanto la obra o empresa objeto del contrato sobrepase un cierto volumen, no manifestaríamos partidarios de los criterios romanistas, que no es preciso justificar constructivamente sino en el plano de los resultados socialmente justos. Se afirmó más atrás ocasionalmente que en los contratos bilaterales el equilibrio contractual se lograba a través del mismo mecanismo sinalagmático y no por la equivalencia material económica o de las posiciones respectivas. Esta es, en efecto, la regla, pero cabe señalar también un principio que afirma un grado máximo de tensión entre esa igualdad formal derivada del *contractus lex* y esta otra igualdad material referida a la igualdad económica, sobrepasado el cual el Derecho desprecia aquélla para atender a ésta. Uno de tales casos podría ser la realidad de la doctrina de los riesgos que aquí examinamos, si es que dogmáticamente no se aceptasen otras construcciones, de lo cual no pretendemos en este momento hacernos cuestión (28).

En esta dirección cobra sentido la particularidad de la legislación administrativa, como una posible manifestación de la misma tendencia. La responsabilidad del contratista no procedería, como en el anterior planteamiento, por la doctrina de los riesgos, sino por el principio de la presunción de culpa. La limitación de los cuatro motivos de siniestros inevitables que enuncia el art. 42 del Pliego sería explicable por el mismo criterio que el que hemos visto que ofrece la vieja Ley de Partidas: son efectivamente cuatro casos típicos en que la presunción de culpa del contratista, aun juzgada con el rigor del *spondet peritiam artis*, no puede objetivamente mantenerse; en los demás supuestos cabe siquiera, por la estimación *in abstracto*, un concurso de culpa y *casus* que, por la relevancia de aquella en su entidad levísima, puede justificar en cierta manera la no exoneración del contratista. Justamente por esta tasa de excepciones que sujeta la diligencia del contratista a un cuidado sutil y efectivo que le obliga a prevenir por todos los medios cualquier otro siniestro, puede habiarse de un *rigor iuris* del contrato administrativo. Ahora bien, este rigor no puede referirse precisamente a nuestra norma actual positiva en el Derecho común, mucho más rigurosa en este punto; debe referirse al principio particular que, con independencia de la teoría de los riesgos, justifica en el contrato administrativo la

(28) Nos limitamos a sugerir que acaso fuese fecundo intentar aplicar a los riesgos de destrucción de las obras y de los mismos *instrumenta operis* del contratista el esquema teórico que ofrece la llamada teoría de la responsabilidad por riesgo, de aplicación común en el contrato de trabajo; esto podría fundamentar que la responsabilidad por estos daños se imputase al dueño. La solución romana de la accesión se pone a prueba en el supuesto de edificación sobre suelo de tercero. La cuestión es en todo caso muy sutil, y los límites de estas notas nos vedan penetrar en ella de lleno.

responsabilidad del contratista, y este principio nos lo revela el propio precepto positivo: la doctrina de la culpa; pues, en efecto, al calificar predeterminadamente entre todo posible motivo de destrucción, pérdidas o averías en las obras como causas de fuerza mayor sólo cuatro, refiere el resto, *iuris et de iure* a la culpa del contratista, que es el término contrapuesto al de fuerza mayor en la teoría de la imputación de los hechos; es decir, equivale a formular una rígida presunción *iuris et de iure* de la culpabilidad del contratista en todos los casos distintos de las cuatro excepciones admisibles (29).

b) Por lo demás la solución del contrato administrativo es justificable, como es propio, más específicamente que por el prurito de reconocer una justicia debida al contratista que el mismo Derecho civil positivo le niega, por el criterio fundamental que inspira la generalidad de sus particularidades, el de la conveniencia del servicio público. Se nos ofrece aquí una aplicación de la fecundidad de este principio general (30) (31). En efecto, el argumento concreto parte de considerar el

(29) Así puede entenderse la posición de nuestros administrativistas señalada más atrás, cuando postulan francamente un rigor menos excesivo. Así también una dirección de la jurisprudencia, que alguna vez ha tendido a ampliar los casos de excepción en beneficio del contratista (está referida en los tratadistas del contrato administrativo citados al comienzo, loc. cit.). Sin embargo, esta tendencia ampliatoria es difícilmente sostenible; la dogmática civil nos ofrece en contra un argumento; la dogmática administrativista veremos a continuación que por sus propias razones se pronuncia en el mismo sentido; finalmente, siendo la determinación de la ley expresa e inequívoca, el contratista habrá incluido la carga de los riesgos a que se obliga en el precio del contrato. Lo que sí es posible es criticar la determinación de las excepciones que formula el art. 42 del Pliego, según el criterio de la estimación *in abstracto* de la culpa levisima por el principio *spondet peritiam...*; así por el desarrollo técnico actual puede imputarse a culpa el siniestro por rayo atmosférico; otros motivos (p. ej., grandes inundaciones), por el contrario, merecen la calificación abstracta de fortuitos.

