

## LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO (\*)

*El avance de la ciencia del Derecho exige periódicamente concretar en normas positivas las orientaciones requeridas por la situación sociológica imperante (De la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de Contratos).*

*Para reformar la Administración están empeñados en todas partes en hacer nuevas Leyes. En lugar de ello, haría falta, no el proyecto de nuevas disposiciones y mucho menos la creación de nuevos organismos, es decir, simples formas, sino averiguar, y por una vez, cuáles son los verdaderos fundamentos de la Administración (Otto NASS, Reforma administrativa y ciencia de la Administración).*

*Naturalmente, cuantas más Leyes se hacen, peor se hacen (CARNELUTI, Derecho consuetudinario y Derecho legal, en «Revista de Occidente», núm. 10, enero 1964).*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—I. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA ANTERIOR: A) Fuentes de los contratos del Estado. Pluralismo normativo. 1. *Normas administrativas con rango de Ley:* a) Capítulo 5.º de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, reformado por Ley de 22 de diciembre de 1952. b) Ley de 20 de diciembre de 1940 y 22 de diciembre de 1960, sobre fianzas. c) La legislación sobre revisión de precios en las obras públicas. d) La regulación de los contratos por la Ley de Entidades estatales autónomas. e) Regulación por la Ley del Patrimonio del Estado. f) Contratos sobre personal previstos en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. g) Fuentes normativas de las concesiones. 2. *Normas administrativas de contratación sin valor de Ley formal: Reglamentos administrativos de contratación y pliegos generales de condiciones.* 3. *La aplicación general y no supletoria de las normas de contratación del Derecho privado a los contratos de la Administración.* B) Clases de contratos: 1. *Contratos civiles y administrativos.* 2. *Contratos del Estado y contratos de los entes locales.* C) Otros problemas y cuestiones suscitados en torno a los contratos de la Administración: 1. *Dualidad jurisdiccional:* a) Competencia jurisdiccional doble sobre los contratos que no tienen por finalidad obras o servicios públicos. b) La esterilidad de la técnica de los actos separables. c) Alteraciones del régimen de los contratos de la Administración originados por las peculiaridades del proceso contencioso-administrativo. 2. *La tendencia patrimonialista:* a) La pretendida exoneración de la Administración de las reglas y las consecuencias del incumplimiento por demora.

---

(\*) Este trabajo constituye una parte de un libro en preparación sobre el mismo tema.

b) La tendencia patrimonialista en los contratos de arrendamiento de inmuebles. 3. *Problemas en torno a la selección de contratistas y adjudicación de los contratos*: a) La publicidad de los contratos de la Administración. b) La remisión de las ofertas a través de los servicios de Correos. c) Plazo para que la Administración decida sobre la adjudicación definitiva.—II. LA JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE BASES: A) La justificación de la reforma por alteración de los fines del Estado. B) Justificación de la reforma por la insuficiencia del anterior sistema de contratación. C) Justificación de la reforma en el deseo de consagrar legislativamente la tesis del contrato administrativo.—III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA NUEVA ORDENACIÓN: A) Clases de contratos de la Administración. B) Inexistencia de un sistema general de selección de contratistas aplicable a todos los contratos del Estado. C) Aumento y proliferación de las fuentes de Derecho administrativo en la contratación del Estado: 1. *Normas con rango de Ley*. 2. *Reglamentos de contratación*. 3. *Pliegos de condiciones generales*. 4. *Pliegos de condiciones particulares*. D) Aplicación supletoria y aplicación principal del Derecho privado. E) Predominio competencial del Ministerio de Hacienda. F) Restricciones al principio de libertad de concurrencia: clasificación y admisión previa de contratistas: 1. *Incapacidades especiales para ser contratista*. 2. *El requisito de clasificación previa*. 3. *Los efectos de la incapacidad del contratista sobre la validez del contrato*. G) Mayor discrecionalidad de la Administración en la elección del procedimiento de selección de contratistas: La crisis de la subasta: 1. *Clases de procedimientos de selección de contratistas y discrecionalidad total de la Administración para optar entre unos y otros en la moderna legislación francesa y belga*. 2. *Las soluciones de la Ley española*: a) Procedimientos de selección de contratistas específicos para cada tipo de contratos. b) Crisis y pérdida del automatismo en el procedimiento de la subasta y eliminación del procedimiento de subasta en el contrato de suministros. c) La admisión del sistema del concurso-subasta en el contrato de obras. d) La nueva regulación del concurso. El concurso abierto y el concurso restringido. e) Contratación directa y contratación urgente. f) Ejecución de obras por la propia Administración. H) Expediente de contratación y adjudicación del contrato: 1. *Actuaciones administrativas preparatorias del contrato*. 2. *El procedimiento de adjudicación*: a) Anuncio de la contratación. b) Presentación de proposiciones. c) La adjudicación provisional y la adjudicación definitiva. d) Los órganos que intervienen en la preparación y adjudicación de los contratos. e) La formalización del contrato. El requisito de la forma notarial. I) Las garantías de la contratación: fianzas provisionales, fianzas definitivas y retención de certificaciones de obras.—IV. LA REGULACIÓN SUSTANCIAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS.

## INTRODUCCIÓN.

Por Decreto de 8 de abril de 1965 ha sido aprobado el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, que desarrolla la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963. Este ya largo proceso de normación de los contratos del Estado no ha finalizado, pues la Disposición adicional primera prevé todavía un desarrollo del texto articulado a través de disposiciones reglamentarias que podrán ser refundidas en un Reglamento general.

La nueva ordenación no ha pretendido, ni mucho menos, poner al día o corregir deficiencias del anterior sistema, sino que supone la suplantación y sustitución de éste por otro de nuevo cuño. Quizá este afán excesivamente innovador sea el aspecto sobre el que puedan formularse críticas más justificadas, ya que no es tarea fácil prescindir absolutamente de una veterana legislación, en algún aspecto ya inadecuado, pero que ha servido con probada eficiencia durante muchos años a la Administración del Estado, y en

torno a la cual hay todo un clima de hábitos, de costumbres, de referencias múltiples, de conocimiento incluso de sus deficiencias que sirve muy notablemente a dar estabilidad y seguridad a las relaciones que a su amparo se crean.

Afirmada, pues, esta ambición innovadora de la nueva Ley, parece oportuno, antes de entrar en su comentario, exponer sintéticamente las características generales de la ordenación derogada y los principales problemas y cuestiones suscitadas. Esto servirá a la vez que de merecido *requiem* a la legislación fenecida, de punto de contraste y referencia para valorar la nueva ordenación.

## I

### CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA ANTERIOR.

No resulta, ciertamente, fácil encontrar una única perspectiva desde la que pueda exponerse cumplidamente todos los aspectos, y ni siquiera los principales, de un sistema de contratación. Este intento estaría muy condicionado por la circunstancia de que las variadas normas sobre contratación administrativa han ido apareciendo en forma ocasional y fraccionada sin responder a una política legislativa uniforme y centralizada y, también, por el hecho de que la mayor parte de los estudios doctrinales en torno a la contratación administrativa, que no han sido pocos, se han visto casi siempre frenados y oscurecidos por la obsesión dogmática, a lo que desgraciadamente no se han sustraído los redactores de la nueva Ley, de precisar la naturaleza de los contratos de la Administración. Esta ya larga polémica doctrinal sobre si los contratos para obras y servicios públicos son civiles o administrativos, y los esfuerzos para encontrar diferencias entre unos y otros ha sido; a mi juicio, una de las discusiones más estériles y perniciosas en el Derecho administrativo español; al menos, es la causa de que otros aspectos de la contratación de mayor trascendencia real, muchos de los cuales la nueva Ley aborda por vez primera, hayan sido absolutamente descuidados.

Expondremos, pues, sintéticamente los caracteres del sistema anterior desde perspectivas convencionales, cuya diversidad nos permitirá recoger, si no todos, al menos los principales problemas que la contratación administrativa tenía planteados.

#### A) *Fuentes de los contratos del Estado. Pluralismo normativo.*

El primer dato de obligado recordatorio es que los contratos del Estado se han regulado por una serie de normas de diversa naturaleza y también de distinto rango, cuyo alcance es menester concretar, como cuestión formal de estricto Derecho positivo, y por ello previa a cualquiera otra.

Dentro de este pluralismo normativo distinguiremos entre normas de Derecho privado y normas de Derecho administrativo, y dentro de estas últimas las que tienen rango de Ley formal y las de rango inferior a Ley.

### 1. Normas administrativas con rango de Ley.

Por normas administrativas con rango de Ley se han regulado diversos aspectos de los contratos del Estado. La atribución de este rango para algunas de ellas ha venido forzada, a mi juicio, por la inclusión en el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 de la regulación de las formas de contratación que hasta entonces se contenían en una disposición reglamentaria, el Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852. Esta regulación por Ley ha provocado en parte la atribución de este rango a la regulación de las fianzas y de la revisión de precios, y desde luego el rango de la nueva ordenación.

