

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO ANTE LA LEY DE BASES DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 28 DE DICIEMBRE DE 1963

Por

ADOLFO CARRETERO PÉREZ

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia
Territorial de Valencia.

SUMARIO: I. EXISTENCIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN DERECHO POSITIVO: 1. El acto unilateral o acto administrativo. 2. El acuerdo de voluntades en Derecho administrativo. 3. La posibilidad de negocio jurídico bilateral en Derecho administrativo. 4. El contrato administrativo en el Ordenamiento español. 5. La autonomía del contrato administrativo. 6. El equívoco del llamado acto administrativo bilateral. 7. Consecuencias de la existencia del contrato administrativo.—II. DIFERENCIA CON EL CONTRATO CIVIL: 1. Importancia de la diferencia. 2. Criterio subjetivo. 3. Criterio adjetivo. 4. Criterio formal. 5. Criterio de la cláusula exorbitante. 6. Su crítica. 7. Criterio objetivo de nuestro Ordenamiento. 8. El contrato administrativo como institución.—III. ELEMENTOS COMUNES DE LOS CONTRATOS CIVILES Y ADMINISTRATIVOS: 1. Fondo técnico común. 2. Diferencias. 3. Zona común de ambas clases.—IV. HISTORIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA: 1. Antigüedad. 2. Estado absoluto. 3. Estado de Derecho. 4. El contrato administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa. 5. La unificación de Fueros. 6. El sistema actual.—V. FUENTES VIGENTES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: 1. Prelación de las fuentes. 2. Disposiciones especiales. 3. Disposiciones generales. 4. La Ley de Bases de contratos del Estado.—VI. CARACTERES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: 1. Las tres notas del contrato administrativo. 2. La voluntariedad. 3. La institucionalidad. 4. La supremacía relativa. 5. Definición positiva del contrato administrativo.—VII. CLASES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: 1. Relaciones bilaterales entre entes administrativos. 2. Reconocimiento legal. 3. Reconocimiento jurisprudencial. 4. Contratos no administrativos entre entes públicos. 5. Contratos administrativos entre entes públicos, con supremacía. 6. Contratos interadministrativos, sin supremacía. 7. Su reconocimiento legal y régimen jurídico.—VIII. CONTRATOS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS PARTICULARES: 1. Su tipicidad. 2. Superación de este carácter por la Ley de Bases de Contratos del Estado. 3. Contratos que la Ley de Bases señala. 4. Adaptación a los tipos contractuales del Derecho civil. 5. El contrato de obras públicas. 6. El contrato de suministros. 7. La concesión. 8. El arrendamiento de servicios. 9. El de transporte. 10. El préstamo público. 11. Depósito.—IX. ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: 1. Ente público. 2. Su capacidad. 3. Capacidad del contratista particular. 4. El consentimiento y sus vicios. 5. El objeto. 6. La causa y la desviación de poder. 7. La forma.—X. NACIMIENTO DEL CONTRATO: 1. Sus dos fases. 2. La fase precontractual. 3. El acuerdo para contratar. 4. Concierto directo. 5. Subasta. 6. El crédito presupuestario para contratar. 7. El pliego de condiciones. 8. Fiscalización consultiva y contable del contrato. 9. La licitación. 10. La culpa *in contrahendo* de la Administración y de los licitadores. 11. La adjudicación provisional. 12. La adjudicación definitiva. 13. La anulación del contrato. 14. Las garantías contractuales.

15. El Registro de contratos. 16. Formalización del contrato. 17. Dispensa de formalidades. 18. El concurso. 19. El concurso-subasta.—XI. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO: 1. Modificación unilateral. 2. Modificación bilateral. 3. El *ius navandi* y su régimen jurídico.—XII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO: 1. Extinción normal o cumplimiento. 2. El programa de trabajo. 3. La recepción provisional. 4. La recepción definitiva. 5. Demora de la Administración. 6. Demora del contratista. 7. Extinción anormal. 8. Novación extintiva. 9. El mutuo disenso. 10. La ineficacia y sus formas. 11. La resolución. 12. La rescisión. 13. La denuncia. 14. La invalidez del contrato.—XIII. EFECTOS CARACTERÍSTICOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: 1. Efectos inter partes. 2. Efectos indirectos para terceros. 3. Efectos típicos: cumplimiento de las cláusulas normales; sumisión a las cláusulas exorbitantes; sujeción a los privilegios contractuales y generales de la Administración.—XIV. EL PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA: 1. Concepto. 2. La excesiva onerosidad de la prestación. 3. Evolución legislativa española. 4. La revisión de precios. 5. Las cláusulas de estabilización. 6. Solución de la Ley de Bases de Contratos del Estado.—XV. LA FUERZA MAYOR: 1. La fuerza mayor en el Código civil. 2. Efectos especiales de la fuerza mayor en el contrato administrativo. 3. Efectos normales de la fuerza mayor. 4. El caso fortuito en el contrato administrativo.

I.—EXISTENCIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN DERECHO POSITIVO.

1. Uno de los rasgos característicos del Derecho administrativo es que la Administración funciona normalmente por medio de actos unilaterales y ejecutorios. Aun cuando haya ocasiones en que los actos de los administrados engendren relaciones con los entes públicos, necesitan para ello ser recogidos por un acto administrativo posterior. Se pueden distinguir entonces dos partes en la relación jurídico-administrativa: el acto antecedente del particular y el acto subsiguiente, que es administrativo. La relación podrá ser bilateral, en el sentido que de ella nacen derechos y obligaciones para la Administración y para el administrado; pero no hay un acuerdo de voluntades, porque la única voluntad que prevalece normalmente es la de la Administración, y sólo en ciertos casos excepcionales puede serlo la del administrado, cuando su acto haya de ser recogido inevitablemente de una manera determinada por la Ley, como sucede en las renunciaciones de derechos.

2. Pero la realidad jurídica nos muestra que los entes administrativos usan el procedimiento del acuerdo de voluntades con otras personas para generar situaciones jurídicas individualizadas. La importancia práctica de este procedimiento salta a la vista y es, por tanto, indiscutible; lo que se discute es la posibilidad de que ese acuerdo sea jurídicamente un contrato de Derecho administrativo: si la Administración, sin abdicar de su supremacía, puede pactar situaciones de Derecho público; si

el acuerdo surgido de la voluntad de la Administración con la de otro sujeto, es un contrato administrativo.

3. La posibilidad del contrato administrativo supone resolver en sentido afirmativo el problema de la existencia de un negocio jurídico bilateral en Derecho administrativo. Muchos autores no lo conciben y encierran la cuestión en un dilema insoluble: o la Administración no puede contratar nunca, ni pública ni privadamente, porque como tal ha de proceder siempre unilateralmente, o si contrata, lo es en régimen de Derecho privado. Como máxima concesión se llega a la socorrida fórmula ecléctica: la Administración actúa unilateralmente en régimen de Derecho público, y contractualmente en régimen de Derecho privado; fórmula irreal, porque también lo son las dos posturas extremas que pretende conciliar.

4. También interesa esclarecer que no discutimos la posibilidad en abstracto de contratos administrativos, sino referida al Ordenamiento positivo de la Administración española. En otros sistemas, como en el alemán o el italiano, se parte de ideas diferentes: no hay un contrato administrativo como el nuestro; los contratos de la Administración pertenecen al Derecho civil, estipulándose de la misma forma que lo harían los particulares, aunque en consideración a la Administración se dicte una legislación especial. Sustancialmente, los contratos de obras públicas son actos de comercio (*locatio operis*), con ciertas facultades administrativas para ejecutarlo, aun cuando haya juicio pendiente y como medida cautelar del interés público. En Alemania se llaman contratos de Derecho público a las relaciones bilaterales en que un contratante se halla subordinado a la Administración (verbigracia, a la relación de empleo). Se trata de la coincidencia de voluntades, que permite a la Administración adquirir una potestad sobre el relacionado con ella; no hay contrato administrativo, sino acto administrativo bilateral. Lo que en España son contratos administrativos, en Alemania son contratos privados de la Administración (1).

Esta rigidez ha sido superada en Francia y en España. En estos sistemas la Administración puede actuar por medio de contratos civiles y por contratos administrativos.

5. El problema se traslada a otro campo: lo que se discute es si los

(1) OTTO MAYER: *Droit administratif allemand*, París, 1903-1906, Ed. Giard e Brière; GALLO: *I rapporti contrattuali nel Diritto amministrativo*, Padova, 1936; ZWHALEN: *Le contrat du Droit administratif*, Basilea, 1958, Verlag Helbing und Lichtenhahn.

contratos administrativos tienen autonomía propia. Frente a las tesis negativas se pueden aducir tres clases de argumentos a favor de la tesis positivas, que demuestran la existencia de contratos administrativos: el argumento teórico de la compatibilidad entre contrato y Derecho público; el práctico de su facilidad, y el *ad absurdum*.

1.º Teóricamente, nadie discute que la Administración contrata civilmente, ni tampoco que el convenio es instrumento que aparece entre los entes públicos (Tratados internacionales, Concordatos, Mancomunidades, etc.). La dificultad surge cuando una parte es la Administración y la otra un sujeto privado. La doctrina extranjera ha opuesto algunas objeciones, que la doctrina patria rechaza (2); las más importantes son:

A) Que falta la igualdad entre las partes. La Administración y el contratista particular no se hallan en el mismo plano, porque al ser aquella titular del interés público, goza de prerrogativas, y la reciprocidad de prestaciones del contrato no supone igualdad. Esta objeción no tiene en cuenta que la desigualdad es pactada y no unilateral, como en los actos administrativos, y que la relativa desigualdad existente no nace sino de la propia estructura de la Administración, igual que sucede cuando actúa en régimen de Derecho privado, sin que exista en los contratos interadministrativos.

B) Que falta la autonomía de las partes: su voluntad. La voluntad de la Administración viene reglada por sus normas de funcionamiento, y la del particular es adhesiva a la que le propone la Administración. Sin embargo, ni todos los contratos de adhesión son administrativos, pues la misma estructura se da en otros contratos civiles, ni es esencial en los mismos contratos privados la libertad sobre toda la relación contractual, porque parte de su contenido puede venir regulado por la Ley. Lo esencial es que haya libertad de entrar en relación, pactando el mutuo consentimiento. La situación contractual significa que se opone a la situación legal y reglamentaria, en la cual las relaciones entre la Adminis-

(2) Toda la doctrina española es acorde. En este sentido: ABELLA, *Contratos provinciales y municipales*, Madrid, 1913. El consultor de los Ayuntamientos y juzgados municipales; ALVAREZ GENDÍN, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934. Reus; DELGADO Y ARRIAGA, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1899; ENTRENA, *Contratos de la Administración* (número 24 de esta REVISTA, pág. 39); GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo* (número 41 de esta REVISTA, pág. 99); GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, etc., tomo II, pág. 25, Madrid, 1960, I. E. P. Concretamente sobre la igualdad de partes, véase MARTÍN-RETORTILLO (S.), *La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes* (número 29 de esta REVISTA, pág. 59).

tración y la otra parte surgen en virtud de un estatuto, es decir, forzosamente.

C) Que falta la comercialidad del objeto, que en los contratos administrativos es el interés público; que no puede subordinarse al contrato, al requerir un régimen y una flexibilidad impropia del *pacta sunt servanda* civil. Por eso, el Derecho supletorio del contrato administrativo no es el civil, sino el de los actos administrativos. En esta posición se involucran varios problemas: confunde el Derecho civil con el patrimonial; una cuestión de supletoriedad, que es cuestión de fuentes normativas, con otras de naturaleza institucional, y desconoce que hay un comercio administrativo diferente del civil, y que se refiere a la disponibilidad de la Administración sobre sus propios medios, como lo demuestra la existencia de Derechos reales administrativos.

2.º Práctico, porque nada impide en el Estado de Derecho que si la Administración puede autolimitarse unilateralmente por medio del precedente, pueda surgir una vinculación pactada, cuando así convenga al interés público, por medio de relaciones bilaterales cuya íntima estructura sea análoga al contrato civil.

3.º *Ad absurdum*, puesto que la legislación regula determinadas relaciones públicas como contratos, y de no admitirse la categoría del contrato administrativo, habría que calificarlas acudiendo a otras figuras nebulosas, como la *Vereinbarung*, la unión, etc., impropias del Derecho positivo español y desechadas en Derecho civil, por tener más defectos todavía que la clásica y clara institución contractual. Sería absurdo interpretar el Ordenamiento como referido a estas figuras desechadas y no como contratos, prejuzgando precisamente la que se cuestiona: si el contrato es una institución general (3).

6. Algunos autores pretenden calificar el contrato administrativo como un acto administrativo bilateral (4). Pero incurren en un equívoco: si por acto administrativo bilateral se entiende el que produce efectos recíprocos entre la Administración y el contratista, casi todos los actos administrativos son bilaterales. Si se entiende que es aquel en que las dos

(3) Esta postura es la de FERNÁNDEZ DE VELASCO en su conocida obra *Contratos administrativos*, Madrid, 1927, Ed. «Revista de Derecho Privado», páginas 37, 39, 51 y 241.

(4) FORSTHOFF (*Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958, pág. 297) llama a estos actos administrativos necesitados de coadyuvante o de consentimiento del particular. Mediante ellos, la Administración se provee de medios a través de una prestación forzosa del administrado.

voluntades son relevantes a través de un mutuo consentimiento generador de una relación, no se puede diferenciar esta clase de actos administrativos bilaterales del contrato. El acto administrativo bilateral es una especie de simple acto administrativo, que tiene la característica de necesitarse el consentimiento del particular para que produzca efectos; la fuente de la relación es el acto administrativo constitutivo o declarativo que engendra la relación, y el acto del particular sirve de presupuesto de eficacia o de validez, en su caso, al acto administrativo. En cambio, la fuente de la relación es en el contrato el consentimiento mutuo: hay un acuerdo de voluntades, en que aun pudiendo cada parte obrar según su interés, los intereses contrapuestos se refunden en el consentimiento y ambas partes colaboran a un fin común (5).

7. Por eso el contrato administrativo es una relación bilateral, regulada por el Derecho público, teniendo en cuenta la mutua influencia de las voluntades de la Administración contratante y de otro sujeto, creador de una situación jurídica individualizada. Estos elementos se han tenido en cuenta por la jurisprudencia para declarar varias consecuencias:

1.ª El contrato administrativo es una convención jurídica formal mediante la cual una persona se obliga con la Administración al cumplimiento de una prestación pública (sentencias de 6 de febrero de 1948 y 28 de septiembre de 1954).

2.ª Los contratos administrativos no admiten ni revocación con indemnización ni la anulación de oficio por la Administración, como sucede con los actos administrativos, pues la Administración no puede unilateralmente anularlos, y ha de acudir a la lesividad (sentencias de 28 de febrero y 23 de abril de 1953, etc.) (6).

II.—DIFERENCIA CON LOS CONTRATOS CIVILES.

1. Partiendo de la existencia de contratos administrativos, hay que oponerlos a los contratos de Derecho privado de la Administración. El interés de la distinción es fundamental: ambas clases de contratos se

(5) FERNÁNDEZ DE VELASCO y los autores que no admiten el contrato administrativo necesitan construir una teoría de los actos, de influencia germánica, según la contraposición o colaboración de los intereses de las partes, que resulta más confusa que el clásico contrato.

(6) GONZÁLEZ PÉREZ, *Los contratos administrativos y el proceso de lesividad* («Revista Estudios de la Vida Local», 1953, págs. 696 y sigs.).

sujetan a distintas normas, y los litigios que susciten se ventilan ante distintas jurisdicciones. Es, pues, esencial preguntarse, en presencia de un contrato celebrado por la Administración, si se trata de un contrato civil o administrativo. La cuestión no se presenta en todos los tipos de contrato, porque algunos de ellos son administrativos por determinación de la Ley: verbigracia, las concesiones. Algunos pueden ser en unos casos civiles y en otros administrativos. Para distinguirlos se ha atendido a criterios muy diferentes entre sí.

2. No basta el criterio subjetivo, porque precisamente la dificultad radica en que tanto en los contratos civiles como en los administrativos, una de las partes contratantes es la Administración. Sin embargo, esta nota arroja un elemento decisivo: una de las partes contratantes ha de ser necesariamente un ente público. No basta con que lo sea un concesionario. Por eso la jurisprudencia no admite exenciones tributarias para los contratistas que realizan obras por cuenta de monopolios fiscales (Campsa, Tabacalera), o administrativos (Telefónica); estas obras no son públicas, porque se realizan a cuenta de un concesionario de servicios públicos. En cambio, la Administración está exenta si realiza las obras directamente, puesto que entonces la obra es pública. Por la misma razón, si la realiza un contratista por cuenta del Estado, también goza de exención tributaria. La obra es pública porque se imputa a la Administración, y la Ley le permite que uno de los modos de realizarla sea por medio de contratos (sentencias de 11 de junio de 1942, 9 de febrero de 1945, 21 de diciembre de 1955, 17 de abril de 1956, 26 de mayo de 1958, etc.).

3. Tampoco es posible encontrar el criterio distintivo en el aspecto puramente adjetivo de la jurisdicción competente, existiendo contrato administrativo, cuando los litigios originados sean de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y contratos civiles, cuando correspondan a la jurisdicción ordinaria. La diferencia de jurisdicción no es causa, sino efecto de la distinción. Por eso, la cláusula de sumisión a la jurisdicción contencioso-administrativa de un contrato civil es nula (sentencia de 18 de diciembre de 1920), y viceversa: las cláusulas que someten las cuestiones de un contrato administrativo a la decisión de amigables compondores son opuestas a la Ley de Administración y Contabilidad si no precede una Ley autorizadora (sentencia de 4 de diciembre de 1897). Sin embargo, este criterio, en apariencia tan superficial, ha sido una de las razones históricas del contrato administrativo.

Los contratos administrativos comenzaron por ser civiles; pero por razones de oportunidad algunos de ellos se atribuyeron al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. Por su forma, serían administrativos los contratos que se celebrasen exigiendo solemnidades especiales garantizadoras del interés público. El contrato civil es espiritualista, y el administrativo formalista. No pudiendo diferenciarse por su estructura, que es idéntica en ambos, se busca la autonomía en el criterio de los requisitos exigidos para su celebración. Alguna vez lo ha acogido el Tribunal Supremo, al declarar que la celebración supone en los administrativos modalidades rituarías a las que ha de acomodarse la Administración, mientras que el principio que rige en el contrato civil es el de libertad de pactos (sentencia de 9 de diciembre de 1921). Hoy es inaceptable: los contratos civiles de la Administración requieren las mismas formalidades que los administrativos; la formulación de la voluntad de la Administración siempre es similar. La Ley de Bases de Contratos del Estado permite en gran manera la libertad de pactos dentro de los contratos administrativos.

5. Mayor consistencia tiene el criterio que atiende al régimen jurídico de la relación contractual; el contrato es administrativo cuando su régimen se caracteriza por la existencia de cláusulas exorbitantes en relación con el Derecho civil, que reflejan la subordinación del particular a la Administración y la posición dominante de ésta. En sus contratos administrativos, la Administración goza de prerrogativas que no serían posibles en Derecho civil. Estas prerrogativas son algunas infrecuentes pero posibles en Derecho civil, pero otras serían inválidas en los contratos privados. Las prerrogativas deben derivar de un régimen propio de Derecho, especial para ciertos contratos de la Administración, al que se establece un conjunto armónico de normas exorbitantes, con la finalidad de dar trato desigual y preferente a la Administración contratante. La prerrogativa supone la excepción, en favor o en contra de la Administración, a las reglas normales del contrato civil; la traducción del poder administrativo dentro del contrato. Por ellas destaca la desigualdad de las partes, puesto que la superioridad de la Administración no se deriva de su *imperium*, sino del convenio que las establece; de una superioridad pactada, renunciando la Administración a su supremacía general para crear una supremacía convenida. Se puede definir, pues, la prerrogativa como el conjunto de cláusulas exorbitantes que expresan la supremacía de la Administración dentro del contrato. Así como en Derecho civil la prerrogativa, caso de poderse pactar, puede serlo en fa-

vór de cualquiera de las partes, en los contratos administrativos sólo lo es en favor de la Administración. El Tribunal Supremo la ha acogido también en ocasiones: las prerrogativas son la causa del contrato administrativo y obran como cláusulas de jurisdicción retenida, es decir, como poder propio para derogar el Derecho común (sentencias de 20 de abril y 7 de julio de 1936).

6. Esta idea es inaceptable en España (7). Los defectos que presenta son, entre otros:

1.º Uno institucional: hay contratos administrativos que no las tienen (los interadministrativos), y contratos civiles que sí (los de adhesión). La tesis convertiría al contrato administrativo en una pura excepción del contrato civil, cuando entre ambas clases hay un fondo común que es de aplicación general.

2.º Su accesoriidad. La tesis no es causa, sino efecto de la distinción entre contratos civiles y administrativos. Un contrato no es administrativo porque tenga cláusulas exorbitantes, sino que, por el contrario, las admite por ser administrativo. Conduce a un círculo vicioso.

3.º Su relatividad. Hay muchos tipos de cláusulas exorbitantes; algunas funcionan como cláusulas tácitas o de estilo, que necesariamente han de pactarse; otras son más ambiguas.

4.º Su inseguridad, porque se dejaría a la voluntad de la Administración la calificación del contrato, bastando insertar una de estas cláusulas para variar su naturaleza. Cuando hay contratos que necesariamente han de ser administrativos, como la concesión, podría cambiarse su régimen, bastando para ello no insertarles las cláusulas exorbitantes.

5.º Tienen, sin embargo, gran importancia práctica e interpretativa (8); cuando existen, son indicio de que en un contrato hay interés público y viceversa; de no existir, la presunción es que se trata de un contrato civil, sobre todo si la Administración y el contratista se han referido a un tipo de contrato conocido en Derecho privado. Si se insertasen en un contrato civil de la Administración, serían nulas.

(7) La crítica de las cláusulas exorbitantes proviene fundamentalmente de GARCÍA-TREVIJANO, *Principios de los contratos de la Administración, con especial referencia a la esfera local* («Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 87, pág. 331), y de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo* (núm. 41 de esta REVISTA, pág. 99).

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA (*Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, núm. 10 de esta REVISTA, pág. 241.) ha resaltado la importancia de un cuerpo orgánico de doctrina que defina las cláusulas exorbitantes, sin las cuales carece de contenido el contrato.

7. El criterio aceptado por nuestra legislación (Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963, Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956) y por la jurisprudencia (sentencias de 28 de diciembre de 1898, 6 de julio de 1907, 2 de febrero de 1942, 26 de mayo de 1953, etc.), es el de la finalidad que se persigue con el contrato: la obra pública y el servicio público, o más ampliamente, el interés público. El contrato se califica de administrativo cuando versa sobre una prestación de interés general, lo que permite a la Administración usar facultades ejecutorias en un convenio, que de otra forma la colocaría en igualdad con el contratista, ya que al perseguir el interés general, el contratista sustituye a la Administración y se sujeta a ella, como si fuese uno de sus órganos (Real Decreto de competencia de 15 de junio de 1898).

1.º Tampoco es un criterio preciso, porque toda la actuación de la Administración, incluso la privada, persigue el interés general. Si en lugar de la idea abstracta del interés general, tomamos su concreción: un determinado servicio público, tropezamos con otro concepto impreciso, que permite soluciones contradictorias, puesto que el servicio público puede ser la finalidad del contrato (verbigracia, la concesión), y puede ser un presupuesto para pactarlo (las obras públicas son un medio de prestar el servicio público). La presencia del interés general es condición necesaria, pero no suficiente, para que un contrato sea administrativo. En ausencia de cláusulas exorbitantes, no basta que se lleve la gestión de un servicio público, porque entonces los contratos de los concesionarios con terceros serían administrativos.

2.º Por eso la idea de obra y servicio públicos deben precisarse más, como hace nuestra jurisprudencia.

A) La diferencia entre contrato administrativo y civil estriba en que aun siendo en ambos la finalidad el interés general, lo es en el administrativo, como fin directo e inmediato, aplicándose la prestación del contratista a ellos sin intermediación de otros actos, mientras que son contratos civiles, los que consisten en la provisión de medios preparatorios, para ser aplicados después a la obra o el servicio públicos (doctrina de la ya antigua jurisprudencia de las sentencias de 2 de septiembre de 1896, 3 de mayo de 1915, 19 de junio de 1918, etc.).