(30) En nuestro Derecho el criterio del servicio público para la individualización de los contratos administrativos es expreso en la propia legislación desde sus primeras y antiguas formulaciones. En el Derecho vigente es constante, en efecto, la referencia nominal como «contratos de obras y servicios públicos» (cap. V de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911; art. 5.º de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo, de 22 de junio de 1894, etc.). La jurisprudencia ha podido apropiarlo por eso para discriminar contratos administrativos y contratos civiles; pero, no obstante, no ha sabido, en general, hacer jugar el principio más allá del plano formal del deslinde de competencia entre las dos jurisdicciones, para proponerlo como criterio cardinal en la orgánica del contrato administrativo.

(31) Existe alguna otra solución propia del contrato administrativo; en concreto, el llamado «riesgo imprevisible» (con las salvedades hechas supra nota 15, sobre su validez en nuestro Derecho), que igualmente puede intentar justificarse en principios de Derecho común (cláusula *rebus sic stantibus*, teoría de la presuposición y, en general, toda la serie de teorías paralelas), principios cuya recepción tampoco es corriente por vía general en los derechos civiles modernos, cuando en realidad encuentra su razón de ser específica en el principio del servicio público, que por otras razones viene a plantear exigencias análogas a aquellas tesis. Cfr. en nuestra bibliografía M. HAURIOU: *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, enero 1926; J. L. VI-

elevado volumen económico que con frecuencia implican los contratos de obras públicas; si los riesgos de destrucción fortuita de lo ya construido fuesen a cargo del contratista hasta el momento de la *operis probatio* (recepción definitiva) se le afectaría una responsabilidad potencial de una importancia extraordinaria que en muchos casos excedería con facilidad de la totalidad de su patrimonio; a la vez, las probabilidades de un siniestro aumentan a través de los largos plazos de ejecución que se prevén en la hipótesis normal de obras públicas importantes. El razonamiento no aboca ahora a proponer una liberación del contratista de tal grave carga por algún motivo de equidad, sino que trata de valorar nudamente las consecuencias prácticas que, no para el contratista, sino para la Administración, podría implicar una contratación sobre tal base. Y las consecuencias serían, alternativamente: o una defección de la oferta en las licitaciones, que quedarían en su mayoría desiertas (al menos en ciertas épocas —guerras, agitaciones sociales—, o en las obras sobre ciertos terrenos más afectado por los riesgos de terremoto o movimientos), o, más razonablemente, la necesaria repercusión sobre las cifras ofrecidas por los contratistas de la prima de seguro que cubriese tales riesgos. Ambas dos soluciones serían perjudiciales para el servicio público. La primera, es obvio. La segunda, resulta según una simple valoración económica, pues la prima de seguro, tanto sea expresa por una póliza pactada especialmente por un tercer asegurador, como si, sin esta póliza, represente simplemente el precio en que el contratista evalúa la asunción de los propios riesgos, será notoriamente más oneroso a la Administración abonarla a través del precio de todos sus múltiples contratos que responder ella misma de los riesgos cuya cobertura busca el contratista. Es decir, que cuando la Administración acepta responder ella misma de ciertos riesgos libera al contratista de la necesidad de asegurarlos, y, por tanto, descarga las cifras de licitación de una partida importante; lo que decimos es que este ahorro conseguido en los precios de las obras remunera sobradamente la carga económica que la Administración asume por el hecho de aceptar los riesgos; y este es un argumento que no es válido para el supuesto normal contemplado por el Derecho civil de contratos aislados, sino que vale sólo, quizá, en el orden administrativo donde el elevado volumen económico de una contratación constante permite efectivamente al *dominus* obtener el beneficio de su autoseguro según la ley actuarial de los grandes números. La índole de este argumento justifica igualmente la extensión de las reglas no sólo el objeto de la obligación (obra), sino

ELIAR PALASÍ: *Un dictamen del Consejo de Estado sobre aplicación de la cláusula rebus sic stantibus en un supuesto de expropiación forzosa*, en *Anuario de Derecho civil*, t. I, fasc. 2.º, Madrid, 1948, págs. 543 y sigs., y la bibliografía sobre el caso allí citada.

también a los propios *instrumenta operis* de la propiedad del contratista, según lo observado más atrás (32).