De momento interesa aquí reseñar el alcance y contenido de estas Leyes administrativas sobre contratos.

#### a) *Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, reformado por Ley de 22 de diciembre de 1952.*

Fundamentalmente, este capítulo V era uná regulación de los sistemas de selección de contratistas, la subasta, el concurso y el concierto directo, conteniendo también normas sobre capacidad de contratistas, controles administrativos, y privilegio, según una técnica paccionada de decisión de oficio.

Importa mucho subrayar que el capítulo V se aplicaba con carácter general a toda clase de contratos, y estos procedimientos de selección de contratistas estaban diseñados no pensando en una categoría especial de contratos, según su naturaleza jurídica, la jurisdicción competente, etc., sino que se comprendía indiscriminadamente a todos los contratos del Estado. Como veremos, la nueva Ley, lejos de ser una Ley General de Contratos, es fundamentalmente una regulación de tres tipos: el de obra, el de suministro y el de gestión de servicios, con procedimientos especiales de selección de contratistas para cada uno de ellos, faltando, por consiguiente, a partir de ahora, una regulación general y unitaria como la contenida en el capítulo V derogado.

También interesa dejar constancia de que este capítulo V no conténia una regulación de fondo ni general ni singular de los contratos del Estado, punto éste sobre el que volveremos al tratar de la aplicación a éstos del Derecho privado.

#### b) *Ley de 20 de diciembre de 1940 y de 22 de diciembre de 1960, sobre fianzas.*

Al margen de la regulación del capítulo V se había desarrollado una legislación relativa a las fianzas y garantías de la contratación que se realiza con norma con rango de Ley por la de 20 de diciembre de 1940. Dictada específicamente para los contratos de obras y servicios del Ministerio de Obras Públicas, se venía aplicando con carácter general por otros ramos como norma general reguladora de las garantías contractuales. La Ley de 22 de diciembre de 1960 viene a sustituir a aquélla solamente para todos los contratos de obras del Estado, con lo que había que enten-

derse que la de 1940 continuaba rigiendo para los restantes contratos (disposición final 1.<sup>a</sup> de la Ley de 1960). La novedad de la última regulación, incorporada con ligeros variantes, como veremos, a la nueva Ley de contratos, consistía en aumentar a un 4 por 100 del presupuesto la cuantía de las fianzas, la posibilidad de decretar una fianza complementaria, la prestación de ésta por persona distinta del contratista, pero sin beneficio de excusión, la admisión del aval bancario, la extensión de los supuestos a que está afecta la garantía y, por último, la obligación de reponerla o completarla en los casos en que sobre ella se hubiese ejecutado penalidades o indemnizaciones que redujeran su inicial cuantía.

c) *La legislación sobre revisión de precios en las obras públicas.*

La rigidez del principio *pacta sunt servanda* y consiguiente inalterabilidad de la cuantía de las respectivas prestaciones, y en especial del precio debido a los contratistas de obras públicas, habían venido aplicándose, mal que bien, en una larga etapa en que la estabilidad monetaria y la inflación mantenida dentro de unos márgenes de aumento moderado lo había permitido. Traspasados éstos, el mantenimiento de los precios originalmente pactados situaba a los contratistas en la disyuntiva de abandonar las obras con pérdida de las garantías, o de llevarlas a su término final, lo que les originaría un quebranto económico todavía mayor. La elección no era dudosa, y así, con quebranto incluso del patrimonio de los contratistas, el Estado habría de llevar la peor parte soportando un abandono casi general de las obras emprendidas. La legislación especial de revisión de precios que se inicia con la Ley de 17 de julio de 1945 y que suspenden los Decretos de 13 de enero y 25 de febrero de 1955, suspensión alzada por una sola vez por el Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, no tenía, pues, otro alcance que afrontar situaciones concretas, sin que implicase la admisión con carácter general para todos los contratos, y ni siquiera para las de obras, de la teoría del equilibrio financiero, según ha sido concebida por el Consejo de Estado y la doctrina francesa (1).

El Decreto-Ley de 10 de octubre de 1963 introduce un nuevo sistema de revisión de precios, permitiendo la inclusión en los Pliegos de condiciones de una cláusula de revisión, que se fija expresamente para cada contrato mediante fórmulas tipo elaboradas por la Administración para cada clase de obras. Los beneficios de la revisión se condicionan a que los contratistas hayan cumplido las prestaciones en los planos previstos, salvo que estos retrasos no sean imputables a ellos. La revisión es gradual o por períodos, según las variaciones del índice oficial de precios, realizándose el pago por certificaciones parciales o al final del contrato. Se trata, pues, de una simple aplicación del principio de libertad de contratación y el mismo sistema podría pactarse por simples particulares en un contrato de obras.

(1) Por vez primera se enuncia esta doctrina en el asunto *c. Française des Tramways*, de 11 de marzo de 1910, a propósito precisamente de una concesión de servicios, y sobre las conclusiones del Comisario de Gobierno L. Blum (LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956, II. pág. 33).

d) *La regulación de los contratos por la Ley de Entidades Estatales Autónomas.*

La Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, en su capítulo IV, no regula un sistema peculiar de contratación de éstas, remitiéndose a la de Administración y Contabilidad.

No se resistió, sin embargo, a la tentación de introducir algunos ligeros retoques, cuya justificación respecto al régimen general viene dada por la peculiar actividad de algunos de éstos organismos: así se extiende el concierto directo a la adquisición de bienes muebles o inmuebles que habiendo de quedar incorporados en su patrimonio, se juzguen los únicos aptos para la finalidad a que se destinen, o bien que constituyendo el objeto directo de sus actividades recaigan sobre cosas que no hayan de quedar incorporadas a su patrimonio inmovilizado; asimismo se autoriza la ejecución directa de las obras y servicios cuando se disponga de la totalidad de los elementos personales y materiales para ello. Por otra parte, se admite como modalidades de la fianza la otorgada por la agrupación profesional o mutualidades de seguros y la realizada mediante aval bancario.

e) *Regulación de contratos en la Ley de Patrimonio del Estado.*

La nueva regulación del Patrimonio del Estado, que desarrollando la Ley de Bases de 24 de diciembre de 1962, se contiene en el Decreto número 1.022 de 15 de abril de 1964, formula a su vez numerosos preceptos relativos a la contratación. Casi todos los preceptos dedicados a esta materia se refieren al sistema de selección del contratista y a reforzar la competencia del Ministerio de Hacienda en su celebración, sin que se altere, como es lógico, las reglas de fondo de estos contratos rigurosamente sometidos por la índole de su objeto al Derecho privado. En particular se regulan los supuestos de contrato sobre explotación de bienes patrimoniales (arts. 33, 34 y 35), de adquisición a título oneroso de edificios o terrenos para la construcción de éstos (arts. 54, 55, 56), enajenación de bienes inmuebles (arts. 61 a 70), permuta de estos mismos bienes (arts. 71 a 73), donación o cesión gratuita (arts. 74 a 79), arrendamiento de inmuebles en favor del Estado (arts. 86 a 91), adquisición de bienes muebles para el desenvolvimiento de los servicios públicos o para el ornato y decoración de las dependencias oficiales que no tengan la calificación legal de suministros, enajenación de muebles, adquisición de propiedades incorporales y, por último, adquisición o enajenación de títulos representativos del capital.

Se excluyen de la Ley los contratos sobre bienes muebles e inmuebles que celebra, dentro de las atribuciones conferidas por la Ley de 30 de julio de 1959, la Junta Central de Acuartelamiento, y las ventas de material inútil a cargo del mismo Ministerio del Ejército.

f) *Contratos sobre personal previstos en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.*

En los artículos 6 y 7 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964, se contemplan y regulan dos supuestos de contratos: uno, de arrendamiento de

servicios, ya suponga una colaboración temporal en las tareas de la respectiva dependencia administrativa, ya la realización de trabajos específicos y concretos, como estudios, proyectos, dictámenes y otras prestaciones; y otro, el contrato de trabajo.