B) Una de las dificultades clásicas consistía en calificar el arrendamiento de edificios para la Administración. La jurisprudencia, ya

antigua, había declarado que puede ser contrato administrativo cuando en él se instala un servicio público inseparable, como lo es un Consulado de España en el extranjero (sentencia de 6 de julio de 1907). Pero cuando puede distinguirse de su objeto, no puede confundirse la causa inmediata de su adquisición con el ulterior destino del local. La causa inmediata no es el servicio público, y por eso como regla general son contratos civiles (sentencia de 1 de enero de 1936).

8. La Ley de Bases de Contratos del Estado caracteriza actualmente el contrato administrativo por su sumisión preferente al Derecho administrativo, cualidad originaria que otorga a los contratos del Estado su perfil institucional y los configura como una categoría independiente, alejada del contrato civil, que sigue aportando su valor secular: su esquema jurídico. El interés público es la razón de ser del contrato administrativo. A pesar de la generalidad de algunas de sus expresiones, la Ley establece que el contrato, como institución esquema, es general, porque de él lo toma el Derecho administrativo, pero que por razón de la finalidad de interés general se regula por un régimen propio sustantivo. Es decir, que el criterio de la finalidad es el aceptado. GARCÍA DE ENTERRÍA (9) traduce estas ideas en la fórmula del tráfico propio de la Administración: es contrato administrativo el que se refiere a una materia que no puede pertenecer a la actividad privada de la Administración, sino a una competencia administrativa que requiere se preste en régimen de Derecho público, cuyas esferas más visibles son la obra y el servicio público, pero que permite la gestión por convenio de la misma estructura que el contrato civil.

III.—ELEMENTOS COMUNES DE LOS CONTRATOS CIVILES Y LOS ADMINISTRATIVOS.

1. Al ser el contrato una institución general del Ordenamiento, no hay diferencia en cuanto al fondo técnico entre un contrato civil y otro administrativo; un contrato tiene siempre los mismos caracteres y los mismos efectos: un acuerdo de voluntades, generador de una relación jurídica bilateral. De esta naturaleza contractual de los contratos del Estado arranca la Ley de Bases, como premisa consagrada en la legislación. No pretende mediar en la tradicional discusión sobre su entidad jurídica, pero reconoce que hay una innegable sustancia contractual,

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, citada.

alrededor de la cual se montan las especialidades derivadas de las prerrogativas de la Administración, que no lo desnaturaliza: los procedimientos originales para seleccionar los contratistas, la facultades exorbitantes de la Administración y la existencia de una jurisdicción propia, no alteran la realidad jurídica inmersa en el negocio, en el que coinciden dos intereses económicos conjugados voluntariamente, de manera que ha de mantenerse el equilibrio de las prestaciones.

2. Sólo en ese sentido ha de estimarse la diferencia entre contratos civiles y administrativos. La tesis de la diferenciación artificial entre ambas clases, como sostiene ALBI (10), basada en la publicidad del fin público de las dos, como lo demuestra el hecho de que hay contratos patrimoniales públicos (la venta de bienes desamortizados) y la fluctuación de la jurisprudencia en la calificación de numerosos contratos, no tiene en cuenta que lo esencial es la inmediatez del fin público, único dato para separar la actividad contractual pública. La venta de bienes desamortizados fué una de las primeras medidas europeas de nacionalización de sectores económicos, y por eso pertenece al Derecho público. La dificultad en delimitar el contrato administrativo y el civil es la misma que surge cuando se trata de separar elementos del Derecho público y del privado: sujetos, actos, cosas, etc. Una dificultad inevitable.

3. Lo que existe es una zona común entre contratos civiles y administrativos (11) de la Administración. La Administración, en cuanto persona, sujeto público, tiene privilegios, que no nacen porque se pacten, como las cláusulas exorbitantes, sino connaturales a la organización y estructura de los entes públicos, y que por eso también aparecen en su actividad privada. La Administración como tal, tiene:

1.º Privilegios en más, que llama RIVERO, tales como la imposibilidad de ser apremiada en sus bienes por toda clase de deudas, sean públicas o contraídas por relaciones privadas, y la ejecución por sí misma de todas las sentencias que afectan a un contrato, aun al civil (12).

2.º Privilegios en menos, como los de no poder transigir, igual

(10) ALBI, *Contratos administrativos* («Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», tomo V, página 433).

(11) Así la denomina GARCÍA-TREVIJANO, *Principios de los contratos de la Administración...*, citada.

(12) RIVERO, *Precis du Droit administratif*, París, Dalloz, 1960, concibe todo el Derecho administrativo como una derogación en más o en menos del Derecho común respecto de la Administración. Late en esa idea el concepto francés del Derecho civil común y del Derecho administrativo especial.

que lo podría hacer un particular; sustitución de la confesión judicial por la vía de informe; agotamiento de la vía gubernativa para demandarla, etc.

3.º Todos estos privilegios no lo son en cuanto contratante, sino en cuanto Administración, y juegan siempre. Muchos de los llamados privilegios de la contratación administrativa, no son otra cosa. Esta zona común está sometida a los mismos principios; todo lo relativo a la formación de la voluntad contractual es separable de las estipulaciones pactadas, por referirse a la forma de funcionar la Administración, que siempre se rige por el Derecho administrativo, y en consecuencia, es fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa (sentencias de 25 de marzo de 1961, 6 de junio y 27 de diciembre de 1963). No sólo pueden invocarla las partes contratantes, sino quienes puedan ser interesados, y no sólo por causas contractuales, sino del acto administrativo. Si es anulado el acto administrativo separable, puede dejar sin efecto, en su caso, el contrato, por falta de antecedentes.

IV.—HISTORIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA.

1. Los contratos administrativos, sobre todo el de obras públicas, son consustanciales al Estado; siempre se han conocido. En la antigüedad, las grandes obras públicas se realizaban por medio de prestaciones personales de los administrados (soldados, esclavos, etc.). El Derecho contenía normas especiales para los contratos de obras públicas, con arreglo a una fórmula equivalente a lo que hoy llamaríamos pliego de condiciones. En Roma, la *Locatio Conductio Operis* era un contrato público, del que luego los particulares tomaron como modelo el de arrendamiento de obra.

2. En las Partidas, las obras públicas se encomendaban al señor del terreno, que las costeaba por repartimientos vecinales. Al desaparecer los señoríos como fuerza política, el Estado las asumió, pero quedó el residuo feudal, y al confundirse la propiedad y las potestades públicas, eran contratos civiles, atribuidos a la competencia judicial ordinaria.

3. En el Estado de Derecho, se empezó por partir del principio de la Administración directa. La regla era que la Administración realizase por sí misma las obras públicas y que sólo por excepción las contratase, pues se alegaba que el Estado, al no perseguir con ellas el puro lucro, las prestaría en condiciones de mayor seguridad. Sin embargo, pronto

se pasa al principio opuesto: el liberalismo introduce la libertad de empresa y el acceso de la empresa privada a las obras públicas, porque el Estado no debe comprometer sus capitales ni convertirse en un empresario.

4. Esta fase, que es el antecedente directo de la actual, conduce a una curiosa situación en relación con el nacimiento del contrato administrativo (13). El contrato administrativo surge cuando determinados contratos de la Administración se atribuyen a una jurisdicción especial. Así como en los sistemas que no conocen el contrato administrativo los contratos de la Administración siguen siendo de la competencia de la jurisdicción ordinaria, en España la cuestión de la jurisdicción contencioso-administrativa va ligada a la de la sustantividad del contrato administrativo.

1.º El sistema de la construcción de las obras públicas por medio de contratistas, que se inicia en 1843, suponía la transferencia de facultades administrativas a los particulares. Era natural que al implantarse la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley de 2 de abril de 1845 y Real Orden de 11 de octubre de 1845), una de las materias atribuidas a su competencia fuese la de los contratos de la Administración. Legalmente, se prohibía someter a juicio arbitral (Real Decreto de 27 de febrero de 1852), y se atribuían a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa algunos contratos: los típicos de obras y servicios públicos. La atribución de competencia descansaba, pues, en el antecedente del modelo francés, en la función de la jurisdicción como creadora de las materias administrativas y en la lentitud de la jurisdicción ordinaria.

2.º La división de las competencias en los contratos de la Administración dió lugar a una legislación sustantiva, que fué perfilando las características de los contratos administrativos: el Real Decreto de 18 de marzo de 1846 fijó las condiciones generales para las contrataciones, cuyas disposiciones son el antecedente del Pliego de 1903; el Real Decreto de 27 de febrero de 1850 puso en ejecución un proyecto de ley sobre

(13) En relación con el problema histórico: PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en Derecho español*, Sevilla, Universidad-Instituto García Oviado, 1963; GARCÍA-TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema de Justicia administrativo en España* (número 34 de esta REVISTA, pág. 293), que postula la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de todas las cuestiones de los contratos, incluso civiles, de la Administración.

contratos de servicios públicos, al considerar la urgencia para regularizar los métodos de celebración de los contratos públicos, sujetando a límites estrechos los actos administrativos formativos de la preparación contractual, reglas hoy recogidas en la Ley de Administración y Contabilidad.

5. El Decreto-Ley de Unificación de Fueros de 14 de noviembre de 1868 revela una tendencia contraria que pretende retornar al sistema antiguo. Partiendo de la base de la libertad económica, que debe aplicarse a las obras públicas, evitando el monopolio del Estado; de que la Administración, al contratar, actúa como persona jurídica sometida al Derecho común; de que, además de obligarla las leyes, está obligada a lo estipulado en el contrato y a la razón constitucional de que el Poder judicial conoce de todos los litigios en igualdad de condiciones, suprimía la jurisdicción contencioso-administrativa.

6. La Ley de 16 de diciembre de 1876 estableció que las cuestiones contractuales se atribuyeran a Tribunales contencioso-administrativos en las referentes a los contratos de obras públicas o servicios públicos. Principio adoptado por la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1894, que lo consolidó definitivamente, y respetado por la Ley de 27 de diciembre de 1956.

V.—FUENTES VIGENTES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

1. Los contratos administrativos se regulan por disposiciones especiales, que son diferentes de las normas contenidas para los actos administrativos. Según la Ley de Bases de Contratos del Estado, el orden de prelación de fuentes, es: en primer lugar, las condiciones particulares de cada contrato; en segundo lugar, el pliego de condiciones generales; en tercer lugar, como fuente supletoria, las disposiciones administrativas generales, y como última fuente, los principios generales del Derecho de obligaciones del Código civil.

2. Las condiciones particulares de los contratos de cada entidad pública dependientes de un determinado Ministerio, se rigen por las normas especiales de contratación del Departamento. Importantes son: para Correos, el Real Decreto de 18 de mayo de 1915; para el Ministerio de Comercio, la Orden de 13 de marzo de 1962; para el Ejército, el Regla-

mento de Contratación de 10 de enero de 1931; para Marina, el Reglamento de 12 de diciembre de 1958 (14).

3. Las normas generales de contratación más importantes, aplicables en defecto de las anteriores, son:

La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

La Ley General de Carreteras de 4 de mayo de 1877.

La Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877.

El Pliego de Condiciones de Carreteras y Caminos Vecinales de 22 de diciembre de 1911.

El Pliego General de Construcciones Civiles de 4 de septiembre de 1908.

El Pliego General de Condiciones de las Contratas de Suministros de 10 de febrero de 1932.

El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953.

Las modificaciones de la Ley de 2 de diciembre de 1952 a la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911.

El Pliego General de Condiciones, modificado en 30 de diciembre de 1962, y la parte vigente del tradicional Pliego de Condiciones Generales de 13 de marzo de 1903.

La Ley de Patrimonio del Estado de 23 de abril de 1963.

4. Toda esta legislación está en trance de revisión. La Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963, partiendo de la crítica del sistema anterior y de la necesidad de readaptar las normas positivas a la situación sociológica, pretende establecer una regulación completa de los contratos del Estado bajo principios jurídicos acordes con las necesidades actuales, refundiendo en un solo texto orgánico las dispersas normas actuales, que comprenden reglas sustantivas mezcladas con otras puramente secundarias. La contratación del Estado es un instrumento decisivo para la Administración, porque coordina las posibilidades financieras públicas con las finalidades reales, como producto del intervencionismo económico y de la creciente complejidad de la Administración. Nada de ello se contenía en la legislación anterior, que, centrandó su atención en la fase de adjudicación, se olvidaba de la fase de gestación y ejecución, descuidando la oportunidad de la contratación, que es su razón de ser. Arrancando de esas ideas, la Ley de Bases desen-

(14) En relación con los Ministerios militares, GUTIÉRREZ DEL ALAMO, *Administración económica del Estado*, Madrid, 1960, Ed. «Revista de Derecho Financiero», págs. 156, 167 y siguientes.

vuelve sus principios orgánicos en orden a la legalidad y conveniencia del contrato, que se hallan pendientes de la aparición del texto articulado, que en el plazo de un año debe dictar el Ministerio de Hacienda.

VI.—CARACTERES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

1. Las tres características esenciales del contrato administrativo son: la voluntariedad, la institucionalidad y la supremacía especial de la Administración contratante. Ellas sintentizan todas las notas especificadoras del contrato administrativo, como relación en que cada parte ayuda a la otra a un fin común: el interés general.

2. La voluntariedad indica que se constituye la relación jurídica libre y espontáneamente. El contratista no está obligado a tratar con la Administración, pues en ese caso existiría una transferencia coactiva. Lo esencial, como en todo contrato, no es sólo la igualdad entre las partes, sino que la relación se ha creado por un mutuo consentimiento. La desigualdad consentida voluntariamente es propia del contrato. La Ley de Bases de Contratos del Estado parte de la realidad jurídica inmanente en el negocio: la coincidencia de dos intereses económicos conjugados voluntariamente por el intercambio de prestaciones recíprocas, de manera que se mantenga su equilibrio.

3. La institucionalidad nos expresa que por ser el fin del contrato el interés público, la relación jurídica es compleja y estable. Esta característica (15) es hoy más acusada con arreglo a la Ley de Bases de Contratos del Estado, en que se reconoce el perfil institucional y la categoría independiente del contrato administrativo. Hay tres elementos esenciales en el contrato: la Administración, la relación jurídica y el empresario contratista.

1.º La Administración, que mediante el contrato trata de perfeccionar su gestión pública y debe conseguir la mayor eficacia en su actuación, sin merma de las garantías que el interés público exige. Por eso

(15) La institucionalidad del contrato es nota muy destacada por las doctrinas francesa y belga. HAURIUO, *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos infuidos por instituciones sociales* («Revista de Derecho Privado», 1926, número 148, pág. 1); JÈZE, *Principios generales de Derecho administrativo*, tomo IV, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948-1950; WALINE, *Droit administratif*, París, *Lb. Générale de Droit et de jurisprudence* 1956; LAUBADÈRE, *Traité des contrats administratifs*, París, Sirey, 1959, especialmente número 890 y sigs.; PEQUIGNOT, *Les contrats administratifs*, París, 1945; FLAMME, *Les marchés de l'Administration*, Bruxelles, Ed. 1955.

los expedientes administrativos previos al contrato deben amoldarse, no a un abstracto interés público, sino al interés público concreto en juego y al rigor de la actividad contratante.

2.º La relación jurídica, pieza maestra y principio cardinal de las mutuas prestaciones. La seriedad y el estricto cumplimiento de las cláusulas aceptadas voluntariamente por las partes y las contraprestaciones de la Administración, de modo que ambas se equilibren con arreglo a lo convenido: lo esencial es el equilibrio de las mutuas prestaciones.

3.º El empresario contratante, cuya selección es trascendental para apreciar la conveniencia de elegir a persona que es un colaborador de la Administración, máxime cuando puede serlo otro ente administrativo. Los empresarios colaboran con la Administración, que tiene contratistas profesionales, verdadera clientela, que acepta condiciones que no admitirían en un contrato privado, porque cuentan con la garantía y la solvencia del Estado. El contrato, según HAURIUO, debe interpretarse, no sólo con arreglo a la voluntad pactada, sino a su carácter institucional.

4. La supremacía relativa o especial nos aclarará muchos puntos oscuros del contrato administrativo. Para mantener la finalidad del contrato, las partes pueden ostentar situación de desigualdad, porque la Administración dispone de prerrogativas o poderes exorbitantes superiores a los del Derecho civil. Pero, y aquí radica la especialidad, estas prerrogativas no son las generales de la Administración, porque entonces el acto sería igual a los unilaterales, sino la de estar pactada; son cláusulas que el particular acepta (sentencia de 15 de febrero de 1861); no se trata de prerrogativas nacidas de la Ley, sino que están previstas en las cláusulas contractuales (sentencia de 25 de octubre de 1957). El contrato administrativo no es un contrato de adhesión, porque en éste quien impone la cláusula puede renunciar a ella, y la Administración ha de usarlas necesariamente. Las prerrogativas son garantías de la Administración para protegerse a sí misma. La prerrogativa tiene una contrapartida: el mantenimiento del equilibrio económico de la empresa (Ley de Bases), y puede no existir prerrogativa si el otro ente contratante es administrativo.

1.º Las prerrogativas de la Administración son muy numerosas y se refieren a la interpretación, cumplimiento y extinción del contrato.

2.º En virtud del privilegio de la interpretación unilateral, la Administración fija por sí misma el sentido del contrato, y para impugnarlo, el contratista ha de acudir a la vía del recurso. Este privilegio no es sólo formal, sino sustantivo, porque, como dice el Consejo de Estado (Dic-

tamen de 11 de noviembre de 1950, expediente 6.683), la declaración de la interpretación del contrato alcanza hasta hacer prevalecer en caso de duda el interés general.

3.º Ante un caso de controversia, el contratista debe solicitar de la Administración contratante lo que le convenga, pues lo que ha de impugnar no es el contrato en bloque, sino los actos administrativos que lo desarrollan. En cambio, la Administración engendra su propio título, y al ostentar el privilegio general de la decisión unilateral, puede pasar directamente de la interpretación a la ejecución. Manifestaciones de la ejecutoriedad contractual, son:

A) La posibilidad de emitir actos de dirección de la prestación del contratista, como: la comprobación de los replanteos, la inspección de los elementos personales y técnicos empleados en la obra por el contratista, la fiscalización del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, la suspensión administrativa de las obras realizadas incorrectamente, dar órdenes para que el contrato se realice de la forma que resuelva la Administración, sancionar unilateralmente al contratista incumplidor, etc.

B) Actos de modificación. La Administración puede modificar unilateralmente el contrato, como manifestación de su potestad conversora de los derechos de los administrados, que le permite modificar situaciones anteriores, limitado según las normas legales (*Factum principis, ius novandi*, acto soberano o de poder).

4.º Prerrogativas sobre la extinción, puesto que la negativa al contratista de la *exceptio non adimpletus contractus* significa que la demora de la Administración en cumplir sus obligaciones contractuales no autoriza al contratista a rescindir la prestación contractual, mientras que la demora del contratista particular puede producir la resolución. Además, la Administración puede rescindir o denunciar el contrato cuando desiste de llevar a cabo su objeto o considera más conveniente la gestión directa (Reglamento de Contratación de las Entidades Locales).

5. Todas estas notas, extraídas de nuestro Derecho positivo, nos permiten perfilar el concepto que nuestro Ordenamiento tiene del contrato administrativo, como un convenio entre un sujeto administrativo y otro ente público o privado, por el cual éste se obliga a realizar una prestación de interés público y la Administración a corresponder con las contraprestaciones pactadas, estableciéndose, si el contratista es un particular, una situación de supremacía especial, compensada con la obligación de la Administración de mantener el equilibrio económico de aquél.

VII.—CLASES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS :
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO.

1. Un ente administrativo puede entrar en relaciones con otra persona pública, bien por medio de actos administrativos o bien por medio de convenio, vinculándose los dos entes por un acuerdo mutuo, que es el contrato llamado interadministrativo. Un ente administrativo puede usar los medios de que dispone otro o crear entre ambos medios comunes, regulando estas relaciones a través de un contrato administrativo. La situación es muy frecuente y perfectamente reconocida por la Ley y por la jurisprudencia.

2. Según la Ley de Régimen Local, los entes locales pueden ser concesionarios del Estado. El Reglamento de Demarcación Territorial de las Entidades Locales de 17 de mayo de 1952 permite las mancomunidades voluntarias para fines de competencia municipal, surgiendo un nuevo ente con plena capacidad para cumplir sus fines. La Ley de 26 de septiembre de 1911 permite a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación el desempeño de servicios públicos, concurriendo a subastas en el territorio de su circunscripción, y el concierto entre varias Cámaras, etcétera.

3. Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencias antiguas, que son las que revelan la raigambre de una institución, ha declarado que es contrato administrativo el celebrado entre el Ejército y un Ayuntamiento para la construcción de un cuartel, en el cual la entidad local se comprometió a destinar el terreno y a aportar una cantidad en concepto de ayuda. La Administración no puede pretextar que el pago al contratista corresponde al Ramo de Guerra, no al Ayuntamiento, porque son cuestiones independientes las relaciones entre el contratista y la Administración y los compromisos creados por ambos organismos públicos (sentencias de 28 de noviembre de 1905, 3 de abril de 1907, 6 de mayo de 1911, 29 de noviembre de 1912, 20 de marzo de 1929, etc.).

4. No siempre los contratos entre dos entes administrativos son públicos, pues aquellos cuyo objeto no sea el interés general serán contratos privados; de modo que lo es el arrendamiento de un bien patrimonial de la Administración local al Estado (sentencia de 7 de enero de 1936). Los verdaderos contratos administrativos son los que regulan sus servicios públicos o el reparto de su actividad pública. Su caracteris-

tica es que no hay finalidad lucrativa en ninguna de ambas partes, como sucede en el contrato normal, en que el contratista viene guiado por el lucro. Se persiguen fines que exceden del lucro, pero la fuente de la situación es un acuerdo de voluntades.

5. Cuando uno de los entes contratantes tiene competencia exclusiva o preferente sobre el objeto pactado, obra con supremacía y ninguna dificultad presenta el contrato. Tal es el caso de las concesiones de un ente a otro, o incluso los consorcios del Patrimonio Forestal del Estado con la Administración local (Ley de 10 de marzo de 1941, Orden de 31 de agosto de 1953), en el cual es necesario que la entidad entregue el terreno al Patrimonio, y pasa a la competencia de éste en lo relativo a la repoblación. En este supuesto, el contrato interadministrativo es de colaboración (16). Uno de los entes, el prevalente, se halla en situación de superioridad sobre el objeto de su competencia y el otro colabora a su finalidad, apareciendo en situación semejante a la del contratista particular, por no ser el encargado de satisfacer el concreto interés público pactado. El contrato administrativo no es sólo perfecto, sino pluscuamperfecto; los que no admiten la existencia de contratos administrativos no pueden ignorar estas relaciones. Otra figura muy visible es el compromiso de auxilio, en la cual un ente administrativo se obliga a realizar obras y el otro a subvencionarlas, supervisando su realización (Ley de Enseñanza Primaria de 17 de julio de 1945, Orden de 23 de julio de 1955, para el abastecimiento de aguas).

6. La dificultad surge cuando la competencia de uno de los entes es concurrente y ninguna prevalece sobre el objeto pactado. En este supuesto se habla de contratos de cooperación, o de convenios de Derecho público. Ninguno de los contratantes tiene prerrogativas sobre el contrato. Se pregunta si en ese caso hay verdaderamente contrato administrativo.

1.º La teoría de las cláusulas exorbitantes no lo admite, porque de no existir superioridad legal o pactada, no concibe contrato administrativo. De esta opinión participa un interesante dictamen del Consejo de Estado (17 de enero de 1957, expediente 20.851): la Ley de 31 de diciembre de 1886 autorizó la construcción de un Palacio de Justicia en régimen de aportación simultánea del Estado y del Ayuntamiento, con la cláusula de reversión del inmueble al Patrimonio municipal; si bien la aportación estatal es un gasto de servicio público, el acto no es un con-

(16) En la doctrina española, ENTRENA y GARRIDO, en las obras ya citadas, así los definen.

trato, sino un convenio de Derecho público, coordinador de las actividades de los dos entes, no una forma de obra pública, porque el Estado no tiene poderes exorbitantes; por eso se dictó una Ley especial, ya que la cláusula de reversión significa transacción sobre bienes de la Hacienda pública, que sólo una Ley puede autorizar.