El beneficio económico del servicio público es, paradójicamente, la razón última de que la Administración acepte en el plano formal una condición más desventajosa que la del contratante privado en análoga clase de contrato. Acaso haya alguno a quien pueda parecer pobre este principio para hacerlo jugar en la estructura dogmática del contrato administrativo. Quien así pensase desconocería la orgánica propia de lo administrativo, pues, por una parte, la idea del beneficio económico del servicio público, que esconde el más rico enunciado del «*mínimum*» de las cargas públicas, está presente de modo constante y cardinal en todo el Derecho administrativo patrimonial y financiero (33), y en segundo lugar, ya en concreto, tal principio marca también su huella en otros aspectos fundamentales del contrato público: el principio de la licitación, el pago por certificados parciales (34), en buena parte el mismo principio de la «*imprevisión*» o, en nuestro derecho, de la revisión de los precios, dogmáticamente tan sensible (35), etc.

(32) Puede plantearse entonces la cuestión de por qué limitar, como hace el artículo 42 del Pliego, los casos de siniestros indemnizables. La razón que debe darse es práctica, y nos la revela la expresa *intentio legis*; en efecto, tal limitación, que, como se ha señalado supra, se establece por vez primera por el Pliego de condiciones de 11 de junio de 1886, se determina, según el preámbulo de esta disposición, buscando «hacer depender la fuerza mayor, no tanto de la magnitud o entidad del suceso, sino de su naturaleza», y con objeto de evitar «continuas reclamaciones e interminables expedientes, que sobre entorpecer la marcha de la Administración y detener el progreso de las obras, no pueden resolverse, por regla general, con seguridad de acierto». Se trata, pues, de una tasa de supuestos que permita una aplicación legal casi automática con objeto de evitar litigios que, como la exposición dice, entorpecen la marcha del servicio público, así como para no dar lugar a soluciones particulares contradictorias o simplemente justificadas en casos concretos. Del mismo modo, es común muchas veces el desechar en Derecho administrativo las calificaciones discrecionales para acogerse a calificaciones fijas regladas, en especial cuando se trata, como aquí, de otorgar beneficios económicos a los administrados, en cuyo supuesto juegan, además, otros principios fundamentales: el de la garantía del gasto público y el de la igualdad ante los beneficios generales.

(33) Específicamente se pueden ofrecer incluso múltiples ejemplos en que se aplica el mismo principio del beneficio del autoseguro material administrativo, tanto por lo que hace a cosas (que nunca asegura la Administración, soportando ella misma los riesgos), como a personas (régimen de clases pasivas, régimen especial de accidentes de trabajo), etc. En el mismo orden el criterio contrario a Cajas de capitalización (Cajas de amortización, capitalización de fondos especiales, etc.).

(34) Cfr. supra nota 9; el argumento es aquí el mismo en realidad: la Administración se ahorra el precio de los intereses que el contratista debería abonar por los créditos que necesitaría para llevar a su final las obras, cuyos presupuestos, como se ha notado, exceden con facilidad de los patrimonios particulares de los constructores.

(35) Es obvio igualmente que resulta en conjunto más favorable a la Administración abonar los aumentos de precios determinada y limitadamente especificados que afecten a sus contratos en curso, que abonar las primas de seguro que con toda amplitud el contratista incluiría necesariamente en las cifras de oferta para cubrir un riesgo tan inconcreto y tan vasto como el de la elevación de precios. Así se reconoce

IV. 1.—El principio de «riesgo y ventura» se acaba temáticamente donde hemos concluido. Para exponer a continuación, como pretendemos, la doctrina de la fuerza mayor en el contrato administrativo, es necesario comenzar deshaciendo el equívoco general de su implicación en el principio de «riesgo y ventura». No es ello difícil. Si este principio, en efecto, por lo que importa en este momento, enuncia la teoría de los riesgos (*periculum*), el alcance genuino de la doctrina de la fuerza mayor se refiere sistemáticamente a la teoría del incumplimiento, y en concreto al supuesto de la imposibilidad de la prestación. Basta desarrollar esa distinción. Existe, desde luego, un contacto material de ambos temas en el hecho de que, como se ha dicho, el siniestro fortuito, producido, pues, por fuerza mayor (que es lo que dice el artículo 42 del Pliego de 1903), pero debe observarse:

1.º La doctrina de la fuerza mayor como imposibilidad de la prestación comprende no sólo los acaecimientos que ocasionen destrucciones, sino también los que no las causan, pero siempre —en uno y otro caso— que determinen precisamente una situación de incumplimiento.