El texto articulado, y aunque nada dice al respecto la Ley de Bases, ha querido zanjar las posibles dudas sobre el espinoso y clásico problema jurisdiccional, declarando la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el primer supuesto, y de la jurisdicción laboral sobre el segundo.

g) *Fuentes normativas de las concesiones.*

Si nos referimos a las concesiones administrativas de servicio público es porque han sido reiteradamente concebidas y estudiadas dentro de la rúbrica general de los contratos administrativos, siguiendo también los criterios franceses, sin más fundamento, a mi juicio, que la circunstancia de que algunos contratos y todas las concesiones entran en la jurisdicción administrativa (2). Desde la perspectiva formal del rango de las fuentes

---

(2) Es sintomático a este respecto que la doctrina francesa estudie las concesiones administrativas a propósito de los contratos. En Italia, por el contrario, al estudiar los contratos de la Administración se excluyen explícitamente las concesiones a las que sólo de una manera muy general y abstracta se las considera como contratos de Derecho público, marcando bien la diferencia con los contratos de la Administración pública propiamente tales (en este sentido, CAMMEO, Cesare, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954, pág. 33); ROEHRSEN DI CAMMERATA (*I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1961) no dedica la más mínima atención a las concesiones. Y es que éstas constituyen rigurosamente una actividad administrativa de Derecho público y los contratos de la Administración una actividad administrativa de Derecho privado, o bien una actividad privada de la Administración, según la clasificación formulada por AMORTH (*Observazioni sui limiti alla attività amministrativa di diritto privato*, Cedam, Padova, 1960), perspectiva ésta en la que lo decisivo es la naturaleza de las normas que rigen el fondo de la relación jurídica derivada del negocio concesional. La doctrina francesa ha insistido, por el contrario, mucho más, al menos en el siglo XIX, sobre el dato de la concurrencia de las voluntades en la concesión. Posteriormente, la toma de consciencia por DUCUIT, HAURIOU y JÈZE de los aspectos reglamentarios de la concesión ha llevado a la formulación de la tesis mixta de la doble naturaleza reglamentaria y contractual de la concesión, que, por cierto, tampoco ha dejado satisfecha a la doctrina francesa (vid. LAUBADÈRE, op. cit., I, pág. 372). La influencia de las tesis francesas sobre la concesión en la doctrina y Derecho belga puede verse en el libro de ORIANNE (*La loi et le contrat dans les concessions de service publique*, Bruselas, 1961). Interesa, por último, señalar que en el Derecho francés la naturaleza contractual de la concesión se afirma tanto de las concesiones de dominio como de las de servicio (LAUBADÈRE, op. cit., I, págs. 47 y 51). Los redactores de la nueva Ley española no han querido quedarse cortos y no sólo denominan, sino que regulan el contrato de concesión. A nuestro juicio, sin embargo, las concesiones no son contratos por las razones que se contienen en el texto y por la elemental de que las concesiones no pueden ser nunca celebradas por simples particulares y sí un contrato de obras o de suministros. La concesión es precisamente eso y sólo eso, es decir, concesión, lo que ya quiere decir bastante. Ponerle delante el calificativo de contrato quizá no sea un disparate, aunque sí es, a mi juicio, un añadido innecesario en que incurre la nueva Ley; por la misma razón podría haberle antepuesto el calificativo de negocio jurídico y denominar a las concesiones de servicios «negocios jurídicos contractuales de gestión de servicios públicos».

normativas en que nos hemos situado existía y existe, sin embargo, una profunda diferencia: las concesiones de servicios como las de dominio tenían y tienen generalmente normas con rango de Ley que específicamente regulan no sólo el contenido de la relación concesional, sino también el procedimiento de selección de los concesionarios. Esto es seguramente cierto para las concesiones de ferrocarriles, tranvías, trolebuses, teléfono, gas, minas, hidrocarburos, etc., regidas por Leyes o disposiciones especiales.

Estábamos y estamos, pues, en presencia de Leyes administrativas con regulaciones completas en su materia y, por consiguiente, los negocios concesionales no necesitaban de la regulación del capítulo V, ni siquiera de la prevención expresa del apartado a) del artículo 3 de la Ley jurisdiccional para que los litigios en ellas originados tuviesen entrada en la jurisdicción administrativa; entran y entran con todos los honores, como relaciones regidas en su totalidad por el Derecho administrativo y al amparo del artículo 1.º de la Ley jurisdiccional (3).

2. *Normas administrativas de contratación sin valor de Ley formal: Reglamentos administrativos de contratación y Pliegos generales de condiciones.*

Otro tipo de fuentes normativas sin rango de Ley formal se aplicaban y aplican a los contratos del Estado. Son éstos los Reglamentos ministeriales de contratación y los pliegos generales de condiciones.

Respecto de los primeros, interesa poner de relieve que su alcance era el muy limitado de desarrollar el Real Decreto de 1852, de Bravo Murillo, Reglamento general para toda la Administración del Estado, y el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad, que le sustituyó en 1911, adaptando esta regulación general a las peculiaridades organizatorias de cada departamento ministerial. Tratándose, pues, de reglamentos ejecutivos no podían ni debían entender su regulación más allá de los límites y materias que delimitaban y eran contenido de aquella regulación general. En concreto, importa poner de relieve que en estos Reglamentos ministeriales no se podía incluir una regulación de fondo general de los contratos, ni una regulación singular de algunos tipos de éstos que no existían en el capítulo V. Por otra parte, la imposibilidad de esa regulación de fondo por vía reglamentaria a nivel ministerial resultaba de ser la regulación de fondo una materia rigurosamente reservada a Ley formal, como las solemnes regulaciones del Código civil y mercantil y algunas Leyes especiales patentizan (arrendamientos rústicos y urbanos, contratos de trabajo, etc.); sostener lo contrario hubiese podido llevar o podría llevar al caos de una regulación contractual distinta por cada Ministerio, que cada Ministerio tuviese su propio y distinto Código de obligaciones y contratos, y que un contrato

(3) A nuestro juicio, pues, la competencia de la jurisdicción administrativa sobre las concesiones viene impuesta por la cláusula general del artículo 1 de la Ley de 28 de diciembre de 1952, en cuya virtud aquélla conoce de «los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo»; no es necesario darles, pues, entrada por el apartado a) del artículo 3: «Las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración pública cuando tuviesen por finalidad obras y servicios públicos».



de obras, o de transporte o de suministros pudiera regirse por normas de fondo distintas según se celebrare o se celebre por uno u otro Ministerio, todos ellos simples órganos de una sola y única persona jurídica: el Estado. No era, ni es, pues, posible aceptar la existencia de una potestad reglamentaria en la regulación de fondo de la materia contractual, aunque en este vicio hayan incurrido tanto el Reglamento de contratación del Ministerio de Marina de 12 de diciembre de 1958, como, y más escandalosamente, el Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 (4).

Si no es posible aceptar la existencia de una potestad reglamentaria en materia contractual, tampoco es posible otorgar este carácter de normas jurídicas a las *peculiaridades de fondo* contenidas en los pliegos generales de condiciones y que desde el pasado siglo venían aprobándose para los contratos del Estado. Como su mismo nombre expresa, estos pliegos no contienen normas jurídicas, sino condiciones o cláusulas tipo, cuya obligatoriedad no es una obligatoriedad *ex lege*, sino *ex contractu*, y precisamente al amparo del principio de libertad de contratación que proclama el artículo 1.255 del Código civil (5).

(4) El Reglamento de Contratación de Marina tiene en realidad tres tipos de preceptos: unos, que pueden considerarse como desarrollo del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad; otros, que son reiteración de los preceptos del Código civil (*ad exemplum*, arts. 3, 100 y 121); y por último, un numerosísimo conjunto de preceptos contenidos en el capítulo V (arts. 100 a 120) y en el capítulo VI (arts. 121 a 132), en los que se regula en forma específica el cumplimiento de los contratos y su nulidad, resolución y rescisión, es decir, materias que constituyen el contenido propio de la regulación contractual en el Código civil. A nuestro juicio, las normas que reiteran las de este Código son perfectamente inútiles y los redactores del Reglamento podrían haberse ahorrado la molestia de su transcripción; en cuanto a los últimos, no puede entenderse que derogan lo establecido en este Código y en el de comercio, y por ello, sólo considerándoles como preceptos propios de un Pliego de condiciones, y por una sumisión expresa en el contrato a ellos, podrá atribuírseles carácter vinculante.

Algo similar puede decirse del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales que, a todas luces, parece ha sido el modelo que los redactores del Reglamento de Marina han tenido presente. Lo dicho para el anterior vale, pues, exactamente para éste.

(5) Para salvar las dificultades que se derivan de la atribución de naturaleza reglamentaria a los pliegos generales de condiciones, BOQUERA (*La selección de contratistas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pág. 40) ha recurrido al quiebro de distinguir entre normas imperativas y permisivas, afirmando que los pliegos generales son normas permisivas y no obligatorias. Negamos esta distinción y su consecuencia: a nuestro juicio, esto equivale a plantear el problema fuera y al margen de la perspectiva contractual. Desde ésta, sólo son normas jurídicas las que rigen la relación contractual ante el silencio de las partes y sin necesidad de su alusión o consignación expresa, lo que no ocurre con los pliegos, si han de incluirse en el contrato o cuando es preciso someterse expresamente a ellos por una cláusula expresa, como se dice en la condición 4.ª del Pliego General de Condiciones para la contratación de las Obras públicas de 13 de marzo de 1903. Al contrario, además, de lo que afirma BOQUERA, los pliegos son imperativos para los funcionarios, como decimos en el texto. No podemos por último, compartir el concepto tan amplio de disposición general del citado autor y que lleva incluso a sostener la naturaleza reglamentaria (op. cit., pág. 44) del pliego de condiciones particulares de la subasta, concurso o concurso-subasta, de acuerdo con su generoso concepto de disposición general que consiste en el «mandato impersonal que tiene por destinatario a un grupo o

Se trata, pues, desde el punto de vista de la fuente del Derecho administrativo, de simples circulares internas, sólo vinculantes para los funcionarios encargados de celebrar los oportunos contratos, obligados por el principio de jerarquía a incluirles en el clausulado de éstos: sólo así se explica la obligatoriedad de esta inclusión en los respectivos contratos, la posibilidad de su derogación singular por los pliegos de condiciones particulares, amén de la dificultad ya denunciada de admitir una potestad reglamentaria en la regulación de fondo de los contratos.