2.º La teoría finalista no encuentra obstáculo, porque una cosa es la calificación del contrato, dada por su finalidad, y otra el límite de la actividad contractual del Estado, que se precisa en el dictamen citado. No hay ninguna dificultad en la contratación de dos entes administrativos en pie de igualdad; las cuestiones que surjan las resuelve el superior común a ambos. Esta es la postura admisible. La teoría de las cláusulas exorbitantes tropieza con una barrera insalvable, porque al no existir supremacía especial, las normas supletorias de los contratos interadministrativos quedan en el aire, puesto que no son aplicables las normas de los contratos administrativos normales, que exigirían derogaciones continuas (verbigracia, no hay prerrogativa de ninguna de ambas partes, no se requiere fianza, etc.). Con la tesis finalista, la solución es sencilla: el Derecho aplicable es el del Código civil, como expresamente reconoce para un contrato interadministrativo la sentencia de 3 de abril de 1907.

7. El contrato interadministrativo de cooperación es la forma de pactar una gestión conjunta de varios entes públicos para conseguir un fin común, permitido por la Ley. El aumento de la actividad administrativa es su razón de ser. El servicio público precisa de medios de los que no dispone un solo ente administrativo; mediante estos contratos se resuelve el problema y se evidencia el principio de unidad y coordinación de la Administración. Hoy los contratos interadministrativos son tan frecuentes como el clásico contrato administrativo. Ejemplos de contratos de cooperación en Derecho positivo lo ofrecen las Mancomunidades de la Ley de Régimen Local; las Mancomunidades Hidrográficas del Decreto de 24 de junio de 1931, y las Mancomunidades de Canales de la Ley de 27 de abril de 1946. De estas normas, entre otras, se pueden inducir los principios generales sobre los contratos interadministrativos de cooperación.

1.º. Los elementos de este contrato son: pluralidad de entes, interés común y medios conjuntos (17).

(17) El tema es muy finamente tratado en la doctrina italiana; así, BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, vol. II, parte 2.ª, pág. 23 del «Primo Trattato» de Orlando, *Teoría Generale dei consorzi amministrativi nel Diritto italiano*, Roma, 1920.

A) Pluralidad de entes. Para que exista contrato administrativo se necesita que dos personas jurídico-públicas entren en relación; los órganos sin personalidad no pueden asociarse entre sí.

B) Los medios generalmente son comunes, pero pueden no serlo. Puede cada entidad aportar sus medios o bien aprovecharse los otros contratantes de los medios de uno de ellos. No se requiere aportación patrimonial, porque puede usar cada una de las entidades sus propios medios. Los gastos tampoco han de ser necesariamente comunes, pudiendo ser a cargo de cada presupuesto.

C) En cambio, es esencial el interés común. El fin del contrato ha de ser satisfacer un interés común a los contratantes, que es la causa de la asociación. El fin puede ser variable: asistencial o económico, simple o complejo, pero siempre de interés general, porque este contrato es administrativo. Su límite es la competencia de las entidades contratantes, que no pueden aumentar sus competencias legales por pactos entre sí.

2.º Respecto de su naturaleza, hay dos clases de contratos: los que dan lugar al nacimiento de un ente público diferente y los que no crean una nueva personalidad.

Cuando surge un nuevo ente, se requiere la aprobación del superior, sin la cual no hay personalidad, naciendo un ente cuya competencia se halla delimitada por el territorio de los entes componentes. Cuando carece de personalidad, es una asociación, a modo de mancomunidad germánica, por no haber división del patrimonio en cuotas.

3.º El consorcio administrativo nace cuando el Estado aprueba la legalidad de su proposición. La mancomunidad nace primero internamente, por medio de actos administrativos unilaterales de cada componente, y luego, si los interesados llegan a un acuerdo, crean un estatuto o norma interna de organización, desarrollado en los reglamentos necesarios que se subordinan a aquél. El Estatuto ha de ser conforme a las Leyes, y por eso el nuevo ente nace cuando se aprueba el Estatuto por el Estado.

4.º Se modifica cuando se transforman sus elementos constitutivos: sujeto, competencia y medios. La causa de la modificación puede ser la voluntad de los asociados o la Ley. Solamente plantea problemas la mutación de finalidad, que ha de ser autorizada por la Ley, o por acto administrativo del superior, por el mismo procedimiento que la formación del nuevo ente. Los efectos son muy interesantes cuando da lugar a una división de los bienes entre los componentes.

5.º La extinción consiste en la desaparición de sus elementos esenciales.

A) Las causas pueden ser: naturales, como la desaparición de los medios; voluntarias, como el transcurso del plazo pactado de duración, y coactivas, como la supresión por acto del superior.

B) La extinción requiere declaración por acto administrativo, a través de un procedimiento similar a la creación.

C) Si la Ley o el Estatuto indican los efectos de la liquidación, no hay problema. De no indicarlos, ha de procederse a la liquidación del patrimonio, correspondiéndole a los órganos de gestión de la asociación y subsistiendo la personalidad sólo para la liquidación. El patrimonio liquidado lo adquiere el Estado por sucesión (Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958).

6.º Las clases de contratos administrativos de cooperación pueden ser:

Entre entes iguales:

Territoriales entre sí (Mancomunidades locales).

Institucionales entre sí (Leyes de Beneficencia, Cámaras de Comercio, etc.).

Entre entes desiguales:

Territoriales (Provincia y Municipio para la Cooperación provincial).

Territoriales e institucionales (Juntas de Obras de Puertos y Estado).

No debe confundirse esta clasificación con el ámbito de actuación de los entes creados, que puede ser diferente. Así, el consorcio del Estado con la Administración local es de esta naturaleza porque sólo alcanza a parte del territorio nacional: el de la entidad local.

VIII.—CONTRATOS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS PARTICULARES.

1. De las cuestiones más espinosas del contrato administrativo era su llamada tipicidad (18). Se sostenía que una de las características del contrato administrativo es su tipicidad; que no podían existir contratos

(18) Sobre la tipicidad, GARCÍA-TREVIJANO, *¿Existen contratos administrativos de depósito?* (en el núm. 16 de esta REVISTA, pág. 155); GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo* (núm. 41 de esta REVISTA, ya citada).

innominados y que sólo los regulados expresamente por la Ley eran administrativos. Los contratos administrativos por naturaleza deben restringirse, al pertenecer los contratos históricamente al Derecho civil, en tanto que una regulación especial no los convierta en públicos. La misión de los pliegos generales de condiciones es precisamente tipificar los contratos administrativos en categorías. Sólo son administrativos los contratos tipificados, y los contratos no tipificados de la Administración son contratos de Derecho privado.

2. Sin embargo, esta postura está hoy superada por la Ley de Bases: la capacidad contractual de la Administración es mayor. Los tipos de contratos públicos que la Administración puede concertar se miden por el principio de institucionalidad administrativa y especialidad del ente público contratante. Todo contrato que sea instrumental para un fin de interés general, es posible concertarlo. La Administración sólo encuentra límites impuestos por su propia naturaleza: no puede donar, porque lo prohíbe la Ley, aunque la Ley de Régimen Local permite la cesión gratuita de bienes a favor de otro ente administrativo, pero con autorización estatal, y el texto articulado del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 autoriza una amplia cesión de los bienes a organismos administrativos y a particulares. De la misma forma, la Administración no puede concertar contratos aleatorios.

3. En algunos tipos de contratos que la Ley regula entre los administrativos, como el arrendamiento de servicios, el de obras, etc., no hay problema. La tesis expansiva está consolidada definitivamente en la Ley de Bases de Contratos del Estado para todos los tipos contractuales de Derecho privado, al permitir la libertad de pactos y de cláusulas, con la misma amplitud que el Derecho privado; con ello se pretende dar agilidad a la Administración para adaptarse a las necesidades públicas y la posibilidad de configurar contratos innominados, dentro de los principios de buena administración. La Ley de Bases regula los contratos de obras públicas, suministro y concesión de servicios públicos, por ser los más frecuentes; pero sus principios se extienden a todo contrato del Estado como Derecho supletorio.

4. En nuestro Derecho no hay necesidad de aquellas clasificaciones, como la de ZWHALEN, que distinguen los contratos administrativos en contratos de atribución y de colaboración, según que la prestación esencial sea la del Estado o la del contratista, y la ventaja para la otra parte. Este criterio, poco jurídico, se sustituye por la remisión a los tipos nor-

males de los contratos del Derecho civil, lo que significa una aproximación al fondo institucional de la relación. Siguiendo este sistema, FERNÁNDEZ DE VELASCO estudió los diferentes tipos de contratos administrativos, y la Ley de Bases menciona los de obras, suministros, gestión de servicios públicos, compraventa, préstamo, depósito y explotación patrimonial.

5. El contrato administrativo tipo es el de obras públicas. Mediante él, una persona se obliga a realizar una construcción inmobiliaria para la Administración, a su riesgo y ventura, salvo pacto en contrario, recibiendo a cambio la cantidad que se fije por unidad de obra. Su función es proveer a la Administración de medios inmobiliarios. En cambio, si esta adquisición la realizase un concesionario, el contrato sería civil (sentencia de 12 de diciembre de 1892).

6. El contrato de suministros es paralelo al de obras públicas, pero referido a la adquisición de bienes muebles o de servicios por la Administración (19). La Ley de Administración y Contabilidad le dedicó escasas alusiones, y no había una normativa unitaria, que hoy acomete la Ley de Bases de Contratos del Estado, al recoger el suministro mediante el cual la Administración consigue de forma reiterada una pluralidad de bienes muebles, o servicios, en plazos sucesivos.

1.º En nuestro Ordenamiento se encuentran dos definiciones legales del contrato de suministros: el Reglamento del antiguo impuesto de Derechos reales lo define como un contrato por el cual una persona se obliga a entregar a otra, mediante compensación, una pluralidad de cosas cuya cuantía no puede fijarse de antemano, sino condicionada a los plazos que requieran las necesidades del adquirente. El Real Decreto de 28 de febrero de 1905 lo define como una venta de cosas muebles por peso, número o cantidad, a que hace referencia el artículo 1.452 del Código civil, en que el contratista aporta la cosa y la Administración el precio. Es decir, que es una variante del contrato de compraventa en plazos sucesivos, o del contrato de arrendamiento de servicios. Las adquisiciones unitarias serían una compraventa o un arrendamiento.

2.º Cuando su finalidad directa e inmediata es dotar a la Administración de los medios necesarios para prestar un servicio público, es

(19) ALFARÒ, *Los suministros de material a la Administración pública* (Segunda Semana de Estudios sobre la Reforma administrativa, Madrid, 1959, Publicaciones de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno); MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, 1915; TRINCHESE, *Sulla natura dei contratti di fornitura della pubblica amministrazione*, en «Rivista di Diritto Pubblico», 1940, pág. 524.

un contrato administrativo, y así se regula. El Real Decreto de 5 de marzo de 1913 regula el suministro de abastecimiento para las prisiones; el Real Decreto de 18 de enero de 1884 lo caracteriza porque los medios adquiridos han de estar afectados directamente al servicio público, como modalidad de la compraventa de cosas muebles, en tracto sucesivo, a riesgo y ventura del abastecedor y destinadas a utilizarse inmediatamente por un servicio público; de no afectarse inmeditamente los medios adquiridos al servicio público, no es un contrato administrativo.

3.º Aspectos enteros del contrato se regulan por el Código civil, como la pérdida de la cosa debida y la terminación del contrato, que queda al criterio de la Administración, de no haberse fijado otro plazo que las necesidades del adquirente. La jurisprudencia ha exigido que en caso de denuncia se dé previo aviso al contratista, y que hasta entonces devenga crédito a su favor (sentencia de 29 de diciembre de 1898).

4.º La extinción es delicada, porque hay suministros que por su propia naturaleza son de duración indefinida, y debe permitirse la posibilidad de prórroga ilimitada, sin poderse definir a plazo fijo, como el de suministro de energía eléctrica para alumbrado de poblaciones, que exige un suministro incesante. Por disposición legal, no está prevista la tácita reconducción; las prórrogas han de estar pactadas. Por consiguiente, pasada la prórroga, si la Administración no paga hasta que se suscriba un nuevo contrato, el suministrador puede suspender el suministro, para evitar un enriquecimiento sin causa (sentencia de 15 de octubre de 1947). La Administración necesita, pues, tener prevista la duración y prórroga del contrato, y si por incumplirlo privase del servicio a la población, contraería responsabilidad administrativa.

7. Después de la Ley de Bases de Contratos del Estado, la concesión de servicios públicos se concibe como una gestión de un servicio público encomendada a una persona a través de un contrato administrativo. Si en un principio la concesión era una cláusula accesoria del contrato de obras públicas, en que como compensación al contratista por su trabajo al construir la obra se le permitía su explotación posterior, cobrando tarifas a los usuarios, después pasó a primer plano independientemente de la obra pública. La Ley de Bases de Contratos del Estado configura al concesionario como un colaborador de la Administración, y elabora un esquema común de la concesión, unificando normas dispersas bajo tres principios: su contenido económico y mayor realce de la ecuación financiera del contratista; corrección de los monopolios implícitos en todo servicio público, y la continuidad del servicio.

8. El arrendamiento de servicios puede ser un contrato administrativo, reconocido en nuestra legislación.

1.º La recaudación de impuestos era una forma de arrendamiento de la gestión por concurso público y con derecho al premio de cobranza (sentencias de 20 de marzo de 1916, 11 de abril de 1932, etc.). Actualmente, conforme a la Ley de 11 de abril de 1942 y Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, sólo subsisten como arrendatarios a extinguir los que lo fueran al entrar en vigor el Estatuto, correspondiendo el servicio de recaudación a las Diputaciones Provinciales, al concebirse más como una concesión de un servicio público que como arrendamiento.

2.º El Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952 permite a las Corporaciones locales que para las prestaciones individuales que no exijan dedicación primordial y permanente de la actividad de una persona, se contrate el servicio con arreglo a las normas sobre contratación administrativa.

9. El contrato de transporte es administrativo cuando una persona se obliga, mediante contraprestación de la Administración, a portear cosas del ente público o personas al servicio de la Administración. El Tribunal Supremo ha reconocido el carácter público del transporte de paquetes y correspondencia, que incumben al concesionario de líneas de servicios públicos de transporte de viajeros (sentencias de 9 de febrero y 13 de junio de 1912); el contrato existe entre la Administración Postal y el porteador de la correspondencia. Todavía es más clara la naturaleza pública del contrato de personas al servicio de la Administración (militares, etc.), o sometidas a un régimen administrativo, como el transporte de presos.

10. El préstamo público se produce cuando la Administración recibe un capital, obligándose a devolverlo en cierto plazo y al abono de los intereses entre tanto. Las condiciones bajo las cuales los capitalistas prestan al Estado son muy varias. Jurídicamente no nos interesa ahora el contenido económico de la Deuda pública, ni sus aspectos conectados con el régimen monetario y el gasto público. Para el Derecho administrativo, lo relevante es calificar la naturaleza de ese contrato.

1.º Hay quien opina que es un contrato civil, por ser de contenido pecuniario, y en el cual la Administración obra en igualdad con el acreedor. Sin embargo, su naturaleza administrativa es clara: su fin es el interés público: el suministro de dinero al Presupuesto; su régimen

jurídico no es el del Código civil, porque la Deuda requiere un procedimiento previo autorizado por la Ley; los actos de la Administración, dentro de la relación de Deuda pública, se rigen por la Ley de Administración y Contabilidad, y son fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa. El empréstito es un acto de soberanía, y el Estado puede modificar el contrato unilateralmente (conversión, repudio de la Deuda, etc.).

2.º Como la Deuda se exterioriza por medio de títulos-valores, que emite el Estado, el acto de lanzar a la circulación los títulos representativos de la Deuda es una emisión, y las fases por las que atraviesa el título, desde que es creado hasta que es suscrito, han de determinarse por la Ley. Para que el Gobierno tome caudales a préstamo, la Ley de Administración y Contabilidad exige una Ley que autorice y cree la Deuda, tanto en su clase como en su cuantía.

3.º Posteriormente, al adquirir el título de la Deuda hay que garantizar los derechos del tenedor y establecer la negociabilidad del título y su carácter de privilegiado o su embargabilidad.

4.º También existe un régimen especial para cobrar los intereses de la Deuda, por compensación de bienes desamortizados. La desamortización convirtió forzosamente ciertos bienes en títulos de la Deuda, y como el receptor de los intereses puede ser persona distinta del propietario de los bienes convertidos, se establece un régimen especial sobre la capacidad del solicitante y el devengo del interés. Por consiguiente, la relación jurídica de la Deuda puede obedecer a causas diferentes: el préstamo solicitado por el Estado o la conversión de derechos de bienes desamortizados. En los dos casos hay un aspecto estrictamente jurídico y común: la Administración aparece como deudora y los particulares como acreedores de un préstamo público.

11. Hay un contrato administrativo de depósito.

1.º La Administración puede ocupar forzosamente cosas para el abastecimiento nacional y obligar a venderlas coactivamente y a que el vendedor se quede en depósito de ellas. La Administración dicta un acto administrativo obligando al particular a conservar las cosas depositadas y después a entregarlas. Pero en esta figura no hay un depósito contractual, sino una obligación legal. La legislación intervencionista de la economía establece estas limitaciones a la autonomía contractual, que la Administración pone en práctica; se trata de transferencias coactivas (20).

(20) El supuesto, de gran importancia en los sectores económicos sometidos a intervencionismo, no ha suscitado, sin embargo, gran atención de la doctrina. Excepcionalmente

2.º En cambio, son contratos administrativos de depósito las adquisiciones de excedentes de cosechas. Mediante este contrato, la Administración evita el desplazamiento de cosas, utilizando edificios del Estado o arrendando depósitos particulares; la cosa, en lugar de ser trasladada al organismo adquirente, queda depositada en un local de propiedad particular (Ley de 29 de junio de 1935 sobre excedentes de cosechas de cereales de la campaña de 1934). La naturaleza de estos depósitos en local privado es administrativa: en un caso en que un excedente se hallaba depositado en una fábrica de harinas abandonada con motivo de la Guerra de Liberación, el Tribunal Supremo declaró que el depositario se hallaba exonerado de responsabilidad, no sólo por lo previsto en el artículo 1.766 del Código civil, sino en el Pliego de Condiciones de los contratos administrativos de 13 de marzo de 1903 (sentencia de 28 de febrero de 1951) (21).

IX.—ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Como todo negocio jurídico, el contrato administrativo debe reunir determinadas características, cuya falta se sanciona con la nulidad. Estos elementos pueden ser estructurales, como la capacidad, el consentimiento de las partes, el objeto, la causa de la obligación y la forma o modo de expresarse la voluntad pactada: funcionales, relativos a la constitución, modificación y extinción del contrato y elementos sustanciales que se refieren a su eficacia. Los elementos estructurales han de existir en todo momento dentro del contrato; los funcionales son el aspecto dinámico de la relación desde que nace hasta que se extingue; por último, la combinación de ambas clases es el origen del conjunto de derechos y obligaciones de las partes, cuya consecuencia práctica son los efectos del contrato. Así los examina la Ley, aunque de modo implícito.

1. Todo contrato administrativo supone que por lo menos intervienen dos sujetos: uno de ellos ha de ser necesariamente un ente administrativo; el otro puede ser una persona pública o privada. Las relacio-

puede verse: VILLAR PALASÍ, *Justo precio y transferencias coactivas* (núm. 18 de esta REVISTA, pág. 11) y las indicaciones de LÓPEZ RODÓ sobre el intervencionismo económico, en el «Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra», tomo XX, 1944, con el título *Intervencionismo administrativo en materia de subsistencias*. También GUAITA, *Régimen de abastecimientos* («Revista de Estudios de la Vida Local», 1950, pág. 547).

(21) El caso y los antecedentes de esta legislación los expone GARRIDO FALLA en su *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, pág. 58, de quien sustancialmente los tomamos.

nes entre dos órganos administrativos no personificados no son contratos administrativos, sino relaciones interorgánicas. Las relaciones entre dos particulares, en cambio, no son administrativas, aunque su finalidad sea obtener una prestación de bienes o servicios aplicables a un servicio público, gestionado por un concesionario.

2. El ente administrativo contratante ha de tener capacidad; el contrato ha de ser medio apto para satisfacer los fines de la entidad. Además se exige la legitimidad del agente que celebre el contrato en nombre de la Administración (22).

1.º Disponiendo los entes públicos de una pluralidad de órganos, la capacidad de contratar se traduce en un problema de competencia, porque se hace necesario deslindar los órganos que han de ejercer la capacidad contractual del ente. La capacidad de la Administración es de Derecho público; todos los requisitos de capacidad son causas separables de las demás causas de invalidez del contrato.

2.º Esta primera condición encuentra su aplicación en la actividad contractual de las personas administrativas descentralizadas, regidas por el principio de especialidad de sus fines. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales expresa este principio al disponer que las entidades locales solamente podrán celebrar los contratos cuyo objeto se halle comprendido en el ámbito de su competencia. Debemos, pues, distinguir:

A) El Estado tiene en principio capacidad general para contratar. La Ley de Bases resuelve la cuestión desconcentrando facultades en los órganos inferiores, reservándose a los superiores de cada Departamento ministerial la contratación de gran relieve, sin perjuicio de que se reserve al Gobierno la facultad cuando lo aconseje la cuantía del contrato, o su plazo de ejecución sea superior a la vigencia de un Presupuesto, que, como veremos más adelante, es un medio legal de limitar económicamente las facultades contractuales.

a) En cada Departamento la competencia corresponde al Ministro, que puede delegarla en un Director General. Los Decretos de 4 de febrero de 1960 y 12 de julio de 1962 crean la Junta y Comisión Permanente Consultivas de la Contratación Administrativa en el Ministerio de Hacienda, para unificar el sistema de contratación. Su misión es examinar los proyectos y reformas de obras contratadas por la Administración

(22) CAMMEO, *I contratti della Pubblica Amministrazione: capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1954.

Central y entidades estatales autónomas, deduciendo de sus estudios las medidas convenientes para perfeccionarlas, proponiéndolas al Ministerio de Hacienda o a la Presidencia del Gobierno, previo sometimiento de las cuestiones al Consejo de Estado.

b) Sin embargo, las adquisiciones del Estado no se realizan respondiendo a una contratación orgánica; no hay un organismo único contratante que decida sobre la conveniencia de la contratación sin dispersión de organismos. Solamente en casos excepcionales, como en el Ministerio de Obras Públicas, o el Parque Móvil de los Ministerios Civiles, el órgano contratante es único y su competencia se extiende a la adquisición de inmuebles o vehículos automóviles para todos los Ministerios no militares. La concentración no puede nunca ser total, porque su rigidez no proporcionaría a la Administración ninguna ventaja apreciable. En los casos en que es conveniente, como ocurre en los Ministerios militares, la legislación establece Juntas de Adquisiciones y Enajenaciones (Decreto de 18 de diciembre de 1953; Decreto-Ley de 27 de mayo de 1955; Orden de 28 de septiembre de 1955) (23).

B) La competencia para contratar la Administración local corresponde a la Corporación en Pleno, pero quien suscribe el contrato es su Presidente, y los órganos colegiados le autorizan a contratar.

C) En la Administración institucional no basta la competencia objetiva, sino que se requiere la aprobación de la autoridad tutelar del ente si el contrato puede producir cargas económicas, pues su autonomía es menor que la de la Administración local.

3. La capacidad del contratista particular no se rige por el Derecho civil. Para ser contratista se exige, además de la capacidad jurídica y de obrar propias del Derecho privado, otras condiciones especiales que no se definen positivamente, sino que su tratamiento consiste en atribuirla a toda persona capaz civilmente, salvo cuando concurran las incapacidades e incompatibilidades que la Ley determina.