2.º Pues cabe que un suceso de fuerza mayor, calificado así para aplicar la teoría de los riesgos, no lo sea tal dentro de la doctrina del incumplimiento, lo que de hecho suele ocurrir, ya que la actualización de un siniestro que ocasione pérdidas en las obras no impide sino excepcionalmente la conclusión de éstas (36), limitándose a hacerlas simplemente más onerosas; así, se dijo, se integra la teoría de los riesgos en este contrato en la de la onerosidad de la prestación.

3.º La inversa es igualmente evidente y del todo común: que una causa de fuerza mayor estimada tal por lo que hace a una situación de incumplimiento (y lo será en cuanto imposibilite la prestación) no tenga en absoluto tal carácter en la doctrina de los riesgos por no ocasionar destrucción ninguna.

Y 4.º Aun en el supuesto de que un mismo hecho sea calificado de

en nuestra legislación positiva en el preámbulo del Decreto de 21 de junio de 1946: «Resulta aconsejable ofrecer a ésta [a la Ley básica de revisión de precios, de 17 de junio de 1945] las necesarias facilidades de facilidad y rapidez en su tramitación . . . porque del grado de eficacia de la Ley depende la normalización de la marcha de las obras públicas en curso y la licitación de las futuras al no tener los constructores que soportar o que prever las consecuencias de la intervención estatal [se refiere a las disposiciones oficiales de aumento de precios] si esa eventualidad está en todo momento clara y legalmente cubierta». Resaltamos la expresión que afirma el beneficio en «la licitación de las futuras» obras.

(36) Respecto a las cuatro causas del art. 42, sólo podrán determinar verdadera imposibilidad total de la prestación la segunda y la tercera, siempre que los terremotos imposibiliten definitivamente el terreno o los movimientos de tierra del lugar de las obras se manifiesten como constantes y técnicamente insuperables; posibilidades las dos realmente remotas. En todos los demás supuestos sólo podrán determinar, a lo más, una imposibilidad temporal de la prestación, tema aludido seguidamente.

fuerza mayor a efectos de las dos sistemáticas (lo que ordinariamente se limitará, por lo que hace al tema del incumplimiento, a fuerza mayor justificante de una situación de mora, vide nota anterior), las calificaciones respectivas referirán contenidos en esencia diversos: en la teoría de los riesgos, el concepto determina cuál de las partes ha de soportar los daños materiales causados; en la doctrina del incumplimiento es un término contrapuesto al de incumplimiento culpable del contratista, y en tal sentido, determina la responsabilidad o exoneración de este respecto de la situación material creada por la no consumación de la prestación ofrecida.

2. Refiriéndonos ahora a la fuerza mayor *strictu sensu*, que juega en la doctrina del incumplimiento (art. 1.105 del Código civil), afirmamos que el principio del «riesgo y ventura» no tiene, como se ha visto, la menor exigencia en su sistemática propia, y que, por lo demás, frente a los equívocos más atrás señalados, y contra lo que sostiene la sentencia glosada, su admisión es plena y sin tasa en el contrato administrativo, cuyo régimen no consagra el sistema excepcional de *praestando casus*, sino el común que se define en el principio opuesto *casus a nullo praestatur*. Fundamentar esta tesis es fácil una vez deshecho el equívoco que la simple expresión empleada —por lo demás, correctamente: «para los efectos de este artículo»— por el art. 42 del Pliego de 1903 ha podido causar.

Cabe, en primer lugar, invertir la cuestión por un argumento elemental: ¿en qué precepto positivo se justificaría la inadmisión en el contrato administrativo de la imposibilidad de exonerar al contratista de responsabilidad por el incumplimiento no culpable, o sea, por el incumplimiento debido a fuerza mayor? Pues la concreción de este precepto sería precisa para marcar una diferencia tan específica respecto del régimen contractual común, según impone en nuestro ordenamiento el art. 60, § 3.º de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, más atrás transcrito (37). Se ha visto que no es válida la cita en este lugar del art. 42; se verá a continuación que algún otro precepto que pudiera suscitar confusión tampoco contradice la norma común.

En segundo lugar, resulta que las propias normas especiales de la contratación administrativa manifiestan, ya positivamente, el criterio de estimación de la fuerza mayor como motivo exonerante de las consecuencias

(37) El argumento sigue valiendo si entendemos, como parece lo justo, y el Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 14 de marzo de 1936, que las lagunas de las estrictas normas contractuales administrativas no deben colmarse inmediatamente por las normas civiles, sino, previamente a esta aplicación subsidiaria, con los principios generales que dimanen de la legislación administrativa; pues no advertimos, ni se invoca por nadie, principio alguno del contrato administrativo que imponga tal solución, antes por el contrario, como va a verse.

propias del incumplimiento culpable. Continuando centrando el examen positivo sobre el contrato de obras públicas, varios preceptos del Pliego de 13 de marzo de 1903 recogen la doctrina:

El art. 13: «Si por una *causa cualquiera, independiente de la voluntad del contratista, no pudiera éste comenzar las obras* en el tiempo preñjado o tuviera que suspenderlas, se le otorgará la prórroga proporcionada para el cumplimiento de su contrato.»