Por otra parte, esta interpretación cumple la finalidad, nada desdeñable, a mi juicio, de respetar al máximo el equilibrio y la igualdad de las partes, más fácil de imponer partiendo de esta naturaleza contractual, e interpretando, por consiguiente, el clausulado de los pliegos con las normas de interpretación de los contratos. Así es posible cargar en la cuenta del que los impone, en este caso la Administración, las consecuencias de su oscuridad o insuficiencia (6). En el Derecho comparado, por último, luce casi plebiscitariamente la tesis de la naturaleza contractual de los pliegos, como venimos sosteniendo (7).

categoría de personas», concepto éste que al prescindir del criterio ordinal hace imposible y turba la distinción entre actos generales y reglamentos, incluyendo dentro de éstos simples actos administrativos generales, como la orden de un alcalde ordenando al vecindario que retire la nieve de las calles en un determinado día y momento, o la de un coronel mandando a su regimiento dar media vuelta a la derecha, lo que, incluso, sería dudoso poder considerar como acto administrativo general. Nos remitimos aquí al trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, en esta REVISTA, núm. 29, pág. 164.

Es obligado precisar, por último, que en los pliegos generales de condiciones es frecuente, y así ocurre en el Pliego de 1903, que al lado de las cláusulas que han de regir el fondo de los contratos, se incluyen reglas sobre el procedimiento de selección de contratistas. La afirmación de la naturaleza contractual y no reglamentaria la afirmamos, como es obvio, sólo para los primeros.

(6) Artículos 1.281 a 1.289, y en particular el 1.288.

(7) En Italia, la mayor parte de la doctrina sostiene la tesis de la naturaleza contractual; así, G. TREVES, *Observazioni sui capitolati generali per i contratti delle pubbliche amministrazioni*, en «Archivio di Diritto Pubblico», 1938, págs. 91 y ss., y SILVESTRI, *L'attività interna della Amministrazione*, Milano, 1950, pág. 245 y ss., citados por GARCÍA DE ENTERRÍA (*Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en esta REVISTA, núm. 10 pág. 249); más recientemente: ROEHRSEN, op. cit., pág. 83; CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960, págs. 170 y ss. Según estos últimos autores, mientras la jurisprudencia judicial es contradictoria, la del Consejo de Estado es unánime en afirmar la naturaleza contractual de los pliegos.

En Bélgica, el Consejo de Estado, en su dictamen de 29 de marzo de 1954, ha precisado que son de naturaleza contractual las disposiciones contenidas dentro de los pliegos, «concernant le prix, le cautionnement, le objet de l'entreprise, les conditions de travail, les pénalités, les modalités de réception et les paiements, les réclamations, les mesures de office». Citado, y admitiendo esta primera posición, por HAINUT y JOLIET, *Les contrats de travaux et de fournitures de l'Administration dans le marché commun*, Bruselas, 1962, I, pág. 30.

En Francia, LAUBADÈRE (op. cit., I, pág. 354) no puede ser más explícito al afirmar que antes de la conclusión del contrato las C. C. G. «constituent des simples modèles de stipulations contractuelles», y su única fuerza jurídica consiste en obligar a los funcionarios para que las incluyan en el contrato; después de la conclusión del contrato, su naturaleza

3. *La aplicación principal y no supletoria de las normas de contratación del Derecho privado a los contratos de la Administración.*

Si, pues, como da esta rápida enumeración de las fuentes legales de la contratación administrativa se deduce, no existía ni podía legalmente concebirse una regulación del fondo de los contratos, salvo que se hubiera dictado por normas con rango de Ley, que ciertamente no se promulgaron, es elemental y obvia la consecuencia de que el Derecho privado (Código civil, Código de comercio, Leyes especiales) se habían de aplicar principal y no supletoriamente, a pesar de la contraria afirmación del artículo 65 del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad derogado, a cuya defectuosa redacción, a mi juicio, es obligado culpar en buena parte de las dificultades y problemas originados en torno a la contratación administrativa (8).

Creemos oportuno puntualizar aquí de nuevo que nos referimos a los contratos que celebra la Administración, y que igualmente pueden ser celebrados por particulares, como es el caso del contrato de obras, suministros y, en general, todos los que regula el Derecho privado.

Por ello no sería válido el posible argumento contrario de que existen regulaciones de fondo para algunos de los llamados contratos administrati-

---

jurídica «*c'est exactement la même que celle des clauses particulières du contrat*». Esta tesis la comparten, dice este autor, la doctrina y la jurisprudencia. Las consecuencias que deduce de esta tesis no pueden ser más contundentes sobre dicha naturaleza contractual: 1) Las cláusulas del *cahiers des clauses et conditions generales* (C. C. G.) sólo se aplican a un contrato si expresamente se declara en él la sujeción a éstas; 2) Un sector de la Administración puede incluir válidamente en un contrato o remitirse a un C. C. G. aprobado para otro ramo de la Administración distinto, así como incluir o referirse a un C. C. G. redactado para un contrato diferente del que se está celebrando; 3) Si un contrato se ha remitido a las disposiciones de un C. C. G. determinado, aunque éste se derogue o modifique, esta derogación o modificación no se aplica al contrato ya celebrado.

(8) El artículo 65 establecía, en efecto, que «las disposiciones y normas del Derecho común serán aplicables como Derecho supletorio para resolver las cuestiones a que pueda dar lugar la interpretación y cumplimiento de los contratos administrativos que no puedan ser decididos por aplicación directa de los preceptos del presente capítulo y de las disposiciones complementarias de la contratación administrativa». El Derecho común, entendiendo por tal los preceptos sobre contratación contenidos en el Código civil, Código de comercio y algunas Leyes especiales, no podía ser supletorio de las normas del capítulo V, porque el contenido de aquéllos y de éste son distintos: reglas de fondo de las relaciones jurídicas contractuales los primeros, y reglas sobre controles administrativos y procedimiento de selección de contratistas (subasta, concurso, concurso-subasta y concierto directo) el segundo. Quizás sólo hay coincidencia de contenido en la regulación de capacidad para ser contratista, aunque las reglas del capítulo V habían de ser consideradas más que como reglas sobre capacidad como simple prohibiciones. Por otra parte, la idea de la inexistencia de una regulación de fondo para los contratos de la Administración ya había sido expuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA (*Dos regulaciones orgánicas*, op. cit., pág. 248), si bien, a nuestro juicio, no había por qué lamentarse de esa carencia; lo que sí lamentamos ahora es que, abiertamente en contra del ejemplo del Derecho comparado, la nueva Ley haya entrado a regular el contenido del contrato de obras, de gestión de servicios y de suministros.

vos, como es el caso de las concesiones y el de la deuda pública, pues estos tipos de negocios jurídicos, se les llame o no contratos, ni pueden ser celebrados por simples particulares, ni por ellos fué pensada la regulación del Decreto de 1852, ni la del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad; las concesiones y el contrato de deuda pública (9) tienen regulaciones completas sobre formas de adjudicación y reglas de fondo, ya en normas con rango de Ley, ya en otras disposiciones administrativas de rango inferior, lo que es también perfectamente válido, dado que por regular negocios jurídicos de imposible celebración por particulares, no son Derecho privado ni constituyen, por ende, materia reservada a Ley (10).

## B) *Clases de contratos.*

Pocos temas han sido más debatidos en el Derecho administrativo que el de las clases de contratos de la Administración. Como este problema afecta tanto a los contratos del Estado como a los de los entes locales, se impone una referencia también a esta dualidad.

### 1. *Contratos civiles y contratos administrativos.*

Si en el siglo pasado las cuestiones suscitadas por los contratos celebrados por la Administración para atender a sus necesidades de obras y servicios públicos no se hubieran declarado de la competencia de la jurisdicción administrativa (11), y si posteriormente a esta inclusión la jurisprudencia y la doctrina administrativa no se hubieran empeñado en incluir en un mismo saco conceptual cosas tan dispares como un contrato de Derecho privado y una concesión —como lo es, sin duda, un contrato de suministrar alpargatas al Ejército y una concesión ferroviaria—, ni en el Derecho francés ni en el español se hubiera hablado nunca de contratos administrativos, ni se hubiera hecho ese ingente esfuerzo de encontrar unos principios y reglas comunes a negocios jurídicos sustancialmente tan heterogéneos. De no haberse dado estas circunstancias, las cosas hubieran ido por distinto camino; por el mismo que han discurrido en otros países muy cercanos también jurídicamente al nuestro, como Alemania, Italia o Bélgica; en los que se distinguen entre contratos de Derecho privado, es decir, aquellos que pueden

(9) Precisamente en otro capítulo, el II, de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911.