1.º Pueden ser contratistas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que se hallen en plena posesión de su capacidad jurídica, no comprendidas en alguno de los casos de excepción señalados en la Ley de Administración y Contabilidad y Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

(23) BOQUERA, *La contratación orgánica de las adquisiciones del Estado* (núm. 32 de esta REVISTA, pág. 117); ALFARO, ya citado.

2.º La capacidad de los extranjeros está condicionada a lo que establezcan las disposiciones vigentes sobre Protección a la Industria Nacional. Las Leyes de 24 de octubre y 24 de noviembre de 1939, sobre Protección a la Industria Nacional, establecen que en los contratos realizados con fondos de la Administración se emplearán exclusivamente artículos de procedencia española, salvo dispensa de la obligación, que se expresará en los Pliegos de Condiciones. La Orden de 11 de septiembre de 1956 regula la forma de los contratos en relación con esta exigencia: se admite a concurrencia la industria nacional y la extranjera. Los concursos en que intervengan ambas tendrán dos partes: una primera, destinada a la producción nacional, y de declararse desierto por no existir en ella el artículo, o ser inadmisibile, se entra en la segunda fase, destinada a la producción extranjera.

3.º No podrán contratar las personas en quienes concurren algunas de las circunstancias siguientes:

A) Por interdicción o inhabilitación, no pueden contratar quienes hayan sido condenados, mediante sentencia firme, por cualquier jurisdicción, a penas graves, o a cualquier pena, si es por falsedad o delito contra la propiedad, y quien se hallare procesado por estos delitos.

B) La solvencia económica y aun la tributaria son requisitos exigidos para contratar con la Administración. No pueden contratar las personas declaradas en suspensión de pagos, contra las que se haya incoado procedimiento de apremio como deudoras a la Hacienda pública, o declaradas fallidas en procedimiento judicial o administrativo, o privadas por cualquier causa de la libre disposición de sus bienes. El requisito es riguroso, y el pago posterior a la adjudicación definitiva no convalida el defecto, porque esta facultad no está prevista legalmente (sentencia de 9 de marzo de 1935).

C) Por informalidad contractual son incapaces las personas que hayan sido declaradas culpables de la resolución de anteriores contratos administrativos.

D) Los funcionarios públicos, dependientes del Estado o de otro ente administrativo, aun cuando se trate de cargos honoríficos, como los Alcaldes, Concejales, Diputados provinciales y, en general, los miembros de la Administración local (Reglamento de 9 de enero de 1953), están incapacitados para contratar con la Corporación a la que pertenecen. Por

la misma razón de incompatibilidad tampoco pueden contratar los parientes hasta el tercer grado de los miembros de la entidad contratante y las entidades en que cualquiera de esas personas tenga interés conpuesto a la Administración u ostenten en ellas cargos directivos. El interés se mide por la posesión de títulos representativos de la entidad particular.

4.º El contratista ha de declarar en el momento del otorgamiento del contrato que no se halla incurso en ninguna de las causas de incapacidad o incompatibilidad; siendo nulo el contrato si en realidad la hubiera. Si la causa se descubre hallándose en curso la ejecución del contrato, podrá el Ministerio gestor disponer la continuación de los trabajos por el contratista, si de la rescisión se siguiera grave perjuicio para los intereses públicos.

5.º Esta facultad es discrecional y nos indica que no siempre que se dé la causa de incapacidad o incompatibilidad el contrato es nulo. Si la causa tuviera por origen ser designado el afectado para cargo obligatorio y el interesado la notificara a la Administración, la nulidad del contrato será sin pérdida de fianza; en otro caso, dará lugar a la responsabilidad normal (Reglamento de Contratación local). Otro caso puede ser cuando el afectado es único posible contratista (por tener en exclusiva el medio de que precisa la Administración). En este caso puede usarse la facultad discrecional de mantener el contrato, ya que de no ser así la Administración sufriría perjuicio, sin que la incapacidad juegue en estos supuestos excepcionales, que siempre han de interpretarse restrictivamente.

4. Como todo contrato, el administrativo es un acuerdo de voluntades y supone el mutuo consentimiento de los contratantes; la ausencia del consentimiento convertiría el acto en inválido. Aun debiendo el particular someterse a las condiciones de contratación administrativa, el acuerdo ha de surgir, porque su voluntad no es pasiva, como la del destinatario del acto administrativo, sino activa.

1.º Las condiciones civiles de validez del consentimiento se aplican igualmente al contrato administrativo. Se admite la aplicación supletoria del artículo 1.265 del Código civil cuando no bastan las normas administrativas que configuran la voluntad de las partes.

2.º No hay consentimiento si la voluntad que lo presta no es libre. La fuerza física o moral que violenta el consentimiento vicia el contrato de nulidad absoluta, pues pése a que el interés público predominante favorecería la solución de la anulabilidad, la carencia del consentimiento

es evidente al concurrir la violencia o la intimidación en las condiciones reguladas por el Código civil. De la misma forma puede invocarse violencia si la Administración usa una vía de hecho para obligar a contratar.

3.º El error es más difícil de precisar. El Pliego General de Condiciones de 1903 establece que no podrá el contratista, bajo ningún pretexto de error u omisión, reclamar aumento de los precios fijados en el cuadro del presupuesto; pero el propio pliego acepta el error material de la Administración. Por eso hay que distinguir: el error de detalle, que no invalida el contrato (sentencia de 23 de mayo de 1874); el error de cálculo en el precio, que tampoco es admisible, porque forma parte del tipo de subasta y es un aleas que corre el contratista (sentencias de 4 de julio de 1923 y 9 de noviembre de 1950); el error material, admisible para el contratista por analogía, y las demás clases de error de hecho, que igual que en los contratos civiles son admisibles, interpretando el Pliego *a sensu contrario*.

4.º El dolo ha sido claramente admitido por la jurisprudencia, cuando el licitador acreditó falsamente que reunía las condiciones del Pliego, declarando nulo el contrato, por haber mediado dolo en su celebración (Real Orden de competencia de 18 de marzo de 1898).

5.º Todos estos vicios del consentimiento se refieren a la voluntad del contratista particular. La Administración contratante obra por medio de actos administrativos, cuyos defectos son los mismos de la invalidez del acto administrativo.

5. Por objeto se entiende la prestación pactada y el conjunto de derechos y obligaciones suscritos entre las partes; este objeto debe ser determinado, lícito y posible, sin que al respecto presenten los contratos administrativos especialidad alguna, aplicándose las mismas normas del contrato civil para que el objeto tenga realidad jurídica. Así se deduce del Reglamento de Contratación Local, que expresa un principio general.

1.º La licitud del objeto es el único aspecto que puede plantear alguna dificultad. Debemos distinguir los casos en que la ilicitud deriva de la prohibición legal; de aquellos otros en que es consecuencia de su imposibilidad, por incompatibilidad con la noción misma de contrato. Al contrato administrativo se aplican disposiciones legales inseparables y otras puramente interpretativas o supletorias; el objeto que derogase las primeras sería nulo, mientras que si violase las segundas podría ser anulable, según los casos.

2.º Por su naturaleza, el contrato no puede afectar a las materias

que son reguladas por la Ley y que están fuera del comercio administrativo, por ser cuestión de orden público. Las situaciones legales y reglamentarias no pueden regularse contractualmente; sería nulo el contrato entre la Administración y el usuario, derogando las reglas generales del servicio público.

3.º Otras normas son imperativas de la contratación y prohíben pactos determinados (los arbitrajes y compromisos). Su violación produciría igualmente la nulidad del contrato. Mientras que la violación de normas sin este carácter puede no producirla.

4.º La prohibición del objeto comprende no sólo al contrato como relación total, sino a las cláusulas particulares que integran el objeto ilícito. En este caso puede no ser nulo todo el contrato, sino parcialmente las cláusulas afectadas, salvo que sean determinantes de todas las demás.

6. La exigencia de una causa lícita es igualmente requerida para los contratos administrativos (Reglamento de Contratación local). La causa es un elemento constitutivo del contrato, que forma parte de su definición en el Código civil; es un concepto común a todo contrato. Sin embargo, es dificultosa y conviene precisar su concepto administrativo.

1.º Concebida la causa con arreglo al artículo 1.274 del Código civil, como la equivalencia de prestaciones de las partes, entendiéndose por causa la contraprestación en los onerosos y la mera liberalidad en los gratuitos, no es aplicable al contrato administrativo, que nunca puede ser gratuito. Que la obligación de cada parte es causa de la obligación de la contraparte, nada nos aclara.

2.º Pero concebida como fin, entonces es el destino a que ha de servir el contrato, que legalmente sabemos ha de ser una obra o un servicio público. No basta con decir que ha de ser el interés público, porque la Ley precisa más; ha de ser un interés público concretado en un servicio público o en una obra pública; esta exigencia la establece claramente el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, al definir la causa como el interés público determinado, según los casos, por la mayor calidad, mejor economía, plazo más adecuado a la realización de las prestaciones, objeto de cada contrato. La causa no es, pues, la contraprestación de las partes, sino la finalidad de concreto interés público a la que se destina la prestación del contratista, de manera directa e inmediata.

3.º Igual que en los contratos civiles, la causa puede ser ilícita; es

inválido el contrato en el cual el fin perseguido por el negocio sea ilegal. Pero en el contrato administrativo se deben distinguir dos casos:

A) Si el fin ilícito se persigue unilateralmente por el contratista particular, pretendiendo burlar el fin de interés público legal, para obtener su propia conveniencia, se falta a la finalidad y el contrato es nulo.

B) Si el fin ilícito lo persigue la Administración, bien unilateralmente o de acuerdo con el contratista, el contrato se ha celebrado pre-juzgando una finalidad que no es la legal. Se pregunta entonces si basta la teoría de la nulidad por ilegalidad de la causa, o debe aplicarse la desviación de poder; si prevalece la ilicitud de la causa, como en todo contrato, o la más especial de la desviación de poder, cuya razón de ser radica precisamente en la fiscalización de la potestad administrativa, que sigue existiendo en los contratos administrativos. A nuestro entender, debe prevalecer la desviación de poder, que resulta más específica, según las fuentes enunciadas por la Ley de Bases, y más eficaz; si la Administración persigue un fin ilícito, el contrato es uno de los medios de alcanzarlo; lo fundamental es el fin, no el instrumento de que se ha valido. La sentencia de 24 de octubre de 1959 declara la aplicación de la desviación de poder a los contratos administrativos, puesto que la discrecionalidad administrativa en la apreciación de las condiciones de los licitadores no puede ser arbitraria, ni permite cualquier forma de estimación del interés público, sino que la elección debe fundarse en criterios comprobables de buen servicio.

7. La forma es la exteriorización de la voluntad, materializada en un medio visible, como es el documento en que se concreta la voluntad de las partes y el cumplimiento de los trámites rituarios de la contratación.

1.º La formalización del contrato del Estado se hace en documento notarial, si la cuantía del contrato excede de 250.000 pesetas.

2.º Si no procede el documento notarial, se hará en documento suscrito por la Administración y el contratista. La Ley de Bases de Contratos del Estado declara el carácter formal del contrato, exigiendo la suscripción de un documento administrativo, expedido por el correspondiente órgano certificante; se rechaza, pues, la contratación verbal, pre-textando la agilidad de la Administración, que no se ve entorpecido por la redacción de un documento.

3.º En cambio, en la contratación local se admite provisionalmente

el contrato verbal, porque la falta de formalización escrita del contrato no afectará a la validez de la obligación, pudiendo las partes compelerse recíprocamente al cumplimiento de las formalidades establecidas.

4.º Lo que no se admite de ninguna manera es el contrato concertado por medio de actos tácitos (*facta concludentia*) o de silencio administrativo, positivo o negativo, que sólo es aplicable a los actos que desarrollen el procedimiento contractual o el contrato.

5.º En todo contrato es necesaria una documentación administrativa que contenga el expediente del contrato, compuesta de tantas piezas como requieran los aspectos más importantes del contrato y de las piezas accidentales para mejor comodidad. El contratista tiene derecho a sacar copias autorizadas por los técnicos de la obra, a su costa, de toda la documentación escrita que refleje el contrato y sus incidencias.

X.—ELEMENTOS FUNCIONALES DEL CONTRATO: EL NACIMIENTO.

1. Contrariamente al contrato civil, en el cual hay un período precontractual de libre tanteo o discusión entre partes, compuesto de oferta y aceptación, que terminan en el consentimiento, que no tiene expresa regulación legal, en los contratos administrativos la fase precontractual es la más interesante y surge a través de un procedimiento administrativo minuciosamente regulado por la Ley. La preparación del contrato consiste en una sucesión de actos unilaterales administrativos, fase completamente igual al procedimiento administrativo ordinario, administrativa totalmente (Ley de Bases de Contratos del Estado). En ese *iter contractus* se encuentra una serie de actuaciones de orden sucesivo, cada una de las cuales acredita haberse cumplido la precedente (sentencia de 27 de marzo de 1936). Descomponiendo un contrato administrativo, hallamos dos fases, claramente separables: una, formada por la preparación del contrato, administrativa y precontractual, y otra puramente contractual pública, en la que coinciden la voluntad de la Administración y el contratante, en la que surge el contrato.

2. Los momentos de la fase precontractual, según se deduce de la Ley de Bases de Contratos del Estado y el Reglamento de Contratación Local, son: la adopción del acuerdo para contratar; la preparación del Pliego de condiciones y el anuncio del contrato. Hasta aquí no interviene el contratista. Este empieza a tomar parte al concurrir para lograr la adjudicación, constituyendo previamente garantías que aseguren la culpa

in contrahendo. Efectuada la adjudicación definitiva, se entra en la fase contractual y el contrato se perfecciona, siendo los demás actos ejecución de lo pactado, especialmente la formalización del contrato, el pago de los gastos correspondientes y el establecimiento de las garantías del contratista que aseguren el cumplimiento de la obligación. Las relaciones posteriores son ya el desarrollo de la prestación del contrato.

3. La Administración adopta el acuerdo de contratar por medio de los titulares de los órganos correspondientes, actuando dentro de los límites de su competencia y observando las formalidades legales y reglamentarias de todo acto administrativo. Pero, además, debe tener en cuenta la existencia necesaria de crédito presupuestario o la habilitación correspondiente. Necesita cumplir los requisitos administrativos y fiscales que se le exigen para obrar.

4. Si es posible contratar por el procedimiento del concierto directo, no quiere decir que la Administración esté exenta de formalidades, ni que haya de prescindirse de la exigencia al contratista de los requisitos de capacidad; en otro caso, peligraría el interés público. Lo característico del concierto directo es que la Administración, aun pudiendo elegir entre varios oferentes y después de haber tramitado el expediente preparatorio, puede seguir un procedimiento para llegar a la perfección más aligerado que el ordinario o tipo, que es el de la subasta. Es equivocado creer que la contratación directa no requiere formalidades, porque la Administración, siempre que contrata, necesita seguir el procedimiento precontractual previo, como garantía de su acierto; este principio se deduce de varias normas legales y reglamentarias, como la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, Decreto de 16 de febrero de 1932 sobre destajos, Reglamento de Contratación de Marina de 12 de diciembre de 1958, Orden de 20 de julio de 1955 sobre contratación directa en el Ministerio de Obras Públicas, etc. Estas normas nos permiten trazar un esquema de la contratación directa (24).

1.º El procedimiento más sencillo de contratación directa es el efectuado con un contratista determinado: la Administración, acordado seguir este sistema, formulará el pliego de condiciones y obtendrá la autorización para llevarlo a cabo, una vez el contrato sea fiscalizado por la Administración consultiva y contable; después, la Administración buscará el contratista adecuado, estipulando las cláusulas y el precio.

(24) Al respecto, GUTIÉRREZ DEL ALAMO, *Administración económica del Estado*, desarrolla la cuestión en las páginas 122 y siguientes, 165 y 192 de su citada obra.

2.º Una variante más complicada es la comisión a compras (Reglamento de la Contratación de Marina de 12 de diciembre de 1958); una vez preparado el contrato, el organismo contratante nombrará una Comisión de funcionarios que se dedicará a recibir ofertas de los contratistas, dando cuenta de ellas al organismo, quien hará la adjudicación, escogiendo la oferta que le convenga como ventajosa.

3.º El caso más parecido a la subasta es el procedimiento de la llamada licitación sumaria. En él, formado el pliego de condiciones, se convocará sin dilación la licitación, formulando los licitadores las proposiciones, debidamente reintegradas y previo depósito de la fianza provisional. Adjudicado el contrato y resueltas las reclamaciones contra la adjudicación, se formaliza el contrato. Este procedimiento se sigue en la construcción de obras públicas, bien en general, bien cuando la Administración realiza por sí las obras, pues la Ley de Administración y Contabilidad y el Reglamento de Contratación Local permiten los destajos; es decir, que las obras se contraten con varios contratistas simultáneamente, adjudicando un tramo a cada uno; las obras han de ser susceptibles de división por tramos, que lo aconsejen razones de celeridad y lo autorice una Ley o un acto administrativo acomodado a la Ley de Administración y Contabilidad; el Decreto de 28 de diciembre de 1951 y la Instrucción de 2 de octubre de 1952 especifican el Pliego, el procedimiento y la extinción de estos contratos a destajo. La licitación sumaria es muy parecida a la subasta, de la que sólo se diferencia por la mayor ligereza de trámites y por no ser necesaria más que una adjudicación, prescindiendo de la doble—provisional y definitiva—exigida en la subasta.

5. La regla general es que los contratos administrativos se celebren por el sistema de la concurrencia formal de licitadores. El tipo modelo de este sistema es la subasta. La selección de contratistas se realiza objetivamente, por reunir las ventajas de la imparcialidad de la selección y la publicidad y secreto de las ofertas entre sí, junto con la razón financiera de obtener mayor postura. Hoy se ha corregido en parte este sistema absoluto, rectificando sus defectos: el no permitir la discusión de las cuestiones técnicas con los contratistas y ser antieconómico en las coyunturas de exceso de obras particulares. Por eso, la Ley de Bases de Contratos del Estado admite que los Departamentos ministeriales escojan libremente el sistema de subasta y el de concurso-subasta, pues lo que interesa es la publicidad y concurrencia de empresarios; la selección adecuada de contratistas, que constituye una de las metas de la Ley,

rompe con el viejo primado de la subasta, arbitrando medios de adquisición equidistantes entre el automatismo de la subasta y de la selección cualificada, eludiendo los trámites normales, huyendo de los riesgos de la elección indiferente, sin consideración a las calidades del contratista. Pero como el concurso-subasta es una corrección de la subasta pura y simple, el esquema de ésta sigue siendo primordial en la contratación administrativa.

1.º Jurídicamente, la subasta es el llamamiento general e indeterminado de contratistas, adjudicándose el contrato por concurrencia, no libre, como en el sistema del concierto directo, sino formal. La Administración está obligada a tener que adjudicar el contrato a la persona que haga la proposición objetivamente más ventajosa, según las condiciones anunciadas. La facultad de la Administración para adjudicar el contrato es limitada, y de modo automático se adjudica a la oferta que, ajustándose al pliego de condiciones, represente mayor ventaja económica (Reglamento de Contratación Local). La Administración, una vez comprobada la adecuación de la oferta al anuncio, mediante acto, no discrecional, sino estimativo, elige la oferta más económica.

2.º La Ley (25) establece las excepciones a la regla general; los casos en que el contrato puede celebrarse por concurso y por contratación directa. Pueden celebrarse por concurso aquellos en que razones de condiciones especiales del contrato, del servicio contratante o del auxilio de la Administración al contratista, exigen un procedimiento selectivo más riguroso que el de la subasta.

A) Por condiciones especiales del contrato, se hallan: la compra de cosas o la realización de obras en el extranjero y de servicios en él (razón de lugar); los contratos en que no sea posible la fijación de precio (razón económica); los que exijan garantías o condiciones especiales del contratista (razón del carácter personalísimo del contrato); los referidos a condiciones técnicas no establecidas por la Administración (razón de complejidad).

B) Por razón del servicio contratante, como los relativos a proyectos o anteproyectos de obras y servicios públicos determinados, que hayan de servir de base para realizarlos, y los arrendamientos de edificios o terrenos para dependencias de la Administración y útiles con igual destino.

(25) Concuerdan fundamentalmente la Ley de Administración y Contabilidad y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales.

C) Por auxilio de la Administración al contratista, como los que facilite la Administración, medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías de los contratistas y los que hayan de disfrutar de subvenciones o de monopolio.

3.º Pueden ser concertados directamente los contratos en que existen razones especiales de subsidiariedad, oportunidad o por su escasa importancia.

A) Por razones de subsidiariedad, o sea, imposibilidad de acudir a otras formas, como los contratos adjudicados por falta de licitación, o de ser declaradas inadmisibles las proposiciones; los que no sean formalizados por el adjudicatorio, o que queden interrumpidos por resolución o rescisión; los que sea imposible la concurrencia por estar el objeto amparado por propiedad incorporal; que haya un solo oferente o contratante, y los contratos de los monopolios del Estado.

B) Razones de oportunidad, como aquellas que por circunstancias especiales no convenga provocar la concurrencia, o hayan de realizarse por empresas que tengan precios de tarifa oficial.

C) Rapidez, como la urgencia reconocida que demande pronto servicio, o la seguridad del Estado, que exija reserva de la Administración.

D) Especialidad, como la ejecución de obras de carácter artístico; operaciones de la Deuda y traslación de material de fondos; uniformidad de los suministros; realización de obras públicas en el extranjero; adquisiciones de primeras materias, realizadas en establecimientos industriales del Estado.

E) Por su menor importancia, se permite la contratación directa de los contratos cuya cuantía no exceda de quinientas mil pesetas, y las reparaciones menores de obras y servicios.

4.º La dispensa del procedimiento de subasta requiere autorización de los organismos superiores de la Administración; bien un Decreto del Consejo de Ministros o, en su caso, una Orden ministerial, de la forma y según las causas establecidas en la Ley de Administración y Contabilidad.

6. Una vez se ha adoptado el acuerdo de contratar, la Administración debe redactar dos proyectos: el técnico, que debe aprobar el Ministerio competente, y el económico, que demuestre el coste del contrato

y la existencia de crédito en el Presupuesto. Este requisito fiscal es de gran importancia, porque, según la Ley de Administración y Contabilidad, los contratos celebrados sin crédito presupuestario son nulos. En este punto juegan dos intereses contrapuestos (26): el interés de la Hacienda pública, en que se respete el principio de especialidad presupuestaria y no se contraiga deuda superior a la presupuestada, y la seguridad del contratista, que desconoce ese pormenor y puede verse afectado por él. Nuestra legislación procura coordinar ambos intereses; la Orden de 24 de junio de 1932, dictada como consecuencia de una moción del Consejo de Estado proponiendo se dictase una disposición general complementaria del artículo 5 de la Ley de 19 de marzo de 1912, y Real Orden de 21 de abril de 1915, en desarrollo de la Ley de Administración y Contabilidad, que dispone la nulidad de las obligaciones contraídas cuyo importe exceda del crédito legislativo, se basa en los siguientes principios:

1.º En todo expediente de contrata se hará constar la consignación de crédito para atenderlo. La provisión de crédito se demostrará con la certificación de la Intervención de Hacienda, bien de la delegada en cada Ministerio, bien de la general, si la cuantía del contrato es superior a doscientas cincuenta mil pesetas. De la misma forma se hará constar su existencia en los Pliegos de Condiciones, sin cuyo requisito no producirán efecto alguno.

2.º Esta obligación se refiere a todos los compromisos, no sólo a los contraídos durante el año, sino cualquiera que sea la época del vencimiento de la obligación. Al comenzar cada año, los Ministerios formarán una relación de cada anualidad contractual, distribuida por presupuestos, que se remitirá a la Intervención.

3.º Si en el contrato no fuese posible fijar el precio, se hará antes de adjudicarlo definitivamente, conocida que sea su cuantía. En ese caso se consignará inexcusablemente en el Pliego de Condiciones que la efectividad del contrato se entiende subordinada a la existencia de crédito.