El art. 53: «Cuando transcurra un plazo de tres años *sin que pueda el contratista comenzar las obras y desarrollarlas en la escala debida, por no estar pagados los terrenos que han de ocupar o por cualquier otra circunstancia independiente de su voluntad, tendrá derecho a la rescisión de la contrata.*»

Finalmente, el art. 55: «Si llegase el término de alguno de los plazos a que se refiere el art. 10 [plazos de comienzo, desarrollo y conclusión] sin que el contratista hubiese construído las obras correspondientes, se rescindirá la contrata con pérdida de la fianza... Sólo cuando demuestre el contratista que *el retraso de las obras fué producido por motivos inevitables* y ofrezca cumplir su compromiso dándole prórroga del tiempo que se le había designado, podrá la Administración, si así lo tuviese por conveniente, concederle la que prudencialmente le parezca.»

La estimación de la fuerza mayor en el contrato de obras públicas y, paralelamente, en otros contratos administrativos que tienen en este su modelo, no ofrece cuestión según tales preceptos. Únicamente la redacción literal del art. 55 puede permitir suponer que la facultad de rescindir con pérdida de la fianza quede en todo caso a discreción de la Administración, lo cual, dada la naturaleza parcial de la fianza administrativa como pena convencional, y el carácter de indemnización de daños y perjuicios de ésta (art. 1.152 del Código civil), implicaría en efecto la responsabilidad por el caso fortuito cuando, existente y probado éste, la Administración no se aviniera a otorgar la prórroga que el contratista solicita. Esta conclusión debe, sin embargo, rechazarse, para lo que la interpretación sistemática ofrece el apoyo de los dos preceptos anteriores en que se formula correctamente la doctrina de la fuerza mayor. Con alguna confusión, el art. 55 tiene, sin duda, un sentido propio que sin esfuerzo resulta de una fácil interpretación constructiva. Para su total comprensión preciso será referirse a la orgánica general de la fuerza mayor en el contrato administrativo, sentada ya —siquiera sea provisionalmente— la regla general de su admisión.

3. Una exposición detallada y justificada del juego de la fuerza mayor en el contrato administrativo exigiría una serie de precisiones previas que por afectar a aspectos fundamentales del contrato, y en concreto

al fondo de la teoría general de incumplimiento, impondrían un largo desarrollo. De esta amplia tarea debemos relevarnos en este momento, en que el tema ha sido propuesto en líneas sistemáticamente determinadas que deben respetarse. Ofreceremos, no obstante, en esquema las conclusiones que nos parecen objetivas, reduciendo al mínimo su explicación dogmática.

a) Las normas particulares del contrato de obras públicas no prevén el supuesto de imposibilidad total de la prestación por caso fortuito, sin duda por su absoluta excepcionalidad, que ya se ha notado (38). Como normal, afrontan el supuesto ordinario de que la fuerza mayor (definida de la manera más amplia: «causa cualquiera independiente de la voluntad del contratista», «motivos inevitables») ocasione un mero retraso en el cumplimiento de la prestación.

b) Para comprender el juego de los preceptos transcritos es preciso partir de un principio fundamental del mecanismo del contrato administrativo: el que dimana de su naturaleza de «negocio fijo» (*Fixgeschäft*) o negocio de «término esencial» (39). En efecto, la ejecución de las obras se prevé según los plazos rígidamente predeterminados, como establece el art. 10 del Pliego: «El contratista dará principio a las obras dentro del plazo marcado en las condiciones particulares o facultativas de la contrata, las desarrollará lo suficiente para que en los períodos parciales fijados en aquélla resulte hecha la parte correspondiente, y las terminará en el tiempo señalado.» Estos plazos deben entenderse esenciales, en el sentido del art. 1.100, núm. 2.º, del Código civil: «La designación de la época en que había de entregarse la cosa o prestarse el servicio fué motivo determinante para establecer la obligación.» Lo cual es fácil justificar en el mismo principio orgánico del servicio público, que penetra, como se ha dicho, la institución del contrato administrativo, ya que, efectivamente, para la realización de los servicios proyectados por la Administración, los plazos por ésta fijados son esenciales, como ligados a un plan de conjunto de satisfacción de

(38) De las dos imposibilidades, legal y física, a que se refiere el art. 1.184 del Código civil, parece que debe descartarse en el contrato administrativo la legal, que se confundirá ordinariamente con el ejercicio por la Administración de su facultad de recobrar la obra o desistir del contrato (arts. 46 del Pliego y 1.594 del Código civil), teniendo en cuenta que las tercerías dominicales sólo ocasionarían un retraso en la ejecución y no la imposibilidad total, por el arbitrio de la expropiación forzosa. Causas físicas de imposibilidad de la prestación, distintas de las notadas supra nota 36, exigirían demasiados requisitos para ser prácticamente posibles.