(10) Precisamente reservada al conocimiento del Pleno de las Cortes, según se previene en el artículo 10 de la Ley de 17 de julio de 1942: «Las Cortes conocerán, en pleno, de los actos o leyes que tengan por objeto alguna de las materias siguientes: ... i) Las bases del Derecho Civil Mercantil, Social, Penal y Procesal». En este sentido, GARRIDO FALLA, *Tratado*, cit., I, págs. 225 y 241. En contra de la consideración de estas materias como materias reservadas, MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *La doctrina de las materias reservadas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en esta REVISTA, núm. 39, pág. 297. En todo caso, la materia de contratación es materia regulada por Ley y no cabe regulaciones contrarias o distintas por normas de rango inferior.

(11) Vid. mi trabajo *Los orígenes del contrato administrativo del Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963, en cuya primera y segunda parte se estudian las bases constitucionales y jurisdiccionales del reparto de competencias entre la jurisdicción administrativa y civil en Francia y su decisiva influencia en nuestra patria.

celebrar igualmente los particulares, como las obras, suministros, transportes, etc., y que son de la competencia de la jurisdicción ordinaria, y concesiones, que sólo pueden ser celebradas por la Administración (12).

En nuestra patria, la aparición de la nueva Ley de Contratos ha sorprendido todavía a la doctrina, polemizando sobre la vieja cuestión (13), que dista mucho de estar satisfactoriamente resuelta, y que es de esperar complique aún más la confusa e inútil redacción de los artículos 18 y 19 de la Ley articulada, como más adelante exponaremos.

## 2. *Contratos del Estado y contratos de los entes locales.*

Con muy buen criterio, a nuestro juicio, el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 pretendió un sistema de legislación de contratación, en lo posible, uniforme para el Estado y la Administración Local, declarando en su artículo 14 que el Gobierno aplicaría «las disposiciones del Decreto a los servicios y obras provinciales y municipales».

Pero si los Reglamentos de contratación de los entes locales, aprobados por Reales Decretos de 4 de enero de 1883, 24 de enero de 1905 y 2 de junio de 1924, siguieron las líneas maestras del sistema vigente para el Estado, sorprendentemente el Reglamento actualmente en vigor de 9 de enero de 1953 pretendió diseñar un sistema innovador en la regulación de los contratos de los entes locales, incluyendo al lado de la regulación de los sistemas de selección de contratistas otros preceptos de fondo, si bien buena parte de ellos son perfectamente inútiles, por ser reproducción literal de los contenidos en el Código civil. GARCÍA DE ENTERRÍA (14) denunció entonces los inconvenientes de esa disparidad inexplicable en las regulaciones estatal y local, y que la nueva Ley de Contratos del Estado viene ahora a hacer todavía más profundo y no precisamente en puntos accesorios u organizativos, sino en los puntos cardinales del sistema.

### C) *Otros problemas y cuestiones suscitados en torno a los contratos de la Administración.*

Agrupamos aquí una serie de cuestiones suscitadas en torno a los contratos de la Administración del Estado, sin preocupaciones sistemáticas ni ánimo exhaustivo.

#### 1. *Dualidad jurisdiccional.*

Como antes hemos expuesto y estudiado pormenorizadamente en otro lugar, la atribución de la competencia a la jurisdicción administrativa de los contratos que tuvieran por finalidad directa obras y servicios públicos

(12) Una exposición comparativa del problema puede verse en MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *La institución contractual en torno al problema de la igualdad de las partes*, en esta REVISTA, núm. 29, págs. 59 y ss.

(13) Una exposición completa de la polémica, con abundante bibliografía sobre el tema, en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, en esta REVISTA, número 41, págs. 99 y ss.

(14) *Dos regulaciones orgánicas*, op. cit., págs. 242 y ss.

ha originado una partición de la materia contractual entre esta jurisdicción y la jurisdicción civil, sobre la que se ha montado la clasificación de los contratos en administrativos y civiles. Bastaba simplemente que el contrato se declarase o excluyese de la competencia de la jurisdicción administrativa para que se afirmara su naturaleza administrativa o civil. La jurisprudencia particional no ha sido siempre muy clara en la aplicación del criterio de la finalidad, y en este siglo se ha complicado aún más, por haber cedido a la tentación, siguiendo la moda francesa del momento, y sin el menor apoyo, a mi juicio, en el Derecho positivo, de yuxtaponer a aquel criterio el de las cláusulas exorbitantes (15).

Para evitar la inseguridad jurídica derivada de estos criterios particionales que ha llevado en muchos casos a tratar en una y otra jurisdicción procesos que han terminado en decepcionantes declaraciones de incompetencia o, por el contrario, a una reduplicación de vías procedimentales con posibilidad de sentencias contradictorias (16), GARCÍA-TREVIJANO propugló la atribución a la jurisdicción administrativa de todos los contratos que la Administración celebre, posición ésta que en otro lugar también defendimos (17).

(15) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Dos regulaciones orgánicas*, op. cit., págs. 268 y 269, criterio rectificado en el más reciente trabajo sobre la *Figura del contrato administrativo*, op. cit., pág. 119. Aunque la Jurisprudencia ha aceptado en algunas ocasiones el criterio de las cláusulas exorbitantes, así en las sentencias del 20 de abril y 7 de julio de 1936 (citados por MARTÍN-RETORTILLO, op. cit., pág. 92, nota 97), la verdad es que la mayor parte de la doctrina española no se ha dejado seducir por esa tesis tan polémica todavía en el Derecho francés. La ha rechazado explícitamente, pero con reservas, GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, II, pág. 41); sin reservas, ENTRENA CUESTA (*Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de Administración*, en esta REVISTA, núm. 24, págs. 62 y 67), y GARCÍA-TREVIJANO (*Principios sobre los contratos de la Administración*, en «Revista de Estudios de la Vida Social», núm. 87, págs. 331 y ss.).

(16) Sentencia del 15 de octubre de 1960, de la Sala 1.ª, y la sentencia del 21 de septiembre de 1960, Sala 3.ª, citadas en mi trabajo sobre *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, pág. 13, nota 5.

(17) GARCÍA-TREVIJANO (*Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España*, en esta REVISTA, núm. 34, pág. 304), afirma, a nuestro juicio con toda razón, que «no ya la equivocación.—humana— de saber si se aplicará el Código civil en bloque o no (es decir, el problema de régimen jurídico aplicable), sino lo que es peor, adivinar en muchos casos qué Tribunales serán los competentes para empezar a discutir si debe aplicarse una Ley u otra. Esto es lo que procede abolir urgentemente».

El mismo punto de vista en mi trabajo *La lucha de las jurisdicciones por la competencia de los contratos de la Administración: sus orígenes en el Derecho francés*, en «Estudios en homenaje a Jordana de Pozas», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, tomo III, vol. I; también en *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, op. cit., cuya parte segunda se dedica precisamente a exponer los criterios de partición de competencias en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina española del siglo XIX.

Una última protesta contra esa dualidad jurisdiccional y a propósito de la competencia sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, puede verse en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción*, en esta REVISTA, núm. 42, págs. 169 y ss.

a) *Competencia jurisdiccional doble sobre los contratos que no tienen por finalidad obras o servicios públicos.*

Los problemas de la dualidad de jurisdicción no termina con esta incertidumbre acerca de quién ha de ser el juez de fondo del contrato, sino que por extenderse la competencia de la jurisdicción administrativa, en todo caso, a los recursos contra los actos administrativos previos a la formación de un contrato que por no tener por finalidad una obra o un servicio público, es de la competencia del juez civil, es obligado el montaje de dos procesos si a través de la alegación de los vicios de los actos previos, de los actos separables, se pretende la nulidad del contrato celebrado. Tener que recurrir a la puesta en marcha de dos procesos pudiera quedar en una simple molestia si al final hubiera alguna posibilidad de obtener el resultado pretendido. Lo trágico es que ese doble esfuerzo parece ser, como a continuación exponremos, un esfuerzo en buena parte inútil.

b) *La esterilidad de la técnica de los actos separables.*

La teoría de los actos separables, que entre nosotros ha sido estudiada por GARCÍA-TREVIJANO (18) y más recientemente por BOQUERA (19), choca en su aplicación práctica con insuperables dificultades, si el contrato al que se trata de aplicar es de la competencia de la jurisdicción civil. En este supuesto, aun conseguida por un tercero ajeno al contrato una declaración de nulidad del acto previo de celebración ante la jurisdicción administrativa, es muy difícil que pudiera admitirse su legitimación ante el juez civil si ejercita una acción de nulidad sobre un contrato en el que no es parte. Si además de pedir esa nulidad pretende que el juez civil le declare el derecho de la adjudicación de la contrata la legitimación se presenta como una barrera insalvable en un proceso civil (20).