4.º Si se infringen estas normas, el contrato es nulo. Como el contratista es ajeno y no tiene la culpa de tal invalidez, debe ser indemnizado, puesto que hay causa de responsabilidad administrativa por mal funcionamiento de los servicios públicos, cuando de buena fe se haya contratado confiando en la existencia de crédito presupuestario, por

(26) Este problema es tratado con precisión y extensión por GUTIÉRREZ DEL ALAMO en su obra ya citada, especialmente en las páginas 125 y sigs.

aplicación de los principios de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de 26 de julio de 1957 (27).

7. Todas las condiciones técnicas, económicas y jurídicas del proyecto han de publicarse en el Pliego de Condiciones del contrato que sirve a los contratistas para conocer las estipulaciones aceptables por la Administración. La importancia del Pliego es esencial: constituye la parte más original e importante del contrato administrativo, y por eso es preciso analizarlo con algún detenimiento.

1.º Es una opinión vulgarizada que los contratos administrativos son contratos de adhesión; que la Administración formula la oferta en los Pliegos de Condiciones y que la proposición de los contratistas significa la aceptación de la misma, debiendo aceptar las condiciones del Pliego. Jurídicamente esto es inexacto: la Administración no ofrece, sino que recibe las ofertas de los contratistas (28).

El Pliego es sólo la fijación de las proposiciones aceptables, pero contractualmente la oferta procede de los licitadores, y la adjudicación es la aceptación de la Administración. Este es el verdadero *iter contractus*, como se deduce con toda claridad de las normas que permiten la contratación por concierto directo, que califican a las ofertas de los contratistas de propuestas u ofertas en el sentido del Código civil. El no entenderlo así es causa de múltiples errores para comprender la naturaleza y funciones del Pliego.

2.º Además, actualmente la Ley de Bases de Contratos del Estado distingue dos clases de condiciones: las obligatorias y las estipulables voluntariamente. Para mayor agilidad de la Administración, la Ley permite la libertad de pactos, igual que en Derecho privado; pero los pactos que pueden establecerse han de constatarse en un Pliego de Condiciones de formulación previa a la configuración del negocio; una vez configurado el Pliego, con los pactos libremente enunciados por la Administración, el contratista ha de aceptarlos o no concurrir; puede en algunos casos formular propuestas que no se aparten del Pliego, y mejorar el contrato, pero no puede alterarse el Pliego en beneficio del licitador, o establecerse cláusulas para él en función de un mismo tipo de contrato. La Ley divide el Pliego en dos partes: contiene las obligaciones típicas, las que afectan al contrato como tipo, para concretar reglas que modelen la actuación administrativa, y permite obligaciones

(27) De la misma opinión es GUTIÉRREZ DEL ALAMO, que invoca, a nuestro parecer a mayor abundamiento, el artículo 1.902 del Código civil.

(28) CAETANO, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, 1947, págs. 350 y sigs.

particulares, que sólo surgen en un convenio determinado al amparo de la autonomía contractual de las partes. Si sobre la naturaleza contractual de estas últimas no hay duda, en cambio la calificación de las condiciones típicas o generales es una de las cuestiones más difíciles del contrato administrativo. Las posiciones han sido múltiples, pero fundamentalmente, desechando las que son sólo matices de unas u otras, podemos reducirlas a tres (29).

3.º Considerarlas de naturaleza contractual. Partiendo del principio que requieren la colaboración del contratista y que en cada contrato sólo rige el Pliego pactado, que puede ser diferente del ordenado legalmente, se califican de cláusulas contractuales. Es una tesis muy favorecida por la jurisprudencia, cuya corriente en este sentido arranca, según VILLAR PALASÍ, de la sentencia de 16 de abril de 1874, y ha sido seguida constantemente (1 de febrero de 1889, 6 de julio de 1910, 21 de noviembre de 1919, 22 de febrero de 1920, 4 de julio de 1928, 21 de diciembre de 1934, etc.). Una de sus consecuencias es que si fuesen normas legales, no habría que integrarlas en el Pliego, porque éste funcionaría como cláusulas de estilo, que la Administración estaría obligada a insertar bajo su responsabilidad. El Pliego General de Condiciones impone reglas que la Administración ha de tener en cuenta al redactar la convocatoria del contrato; pero si se dejan de consignar, las consecuencias no pueden recaer sobre el contratista, porque el defecto es sólo imputable a la Administración (sentencia de 17 de octubre de 1957), ya que sólo obligan las cláusulas que son aceptadas por las dos partes (sentencia de 21 de febrero de 1956).

4.º Atribuirles carácter legal y reglamentario, puesto que los terceros son destinatarios de ellas y pueden invocarlas. El Pliego General contiene las condiciones que los contratistas deben ofrecer necesariamente a la Administración, y la postura de la Administración es inalterable, al ser la Ley la que configura y tipifica el contrato, sujetando a la Administración a estipular un contrato concreto e ineludible. El Pliego regula las condiciones que la Administración debe estipular. La Administración delibera esta etapa precontractual, vinculada por las normas que establecen los Pliegos de Condiciones Generales. La jurisprudencia también la ha aceptado en ocasiones al declarar que en los contratos administrativos se incluyen las disposiciones legales que los

(29) VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas* («Nueva Enciclopedia Jurídica Seix»), tomo IV, pág. 684; TREVES, *Osservazioni sui capitolati generali per i contratti delle Pubbliche Amministrazione* («Archivio di Diritto Pubblico», 1938, pág. 91).

afectan (sentencias de 15 de febrero de 1891 y 28 de junio de 1916, etcétera), y que el Pliego es de obligada observancia para todos, incluso para la Administración (sentencia de 17 de marzo de 1959).

5.º Para otros es de naturaleza compleja: un conjunto de actos, unos contractuales y otros legales; entre ambas clases de cláusulas hay conexión, suponiendo el contrato que se cumplen las dos. Todas las cláusulas, incluso las pactadas, son normas generales, invocables por terceros, y se dan en interés del servicio público, mientras que las que benefician al contratante concreto son puramente contractuales, y por eso la omisión de las cláusulas necesarias no siempre vicia el contrato, sino sólo cuando perjudica al contratista público, a la Administración. En la fase precontractual, la Administración se relaciona con terceros, y en la contractual sólo con el contratista. Por eso en ocasiones el Tribunal Supremo dice que el Derecho supletorio del Pliego no es el Derecho civil, sino el interés general y los principios de los contratos administrativos (sentencias de 2 de marzo de 1897, 21 de marzo de 1905, etc.).

6.º La naturaleza legal del Pliego de Condiciones Generales se deriva de varias razones, todas ellas fundadas en el Derecho positivo.

A) La contratación administrativa es un concierto de voluntades, y en primer lugar es aplicable al contrato lo que la Administración y el contratista puedan libremente acordar. Como en todo contrato, hay un contenido que pertenece a la autonomía de la voluntad y otro obligatorio, que es de orden público. Hoy la Ley permite establecer un contenido voluntario, pero exige otro obligatorio; la infracción del primero no puede equipararse al segundo. La jurisprudencia no podía hallar esa diferencia, que no existía en la Ley, hasta que apareció la Ley de Bases de Contratos del Estado. El hecho de que formalmente el contenido voluntario y el legal se establezcan en el Pliego único de cada contrato no significa que no puedan diferenciarse por sus antecedentes y función. El contenido voluntario no tiene más límites que la autonomía de la voluntad; pero el contenido legal se establece en las normas que regulan el Pliego de Condiciones Generales, resultando contradictorio que se califique igual uno y otro.

B) Tampoco es razón contraria el que uno de los actos preparatorios del contrato sea la elección discrecional de los Pliegos de Condiciones. La Administración podrá establecer un Pliego al amparo de la autonomía contractual; sin embargo, si escoge Pliego diferente del legal, del que establece las condiciones generales, una vez aceptado por las partes,

rige sin provocar la nulidad del contrato (sentencias de 5 de diciembre de 1961, 6 de junio y 27 de septiembre de 1963); pero al mismo resultado se llega calificando el Pliego de Condiciones Generales como norma legal, puesto que la Administración, cuando infringe normas, no es sancionada generalmente con la nulidad, sino con la anulabilidad, y la aceptación por el contratista de un pliego indebido puede significar la convalidación de un acto subsanable, según sea el defecto.

C) El calificar el Pliego como ley del contrato (sentencias de 26 de diciembre de 1952, 18 de octubre de 1956, etc.) y que, por tanto, las consienten quienes las aceptan, nada indica sobre su naturaleza contractual, puesto que igualmente se considera que las bases de una convocatoria de funcionarios es ley del concurso, y en ese supuesto no hay situación contractual, sino legal, entre la Administración convocante y los aspirantes al cargo.

D) Hay que aclarar cómo los Pliegos Generales de Condiciones son cláusulas de estilo, del mismo modo que las de los contratos civiles, asimilación que puede producir frecuentes desorientaciones. Conviene hacer una breve alusión a las cláusulas de estilo del Derecho privado. En la contratación civil, pero sobre todo en la mercantil, los contratos de adhesión, en que una empresa dominante en el mercado formula sus ofertas, con un clausulado tipo, por medio de las condiciones generales que ofrece al público, plantean el problema de su naturaleza jurídica.

Para resolverlo hay que partir de una diferencia esencial: tanto el Código civil (artículos 6.º y 1.287), como el Código de Comercio (artículos 2.º y 59), distinguen entre la costumbre normativa y la costumbre y los usos interpretativos; su naturaleza es distinta, porque la costumbre es fuente de Derecho objetivo, cuya fuerza arranca de su reconocimiento como fuente por la Ley, mientras que los usos contractuales son Derecho subjetivo y su fundamento es la cláusula de estilo o sobreentendida, que la autonomía contractual suele establecer en determinados tipos de contratos, por lo que esta presunción de que al contratar se ha aceptado la cláusula de estilo puede impugnarse y no es obligatoria.

Pues bien: se discute si las condiciones generales de los contratos de adhesión son fuentes de Derecho o son reglas interpretativas (30).

(30) La bibliografía es muy numerosa. Como significativa, destacamos: VIVANTE, *Tratado de Derecho mercantil*, tomo I, números 84 y sigs.; ÁLVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA, *Tratado de Derecho mercantil español, comparado con el extranjero*, págs. 660

La solución ha sido considerarlas como fuente de Derecho cuando el Estado interviene en la relación contractual y regula el contrato tipo, cuyo modelo se impone a las partes; lo que obliga es la norma que configura anticipadamente el contrato. Si el Estado no interviene, las empresas imponen las cláusulas como contenido inderogable del contrato, sin el cual no quieren concertarlo. Aun entonces se opina por algún sector que, por analogía con el uso normativo, son fuente de Derecho. El exceso de esta dirección ha sido criticado acertadamente, porque supondría consagrar una fuente de Derecho extraestatal, y no hay más que oferta a persona indeterminada; una oferta que sólo obliga cuando es aceptada. Sólo son fuente si las sanciona una Ley; pero en otro caso, son un mero uso del comercio. Esta trayectoria es castiza y está claramente expresada en las Partidas (Ley 1.^a, Título II, Partida 1.^a), al definir la costumbre como derecho no escrito que usan los hombres, y el uso como cosa que los hombres hacen continuadamente y por gran tiempo, glosada genialmente por ANTONIO GÓMEZ: *usus format factum, consuetudo ius*.

Si en los propios contratos privados de adhesión las cláusulas generales pasan de ser cláusulas de estilo a norma legal, cuando una disposición general impone su contenido obligadamente en un contrato (casos de las pólizas de seguros, fletamento, etc.), con mayor razón lo serán condiciones generales de los contratos administrativos, en que la Ley sanciona el contrato, porque la norma no puede inhibirse del interés público y configura el contrato de forma determinada. El principio de legalidad exige que se configure el contrato por la Ley; la función del Pliego es crear categorías contractuales fijas e inalterables en su fondo esencial, por medio de cláusulas no usuales o de estilo, sino de inserción obligatoria; no mediante el uso interpretativo, sino mediante el uso normativo. Las normas legales describen normas fijas en el contrato.

El Pliego General no es una oferta de la Administración, sino que es el contratista quien manifiesta su voluntad mediante la oferta, y la Administración la que acepta las ofertas (Reglamento de Contratación Local), mientras que en los contratos privados de adhesión sucede lo contrario, y quien ofrece es el que impone la cláusula típica o de estilo.

y sigs, Madrid, 1915; BLANCO CONSTANS, *Estudios elementales de Derecho mercantil*, página 336 del tomo I, Madrid, 1936, Editorial Reus; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1947, págs. 130 y sigs.; CLEMENTE DE DIEGO, *Las fuentes del Derecho* (discurso de entrada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Madrid, 1925, Editorial «Revista de Derecho Privado»; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, tomo I, página 274, Valladolid, 1942.

El Reglamento de Contratación Local dispone que la licitación tendrá como base un Pliego, al que ha de acomodarse la preparación del contrato, y que este Pliego está subordinado al Reglamento. Sería verdaderamente anómalo que el Pliego hubiera de aprobarse por la Administración y luego exponerse al público para su impugnación, como exige el Reglamento si fuese contractual, cuando lo que se persigue con ello es que se observe la legalidad y el impedir que la Administración introduzca arbitrariamente cualquier clase de condiciones generales.

E) En resumen: la cuestión de la supletoriedad de las normas que regulan el contrato administrativo, no expresadas claramente en el Derecho anterior a la Ley de Bases; la inexistencia de libertad contractual, hoy admitida ampliamente, lo que impedía distinguir el contenido obligadamente insertable en el contrato, y el que libremente se pueda introducir, y el hecho de que ni las cláusulas voluntarias ni las generales obliguen antes de aceptarse, ha podido crear confusión en una materia que después de la Ley de Bases de Contratos del Estado es clara: los Pliegos Generales de Condiciones son legales, mientras que los particulares que voluntariamente puedan introducirse son contractuales; unos y otros, como es natural, por el propio mecanismo del contrato, van unidos y obligan cuando el contrato se perfecciona, ya que antes de extender el contrato no hay contenido necesario ni voluntario; una vez nacido el contrato, las cláusulas generales se contienen necesariamente en el contrato, porque lo ordena la Ley, mientras que las voluntarias dependen de la autonomía de la voluntad.

8. Los Pliegos han de ser aprobados por el Gobierno, previa la fiscalización de órganos especiales. El Pliego, una vez preparado por la Administración contratante, es examinado en su legalidad y oportunidad por la Administración consultiva y contable, y aprobado por acto separable del contrato, emitido por el organismo competente. En los contratos locales, el procedimiento es más libre, porque el Pliego lo aprueba la entidad correspondiente, y el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales comprobará periódicamente el cumplimiento de las normas de licitación, para exigir las responsabilidades pertinentes.

1.º La propuesta de los Pliegos de Condiciones será efectuada por la Asesoría Jurídica del Ministerio y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y aprobada por el órgano competente para contratar.

2.º Después el expediente pasa al Consejo de Estado para que sea informado, en los casos en que sea preceptivo; es decir, en los proyectos de contrato, sea cual fuere la forma de su celebración, cuyo importe inicial exceda de cinco millones de pesetas, y cuando lo disponga la Ley (que también lo exige en ciertos casos de conciertos directos, expresados en la Ley de Administración y Contabilidad). Al Consejo de Estado debe pasar el expediente completo, con sus informes jurídicos y el certificado de la Intervención de existencia de crédito presupuestado para hacer frente a los gastos del contrato (Ley de Administración y Contabilidad y Orden de 24 de junio de 1932, que la desarrolla en ese aspecto financiero del contrato). Los contratos en que se proponga la inclusión de cláusulas no previstas en los Pliegos de Condiciones Generales deberán ser informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y posteriormente por el último órgano consultivo de la Administración: el Consejo de Estado. La falta de audiencia del Consejo de Estado puede convalidarse al cumplirse el trámite emitido (Dictamen del Consejo de 18 de junio de 1960, expediente 26.465); pero el no hacerlo antes de la perfección del contrato, implica nulidad y la retroacción del expediente al momento en que debió hacerse (sentencias de 5 de abril y 27 de diciembre de 1949). El mismo informe se requiere cuando el contrato se modifique, alterándose su cuantía, por causa que no sea la revisión legal de precios, si el aumento excede del veinte por ciento de la adjudicación. Cuando previamente hubiese informado dicho Alto Cuerpo Consultivo, los contratos no podrán ser anulados ni modificados sin la audiencia del Consejo de Estado.

3.º El Gobierno pasará al Tribunal de Cuentas, para su examen y toma de razón, los contratos cuyo importe inicial exceda de cinco millones de pesetas; sin perjuicio de la facultad del Tribunal de recabar todos los antecedentes necesarios. Si observa infracción de Ley, dará inmediato conocimiento a las Cortes, por medio de una Memoria extraordinaria, a los efectos que aquéllas estimen procedentes.

4.º Oídos los organismos fiscalizadores, el Gobierno aprobará los Pliegos y podrá establecer que determinados Pliegos sean de elaboración y propuesta de varios Ministerios conjuntamente, según ha innovado la Ley de Bases de Contratos del Estado.

9. Terminada la preparación del contrato, la Administración anuncia la licitación, dándole publicidad para avisar a los interesados en concurrir; publicidad en la convocatoria, que es uno de los principios fundamentales de la contratación administrativa.

1.º El anuncio del contrato debe contener las indicaciones mínimas exigidas por la Ley: insertará el Pliego de Condiciones, o designará el sitio donde pueda hallarse de manifiesto, en unión de los documentos y demás elementos que convenga conocer. Igualmente expresará el día y la hora, lugar y forma donde ha de celebrarse la subasta, Junta que ha de verificar el acto, condiciones requeridas para licitar, modelo de proposición y la prevención que en igualdad de condiciones se pujará a la llana durante quince minutos, entre los titulares de las propuestas iguales, y si subsiste el empate, se decidirá la adjudicación mediante sorteo.

2.º En el anuncio se fijará el tipo de precio, salvo que la Ley o la Administración decidan su reserva, en que se consignará en un pliego cerrado y sellado, que se abrirá después de leídas las proposiciones, adjudicándose el contrato a la propuesta arreglada a las condiciones previstas. El tipo de licitación está integrado por dos elementos: el presupuesto material de ejecución (el coste de los elementos de la obra) y el beneficio industrial del contratista; ambos se comprenden en el precio total, no en las unidades de obra, aunque los pagos sean parciales, a no ser que así se estipule, único caso en que lo autoriza el Pliego de 1903 (sentencia de 14 de julio de 1951).

3.º El contrato se anunciará en el *Boletín Oficial del Estado*, y en los contratos locales, en el *Boletín Oficial de la Provincia* donde se efectúen las obras, con plazo suficiente de antelación a la presentación de documentos que acrediten las condiciones para concurrir y las proposiciones. En casos urgentes, el plazo se reducirá a la mitad.

4.º Entre la publicación del anuncio y el acto de apertura de pliegos, o examen de las proposiciones, ha de mediar el plazo legal para que los interesados puedan examinar la documentación, compuesta del Pliego, Planos, Memoria y demás elementos. Si la publicación del anuncio es defectuosa, por incumplimiento de las formalidades legales, la adjudicación es nula, salvo que el afectado se dé por enterado de ella (sentencias de 30 de abril de 1936, 25 de mayo de 1946, etc.).

10. El contratista que acude al concurso presentando su proposición queda ligado con la Administración por una obligación precontractual; está obligado a mantener la oferta y a cumplir todos los requisitos anunciados para tomar parte en la subasta. La Administración, por su parte, está obligada a mantener la convocatoria y a admitir el Pliego si está arreglado a las condiciones legales (sentencias de 26 de enero de 1892 y 22 de diciembre de 1894). Durante ese período de generación del con-

trato ninguna de ambas partes puede lesionar a la otra, obligación derivada del artículo 1.902 del Código civil y de la prestación del llamado interés negativo, o sea, del daño que produce la falta de contrato, cuya infracción es la culpa *in contrahendo*. La Administración y los licitadores quedan ligados por la convocatoria, y la culpa *in contrahendo* nace, bien porque el solicitante desiste de su oferta, o la Administración no prosiguiese el concurso. Naturalmente, las exigencias no son iguales para las dos partes, porque se admite la retirada de los licitadores si no lesionan a la Administración, mientras que la suspensión o extinción de la licitación sería un caso de responsabilidad administrativa.

1.º Por eso, si la Administración responde de la culpa *in contrahendo* normalmente, como un caso de responsabilidad administrativa, en cambio, para exigir la responsabilidad del contratista por la misma causa se le exige que para tomar parte en la licitación constituya una fianza provisional que garantice su oferta, a modo de arras penitenciales (sentencias de 16 de abril de 1933, 5 de junio de 1945, etc.), pues al formalizarse el contrato se devuelven al contratista y no forman parte del precio.

2.º La forma para prestar la garantía provisional es la misma que para la definitiva. Según la Ley de 22 de diciembre de 1960, la consignación será del dos por ciento del presupuesto total de la obra, pudiendo constituirse en metálico, aval bancario o títulos de la Deuda. Es requisito necesario para acudir a la subasta, y caso de no constituirse, se elimina al interesado y pierde el derecho a licitar.

11. Finalizada toda esta fase preparatoria, se llega al momento de la licitación, en el que la Administración selecciona la oferta y designa al contratista.

1.º Hasta el anuncio de la licitación los licitadores pueden retirar su proposición y les será devuelta la fianza provisional. Si quisiera retirarse en ese momento, perdería la fianza provisional.

2.º Por su parte, la Administración, anunciada la licitación con señalamiento de día y hora, no podrá suspenderla, salvo casos excepcionales.

3.º El acto de apertura de pliegos será público y se celebrará en la sede de la entidad convocante. El órgano seleccionador se llama Mesa, y se compone del Presidente de la Corporación local, o de su delegado; de los miembros designados por la Ley y del Secretario, que da fe del acto. En los contratos de la Administración Central se constituye una Junta, compuesta del Asesor Jurídico del Ministerio correspondiente

Asesor Jurídico en los Ministerios militares, Abogado del Estado en los civiles y Letrados del Ministerio de Justicia en las de éste), delegado de la Intervención General y las personas señaladas por las disposiciones regales. Constituido el organismo en la fecha y forma anunciadas, se adjudicará el remate provisionalmente al mejor postor y se extenderá acta en la sesión. No hay plazo para aprobar el remate; luego debe hacerse inmediatamente, lo que está en consonancia con las normas que regulan la tardanza de la Administración en comenzar las obras (Consejo de Estado; dictamen de 21 de marzo de 1953, expediente 11.593).

4.º La adjudicación provisional es un acto administrativo, que confiere al concurrente elegido la cualidad de único oferente, pero no crea derecho contractual al adjudicatario hasta que la adjudicación no tenga carácter de definitiva, porque posteriormente los concursantes de proposiciones desechadas y los que hayan tomado parte en el concurso pueden, si hubiesen demostrado su disconformidad, expresar por escrito ante la Corporación local cuanto estimen conveniente respecto de los preliminares y el desarrollo de la licitación. En los contratos del Estado, la adjudicación provisional pasa a la aprobación del Superior. En este momento el adjudicatario tiene un derecho sometido a la condición de la aprobación de la adjudicación.

12. El organismo superior que debe aprobar la adjudicación provisional puede rechazar la proposición y la adjudicación provisional, examinando de modo reglado la validez de los trámites de la subasta, y rechazar la proposición elegida si no se ajustó a las Bases del anuncio o si no es económicamente la más ventajosa; es decir, que puede fiscalizar la legalidad de la actuación del inferior y la apreciación de la adecuación económica de la oferta al Pliego; de hallar defectos, y aun en el caso de que haya un oferente único, como dice la Ley de Bases de Contratos del Estado, se puede rechazar la oferta, que no es de obligada aceptación, salvo que así se anunciase en las bases (sentencias de 4 de febrero de 1930, 29 de octubre de 1932, etc.). En consecuencia: el remate puede anularse cuando el rematante no cumple las condiciones de la subasta en la fecha señalada, con pérdida de la garantía, previa reducción de los gastos de subasta; después el Ministerio decidirá si ha de celebrarse nueva subasta, o ha de concertarse el contrato directamente, sin que la anulación lesione derechos de nadie (Ley de Procedimiento Administrativo). Ningún licitador tiene derecho a que su proposición sea preferida a la de los demás, ni a que sea forzosamente aceptada, porque tiene derecho a que se prosiga el procedimiento; pero hasta la

adjudicación definitiva la Administración puede estimar la adecuación de la oferta al Pliego.