(39) Cfr. en nuestra bibliografía reciente A. VICENTE Y GELLA: *El término esencial*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 22, Madrid, agosto 1949, págs. 7 y sigs. La teoría del *Fixgeschäft* (HEDEMAN: *Schuldrecht*, Berlin und Leipzig, 1931, página 135) fué formulada por la pandectística alemana sobre la polémica HARTMANN MOMMSEN. La bibliografía posterior a la obra del primero, *Die Obligation*, 1875, es numerosísima, hoy alrededor del § 361 del B. G. B. Igualmente en otras literaturas, en las que el tema tiene rápida recepción y buen éxito.

las necesidades públicas, que en este sentido pone en relación unas obras con otras y, en general, todos los servicios entre sí. Además, la esencialidad del término juega legalmente respecto de los créditos presupuestados por la Administración para el pago de las obras, según principios políticos y financieros, de modo que decaen al vencimiento del ejercicio a que están destinados (arts. 32, 40 y 44 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado). Cobra en este sistema todo su valor la declaración terminante del art. 55 del Pliego, antes transcrito: vencidos los plazos esenciales del contrato, éste se entiende incurso en rescisión (40), porque justamente sólo dentro de tales plazos puede tener la prestación efectos solutorios; la Administración no está obligada a recibir el cumplimiento tardío. No se trata propiamente de un caso de esencialidad del término con efecto rescisorio automático (41), pues la rescisión sólo es operante si la Administración lo declara por expreso; ahora bien, puede comprenderse la solución administrativa dentro de tal sistema general matizado con una ponderación específica: la rescisión como consecuencia jurídica se impone, en efecto, *ex re*, por el simple vencimiento de los plazos; pero es *conditio iuris* de su efectividad la declaración administrativa pertinente; este requisito se instrumenta para facultar a la Administración, por los simples motivos discrecionales que el servicio público imponga, a *rehabilitar* la virtualidad del contrato por medio de una prórroga («podrá la Administración, si así lo tuviese por conveniente», otorgar la prórroga, dice el art. 55), que es la alternativa posible de la declaración rescisoria (42).

(40) Sin advertencia especial se ha utilizado hasta ahora la terminología propia de la contratación administrativa, según nuestro Derecho positivo, pero quizá sea preciso hacer reserva en este caso del sentido convencional que en esta terminología tiene la expresión «rescisión» frente al tradicional del contrato civil. Cfr. sobre este punto J. GASCÓN HERNÁNDEZ: *Rescisión y resolución de los contratos administrativos*, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, octubre, 1942.

(41) Cfr. VICENTE Y GELLA. op. cit., páginas 33 y siguientes.

(42) El otorgamiento de prórroga a un contrato vencido es siempre discrecional. Más adelante considera el texto especialmente el supuesto contemplado por el tema de este estudio: que el incumplimiento del contrato vencido sea imputable a fuerza mayor. Advertiremos aquí, aunque sea circunstancialmente, que también la prórroga es discrecional para la Administración en el caso comprobado de incumplimiento culposo; argumento positivo: art. 6.º de la Ley de Revisión de precios, de 17 de julio de 1945. en cuanto contempla contratos en curso, y que han de continuar, con un contratista moroso. Dogmáticamente se justifica esta solución, por una parte, en el hecho de que la sanción rescisoria, como contractual, sea un derecho subjetivo patrimonial de la Administración, sobre el cual, por ende, tiene ésta en todo tiempo la libre disponibilidad, a diferencia de la sanción criminal que es aplicable automáticamente ante un injusto por su finalidad de retribución objetiva; en segundo lugar, la posibilidad de que la Administración renuncie a actuar este derecho patrimonial, frente al principio publicístico que la prohíbe perdonar y transacciones discrecionales (arts. 5.º y 6.º de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado), se justifica plenamente en el fecundo principio del servicio público, pues es obvio el beneficio que puede tenerse en continuar con un contratista en curso, aun-