Con esto no queremos minusvalorar los problemas que la impugnación de los actos separables presenta cuando el fondo del contrato es de la competencia de la jurisdicción administrativa, sino simplemente resaltar la mayor dificultad en su resolución, derivada precisamente de mantener esa competencia residual de algunos contratos en la jurisdicción civil. Más sencillo, más lógico y más claro parece atribuir a la jurisdicción administrativa el conocimiento de todos los contratos que la Administración cele-

(18) *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo. La explotación del «Hotel Andalucía-Palace», de Sevilla*, en esta REVISTA, núm. 28 págs. 147-165.

(19) Op. cit., págs. 185 y ss. Señala este autor que a pesar de estar admitido en nuestro Derecho el recurso de anulación, el Tribunal Supremo niega la legitimación de los licitadores que no vieron aceptada su oferta, aunque recientemente la Sentencia de 17 de octubre de 1961, comentada por GARCÍA-TREVIJANO (*Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo*, en esta REVISTA, núm. 36. pág. 225), y otras anteriores, como las de 20 de diciembre de 1955 y 25 de marzo de 1961, han reconocido expresamente la existencia de actos autónomos del contrato.

(20) La dificultad apuntada en el texto es un obstáculo todavía no resuelto satisfactoriamente en el Derecho comparado. Una exposición del problema en Francia, Italia y Bélgica puede verse en HAINAUT Y JOLIET, op. cit. I núms. 315, 321, 323, 326 a 338 y 345 a 353.

bre, y que ésta aplique el Derecho privado y el Derecho administrativo a los litigios contractuales, ya que ambos, en régimen de yuxtaposición, según la expresión de LAMARQUE (21), se aplican a todos los contratos que la Administración celebra.

c) *Alteraciones del régimen de los contratos de la Administración originados por las peculiaridades del proceso contencioso-administrativo.*

El enjuiciamiento de las relaciones contractuales de la Administración a través del proceso administrativo, que responde a principios y reglas muy dispares de las del proceso civil, habría de tener por consecuencia lógica la alteración del régimen mismo de los contratos, y así buen número de las singularidades presuntas o verdaderas de los contratos de la Administración se explican desde esta perspectiva.

Como presuntas singularidades de los contratos administrativos se han señalado los poderes de la Administración de modificar, rescindir, anular o interpretar el contrato. Como en otro lugar hemos explicado (22), estos poderes no son derivados del contrato en sí, sino que son consecuencia del presupuesto procesal de la decisión previa y de la posición de demandado que la Administración asume en el proceso. El Tribunal contencioso no puede conocer de una acción de nulidad, de rescisión o de cualquier divergencia de interpretación sin que la Administración haya previamente decidido sobre ello. Pero esto no autoriza a sostener que la Administración pueda anular, rescindir o interpretar en forma divergente a la establecida en las normas sobre nulidad, rescisión o interpretación. No son, pues, poderes sustantivos, sino meros y simples reflejos procedimentales, derivados de una posición de fuerza y superioridad procesal.

Esta posición de superioridad ha engendrado, por el contrario, otro privilegio singular, que ha pasado inadvertido por los buscadores de exorbitancias en los contratos administrativos. Me refiero a la pérdida por el contratista de la generosa amplitud de plazos que para el ejercicio de acciones derivadas de contratos se contienen en el Derecho privado. El contratista de la Administración, y frente a una resolución de ésta, ha de ejercitar la acción en los perentorios plazos de quince a treinta días, según proceda un recurso de alzada o reposición. Si su oponente fuese, en vez de la Administración, un particular, gozaría del generoso plazo de quince años que para el ejercicio de acciones personales establece con carácter general el artículo 1.964 del Código civil (23).

(21) *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, 1960, pág. 529.

(22) *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, op. cit. La parte tercera del libro se dedica precisamente al estudio del «Origen, fundamento y modalidades de la prerrogativa de la acción unilateral»; recientemente, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, lo estudia bajo el epígrafe: *El privilegio de decisión ejecutoria: alcance, carácter extracontractual, justificación, limitación al pleno del ejercicio de los derechos e intangibilidad de las reglas de fondo (salvo plazos prescriptorios)*.

(23) *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, págs. 178 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA. *La figura del contrato administrativo*, pág. 124.



## 2. La tendencia patrimonialista.

Un peligro siempre presente en toda política de contratación es perseguir a ultranza como meta ideal una contratación más barata pretendiendo para la Administración privilegios singulares o de regulaciones que llevan exclusivamente al objetivo del ahorro.

En contra de esta tendencia patrimonialista ha recordado recientemente GARRIDO FALLA (24) que «lo barato es a veces caro», y citaba en apoyo de esta vieja idea un expresivo párrafo de la carta escrita en 1693 por VAUBAN al Marqués de Louvais, Ministro de la Guerra de Luis XIV, y que bien merece la pena de reproducir aquí, como contrapunto y llamada de atención a todos aquellos cuyo fervor administrativo les lleva a confundir el interés público con el interés pecuniario de la Administración, y que sólo quieren ver en los contratos de ésta una serie de privilegios, exorbitancias e inmunidades administrativas, que acaban por hacer inservible la propia institución contractual (25):

*«Hay algunos restos de las obras de los últimos años que no se terminan ni se terminarán jamás, y ello, Monseñor, por las frecuentes rebajas que se hacen en vuestras obras, pues es cierto que todas estas rescisiones de contratos, incumplimiento de la palabra dada y renovación de adjudicaciones no sirven sino para atraer como empresarios a todos los miserables que no saben dónde meter la cabeza, y hacer huir a aquellos que tienen dinero y que son capaces de conducir una empresa.*

*Siendo esto bastante, Monseñor, para haceros ver la imperfección de esta conducta, acabad con ella, pues, en nombre de Dios, y restableced la buena fe; pagad el precio de las obras y no rehuséis un honesto salario a un empresario que responda de su deber; éste será siempre el mejor contrato que podréis encontrar».*

Dos muestras de esta tendencia patrimonialista y ahorradora vamos a estudiar aquí: la pretendida exoneración de satisfacer intereses de demora cuando el Estado retrasa el pago aquella a que está obligado por razón del contrato, y la aplicación a los arrendamientos del Estado, por razones estrictamente patrimoniales, de la legislación especial de Arrendamientos urbanos.

(24) *En torno a una posible reforma sobre la contratación de obras públicas*, en «Documentación Administrativa», núm. 55, pág. 13 y ss.

(25) Un indicio evidente de ese punto de vista ha sido la inclusión de la regulación básica de los contratos en la Ley de Administración y Contabilidad. Así, también, en Italia, Ley de 20 de marzo de 1865 y Reales Decretos de 18 de noviembre de 1923 y 23 de mayo de 1924, sobre contabilidad general y administración del Patrimonio del Estado; en Bélgica, la Ley de 15 de mayo de 1896, sobre contabilidad del Estado, contenía las disposiciones fundamentales en la materia, hasta la aprobación del nuevo régimen por la Ley de 4 de marzo de 1963.

a) *La pretendida exoneración de la Administración de las reglas y consecuencias del incumplimiento por demora.*

En realidad, el pretendido privilegio de la Administración es en esta materia doble. En primer lugar se pretende que la Administración está exenta de verificar la intimidación expresa a que alude el artículo 1.100 del Código civil, para que el contratista moroso incurra en las consecuencias del incumplimiento culpable por demora. Tal privilegio pretende fundarse en la omnipresencia del interés público en los contratos que celebre la Administración, que opera como una especie de recordatorio constante para el contratista y que hace innecesario el requerimiento o intimidación de aquélla (26). En contra de esta doctrina, creemos que si el sagrado interés público exige la prontitud del cumplimiento de la obligación contraída, esta exigencia debe pesar primordialmente sobre los funcionarios de la Administración, a los que no es demasiado pedir, o bien que precautivamente incluyan una cláusula en el contrato salvando la necesidad de realizar la intimidación en caso de retraso del contratista, o bien que si esa cláusula no se ha incluido en el contrato, dirijan al contratista un simple oficio en que conste la intimidación expresa. Más, pues, que en una verdadera exigencia sustancial o institucional, parece que esta regla no encuentra otra justificación que la de cubrir la ocasional pereza administrativa.