13. Expirado el plazo de reclamaciones contra la adjudicación provisional, la Administración resolverá la validez del acto licitatorio, y si lo declara válido, hará la adjudicación definitiva a favor del rematante, devolviendo las garantías provisionales a los demás licitadores. Pasado el plazo de aprobación por el Superior de la adjudicación provisional, o transcurrido el de silencio positivo, el contrato de la Administración queda perfeccionado por la adjudicación definitiva. Si la Administración no resuelve las reclamaciones, el Reglamento de Contratación Local permite que el licitador retire la fianza y la proposición.

1.º De la adjudicación definitiva nacen las obligaciones de la Administración y del contratista. La primera de ellas es la constitución de la garantía definitiva, que responde al cumplimiento de lo pactado, y en segundo lugar la formalización escrita del contrato. Por eso, el Reglamento de Contratación Local establece que, efectuada la adjudicación definitiva, se notificará al contratista, para que acredite la constitución de la garantía definitiva y formalice el contrato.

2.º De no atenderse este requerimiento, el contrato queda anulado, a costa del rematante, con pérdida de la garantía provisional. No quiere esto decir que hasta la formalización escrita del contrato no surge la perfección, porque se iría contra el tenor literal de la Ley. Precisamente las garantías definitivas son obligaciones accesorias de la principal (sentencia de 20 de abril de 1948), y la elevación del contrato a escritura pública, uno de los efectos a que las partes pueden compelerse (Reglamento de Contratación Local).

14. La Ley de 22 de diciembre de 1960 alude a la regulación de las garantías contractuales, con arreglo al principio de unidad legislativa; a la elevación de las garantías para asegurar la seriedad del contrato, y al reforzamiento del privilegio administrativo contractual, afectándose las garantías al cumplimiento del contrato, sin consentir preferencias de otros créditos.

1.º La Ley admite la consignación en metálico, o títulos de la Deuda, en la Caja General de Depósitos, y la forma de fiador personal. El Reglamento de Contratación de las Entidades Locales amplía las garantías, admitiendo la hipoteca legal y la retención del precio del importe al destajista. En cualquier forma, la constitución de la garantía definitiva es un requisito de validez del contrato (Dictámenes del Consejo de

Estado de 9 de diciembre de 1949 y 15 de noviembre de 1950, expediente 6.627).

2.º El importe de la garantía definitiva es del cuatro por ciento al seis por ciento del total del presupuesto del contrato, deduciéndose de la cantidad la garantía provisional. Se puede establecer una garantía complementaria de la misma forma que la garantía principal, y en casos especiales se admite un aval bancario.

3.º La garantía está afectada a la satisfacción del contrato, penalidades impuestas al contratista por la ejecución del contrato, pago de intereses de demora, resarcimiento de daños y perjuicios causados a la Administración con motivo de la ejecución del contrato y a su incautación legal, caso de rescisión.

Si se ejecutara parcialmente la fianza, el contratista está obligado a completarla. Si la fianza no es bastante para satisfacer su responsabilidad, la Administración procederá a su cobranza, mediante ejecución del patrimonio del contratista, con arreglo a la vía de apremio.

4.º La Administración tiene preferencia sobre la garantía, para hacerla efectiva, sobre cualquier otro acreedor. No se podrá decretar intervención o embargo de ella sino para el supuesto de que, una vez formalizadas, queden liquidadas todas las responsabilidades contractuales.

15. El sistema de garantías contractuales, que es una de las piezas fundamentales de los contratos administrativos, ha quedado extendido con otro original, creado en la Ley de Bases de Contratos del Estado: el Registro de contratos, no sólo como medio informativo de la Administración (estadístico y experimental), sino como índice y clasificación de los contratistas. Se dispone que no podrá ser aprobada la ejecución de un contrato de obras del Estado, de presupuesto superior a cinco millones de pesetas, si los contratistas no han obtenido la clasificación correspondiente en el Ministerio de Hacienda, con arreglo a sus características fundamentales, que determinarán los contratos a los que se puede concurrir, siendo nulos los contratos celebrados en contravención a estas normas. Los acuerdos de clasificación se inscribirán en el Registro de Contratistas, y podrán ser impugnados en alzada ante el Consejo de Ministros, contra cuya decisión habrá lugar al recurso contencioso-administrativo. Al considerarse al contratista como un profesional, el Registro se llevará en el Ministerio de Industria.

16. Tras la aprobación del negocio por la autoridad superior competente, el contrato se formalizará en documento público notarial; si la cuantía del contrato excede de doscientas cincuenta mil pesetas, se re-

quiere solemnidad documental para su inscripción en el Registro público, o lo estima conveniente la Junta. En otro caso, se formaliza por documento suscrito por la Administración y el contratista. El documento debe contener los requisitos establecidos en la Ley, que reflejan todo el tracto contractual (Pliego, licitación, adjudicación definitiva, constitución de la garantía definitiva y el compromiso de cumplimiento de las Leyes sobre protección a la industria nacional y laborales, que ha de suscribir el contratista). La formalización del documento es una consecuencia del contrato, al que las partes pueden compelerse recíprocamente. El pago del importe de los anuncios y cuantos gastos ocasionen los trámites preparatorios y la formalización del contrato, incluso los honorarios notariales, corresponden al contratista. La Administración abonará dichos gastos y se reintegrará del contratista, cuando fuese preciso, con cargo a su garantía.

17. Las formalidades normales de la subasta son rígidas, y por eso la Ley de Administración y Contabilidad dispone que, en casos de extrema urgencia, se podrán ejecutar por gestión directa las obras y servicios públicos, por decisión ministerial, debidamente razonada en cuanto a este particular se refiere, aun cuando los casos no fuesen de los que la Ley permite puedan ser ejecutados directamente por la Administración, debiendo dar cuenta al Consejo de Ministros, con posterioridad, de esta decisión excepcional.

Además, puede aplicarse la cláusula general de la Ley, en virtud de la cual las formalidades contractuales de la Ley de Administración y Contabilidad pueden suspenderse en caso de excepción (guerra o grave alteración del orden público), si de ello no se sigue perjuicio para el interés nacional. Puede hacerse por Decreto del Jefe del Estado, que permite la adquisición sin las formalidades previstas para obras y servicios públicos perentorios relacionados con tales circunstancias y en tanto éstas persisten.

18. El concurso es un procedimiento de selección de contratistas, que partiendo de una tramitación precontractual del todo semejante a la de la subasta, varía sólo en el momento de la licitación.

1.º Los periodos de licitación se desarrollan con arreglo a las normas de la subasta, pero los licitadores pueden introducir en sus propuestas modificaciones que, sin separarse de lo establecido en el Pliego de Condiciones, puedan hacerlas más convenientes para realizar el contrato.

2.º En la subasta la Administración actúa reglamentadamente y debe estimar si la oferta se adapta al pliego; si sólo hay un postor que se adapte, éste será el adjudicatario (Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales). En el concurso la Administración actúa discrecionalmente y puede escoger la proposición que más le convenga o desecharla todas si ninguna le conviene. El módulo de elección no es la oferta mejor económicamente, sino la más conveniente, según el Pliego y las demás ofertas; la Administración tiene alternativamente, como reconoce la Ley de Administración y Contabilidad, la facultad de adjudicar el contrato o de dejarlo desierto.

3.º Por eso, en lugar de los dos momentos de la subasta: adjudicación provisional y definitiva, no hay más que una adjudicación, en la que se verifica la elección de la oferta. El acto de apertura de pliegos se da por terminado sin efectuar adjudicación provisional, sino que las ofertas concurrentes pasan a informe de la Administración técnica, y, previo aquél, se adjudica definitivamente el contrato o se declara desierto, según el juicio discrecional de la Administración, si la Ley o la convocatoria no determinan motivos de preferencia.

4.º Una vez adjudicado el contrato, el adjudicatario debe ceder forzosamente a la Administración los modelos o tipos de material, para declararlos reglamentarios.

5.º Las causas de elección del sistema de concurso son tasadas, y por eso deben interpretarse restrictivamente. La Administración que lo escoja no puede limitarse a proponerlo, sino motivando su acuerdo (Orden de 28 de mayo de 1953).

19. El concurso-subasta es un procedimiento combinado del concurso y de la subasta. Se realiza en dos períodos: en el primero de ellos se elegirán las proposiciones más convenientes, igual que en el procedimiento de concurso; en el segundo se adjudica el contrato al mejor postor de los elegidos, como en la subasta. Por eso se exige que los licitadores presenten dos pliegos: uno de referencias técnicas sobre el que versa el concurso, y otro que contiene la oferta económica, en que se limitará a concretar el tipo de postura. Resuelto el concurso, se anunciará en el *Boletín Oficial* correspondiente, con indicación de la fecha de apertura de los segundos pliegos económicos, para cuyo acto se cita a los seleccionados, iniciándose el acto de la apertura de las ofertas económicas con la destrucción de los pliegos de los que hubieren sido eliminados en el concurso. Por lo demás, el segundo período se ajusta a las reglas de la subasta.

XI.—MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

1. La modificación unilateral del contrato por parte del contratista o de la Administración, sin fundarse en razones de interés general, está totalmente prohibida, porque es aplicable el principio civil que la eficacia del contrato no puede quedar al arbitrio de cualquiera de las partes contratantes. La Administración no puede modificar el contrato unilateralmente si no es con la concurrencia de la voluntad del contratista (sentencias de 10 de diciembre de 1896, 12 de diciembre de 1903, 12 de octubre de 1910, 25 de junio de 1948, etc.).

2. Si la modificación es bilateral, por acuerdo entre la Administración y el contratista, es posible admitirla, cuando se trate de una modificación no extintiva y de detalle, ya que en otro caso se exige para la novación los mismos requisitos que para el otorgamiento del contrato.

La posibilidad de la novación se reconoce en el artículo 60 de la Ley de Administración y Contabilidad y en sentencias muy antiguas del Tribunal Supremo (como las de 12 de julio de 1873, 5 de julio de 1898, 10 de octubre de 1908, etc.), unas directamente y otras interpretadas *a sensu contrario*.

3. Las dos novaciones anteriores son normales en todo contrato. Pero en el contrato administrativo hay una novación especial: la Administración tiene la prerrogativa que no necesita pactarse como cláusula exorbitante de poder modificar el contrato cuando lo exija el interés público. Este es el llamado *factum principis*, hecho del príncipe acto soberano, acto de poder, etc. (31); por ir íntimamente ligado el equilibrio económico del contratista, requiere algún detenimiento.

1.º Puede definirse como el derecho de la Administración para modificar el contrato, *ius novandi*, unilateralmente y por medio de acto lícito, afectando a las prestaciones del contratista, para adaptar el contrato al interés público.

2.º La modificación proviene de un acto administrativo que la ordena, bien aplicando normas que lo establecen directamente (como los artículos 11, 31 y 46 del Pliego de 1903, que permiten la modificación de las obras, que el contratista ha de soportar sin derecho a rescisión, salvo que alteren el presupuesto en un diez por ciento), bien porque dicte

(31) FORTUNA, *Le fait du prince*, tema doctrinal, citada por VILLAR PALASÍ en «Concesiones administrativas», ya mencionada; BADAQUI, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, París, 1955.

normas generales que indirectamente repercutan en mayores cargas para el contratista (verbigracia, una subida legal de salarios altera el coste de la obra).

3.º La consecuencia del acto soberano es el mantenimiento del equilibrio del contratista, bien respondiendo la Administración de la lesión (como en el caso de la legislación de revisión de precios), bien concediendo al contratista el derecho de rescisión si la modificación altera el presupuesto en la medida legal (Pliego de Condiciones de 1903). La Administración contratante responde de los perjuicios que causa al contratista por medio de sus actos de poder. Como hemos visto, la responsabilidad es efectiva y se reconoce legalmente. Lo que se discute es el fundamento de esa responsabilidad.

A) Para algunos, es el equilibrio del contratista, roto por el *ius novandi*. Esto es cierto, pero insuficiente. Con tal fundamentación se proclama un criterio puramente descriptivo, que confunde la situación producida con su fundamento.

B) La explicación que halla el fundamento en un caso de responsabilidad legal tampoco es suficiente, porque no existe en Derecho positivo una admisión de la responsabilidad legislativa (32). El daño puede sobrevenirle al contratista por la generalidad de las normas, no de emanar la norma de una de las partes; la Administración obra legalmente en interés general, y el límite de la responsabilidad de la Administración es la responsabilidad normativa.

C) El *factum principis* es una construcción instrumental: el contrato obliga a la Administración, que no puede desligarse de él; las medidas generales, al contratista, que no puede pretender ser tratado privilegiadamente (33). La conciliación de esos intereses se produce por una legislación especial correctora del contrato. Este es su fundamento: las normas citadas que lo admiten.

4.º El acto soberano ha de proceder precisamente de la Administración contratante, no de otro ente administrativo. El verdadero *factum principis* es la mayor onerosidad de la prestación del contratista, pro-

(32) Sobre la inexistencia de responsabilidad legislativa, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956, I. E. P.

(33) Bocs, *Les conséquences juridiques des mesures législatives ou réglementaires de caractère général tendant à modifier les conditions d'exécution des contrats administratifs* («Revue du Droit Public», 1927, págs. 177 y sigs.).

vocada aunque sea por una norma emanada del ente contratante. Si es el Estado quien modifica la situación existente y ésta repercute en los contratos de los entes administrativos locales o institucionales, no hay *factum principis*, porque las normas estatales obligan a las dos partes contractuales, contratista y ente inferior, de la misma manera, y no pueden hacer otra cosa que acatarlas. La jurisprudencia ha declarado que la Administración se limita a contratar y no puede alegar órdenes superiores emanadas de ella misma o de autoridad extraña al vínculo, porque el hecho del príncipe proviene de ella, no de factores exógenos (sentencias de 20 de abril de 1936 y 4 de febrero de 1956). Pero esta jurisprudencia hay que interpretarla en función de las revisiones de precio de los contratos, que es cuestión distinta del *factum principis*, y recatemente interpretada no puede llevarse más allá de sus justos límites: un ente administrativo personificado no es el causante de la novación si se la impone el Estado, como autoridad de diferente personalidad, aunque tutelar del ente inferior.

5.º Los requisitos del *ius novandi* son:

A) El acto modificador no ha de estar previsto en el contrato; si se hubiese pactado, sería inaplicable. De haberse incluido en el Pliego de Condiciones la admisión del acto soberano, habría que estar a lo pactado. Por esta razón no puede calificarse de responsabilidad legal, pues entonces no jugarían los pactos de los contratantes.

B) Ha de ser consecuencia de un acto lícito, tomado para proteger el interés general, no para desembarazarse la Administración del contrato, sino por situaciones que debe corregir. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales dispone que la modificación ha de ser por motivos de interés público. De lo contrario, el acto sería nulo por ilícito. Sólo habría un límite: que la Administración modificase el contrato por medio de una Ley; pero aun en ese caso, la Ley podría ser inaplicable, por ir contra la Ley de Principios Fundamentales, que mantiene la legalidad de la Administración y la igualdad de los administrados ante la Ley y las cargas públicas.

C) El acto ha de producir un perjuicio especial al contratista y que éste no pueda repercutirlo en el precio del contrato; es decir, que se altere su situación financiera, puesto que en otro caso la teoría del *ius novandi* carecería de interés. A consecuencia del acto público, ha de ser necesaria la total indemnización o la corrección del contrato; por

eso las medidas generales no afectan al nivel de prestaciones, como sucede con los impuestos nuevos.

6.º La Ley de Bases de Contratos del Estado reconoce el *ius novandi*, pero lo restringe para armonizarlo con los derechos del contratista. La modificación unilateral sólo puede establecerse dentro de los límites del Ordenamiento, de la legalidad. Cuando un contrato ha sido adecuadamente estipulado, dice su Exposición de Motivos, no hay razón de posteriores modificaciones, si no es el defecto de previsión de la Administración; este es el fundamento del carácter restrictivo del *ius novandi*: el ejercicio de la potestad modificadora, basado en el interés público, ha de ser respetuoso con el vínculo contraído. En consecuencia, se puede deducir un primer límite: la Administración no puede variar discrecionalmente los contratos, sino dentro del Pliego General, y no puede llegar hasta obligar al empresario a ejecutar un contrato nuevo, que requeriría nueva licitación, ni a imponerla, una vez agotados los efectos del contrato.

7.º Las modificaciones que no repercuten en el precio debe soportarlas el contratista. El Reglamento de Contratación Local es más riguroso, porque sólo consiente modificaciones de detalle, y para las demás las tolera si no varían en una quinta parte el presupuesto inicial, en cuyo caso son indemnizables.

8.º Las modificaciones que repercutan en el precio deben soportarse según sus efectos: si las modificaciones repercuten en menos del diez por ciento del presupuesto de la contrata, deben ser realizadas por el contratista, cobrando el exceso de obra. Las modificaciones superiores al diez por ciento del presupuesto le dan derecho a optar entre efectuar las obras y cobrar su valor, o a rescindir el contrato (Pliego de 1903).

XII.—EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

1. La extinción normal del contrato administrativo es su consumación, que se produce cuando una parte y otra cumplen sus prestaciones pactadas: realización de la actividad del contratista, y pago del precio por la Administración, principalmente.

2. Según el Decreto de 12 de julio de 1962 y la Orden de 30 de octubre de 1962, modificadores del Pliego General de Condiciones de los Contratos de Obras Públicas, el adjudicatario ha de someter a la aprobación de la Administración el programa de trabajo antes del comienzo

de las obras, especificando los plazos parciales y el precio de cada uno. Jurídicamente, el contrato es indivisible; pero desde el punto de vista del interés general, de la contabilidad administrativa y de la resistencia económica del contratista, es más conveniente la realización por prestaciones y pagos parciales, principio que recoge la Ley.

1.º El contratista podrá desarrollar los trabajos con mayor celeridad de la necesaria para realizar las obras en el tiempo prefijado, pero sólo tiene derecho a percibir la anualidad corriente.

2.º En ningún caso se podrán ejecutar obras no comprendidas en el proyecto contratado, o reformadas, sin que obtenga el contratista la debida autorización. La Administración no puede recibir prestaciones cualitativa ni cuantitativamente diferentes de las estipuladas, sin poder invocar sus facultades discrecionales para apartarse de lo convenido (principio recogido en el Reglamento de Contratación de las Entidades Locales). No hay, pues, enriquecimiento indebido si la Administración no paga un exceso de obra que la Ley le prohíbe admitir.

3.º Los pagos se efectuarán al contratista por medio de libramientos a su favor, a medida que se realizan las unidades de la obra, en la época fijada, previa certificación de su realización parcial por el director de la obra. El Decreto de 12 de junio de 1955 dicta las normas sobre los pagos parciales en los plazos de ejecución.

3. Concluidas las prestaciones, tiene lugar la recepción provisional de las obras, acto administrativo en que la Administración recibe la prestación del contratista para inspeccionarla durante un plazo determinado, llamado de garantía. En el plazo de garantía la Administración verifica las pruebas de la aptitud de las obras antes de que ingresen en el dominio público, o la prestación, en su caso, en el servicio público. Si se observan defectos, se concede un plazo al contratista para que los subsane. Durante el plazo de garantía, el contratista debe mantener y conservar la obra.

4. De no existir defecto, transcurrido el plazo de garantía, la Administración declara su conformidad a lo ejecutado y se procede a la recepción definitiva de las obras, con la concurrencia de ambas partes, previa medición y valoración general de las obras, relevándose de responsabilidad al contratista, extinguiéndose el contrato y ordenándose la devolución de la fianza.

1.º A partir de la recepción definitiva, debe dictarse y es notificado el acto administrativo que procede, sobre la liquidación total de la obra. Se paga el último período que quede por liquidar y el abono de las obras

de conservación. Los gastos de replanteo, fiscalización y liquidación de las obras son a cuenta del contratista.

2.º El plazo de prescripción del importe de la obra no corre mientras no se notifique cada certificación (sentencia de 20 de diciembre de 1952).

5. La demora presenta particularidades, porque ni tiene el mismo régimen y efecto la de la Administración que la del contratista, ni la de éste se regula de forma similar al Código civil. El contratista tiene derecho a que la Administración cumpla la contraprestación convenida y a que le facilite los elementos que se haya comprometido; si la Administración incumple sus obligaciones, incurre en mora, cuando con la infracción no se produce la imposibilidad de ejecutar el contrato, sino que lo retrasa. La demora de la Administración no autoriza al contratista para suspender o reducir los trabajos en menor escala a la que proporcionalmente corresponde, y si lo hace, está sujeto a sufrir la rescisión del contrato, con pérdida de fianza.

1.º La constitución en mora de la Administración no se regula en la legislación administrativa, por lo que se ha de aplicar supletoriamente el Código civil; de no establecerse legalmente requisitos especiales, para colocar en mora a la Administración es necesaria previa interpelación.

2.º La Administración abonará el interés legal en caso de demora en el pago de las obras ejecutadas por el contratista, en el plazo de dos meses siguientes a la fecha que corresponde la certificación expedida. Este precepto del Pliego de 1903 no es ocioso, puesto que en otro caso la Administración no pagaría intereses; interpretando la Ley de Administración y Contabilidad, que no prevé el supuesto, la jurisprudencia (sentencias de 17 de octubre de 1949, 28 de octubre de 1950, 17 de enero de 1956, etc.) ha declarado que la Administración sólo paga intereses cuando lo establece la Ley, sin que pueda interpretarse por analogía el artículo correspondiente del Código civil, al ser potestativo, según el Pliego General de 1903, conceder los intereses en casos especiales, y establecer solamente el pago de intereses de demora en el retraso de los pagos parciales, no en la liquidación definitiva.

3.º La legislación anterior no hablaba de la demora en certificar la realización de la obra. Sin embargo, como para ordenar el libramiento de cobro a favor del contratista era necesario que se justificara la inversión de la parte del presupuesto correspondiente y sólo se colocaba en mora la Administración si el contratista justificaba además que había realizado las gestiones para cobrar el libramiento expedido sin haberlo

conseguido, el cumplimiento de tales obligaciones resultaba imposible, sin obtener la previa certificación de obras del técnico de la Administración. Además, al no haber plazo, la certificación debía expedirse inmediatamente de realizadas las obras. Confirma ese punto de vista el Reglamento de 12 de diciembre de 1958 (contratación de Marina), en que se expresaba que no podría el contratista exigir intereses por demora en la expedición de los libramientos, o en su cobro; luego, al expresar el principio contrario del Pliego de 1903, debe interpretarse que lo normal es la mora de la Administración que se produce por el retraso del pago simplemente, o por no certificar la obra, e incluso por no expedir el libramiento a su debido tiempo. Esta solución es la que adopta más claramente la Ley de Bases de Contratos del Estado, al ordenar que la Administración pagará el interés legal en caso de demora en la liquidación, disposición que comprende todas las causas de mora administrativa: la del pago efectivo y el retraso de los requisitos previos para efectuarlo.

6. La demora del contratista consiste en el cumplimiento posible, pero retardado, del contrato, por causas imputables al mismo. Da derecho a la Administración para optar entre la resolución del contrato, con pérdida de la fianza, o a la imposición de penalidades especiales, previamente establecidas por el Gobierno.

1.º La obra deberá comenzar a ejecutarse dentro del plazo de diez días, contados desde la fecha de confrontación del replanteo. La prórroga del plazo, cuando la causa del retraso sea imputable al contratista, sólo puede ser otorgada en la forma indicada en el Decreto de 12 de julio de 1962. Una vez comenzada, los plazos parciales de ejecución obligan en igual forma que el total de entrega del trabajo.

2.º La prestación del contratista ha de ser exigible, pues si dependiera del replanteo o de culpa de la Administración, no hay mora, que requiere la culpabilidad del retraso.

3.º Así como en Derecho civil se exige la interpelación de la mora, en los contratos administrativos la constitución en mora del contratista no requiere intimación previa de la Administración. Según la Ley de Bases, se produce automáticamente, *ex re*, por ser el contrato administrativo a plazo fijo.

4.º Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofrece cumplir su compromiso, pidiendo prórroga del plazo final, puede la Administración concedérselo, por período que sea, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidie-

re otro menor. De no concederse, el contrato se extingue sin culpa del contratista.