c) La declaración del art. 55 de que la rescisión será precisamente con pérdida de la fianza del contratista, es decir, imponiéndole la sanción de perjuicios (art. 1.152 del Código civil), debe entenderse a la luz de otro principio contractual común: la presunción de culpa que afecta a todo contratante que no cumple la prestación prometida (art. 1.183 del Código civil). Así, el mismo precepto, a continuación, acepta la prueba en contrario: «demuestre el contratista que el retraso de las obras fué producido por motivos inevitables». Entra aquí ya el concepto de la fuerza mayor como relativo y opuesto al de la culpa del contratista. Ahora bien, la estimación de la fuerza mayor como causa exonerante de responsabilidad requiere no sólo su invocación y prueba por el contratista, sino, además, un especial requisito que debe resaltarse: que el contratista ofrezca aceptar la prórroga que la Administración, discrecionalmente, conforme a las necesidades del servicio, puede acordar («y ofrezca cumplir su compromiso dándole prórroga del tiempo que se le había designado»). De modo que aun existente, invocada y probada la fuerza mayor como motivo determinante del retraso de las obras, si el contratista no acepta continuar en el contrato en el caso de que la Administración quiera rehabilitarlo mediante el otorgamiento de una prórroga, le alcanza la responsabilidad del incumplimiento; lo que quiere decir que, en definitiva, la regulación del Pliego no le autoriza a separarse del contrato por la superviniencia de fuerza mayor ocasionante de un retraso en las obras, antes bien le impone la carga del eventual cumplimiento tardío, para dejar expedita la facultad de la Administración de rehabilitar el contrato por medio de una prórroga en atención a las necesidades del servicio público.

d) Conforme al art. 53 del Pliego antes transcrito, tal carga del contratista tiene a la vez una excepción y un límite. Excepción y límite refieren el mismo supuesto: que la permanencia de la situación de fuerza mayor ocasionante del retraso, siempre que éste no sea un simple retraso parcial, sino realmente fundamental (no comienzo de las obras, no desarrollo natural de las mismas) (43), exceda de tres años. La carga

que moroso (evitar los dilatados plazos de una nueva licitación, conservar los precios favorables de una adjudicación antigua, etc.), beneficio del cual, para que la facultad de prórroga pueda ser actuada, en cada caso debe exigirse constancia expresa y objetiva. La prórroga del contrato moroso se realizará ordinariamente imponiendo al contratista determinadas penalidades adjetivas (multas, pérdida del derecho de revisión de precios, etc.).

(43) Es natural que la expresión legal, que habla de que «cualquier circunstancia independiente de su voluntad» haya impedido «desarrollar [las obras] en la escala debida», debe ser interpretada estrictamente, reservándola para el solo caso de un defecto fundamental y verdaderamente importante en este desarrollo. De otra manera no se mantendría la paridad dogmática con el otro supuesto contemplado (imposibilidad de comenzar las obras), y se haría en cierto modo posible en la casi totalidad de los casos una solución que, como la rescisoria, es excepcional por su propia naturaleza, a salvo la exigencia del servicio público de que aquí no se trata.

de continuar en el contrato, ora estén corriendo los plazos originales del mismo, ora los plazos prorrogados, cesa en ese momento para el contratista, que gana a su vez la misma facultad de separarse del contrato que amparaba a la Administración: la opción de rescisión (se entiende sin pérdida de la fianza, pues con pérdida es una posibilidad que en todo caso tiene por el simple apartamiento de hecho).

e) Y resta examinar, finalmente, las consecuencias de la rescisión acordada por la Administración en el supuesto de retraso justificado en fuerza mayor por el contratista y en el que éste ha ofrecido regularmente cumplir su compromiso en la eventual prórroga. No dice el artículo 55 que la rescisión, en esta hipótesis en que la Administración deniega la prórroga, haya de ser sin pérdida de la fianza; pero así ha de entenderse sin duda ninguna:

1.º Porque en realidad tampoco dice en modo alguno lo contrario (limitándose a dejar sin resolver la cuestión de la suerte de la fianza en este supuesto), y vale el argumento legal de la aplicación subsidiaria de las normas del Derecho común, teniendo en cuenta, a la vez que el art. 1.105 del Código, la calificación de la fianza a estos efectos como pena convencional y el carácter de ésta como indemnización de perjuicios (art. 1.152 del Código civil), según ya se ha notado.