Sin otra justificación que no sea la de cubrir esa ocasional 'pereza, se ha sostenido también que la Administración goza del privilegio de retrasar *sine die* el pago de las cantidades debidas por contrato (27), sin incurrir en

(26) Recientemente ha sido defendida esta tesis por Cirilo MARTÍN-RETORTILLO (*Una sentencia interesante sobre la mora en los contratos administrativos*, en esta REVISTA, número 38, pág. 209 y ss.). Se critica en este trabajo las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1958 y 26 de enero de 1962, en las que se declara que no ha existido mora en el contratista por no haber hecho la Administración la *interpellatio* correspondiente. A nuestro juicio, la crítica es correcta, pero no su fundamento; no hace falta recurrir en los supuestos de la sentencia a la tesis de la sustantividad del contrato administrativo de suministros, y en base a ella afirman la innecesidad de la intimidación, ya que dentro del propio marco del artículo 1.100 del Código civil se puede llegar a la misma solución. A un contrato de suministros, con períodos fijos de entrega de mercancías, ya lo celebre la Administración, ya los particulares, le es, sin duda, aplicable la exención de la *interpellatio* del número 2 del citado artículo, «cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fué motivo determinante para establecer la obligación». Precisamente en base del artículo 1.100 se fundamenta por el Consejo de Estado la innecesidad de la *interpellatio* (dictamen de 25 de junio de 1959, citado por MARTÍN-RETORTILLO, pág. 217). La nueva Ley recoge expresamente la innecesidad de la interpelación para el contrato de obras y para el de suministros, (arts. 45 y 90).

(27) Así, la Sentencia de 11 de junio de 1958 declara que «según constante jurisprudencia de esta Sala, establecida, entre otras sentencias, en las de 17 de octubre de 1949 y 28 de noviembre de 1950, la Administración no viene obligada, en los contratos administrativos, al pago de intereses por la demora en la entrega de las cantidades devengadas por el contratista, más que cuando así se haya expresamente pactado o lo prevenga algún precepto legal».

mora y pagar por ello intereses. Esta doctrina, que alegan sistemáticamente los defensores de la Administración, que han recogido algunas sentencias del Tribunal Supremo, comporta, a mi juicio, otorgar al Estado una patente para incumplir sus contratos, ya que la demora indefinida en el pago sin la contrapartida de la indemnización a través del pago de interés, equivale a un verdadero y propio incumplimiento sin sanción. Por supuesto, además, que tal exorbitancia, y nunca quizá mejor aplicada esta denominación, no aparece así formulada por ninguna parte en el Derecho comparado (28). Aquí, también, el contrato administrativo español *is different*, y es de suponer también que los contratistas españoles cubran anticipadamente la eventualidad de los retrasos en los pagos elevando el precio en sus ofertas. A la postre, pues, es fácil que este privilegio salga paradójicamente demasiado caro al propio Tesoro público.

La nueva Ley no es ciertamente progresiva en la regulación de esta materia. Los artículos 73 y 91 sólo declaran el derecho del contratista a percibir intereses cuando transcurran tres meses desde la fecha en que la Administración estaba obligada al pago, siempre y cuando, además, el contratista intimide por escrito a la Administración al pago de lo debido.

b) *La tendencia patrimonialista en los contratos de arrendamiento de inmuebles.*

Todo el problema que habría suscitado este contrato hasta la consolidación definitiva de la legislación de alquileres era la de si habría o no de ser considerado como un contrato con finalidad de servicio público, y por consiguiente, si debía o no estar sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa. Los partidarios de la distinción de contratos administrativos y civiles le atribuían un carácter, u otro, apoyándose en los pronunciamientos judiciales, que respectivamente declaraban la competencia de los Tribunales administrativos o civiles, y más a favor de lo primero que de lo segundo (29).

Pero si mientras el contrato de arrendamiento de edificios estaba sometido al Código civil, a la Administración le interesaba la tesis del contrato administrativo, porque así se beneficiaba, si no de privilegios de fondo, al menos de privilegio jurisdiccional, cuando el arrendamiento de edificios ha sido sometido a una legislación especial, se ha apresurado a abandonar

(28) Sirva por todos de ejemplo el Derecho francés, en el que dentro del sistema y de las reglas de los contratos administrativos, la Administración, si retrasa el pago de las sumas debidas al contratista ha de abonarle, siguiendo las reglas del Código civil, que el Consejo de Estado declara aplicables a esta materia, no sólo intereses de demora, sino eventualmente también intereses compensatorios (art. 1.153 del C. c.) e intereses de intereses (art. 1.154). Vid. LAUBADÈRE, op. cit., II, pág. 84. Más aún, el Decreto de 11 de mayo de 1953 ha establecido algunas reglas destinadas a sancionar de manera más rigurosa los retrasos en los pagos, haciendo automático el derecho del contratista a percibir intereses de demora sin necesidad del requerimiento expreso que exige el artículo 1.153 del Código civil.

(29) Sobre las vacilaciones jurisprudenciales en torno a la naturaleza y jurisdicción, vid. *Los orígenes del contrato administrativo del Derecho español*, op. cit., pág. 123; vid. también ALBI, *Los contratos municipales*.

definitivamente ese privilegio jurisdiccional, para ganar los que la legislación especial concede al inquilino.

Esta protección de congelación de alquileres y de prórroga forzosa del contrato se ha concedido a los arrendamientos del Estado, a pesar de que a ello se oponen sustanciales razones de justicia:

— Nada puede justificar, en efecto, que el Estado que gasta anualmente miles de millones de pesetas en ayuda a la construcción de viviendas, muchas de ellas de lujo, necesite, al igual que una familia de la clase media o modesta, ampararse y protegerse en los beneficios de la legislación especial y no se obligue a sí mismo con una política de construcción de edificios para sus propias necesidades.

— La prórroga forzosa del contrato no tiene ningún sentido para el Estado desde el momento en que, gozando éste del beneficio de la expropiación forzosa, puede y debe combatir con su aplicación cualquier eventual desahucio que atentara a la continuidad del servicio público a que está afectado el inmueble.

— Por último, los, en su mayor parte, modestos propietarios, a los que les ha tocado el Estado de inquilino, se encuentran en peores condiciones que aquellos otros propietarios que tienen por inquilinos a simples particulares, como es fácil deducir de las siguientes circunstancias: a) El Estado no muere nunca, y por ello teóricamente, al menos, y prácticamente casi siempre, el contrato es indefinido, sin que, como en otros casos, pueda derivarse su extinción del fallecimiento de los inquilinos o arrendatarios (según se prevé en el artículo 59 del Decreto de 24 de diciembre de 1964); b) El Estado está a cubierto de cualquier desahucio, en atención a que la actividad pública desarrollada en el inmueble resulte incómoda o molesta, lo que, no obstante ocurrir con notoria frecuencia, está, y sin duda por ello, expresamente exceptuado este supuesto como motivo de resolución del arrendamiento (art. 8, apartado primero, del citado Decreto); c) La revalorización de las rentas es anual, en vez de semestral, en la aplicación de los porcentajes acordados por el citado Decreto (disposición adicional 11 y art. 96).

Todas estas circunstancias hacen que la desnaturalización del derecho arrendaticio como derecho obligacional sea más aguda cuando es el Estado el inquilino. La perspicaz Ley del Patrimonio del Estado así lo ha notado, y por ello incluye los derechos de arrendamiento junto a los derechos reales en la enumeración de los derechos patrimoniales del Estado, contenida en el artículo 1.º del texto articulado de 15 de abril de 1964. La desnaturalización como derecho de obligación se percibe también por el traspaso de competencias, para su constitución y extinción de cada Ministerio interesado, al Ministerio de Hacienda, perdiendo todos los demás Ministerios en favor de éste sus competencias tradicionales; es decir, la misma regla de competencia que si se tratase de adquirir en propiedad bienes inmuebles o de proceder a su venta.

Con rentas ridículas, con duración indefinida, el arrendamiento de un inmueble en favor del Estado es más gravoso para el propietario que la constitución en favor de éste de un usufructo, cuya duración se limita a

treinta años si es en favor de las personas jurídicas (art. 515 del Código civil); más oneroso, por otra parte, que un censo reservativo, por cuanto el arrendador ha de sufragar los gastos de conservación del inmueble, más elevados sin duda en los edificios destinados a servicios públicos que en los arrendados a simples particulares; un derecho real, por último, que si no puede ser transmitido, puede ser destinado sucesivamente a actividades y servicios de diversos departamentos ministeriales en virtud del dogma de la unidad de personalidad del Estado.

En resumen, que sólo un propietario irresponsable o mal administrador preferirá de inquilino al Estado. Este proteccionismo, pues, al «pobre» Estado ha de originar, sin duda, una grave contracción o colapso en la oferta de locales para instalación de servicios y oficinas públicas, o bien una oferta a precios prohibitivos. A la larga, pues, también, por este camino serán el servicio y el Erario público los que se perjudiquen de esa concepción patrimonialista que algunos de sus órganos están empeñados en defender a ultranza.

### 3. *Problemas en torno a la selección de contratistas y adjudicación de los contratos.*

De las cuestiones relacionadas con el procedimiento de selección de contratistas queremos dejar aquí constancia de las siguientes: medio de publicidad de los contratos, la posibilidad de remisión de las proposiciones por correo y el plazo de la adjudicación definitiva.