5.º La Administración puede utilizar otro medio, del cual hay antecedentes en el Decreto de 24 de junio de 1955, y que actualmente ha acogido la Ley de Bases: la *purgatio morae*. Cuando el contratista incumpliese su trabajo en alguno de los períodos parciales de la prestación, puede recuperarse el atraso de los períodos anteriores antes de llegar al plazo final, ya que si entonces no hay daño, se ha cumplido el contrato y purificado los efectos de la mora parcial, salvo que se hubiese pactado la entrega parcial de unidades específicas. El fundamento de esta posibilidad es que la Administración puede discrecionalmente convalidar los plazos vencidos, puesto que las sanciones contractuales no son *ex lege*, sino valoradas por la Administración, que puede no utilizarlas, cuando se produzca más perjuicio al interés público, resolviendo el contrato y procediendo a una nueva licitación, que purgando la mora (Dictámenes del Consejo de Estado de 21 de febrero de 1951, expediente 7.495, y 13 de octubre de 1956, expediente 20.057).

A) Para recuperar el tiempo perdido, la Administración adoptará las medidas que sean necesarias, que se recogerán en un nuevo programa de trabajo, formulado por el director de la obra, de acuerdo con la empresa, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que el contratista hubiere incurrido en mora.

B) Si el contratista incumpliese el nuevo programa de trabajo, la Administración podrá asumir directamente la ejecución de la obra, o encargar su realización a otro contratista, hasta alcanzar el ritmo establecido en el Pliego de Condiciones, utilizando todos los elementos afectos a la obra, pudiendo incluso subrogarse en los contratos celebrados con terceros. Los gastos serán a cuenta de las garantías establecidas en el contrato para asegurar la ejecución de la obra en los plazos convenidos.

C) Sin perjuicio de sus facultades para recuperar el tiempo atrasado, la Administración puede sancionar las faltas del contratista, utilizando los medios expresados por la Ley (multas, etc.). Si el contratista, en vez de serle rescindido el contrato, obtiene una nueva programación de trabajo, que vuelve a incumplir, puede ser inhabilitado temporal o definitivamente, total o parcialmente, absoluta o condicionadamente,

para suscribir contratos con la Administración, previa la formación de expediente que declare su culpabilidad, siendo entonces a su cuenta todos los gastos de la obra. Si la culpabilidad no existiera, el exceso de gastos será de cuenta de la Administración. El expediente, con la propuesta de sanción, será elevado a resolución del Gobierno por el titular del Ministerio a que las obras correspondan.

7. La extinción anormal del contrato se produce, bien por causas previstas en el Pliego, bien por las causas generales de extinción del contrato. Su efecto es la inejecución total del contrato, o la ejecución posible, pero diferente a la inicialmente pactada. Las causas de extinción son múltiples, pero intentando describir aquellas que se producen de forma más caracterizada, podemos dividir las en dos clases: la extinción pactada, como la novación bilateral extintiva, y el mutuo disenso y la extinción unilateral, cuando una de las partes puede invocar causas de ineficacia contractual, independientemente de que la otra pueda también hacerlo, como la resolución, la rescisión y la denuncia del contrato.

8. La novación extintiva no puede admitirse sin que se cumplan los mismos requisitos que los del otorgamiento del contrato y nueva licitación, salvo las excepciones legales (34). De otro modo serían completamente ilusorios los requisitos formales de la contratación administrativa. Únicamente hay una excepción: la novación personal de la Administración contratante, que es posible, y hasta se impone obligatoriamente, en caso de sucesión de un ente público en lugar del anterior. Pero en este supuesto la solución no proviene de las causas contractuales de novación, sino de principio de la subrogación de entes públicos y de la sucesión de sujetos administrativos.

9. La extinción del contrato administrativo por mutuo disenso, o acuerdo liberatorio, desligamiento voluntario de la obligación, sin sujetarse a ningún otro requisito que la concurrencia de voluntades del contratista y de la Administración, está admitida. Abonan esta posibilidad: la propia esencia del contrato, que nace por el consentimiento y se extingue por el acuerdo liberatorio; la aplicación subsidiaria del Derecho civil; la jurisprudencia (sentencias de 1 de mayo de 1911, 12 de diciembre de 1910, 16 de diciembre de 1941, etc.), y los dictámenes del Consejo de Estado que la han acogido, siempre que lo aconseje el interés público y no sea pretexto para encubrir una rescisión ilegal (Dictamen de

(34) Así lo expresa el Reglamento de 9 de enero de 1953 para la contratación local.

21 de marzo de 1953, expediente 11.593). El órgano administrativo competente para contratar lo es para disentir, salvo precepto en contrario.

10. La confusión surge en los casos de ineficacia unilateral. Ya la propia legislación emplea una terminología anfibiológica: en el Pliego General de Condiciones de 1903 se habla solamente de la rescisión, como derecho del contratista y de la Administración. En cambio, el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales expresa tres causas de ineficacia sobrevenida: la rescisión, la resolución y la denuncia; pero luego no regula la rescisión. La Ley de Bases de Contratos del Estado sólo nombra la resolución. Además, los casos de rescisión se califican en otras normas como de resolución o de denuncia. Así nos encontramos que con la rúbrica de rescisión, el Pliego de 1903 comprende casos muy diferentes, como:

1.º La rescisión por extinción del contrato, caso de muerte o insolvencia del contratista. Es una causa personal que produce la ineficacia del contrato, sin derecho a indemnización del contratista o sus herederos.

2.º Rescisión por no resultar conformidad entre el replanteo previo y su comprobación, que altere los precios de las unidades de obra, cuando una vez comenzada la obra se altere su presupuesto. Esta rescisión sólo produce el efecto de reintegrarse de los gastos hechos para custodia de la fianza, anuncios y formalización del contrato. Los mismos efectos se producen cuando la rescisión está motivada por no ser posible comenzar las obras dentro del plazo legal, por causas independientes de la voluntad del contratista.

3.º Rescisión por disponer la Administración el cese de las obras. El contratista tiene derecho a indemnización de la obra efectuada y al abono de los útiles y materiales empleados y destinados a las obras y a una indemnización.

4.º Rescisión por no ejecutar el contratista las obras en el plazo estipulado, con pérdida de fianza y el abono de la indemnización precedente a la Administración.

Estos mismos casos se comprenden en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, unos como de resolución (el incumplimiento del contratista); otros como de denuncia (la muerte e insolvencia del contratista, y los casos en que la rescisión no da derecho a indemnización, al no ser posible comenzar las obras). Por consiguiente, debemos distinguir claramente tales términos (35).

(35) Sobre la depuración de esta terminología, GASCÓN HERNÁNDEZ, *Rescisión y resolución de los contratos administrativos* («Revista de Estudios Políticos», núm. 8, pág. 265).

11. La resolución es la ineficacia sobrevenida a un contrato válido a causa del incumplimiento de sus obligaciones por cualquiera de las partes contratantes. Es una aplicación del artículo 1.124 del Código civil. El Reglamento de Contratación Local la define, al disponer que si el contratista incumpliere sus obligaciones, la Administración está facultada para exigir el cumplimiento o declarar su resolución, incluso después que haya optado por el cumplimiento, si éste fuera imposible. Si la Corporación incumpliere sus obligaciones, el contratista puede ejercitar la misma facultad. El funcionamiento de la resolución es, pues, doble:

1.º Si es el contratista quien incumple el contrato, se requiere un acto administrativo que lo acuerde, ya que el incumplimiento no obra automáticamente y es la Administración quien tiene derecho a declarar su ineficacia, valorando la oportunidad de hacerlo. La resolución debe declararse previa tramitación de expediente administrativo, con audiencia del interesado; si la Administración no declara la resolución, el contrato queda confirmado.

El contratista queda sujeto a resarcir los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, que fijará la Administración, más el interés legal de demora y la pérdida de la fianza. Si hubiere de celebrarse nuevo contrato en las mismas condiciones y resultare la segunda licitación menos beneficiosa para la Administración, ésta se reintegrará de la pérdida a costa del primer adjudicatario, que igualmente responderá del mayor gasto que ocasione la gestión directa (principio del Reglamento de Contratación Local).

2.º Si es la Administración quien incumpliere, el contratista habrá de solicitar de ella, el reconocimiento de su derecho y la cuantía de la indemnización. La Administración determinará lo procedente, y caso de discrepancia, resolverá la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal Supremo (sentencias de 4 de diciembre de 1905, 5 de junio de 1907, 27 de abril de 1908, 4 de febrero de 1920, 30 de noviembre de 1927, 29 de marzo de 1950, 31 de marzo de 1951, etc.) exige todos los requisitos de la indemnización contractual: hay que reclamar cantidad concreta y liquidable; probar la realidad del perjuicio, no bastando un daño futuro y eventual, por no ser indemnizable la probabilidad de un daño; la ilegalidad del acto administrativo que lo causó; la relación de causalidad del acto y el perjuicio; que no surja concurrencia de culpas de quien lo sufrió, etc. (36).

(36) Recogidos por FERNÁNDEZ DE VELASCO en su citada obra, págs. 159 y sigs.

12. La rescisión es la ineficacia sobrevenida al contrato, a causa de la lesión, que sus incidencias producen a una de las partes contratantes. Se diferencia de la resolución en que su causa no es sólo el incumplimiento de lo pactado, sino que se exige además la lesión contractual que haga desaparecer el equilibrio de las prestaciones, y además en que varían sus efectos, porque no obra retroactivamente *ex tunc*, sino que se dejan a salvo los derechos anteriores, sin afectar a terceros. Estos principios se deducen del Código civil y los ha recogido el dictamen del Consejo de Estado de 12 de mayo de 1949, expediente 4.471.

1.º Los supuestos típicos de rescisión son dos: la variación de precios al verificarse el replanteo y las modificaciones introducidas en el proyecto que alteren el presupuesto de la obra, en más o en menos, en un veinte por ciento (Ley de Bases), y la suspensión de las obras ordenada por la Administración.

La Ley de Bases distingue tres supuestos de suspensión: si es definitiva, el contratista tiene derecho al valor de las obras realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar. Si es provisional, pero superior a una quinta parte del plazo total del contrato, o excede de seis meses, el contratista tiene derecho al abono de daños y perjuicios. Si transcurriere un año sin reanudarse la obra, el contratista puede optar entre acogerse a los efectos de la suspensión definitiva, solicitará la indemnización de la temporal o el derecho a resolver el convenio.

2.º La indemnización se aprecia discrecionalmente por la Administración entre un máximo: el valor del beneficio industrial de lo ejecutado y el resto de la obra suspendida, y un mínimo: el prorrateo de los costes generales (principio que ya recoge la sentencia de 14 de noviembre de 1934, y que se halla implícito en la Ley de Bases al exigir siempre el abono del beneficio industrial). El procedimiento administrativo para declarar la rescisión es igual al de la resolución.

3.º No se dan, pues, en la rescisión sus efectos característicos, y en consecuencia, tanto la jurisprudencia como el Consejo de Estado (sentencias de 25 de octubre de 1922, 23 de enero de 1951, etc., y dictamen del Consejo de 21 de febrero de 1951, expediente 7.945), han tenido que declarar que lo que la Ley llama rescisión no es sino la ineficacia sobrevenida, pero no por lesión, como en el Código civil, sino por disolución del vínculo, y que por eso se trata de una auténtica resolución. La resolución del contrato administrativo es una figura compleja, que no sólo comprende la lesión, sino otros supuestos de incumplimiento y de ineficacia sobrevenida, y que consiguientemente la Administración sólo

puede rescindir el contrato por causas legales y no por las permitidas genéricamente en el Código civil.

13. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales establece además una última causa de extinción de los contratos: la denuncia. De ella establece dos casos:

1.º El fallecimiento del contratista. Si la Administración denuncia el contrato, los herederos del contratista sólo tendrán derecho a que se les abone, en proporción a lo convenido, el valor de la parte de la prestación efectuada y de los materiales preparados, siempre que éstos reporten algún beneficio a la Administración.

2.º Si la Administración desistiere de llevar a cabo lo que fuese objeto del contrato, considere más conveniente asumir su ejecución directa, puede denunciar el contrato, resarciendo al contratista de los daños y perjuicios causados.

Ninguna de ellas justifica esta nueva categoría, a la que, por otra parte, el Reglamento no concede particular régimen jurídico: el segundo caso es típico de rescisión por lesión del contratista, mientras que el primero es de extinción del contrato por aplicación de los principios generales, según los cuales los contratos *in tuitu personae* no se transmiten a los causahabientes del contratante, porque se tiene en cuenta la capacidad y solvencia del contratista. La Ley de Bases se hace cargo de la falta de autonomía contractual de la denuncia y de que la rescisión es una verdadera resolución, tal como actualmente la regula la legislación administrativa, y acertadamente sólo admite una causa de ineficacia sobrevenida: la resolución.

14. La invalidez se produce cuando el contrato no cumple los requisitos exigidos por la Ley. La Administración no puede anularlo de oficio, sino que ha de acudir a la lesividad, en dos casos:

1.º La infracción de las normas administrativas que regulan los elementos del contrato, cuando sean de orden público, para lo cual habrá de aplicarse supletoriamente la Ley de Procedimiento Administrativo.

2.º Infracción de las normas civiles supletorias que regulan los aspectos del contrato, a los que remite la Ley administrativa, si con ellas se perjudica el interés público.

3.º La consecuencia de la nulidad es la desaparición de los efectos del contrato y la restitución de las cosas debidas recíprocamente, con efecto para las partes y para terceros, desde la fecha en que se produjo la causa de invalidez. La anulación sin más no da derecho al contratista

a indemnización, porque hay que distinguir: si conocía la infracción, no puede alegar buena fe, y se aplica supletoriamente el principio general de la nulidad de actos administrativos, contenido en la Ley de 17 de julio de 1958, que no la concede por esa causa. En cambio, si la desconoce y obra de buena fe, tiene derecho a indemnización, porque la Administración ha dado lugar a la responsabilidad administrativa.

También hay que aclarar que la nulidad de los actos administrativos separables del contrato puede declararla la Administración; es decir, que antes de perfeccionarse el contrato sólo hay una fase precontractual, en la cual la Administración obra unilateralmente y puede hacer uso de la facultad de anular los actos administrativos.

XIII.—EFECTOS CARACTERÍSTICOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

1. Subjetivamente, el contrato administrativo difiere muy poco en sus efectos del contrato civil. Sólo afecta a las partes, y en cierto sentido, a los causahabientes del contratista particular. El contrato como tal no afecta a terceros. Si en determinados contratos, como en las concesiones de servicios públicos, el concesionario obtiene prerrogativas sobre los terceros usuarios, no nacen en virtud del contrato, sino de la Ley, que se los confiere para que puedan imponer la observancia del interés público, que no ha desaparecido por la concesión.

1.º El contratista viene obligado a ejecutar personalmente el contrato, por ser de los personalísimos. Si el contrato se ejecuta por un tercero, bajo dependencia del contratista, éste responde de su trabajo, sin que el tercero tenga derechos frente a la Administración.

2.º Es admisible la cesión de los derechos del adjudicatario a otra persona, si no estuviere prohibida por las normas que regulan el contrato o por el Pliego. El Reglamento de Contratación Local exige para este supuesto que el nuevo adjudicatario reúna las condiciones y preste las garantías del cedente.

3.º Pero la Ley de Bases y el Reglamento de Contratación Local permiten la cesión del contrato y el subcontrato, por ser figuras que habían nacido en la práctica, que era necesario admitir para garantizar el interés público y ser favorables a la flexibilidad del mercado. Para evitar la subrogación de empresarios contraria al interés público, se exige la previa autorización administrativa. El Reglamento de 9 de enero de 1953 exige que se haya realizado parte del contrato, no inferior al diez por

ciento del presupuesto, y que nuevo contratista preste las garantías del cedente y reúna condiciones del anterior, que valora la Corporación.

2. Los terceros no están afectados por el contrato. Si en la fase precontractual no hay terceros, porque todos los licitadores están legitimados por un interés directo en que se cumplan las formalidades preparatorias y en igualdad de condiciones legales; una vez estipulado el contrato, los que no sean el adjudicatario, o adjudicatarios, en su caso, quedan desligados de la relación y no pueden inmiscuirse en ella, atacando directamente los actos administrativos que desarrollen la vida contractual. Sin embargo, indirectamente los terceros pueden ser alcanzados por los efectos del contrato administrativo de dos maneras:

1.ª Como destinatarios de cláusulas a su favor, tales como las referentes a salarios mínimos y al cumplimiento de la legislación del trabajo, que el contratista se obliga a obedecer, o como afectados por la acción directa de los acreedores del contratista; o como sujetos de la fiscalización administrativa sobre el contrato, ya que la Administración, en una de sus prerrogativas, puede despedir al personal al servicio del contratista que haya dado motivo por atacar al interés público del contrato.

2.ª Los terceros pueden denunciar a la Administración el incumplimiento de las obligaciones contractuales, infringidas por el contratista. La Administración está obligada a tramitar la denuncia, o bien la rechazará por silencio administrativo; pero su actitud es fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa, porque de no hallarse motivo de interés público en la tolerancia por la Administración de la anómala actitud del contratista, habría una causa de desviación de poder, al no existir razones de buen servicio que justifiquen esa pasividad, con la que se favorece la arbitrariedad y se aleja los buenos contratistas de futuras licitaciones. Podrá argüirse que el denunciante tiene un dudoso interés legítimo en el exacto cumplimiento de los contratos administrativos; pero en contra milita la razón poderosa que hoy ofrece la Ley reguladora de la Jurisdicción administrativa de 27 de diciembre de 1956. La jurisdicción contenciosa no es estrictamente dispositiva, sino que puede fiscalizar los defectos de los actos de la Administración regulados por el Derecho público, cuando de oficio plantea la tesis de la desviación de poder. Además, el interés legitimador es cuestión de hecho que debe interpretarse extensivamente, y lo tienen, verbigracia, los licitadores eliminados (37).

(37) Si el contratista no cumple sus obligaciones, los terceros pueden denunciar el hecho ante la Administración contratante, que necesariamente ha de adoptar dos actitudes:

3.ª El contrato administrativo es una prestación pactada entre un contratista, a cambio de la contraprestación administrativa; en ese punto, su estructura, su esquema, es igual al del contrato civil. Pero por su carácter institucional, la Administración responde ante el público de la idoneidad de la prestación pactada al interés general. Si se contrata una obra pública defectuosa, las consecuencias pueden afectar a la responsabilidad administrativa. Por eso, la Ley concede medios a la Administración para que dirija y vigile la actividad del contratista. Algunos de estos medios son legales, pero otros se pactan en el Pliego de Condiciones junto a las condiciones económicas y técnicas del contrato. Por consiguiente, los efectos característicos del contrato son para el contratista tres, que gradualmentè, según su intensidad y alejamiento de la idea de contrato, para acercarse a la de institución, son: cumplimiento de las cláusulas normales; sumisión a las cláusulas exorbitantes del contrato, y sujeción del contratista a los privilegios legales de la Administración.

1.º En todo Pliego de contrato administrativo hay unas cláusulas estipuladas, de igual naturaleza que las que se pactan en un contrato civil: las que definen el objeto del contrato, delimitando su calidad y cantidad, forma de realizarlo, plazos de ejecución, medios auxiliares que la Administración pueda aportar y fijación del precio y forma de pago.

comprobar los hechos y obrar en consecuencia, o, por el contrario, desestimar la denuncia. Si la rechaza por razones de oportunidad, o si no contesta y operá el silencio administrativo, no discute la legitimación de los denunciantes, o la rechaza por falta de legitimación. En todos los supuestos, la cuestión de fondo va unida a la de legitimación, porque ni se puede admitir la acción pública más que en los casos previstos por la Ley, ni dejar de tramitar el procedimiento probatorio de la denuncia si hay interés legítimo. La legitimación de los denunciantes no versa sobre el contrato, al cual son ajenos, sino en su interés de obtener de la Administración un acto de estimación o desestimación de su pretensión; en poder o no atacar la decisión de la Administración, rehusando obligar al contratista a que cumpla el contrato. No hemos hallado sentencias del Tribunal Supremo concretamente sobre el particular, aunque sí las hay y positivas en problema análogo: la legitimación de los usuarios del servicio y dominio público, respecto de los actos del concesionario. La sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 25 de enero de 1964, sustenta la tesis del texto: denunciado por los licitadores eliminados en un contrato que el adjudicatario había ejecutado la prestación prescindiendo del pliego, se da lugar al recurso por desviación de poder, al no alegar la Corporación local ninguna razón de interés público que justificara su actitud, por estar legitimados los licitadores en defensa de su interés profesional para obtener la igualdad de trato de la Administración. Otro caso en que la legitimación sería clara lo presenta aquel en que el contrato se financie con cargo a subvenciones del Estado, e incluso de particulares afectadas a una obra local, en que los sujetos que las conceden tienen interés en que la conducta del contratista no burle sus previsiones y encarezca el contrato. Los supuestos pueden ser numerosos; lo que queremos destacar es que se trata de cuestión de hecho y debe ser interpretada en cada caso con tendencia extensiva, como lo requiere la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Cada contrato debe cumplirse con arreglo a estas cláusulas, que, por ser de contenido variable, no es posible tipificar: la única regla general es que el contratista tiene derecho a ejecutar el contrato y a que la Administración no la dificulte, cumpliendo sus contraprestaciones.

2.º Las cláusulas exorbitantes son estipulaciones que la Administración puede pactar con el contratista, pero cuya finalidad es la defensa del interés público del objeto contratado. No se sobreentienden, y por eso han de pactarse; consiguientemente, el contratista puede discutir su existencia, pero cuando se ha demostrado, está obligado a soportarlas. El Pliego de Condiciones es único, pero junto a las cláusulas normales puede contener las exorbitantes. Lo demuestra el artículo 62 de la Ley de Administración y Contabilidad, al establecer que deberán pactarse los casos de falta de cumplimiento de los contratistas, determinando la acción de la Administración sobre las garantías y los medios de compelerle a cumplir sus obligaciones. Luego la Administración, dentro de los límites de la legalidad, puede establecer cláusulas que serían inválidas o, por lo menos, infrecuentes en un contrato civil.

3.º Si la Administración no expresa cuáles son sus facultades por medio de las cláusulas exorbitantes, rige el Pliego General de 1903, que es supletorio de todo lo que no se haya establecido en las condiciones facultativas o las particulares de cada contrato. El Pliego de 1903 es una norma, y las prerrogativas que contiene ya no son cláusulas exorbitantes, sino privilegios legales de la Administración, pero de naturaleza especial, porque son privilegios contractuales, mejor dicho, que actúan sobre los contratos de la Administración. Aunque se silenciaren en el Pliego del contrato, existirían; no necesitan pactarse en el Pliego de Condiciones, porque son atribuciones establecidas por la Ley; el contratista no puede discutir su existencia, sino que debe soportar su ejercicio legal, y lo único que puede atacar es el mal uso de la potestad. Muchas veces se establecen en el Pliego las Condiciones de la Orden de 13 de marzo de 1903, pero es una superabundancia que no puede confundirnos sobre su naturaleza. La Orden de 13 de marzo de 1903 establece los privilegios legales de la Administración en sus contratos públicos.

4.º Por último, la sujeción a los privilegios generales de la Administración es evidente (procesales, ejecutoriedad, acción de oficio, etc.), pues los privilegios orgánicos de la Administración subsisten siempre que actúa, unilateral o contractualmente.

XIV.—EL PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA.

1. En el contrato administrativo hay un fondo institucional, como destaca la Ley de Bases: el equilibrio económico del contratista. Uno de los principios fundamentales de la contratación administrativa es que el contratista tiene derecho, no sólo a su contraprestación económica, sino a no sufrir desequilibrio económico durante las incidencias del contrato. El principio nos conduce a una de las características del contrato: la del riesgo y ventura (38).