2.º El razonamiento positivo es igualmente expeditivo: los motivos que en todo momento son determinantes de que la Administración acuerde o no prorrogar los contratos vencidos, se reducen a la pura y simple conveniencia del servicio público; ya se ha visto cómo es la virtud de este principio la que explica, justifica y mide el carácter esencial de los plazos del contrato como requisito de la prestación; la Administración debe juzgar unilateralmente si al servicio público conviene insistir o desistir en la ejecución de una obra que, conforme a sus planes de conjunto, estaba prevista para una fecha ya pasada; esta facultad no está en modo alguno condicionada por el contrato, como quizá podría parecer por la expresión del art. 13 del Pliego (44), ni puede, en realidad, estarlo por contrato alguno, por la preeminencia que el interés general del servicio público tiene sobre los intereses meramente particulares que todos los contratistas pueden invocar como derivados de la relación contractual (45). Ahora bien, determinándose de esta manera

(44) La literalidad de este artículo, transcrito más arriba, podría dejar suponer que la prórroga es un derecho del contratista afectado por fuerza mayor en el cumplimiento de su compromiso. Pero esta interpretación que pugnaría, como se indica en el texto, con el principio esencial del contrato administrativo que es el del servicio público, puede además contradecirse positivamente con la dición mucho más expresa del art. 55, que dice claramente, y precisamente para tal supuesto, que la Administración otorgará la prórroga *si así lo tuviese por conveniente*, fórmula que consagra la más absoluta discrecionalidad.

(45) No hay que confundir la cuestión que dilucida el texto con la posibilidad que en todo caso la Administración tiene, como el dueño común, de desistir del

la oportunidad de la prórroga fuera de todo motivo específico propio del contrato, se concluye que la responsabilidad contractual del empresario debe quedar en absoluto libre de las consecuencias de cualquiera de los pronunciamientos.

3.º Por otra parte, si así no fuera, si el posible perjuicio que al servicio público ha podido causar el retraso de la puesta en marcha de las obras ocasionado por fuerza mayor tuviese que ser indemnizado personalmente por el contratista, se llegaría a una solución injusta respecto al criterio cardinal del reparto de las cargas públicas; pues, en efecto, el perjuicio del servicio público es, por ser del servicio público, un perjuicio general, que en tal sentido debe ser soportado por la comunidad y no por miembro alguno de ella en particular (46), al que no es imputable, por hipótesis (fuerza mayor), la causa del perjuicio.

El último argumento es decisivo para justificar la admisibilidad de la fuerza mayor como causa exonerante de responsabilidad en el régimen propio del contrato administrativo, en cuanto está presidido por el principio del servicio público.

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA Y CARANDE

Letrado del Consejo de Estado.

contrato en vigor de éste (art. 1.594 del Código civil, art. 46 del Pliego de 1903). Pues dogmáticamente el desistimiento del contrato en curso de los plazos pactados es en esencia diverso del acuerdo de no prorrogar los plazos vencidos declarando la rescisión; en el primer caso la finalización del contrato requiere un acto positivo de disposición, por lo mismo que se trata de contradecir la virtualidad de un convenio en vigor; en el segundo caso la finalidad del contrato procede *ex lege*, no siendo la declaración de rescisión sino una *conditio iuris* para que la efectividad legal se produzca; es, por el contrario, acto positivo de disposición el acuerdo de prórroga, en tanto que rehabilita un contrato de *término esencial* o «fijo» ya decaído por el vencimiento de ese término riguroso. De la cual distinción se obtienen consecuencias. En el primer caso se impone a la parte que desiste una indemnización en beneficio de la otra (art. 1.594 del Código civil), regla que no obstante el contrato administrativo parece contradecir (art. 46 del Pliego), si bien debemos entender que la negación de indemnización que este precepto establece procederá sólo cuando el desistimiento tenga por causa objetiva «supresión o reducción» de las obras, y no cuando se justifique en la mera conveniencia de dejar el contrato o el contratista, supuesto que, permitido en la amplia regla del art. 1.594 del Código civil, debe regularse en el contrato administrativo según los principios generales. En el segundo caso, por el contrario, ni teóricamente cabría concebir un derecho a indemnización por parte del contratista; la Administración puede no otorgar la prórroga del contrato vencido por motivos de mera conveniencia del servicio público en no seguir con tal contrato (por ejemplo, porque sus precios resulten altos respecto del estado actual del nivel de precios o de licitación), o, incluso, con tal contratista (aunque para evitar la arbitrariedad deba exigirse en este supuesto una constancia efectiva y objetiva de la motivación), y, sin embargo, no debería por ello indemnización alguna. (Si se concluyese, contra lo que se propone, que el contratista tiene a su favor un efectivo derecho a prórroga, la denegación de ésta se confundiría dogmática y prácticamente con el desistimiento).

(46) Arts. 3 y 9 del Fuero de los españoles.