2. En Derecho civil, la tesis del riesgo y ventura significa que el deudor debe soportar las consecuencias de un perjuicio económico sobrevenido al contrato, independientemente de ambas partes, y por ventura, la posibilidad de aprovecharse de un beneficio en las mismas condiciones: significa la aleatoriedad del contrato. Aun siendo una consecuencia inevitable de la inalterabilidad contractual, se ha visto moderada por las teorías de la cláusula *rebus sic stantibus* y la teoría del riesgo imprevisible, que procuran restablecer el equilibrio de las prestaciones, evitando su excesiva onerosidad para el deudor, cuando por hechos independientes del contrato se alteran las circunstancias económicas en las que se contrató.

1.º El mismo sentido tiene en el contrato administrativo; el contratista responde de la aportación de cuantos medios sean necesarios para cumplir el contrato, independientemente de las contingencias económicas posteriores a su estipulación. Igualmente se plantea el problema de las consecuencias de hechos sobrevenidos al contrato, no provocados por los contratantes, que no impiden totalmente el cumplimiento, pero convierten la prestación del contratista en excesivamente onerosa.

2.º Las posturas posibles son dos:

A) Mantener el dogma de la llamada irrevocabilidad del precio. El contratista debe ser auxiliado para que mantenga el equilibrio del contrato y las prestaciones iniciales sean proporcionales a las sucesivas, nacidas de la variación de la situación económica. Este principio se justifica

(38) Sobre el principio: HAURIOU, *La teoría del riesgo imprevisible...*, ya citada; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Riesgo, ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo* (número 2 de esta REVISTA, pág. 83); TELLO, *La teoría de la imprevisión en los contratos de servicios públicos*, Buenos Aires, 1943; FILIPPI, *La guerra ed i contratti avente rapporto con lavoro e servizi pubblici* («Rivista di Diritto Pubblico», 1917, vol. II, pág. 1); VARANESE, *La revisione dei prezzi*, Milán, Giuffrè, 1947.

por razones de justicia (la igualdad ante las cargas públicas) y de oportunidad (la atracción de buenos contratistas), e impone que la agravación se reparta entre los dos contratantes. De no adoptar esta solución, se dice que hay un injusto sacrificio de intereses del contratista, no legitimado porque la otra parte sea la Administración.

B) Mantener el dogma de la inalterabilidad del contrato. La diferencia de los contratos administrativos y de los civiles supone que el Estado impone a los contratistas mayores sacrificios que los particulares al contratar entre sí. Si en el Derecho privado la teoría de la imprevisión se acepta con suma cautela, la continuidad del servicio público la hace inaceptable. Sólo si un evento determinado se considera agravatorio, se puede corregir el equilibrio de prestaciones y nunca para imponer la resolución, sino el auxilio al contratista. Ante el dilema de suspender los contratos, o bien de obligar a los contratistas a sufrir condiciones de excesiva onerosidad, debe decidirse siempre por la continuidad del contrato, o de lo contrario, se paralizaría la Administración. El principio es, pues, la inalterabilidad del contrato y la excepción, la corrección.

3.º Todavía hay un hecho que complica la cuestión: la agravación de las condiciones puede ser independiente de las partes, sobrevenida por el juego de las fuerzas económicas (verbigracia, la devaluación monetaria, consecuencia de una inflación), y puede ser dictada unilateralmente por la Administración contratante, por motivos de interés general, en virtud del *ius novandi* o *factum principis*. El verdadero *factum principis* es más amplio que la agravación de condiciones, porque consiste en la modificación unilateral del contrato, que puede o no repercutir en el precio; no obstante, como puede ser una de las causas más frecuentes de onerosidad de la prestación, el problema consiste en precisar si la Ley abarca tanto el *ius novandi* como el riesgo imprevisible en un mismo ordenamiento corrector (verbigracia, el de la revisión de precios). Independientemente de cuál pueda ser la solución de cada Derecho positivo, destaca en ambos casos que el contratista soporta en los dos el aumento de onerosidad, aunque el fundamento de la corrección del contrato pueda ser distinto: la imprevisión o la prerrogativa de la Administración.

3. La inclinación de las legislaciones por una de las dos posturas lógicas: el riesgo y ventura, que pone a cargo del contratista la excesiva onerosidad de la prestación, o la moderación de sus consecuencias, manteniendo el equilibrio de las prestaciones, junto con la distinción o uni-

ficación del supuesto de que la causa de la onerosidad sea extraña a las partes, comprenda también el *factum principis*, o sólo se refiera a éste, obliga a centrarnos en la evolución histórica de la legislación española, sin que las soluciones del Derecho comparado sean más que datos, sin fuerza suficiente indicativa.

1.º Cuando la alteración de las circunstancias económicas no era frecuente, sino un hecho aislado y se desconocía la importancia del ciclo económico, se dictaron disposiciones que admitían la rescisión del contrato administrativo, motivada por el alza de precios de los jornales y del material: Real Orden de 24 de enero de 1862. Se comprendía la elevación de precios, sin distinguir su causa.

2.º El Pliego General de Condiciones de 1903 rechazó absolutamente el principio, estableciendo la inalterabilidad de lo pactado, prohibiendo al contratista reclamar bajo ningún pretexto aumento de los precios fijados en el cuadro correspondiente del presupuesto. El contrato se celebra a riesgo y ventura del contratista, que no tiene derecho a indemnización, sino en los casos considerados como de fuerza mayor por el Pliego. La estabilización de la economía española en aquella época no permitía otra solución lógica.

3.º El aumento de precios provocado por la Guerra Europea de 1914 obligó a dictar una legislación provisional (Reales Decretos de 31 de marzo de 1917, 27 de julio y 28 de agosto de 1918), que permitía la revisión de precios, o la rescisión por parte del contratista. La causa que se contemplaba fundamentalmente era extraña a la Administración: la situación mundial y su repercusión en la economía nacional; es decir, un supuesto de riesgo imprevisible.

4. Sin embargo, las circunstancias posteriores a 1939, sobre todo con motivo de la Segunda Guerra Mundial, provocaron otra legislación especial: la de revisión de precios, que fué mucho más compleja y tenía otro fundamento, porque se dictaba cuando el Estado intervenía en la Economía.

En una Economía intervenida, los precios no se forman por el libre juego de la oferta y la demanda, sino que están regulados por el Estado: son precios oficiales; no puede haber aumento de precios que el Estado no haya autorizado para fijar el nivel de los mismos. Por eso el fundamento de la nueva legislación no era la imprevisión, sino la legislación intervencionista: el *factum principis*. La Ley de 17 de abril de 1945, desarrollada minuciosamente por la Orden de 3 de octubre de 1945 y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales

de 9 de enero de 1953, concedían la revisión de precios de los contratos administrativos. Sus principios fundamentales eran:

1.º El fundamento de la revisión en la Ley de 1945 es doble: los perjuicios causados al contratista por disposiciones administrativas desconocidas, es decir, no existentes, cuando tuvo lugar el contrato, y para otros contratos, especialmente los anteriores al 18 de julio de 1936, la pérdida de la posibilidad de cumplirse, a consecuencia de las circunstancias, por lo que sería de equidad rescindirlos, pero sin pérdida de la fianza del contratista. Esta doble vertiente ha sido captada por la jurisprudencia, que funda la legislación revisora de precios en la cláusula *rebus sic stantibus* y en el riesgo imprevisible (sentencias de 5 de mayo y 4 de julio de 1951), y por la propia jurisprudencia (sentencia de 4 de febrero de 1956), y el Consejo de Estado (dictamen de 13 de noviembre de 1948, expediente 3.725), al explicarla, no sólo por la imprevisión, sino por el *factum principis*, que supone atenuar el daño producido al contratista por medio de actos de imperio. Ambas corrientes conducen al mismo resultado: al restablecimiento del equilibrio financiero del contratista (sentencia de 29 de mayo de 1951) y a la interpretación restrictiva de una legislación que es opuesta al principio general del riesgo y ventura del Pliego General, y que, por tanto, no puede admitirse por razones de equidad, a menos que lo autorice un precepto expreso (Dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1948, expediente 3.717).

2.º El procedimiento de la revisión es a instancia de parte, pero a pesar de ser un derecho del contratista, el Tribunal Supremo (sentencias de 17 de noviembre de 1961, 13 de junio de 1962, 19 de febrero de 1963) ha procurado su efectividad, restringiendo en lo posible la renuncia a la revisión, que ha de ser inequívoca, y no permitiéndola anticipadamente, por ser un derecho que se concede después del contrato, ya que de lo contrario supondría una renuncia a la Ley.

3.º El perjuicio ha de ser superior al diez por ciento del presupuesto del contrato y consecuencia directa de la disposición administrativa, no indemnizándose los efectos indirectos, como el aumento de la circulación fiduciaria (Dictamen del Consejo de Estado de 3 de noviembre de 1948, expediente 3.725).

4.º Sólo tendrá lugar si el contratista no incurriere en mora, imputable con relación a los plazos señalados en el Pliego. La jurisprudencia, para moderar esa exigencia, interpretó que la mora en los contratos administrativos ha de exigirse por la Administración, al no haber regla administrativa concreta (se refería antes de la Ley de Bases de Con-

tratos del Estado), salvo que la Ley o naturaleza del contrato la hagan automática, porque si la Administración recibió la prestación y abonó el precio, no puede alegar mora para la revisión de precios (sentencias de 13 y 20 de diciembre de 1962 y 7 de marzo de 1963).

5.º El plazo para instar la revisión de precios debía durar como máximo hasta la liquidación del contrato, en que hay pago a satisfacción de las partes (Dictamen del Consejo de Estado de 8 de octubre de 1959, expediente 25.544); pero como precisamente al efectuar el pago puede discutirse su cuantía, y no se satisface en su totalidad si no se aplica el coeficiente de revisión, el principio sentado hay que entenderlo en el sentido que si el contratista no se conforma, el plazo para reclamar la revisión es de cinco años, aplicando la Ley de Administración y Contabilidad (sentencia de 20 de abril de 1958). Así, pues, el plazo inicial se computa al producirse el perjuicio; al afectar los medios a la obra, no al adquirirlos (Dictamen del Consejo de Estado de 3 de noviembre de 1948, expediente 3.725), y dura cinco años.

6.º Los Decretos de 13 de enero y 25 de febrero de 1955 suspenden, respectivamente, la Ley de 17 de abril de 1945 y el artículo 57 del Reglamento de 9 de enero de 1953; pero el Decreto-Ley de 18 de enero de 1957 alzó por una sola vez la suspensión. Haciendo uso de la facultad que concedía el Decreto de 13 de enero de 1955 para acordar la compensación que procediera conceder a los constructores que hubiesen contratado con la Administración, sin la garantía de la Ley de 17 de abril de 1945, si en lo futuro se producía alteración de precios, justifica que la Administración compense los mayores gastos originados por ella a sus adjudicatarios, en la medida impuesta por la equidad, y sin que en modo alguno se establezca un régimen continuo de revisión de precios, ya que la compensación se concede por una sola vez. Estas palabras de la Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 18 de enero de 1957 nos indican que la evolución legislativa marchaba hacia una economía estabilizada, donde la revisión sería más difícil.

5. Efectivamente, el Decreto-Ley de 10 de octubre de 1963 permite incluir en los Pliegos de Condiciones la cláusula de revisión de precios, derogando toda la legislación anterior respecto de los contratos del Estado y organismos autónomos. El alcance de la revisión se establece bajo los siguientes principios:

1.º La inclusión de la cláusula en el Pliego de Condiciones se acordará por la Administración, en resolución motivada, antes del anuncio de licitación.

2.º La cláusula de revisión se establecerá expresamente para cada contrato, mediante fórmulas tipo elaboradas por la Administración para cada clase de obra, que permanecerá invariable para cada contrato, una vez aprobadas y publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*.

3.º Los contratantes tendrán que haber cumplido las prestaciones para aprovecharse de la cláusula. Las prórrogas del contrato por causas no imputables al contratista no le privan del derecho de revisión.

4.º La revisión es gradual por períodos, para que se produzca escalonadamente, desde la estipulación del contrato, a tenor de las variaciones del índice oficial de precios. El pago a la parte beneficiada se hace por certificaciones parciales, o al final del contrato.

Después de esta disposición ha variado el régimen de la revisión de precios: hoy es una cláusula de estabilización; si antes era un beneficio legal, actualmente es un pacto, pura aplicación del mismo contrato civil sobre la imprevisión; cubre no sólo el *factum principis*, sino mayores riesgos; el desnivel del contrato respecto a los índices oficiales de precios, y nada impide que pueda alcanzar el riesgo de la devaluación monetaria. El riesgo que se cubre es independiente de su causa: sea la devolución monetaria, la imprevisión o el *ius novandi*. Lo que se pretende es conseguir el equilibrio de todo negocio remuneratorio, la ecuación financiera: si son a y b las prestaciones iniciales del contrato y a' y b' las sucesivas a la modificación por las circunstancias, la ecuación es la proporcionalidad de ambas, de modo que $a/b = a'/b'$. Al ser una cláusula de estabilización, beneficia igualmente a la Administración y al contratista. De la misma naturaleza de cláusula de estabilización se deduce que si anteriormente el principio general era la inalterabilidad contractual y sólo en casos legales se podía modificar el contrato, por ser excepcional la revisión (sentencia de 6 de junio de 1959), con mayor motivo lo es ahora, pues para la revisión ha de entrar en juego una cláusula, que no opera si el contrato se celebra a riesgo y ventura, porque al disponer el contratista de la posibilidad de estipular la cláusula y aceptar las condiciones del Pliego en que no se le ofrezca, se somete al riesgo del contrato.

6. La Ley de Bases de Contratos del Estado conserva el principio tradicional de la ejecución a riesgo y ventura del contratista, lo que constituye, como la propia Ley dice, la parte más típica del compromiso del empresario particular. El principio general del contrato es que se celebra a riesgo y ventura del contratista, que en el momento de la licitación debe formular sus cálculos, sin poder abandonar el contrato

al surgir riesgos imprevisibles que impongan mayor onerosidad a la prestación. En los contratos administrativos, el principio del riesgo y ventura asegura la prestación, quedando a cargo del contratista la mayor onerosidad. La Ley se remite a la legislación sobre revisión de precios ya citada. En resumen: se ha consagrado el principio de la ecuación económica en el contrato, con todas las salvedades a que es acreedor el interés público. La imprevisión y el *factum principis* se pueden cubrir, pero voluntariamente, mediante cláusulas de estabilización. En otro caso, el principio general es el de riesgo y ventura.

XV.—LA FUERZA MAYOR EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

1. En el Código civil, la fuerza mayor plantea algunas dificultades: el artículo 1.105 define como causas de exclusión de la obligación contractual, es decir, como casos de extinción del contrato, sin culpa del deudor, los casos imprevisos y los previsibles, pero inevitables. La disyuntiva del artículo hace vacilar a la doctrina sobre si hay una sola causa de exoneración: el caso fortuito, o, por el contrario, debe añadirse la fuerza mayor. Si no hay duda que el caso fortuito se comprende en la característica de la imprevisibilidad, se duda que con el carácter de irresistibilidad se defina la fuerza mayor, o que ésta no sea más bien uno de los casos fortuitos llamados extraordinarios en el artículo 1.575 del Código civil. No podemos entrar en esa polémica (39). Lo cierto es que, por un lado, las definiciones negativas no bastan: el caso fortuito, definido como carencia de culpa, es insuficiente: el propio Código gradúa clases de casos fortuitos, ateniendo a su mayor o menor previsibilidad (art. 1.575), y en otros artículos (1.784, 1.905) distingue los efectos de la fuerza mayor, de la que no se responde nunca, aunque a veces sí que haya de responderse del caso fortuito. De estos preceptos se desprende una caracterización de la fuerza mayor, como el acaecimiento de hechos extraños al deudor, a la empresa del deudor, que de nada serviría prever, porque aun en ese caso, si sobrevienen sus efectos, no podrían detenerse por él. Hay elementos suficientes para declarar la existencia de la fuerza mayor con entidad positiva, y así lo hace la juris-

(39) El tema es hoy muy discutido por los modernos civilistas. Puede verse: PÉREZ Y ALGUER, *Notas al «Derecho civil» de Enneccerus*, tomo I, vol. II, págs. 461 y sigs., Barcelona, 1933, Editorial Bosch; DÍAZ PAIRÓ, *Introducción al Derecho de las obligaciones*, tomo I, págs. 126 y sigs., 2.ª edición, La Habana, 1945-1948; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, págs. 133 y sigs., 7.ª edición, Madrid, 1951, Editorial Reus; PUIG PEÑA, *Caso fortuito* («Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», tomo III, pág. 756).

prudencia (sentencias de 2 de febrero de 1926, 19 de diciembre de 1930, 2 de enero de 1945).

2. En el contrato administrativo la fuerza mayor tiene mayor autonomía y función distinta del contrato civil. Es preciso tener en cuenta estas diferencias y analogías, porque de lo contrario una perniciosa asimilación nos conduce a conclusiones inútiles, como la polémica, a veces reflejada en sentencias y dictámenes del Consejo de Estado, sobre el mayor o menor alcance de la fuerza mayor en los contratos administrativos respecto de los civiles.

1.º El Pliego de Condiciones de 1903 no se refiere al caso fortuito, sino que describe supuestos concretos de fuerza mayor, en los que se comprenden fenómenos naturales irresistibles (electricidad atmosférica, terremotos y movimientos de tierra), y fenómenos humanos violentos, como los daños producidos a mano armada en momentos de desorden público. Estos hechos son todos ellos extraños a la empresa contratista, ajenos a su previsibilidad, lo que nos indica que se ha adoptado el concepto positivo de la fuerza mayor.

En algunos Pliegos de Condiciones Generales se define el caso de fuerza mayor por cláusula general. La Ley y el Reglamento de Ferrocarriles (23 de noviembre de 1877 y 24 de mayo de 1878) la definen como el acontecimiento extraordinario, cuyos efectos son del todo punto irresistibles. Se acepta, pues, el mismo concepto del Código civil.

2.º Pero, en cambio, sus efectos varían sustancialmente. Si en el Código civil la fuerza mayor es una causa de exoneración de la obligación del deudor, que puede producir la extinción del contrato, en cambio, en el contrato administrativo la fuerza mayor produce efectos favorables al contratista: el contrato no se extingue cuando sobreviene un supuesto de fuerza mayor, sino que el vínculo subsiste y las consecuencias desfavorables recaen sobre la Administración contratante, que en ciertos casos debe indemnizar al contratista, o prorrogarle el contrato. En este aspecto es claro que la fuerza mayor dulcifica el contrato administrativo en relación con el civil.

3.º Los trámites para reclamar la indemnización se regulan por la Real Orden de 17 de julio de 1868, declarada vigente por el Pliego de 1903. Se exige un expediente comprobatorio y valorativo de los daños, basándose en el principio de que el suceso debe comprobarse, no bastando la prueba testifical, que se inclinaría por el interés visible: el del contratista afectado por el suceso, sino sobre hechos de pública notoriedad.

3. Sin embargo, en otro sentido, la fuerza mayor tiene un alcance más limitado y riguroso que en el Código civil. En éste su definición es general, mientras que en el Pliego de Condiciones de 1903 es tasada y concretada a supuestos determinantes de fuerza mayor. Ello es natural, porque como da lugar a indemnización, no puede admitirse su aparición por causas amplias, ni por equidad, principio constantemente reconocido por la jurisprudencia (sentencias de 16 de noviembre de 1909, 27 de diciembre de 1949, 29 de noviembre de 1960, etc.), y por el Consejo de Estado (Dictamen de 12 de noviembre de 1947, expedientes 3.052 y 3.342). Esta tendencia ha sido corregida por la Ley de Bases de Contratos del Estado, que expresa el principio contrario: se establecerán los casos de fuerza mayor que constituyan una excepción al principio de riesgo y ventura, incluyendo la oportuna previsión para que el Gobierno, por razones de analogía, pueda reconocer hechos distintos a los que se enumeran. La fuerza mayor se admite como concepto general, no como regla tasada, igual que en el Código civil.

4. La fuerza mayor, como causa de indemnización del contratista, queda aclarada; pero surge inmediatamente otra cuestión, muy poco estudiada (40), y que por esta razón sólo podemos centrar brevemente. Los sucesos de fuerza mayor no descritos en el Pliego hasta que se articule la Ley de Bases de Contratos y el caso fortuito, que produzcan la imposibilidad de cumplimiento de la prestación del contratista, no dan derecho a indemnización; esto es indiscutible. Pero se pregunta si, en cambio, exoneran de responsabilidad al contratista afectado por tales eventos, como sucede en el contrato civil. FERNÁNDEZ DE VELASCO cita casos de sentencias antiguas que ya se planteaban el dilema, y lo resolvían de modo diferente: las sentencias de 20 de diciembre de 1866 y 5 de junio de 1870 declaraban que el contratista se obliga a responder del caso fortuito, como consecuencia del principio del riesgo y ventura. En cambio, las de 7 de mayo de 1878 y 4 de noviembre de 1892 declararon que la fuerza mayor, o caso imprevisto, no se presta cuando expresamente no se estipula.

1.º Hay un dato que complica la cuestión: el contratista es un profesional, y como tal debe prever riesgos normales de su empresa. Por

(40) Escasa es la bibliografía sobre este particular. Puede consultarse: GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio del riesgo y ventura...*, ya citado; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Contratos administrativos*; ALBI, *Contratos administrativos* («Nueva Enciclopedia Jurídica Seix»). La tesis suele resentirse de la asimilación de la fuerza mayor al caso fortuito, como ocurre en muchas apreciaciones por influencia civilista.

eso se le exige mayor diligencia que al contratista civil (sentencia de 20 de diciembre de 1905). De ahí la constante tendencia de la jurisprudencia exigiendo que el caso fortuito haya de ser verdaderamente extraordinario, y que debe desecharse cualquier motivo que no guarde relación con los supuestos de fuerza mayor, o con los del caso fortuito extraordinario del artículo 1.575 del Código civil (sentencia de 18 de octubre de 1956). El caso fortuito extraordinario se admite, como vemos. Igual que en el Código civil se considera al arrendatario rústico un profesional, al que se le impone la obligación de sufrir la pérdida de la cosecha por caso fortuito ordinario, y sólo tiene derecho a obtener rebaja de renta en los casos fortuitos extraordinarios o desacostumbrados, que los contratantes no hayan podido racionalmente prever (art. 1.575 del Código civil), principio corregido por la legislación, para compensarle también por los casos fortuitos ordinarios no asegurables; el contratista debe conocer cuáles son los riesgos normales en una contrata, porque es parte del principio del riesgo y ventura.

2.º Pero queda en pie la duda sobre el caso fortuito ordinario. La solución debe provenir tanto de los principios generales de los contratos administrativos, como del Derecho civil supletorio.

A) Si en punto a la fuerza mayor indemnizatoria se admite un criterio amplio en la Ley de Bases de Contratos del Estado, no puede rechazarse en los supuestos en que nada debe pagarse por la Administración, por ser más favorable a la regla del contratista colaborador, que es otro de los principios fundamentales del contrato.

B) Si la legislación de revisión de precios admite la corrección del contrato, y aun su rescisión sin pérdida de fianza, por el juego de la excesiva onerosidad de la prestación, y si la demora del contratista no culpable es hoy subsanable, es porque se distingue entre incumplimiento culpable y aquel que se debe, no a fuerza mayor, que ya está contemplada en regulación especial, sino al caso fortuito, que es la ausencia de culpa.

C) Si la jurisprudencia admite el caso fortuito extraordinario y éste no es sino un grado del caso fortuito, como concepto, sólo una especie del caso fortuito en general, nada impide aceptarlo enteramente. Si, por el contrario, se quiere asimilar el caso fortuito a la fuerza mayor, al ser la fuerza admitida sin discusión en el contrato, aún es más clara la solución positiva.

D) Por último, queda la razón de Derecho supletorio: la legislación administrativa sólo contempla el supuesto de fuerza mayor, pero deja en laguna el caso fortuito; debemos acudir supletoriamente al Código civil, que lo admite.

E) La exigencia de una diligencia al contratista superior a la normal encaja perfectamente en el sistema del Código civil, que permite graduar la culpa en relación con cada contrato, que debe quedar a la apreciación de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, por aplicación del artículo 1.103 del Código civil. Al ser el caso fortuito el límite de la culpabilidad, la previsibilidad del evento debe ser apreciada por el Tribunal.