#### a) *La publicidad de los contratos de la Administración.*

No se trata aquí de analizar el fundamento de la publicidad de los proyectos de contrato de la Administración, o la naturaleza o contenido del anuncio de un contrato, problemas estos reciente y detenidamente estudiados por BOQUERA (30). Simplemente queremos aquí llamar la atención, como el autor citado hace, de la conveniencia de alterar las técnicas de publicidad. A mi juicio, ante el aumento del volumen de contratación pública se impone la conveniencia de crear un boletín oficial de anuncios de contratación, como ya ha existido en nuestra patria (31) y hay ejemplos en otros países, concretamente en Francia y Bélgica (32). Esto permitiría prescindir de insertar los anuncios de la radio y la prensa y descargar también el *Boletín Oficial del Estado* de la cada día más excesiva carga de anuncios. A su vez, un boletín especializado permitiría la confección de índices, la ordenación de los anuncios por la materia de los contratos y por la clase de organismo contratante, y podrá ser, sin duda, el mejor instrumento para conocer y tomar en cada momento el pulso de

(30) Op. cit., pág. 56.

(31) El «Boletín Oficial de Ventas de Bienes Nacionales», creado por Real Orden de 8 de octubre de 1958, en los que se insertaban los anuncios de las subastas de las fincas comprendidas en las Leyes de 1 de mayo de 1853 y 11 de junio de 1856 (citado por BOQUERA, op. cit., pág. 58).

(32) En Francia, el *Bulletin Officiel des marchés publics*, reglamentado en el Decreto número 56-256 de 13 de marzo de 1956; en Bélgica, el *Bulletin Officiel des adjudications publiques*, creado por el Decreto de 5 de octubre de 1955.

la contratación administrativa. Ningún inconveniente hay tampoco a que en este Boletín se dé cuenta del resultado de las adjudicaciones, y tampoco hay que descartar la posibilidad de que se anuncien en él ofertas de contrato provenientes de las empresas privadas.

En la nueva Ley no hay ninguna previsión a este respecto.

b) *La remisión de ofertas a través de los servicios de Correos.*

La generalización de la técnica de presentación de documentos en las oficinas de Correos, que consagra el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo, encontró ciertas resistencias en su aplicación a la presentación de ofertas de contratación derivadas del hecho, puesto de manifiesto por BOQUERA (33), del señalamiento de una fecha fija para el acto de apertura de plicas, que imposibilita un nuevo examen de la proposición, que presentada en una oficina de Correos dentro de plazo, llega después de celebrado aquel acto.

La solución a este problema pudiera ser muy bien la que el autor citado (34) propugna, es decir, el señalamiento de un plazo más corto —a mi juicio, es bastante con cuatro o cinco fechas antes del acto de apertura de plicas— para la presentación en las oficinas de Correos. Pero quizá sea más acertada la solución que más recientemente ha propugnado GONZÁLEZ NAVARRO (35), de establecer un plazo de separación, un cierto período —que, a mi juicio, tampoco debería ser superior a cuatro o cinco fechas— entre la fecha de expiración del plazo de presentación de proposiciones y el día de la apertura de plicas. Alguna solución se impone, desde luego, pues, como GONZÁLEZ NAVARRO ha demostrado cumplidamente y el Tribunal Supremo ha confirmado en la sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 1963, la posibilidad de presentación de proposiciones en las oficinas de Correos está reconocida por la Ley de Procedimiento Administrativo, y estas ofertas han de ser tenidas en cuenta en la resolución de la subasta o el concurso.

La nueva Ley no ha abordado este problema, nada baladí, por cierto, y de gran trascendencia práctica.

c) *El plazo para que la Administración decida sobre la adjudicación definitiva.*

Son evidentes los daños e inconveniencias que pueden originarse al adjudicatario provisional de unos contratos y, en general, a todos los participantes en un concurso, si la Administración retrasa su decisión sobre la adjudicación definitiva. Aparte del daño directo derivado de la retención de la fianza provisional, esta demora crea en todos los aspirantes a adjudicatarios definitivos una situación de incertidumbres sin duda perniciosa y perturbadora en las previsiones de su empresa.

En la Ley de Administración y Contabilidad faltaba el señalamiento de este plazo. El Consejo de Estado tuvo oportunidad de pronunciarse sobre

(33) Op. cit., pág. 106.

(34) Op. cit., pág. 106.

(35) *La presentación indirecta de ofertas en los procedimientos de selección de contratistas*, en esta REVISTA, núm. 46, pág. 161.

este problema, y la verdad es que, a mi juicio, con escasa fortuna: en Dictamen de 21 de marzo de 1953, y por similitud con lo establecido en el artículo 53 del Pliego de Condiciones Generales de Obras Públicas de 1903, estimó este plazo nada menos que en tres años (36). BOQUERA (37), que llamó la atención sobre este punto, propugnó el señalamiento de un plazo de sesenta días por similitud con lo establecido en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953. A nuestro juicio, este plazo es excesivamente largo, y el Derecho comparado (38) ilustraba sobre la conveniencia de reducirle. La nueva Ley, en este punto, no se queda a la zaga, y señala el plazo de veinte días para que recaiga la adjudicación definitiva, con posibilidad, caso contrario, de retirar, el que haya resultado adjudicatario provisional, su oferta y fianza (art. 32).

## II

### LA JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE BASES.

Lo primero que tenemos que decir de la Exposición de Motivos de la Ley de Bases es que deja mucho que desear desde el punto de vista literario, abusando en exceso de un tono retórico y declamatorio que no viene al caso, y del empleo, también abusivo, de expresiones pseudotécnicas que oscurecen notablemente su contenido (39).

(36) La condición 53 del Pliego establece el derecho del contratista a rescindir el contrato si transcurre más de tres años sin que el contratista pueda dar comienzo a la ejecución de las obras, ya sea porque todavía no están pagados los terrenos, o por cualquier otra circunstancia independiente de su voluntad. En la actualidad, una condición como ésta es rigurosamente disparatada: tener a una empresa con todo el acopio de materiales, maquinaria y personal esperando durante tres años a que la Administración decida la adjudicación definitiva o el comienzo de las obras, va contra la lógica y los principios económicos más elementales.

(37) Op. cit., pág. 158.

(38) En Italia, el artículo 13 del *Capitolatto generali per gli appalti di OO. pp.* señala el plazo máximo de cuatro meses para que la Administración dé su aprobación definitiva al contrato (citado por CIANFLONE, *L'appalti de opere pubbliche*, Milano, 1960). El Derecho francés es más riguroso, observándose la regla de que la aprobación definitiva del contrato debe recaer en un plazo normal, según los frecuentes en los usos comerciales (LAUBADÈRE, op. cit., I, pág. 307, y GUANCARD, *L'adjudication des marchés publiques*, París, 1945, pág. 190), precisándose por el C. C. G., aprobado por *arrêt* ministerial de 8 de abril de 1958, que la aprobación debe recaer en un plazo de veinte días si corresponde decidirla al Prefecto, y de sesenta días si la competencia para la aprobación corresponde al Ministro; en el Derecho belga, el plazo es de treinta días, transcurrido el cual sin que se haya aprobado el contrato, el adjudicatario queda libre y se entiende decaída su oferta, salvo reiteración expresa y escrita por su parte (FLAMME, *Les marchés de l'Administration*, Bruselas, 1955, pág. 172).

(39) Ciertamente que el tono más conveniente para arengar a las tropas antes de entrar en combate no es el más adecuado para explicar las presuntas deficiencias de un sector del ordenamiento jurídico; tampoco el exceso de tecnicismos, que quizá puedan

Pero si es de lamentar que en la redacción de la Exposición de Motivos no se haya seguido el consejo orteguiano de que la claridad es la cortesía del intelectual, más lamentable aún es que se haya incurrido en inexactitudes y errores de concepto sobre puntos fundamentales, debidos, sin duda, al exceso de preocupaciones dogmáticas que han pesado en la reforma. Veamos algunos de éstos al hilo de los propios términos de la Exposición de Motivos, cuya transcripción servirá, además, al lector para apreciar por sí mismo el derroche de retoricismo y grandilocuencia.

A) *Justificación de la reforma por alteración de los fines del Estado.*

La Exposición de Motivos pretende hacerlos creer que en el siglo XIX la gestión de los servicios públicos por la técnica contractual no revestía apenas importancia. He aquí algunos párrafos muy ilustrativos sobre esta idea :

*«Desde que a comienzos del presente siglo se promulgaron las normas capitales sobre contratación administrativa, hasta ahora en vigor, múltiples e importantes acontecimientos han variado los supuestos en que aquéllas se cimentaron. El avance de la ciencia del Derecho exige, periódicamente, concretar en normas positivas las orientaciones requeridas por la situación sociológica imperante; de aquí que el objeto primordial que persigue la presente Ley de Bases sea el establecer en nuestro ordenamiento una regulación completa de los contratos del Estado, bajo principios jurídicos y administrativos acordes con las necesidades actuales».*

Más adelante, para justificar la próxima derogación del Pliego de condiciones generales de 13 de marzo de 1903, se afirma :

*«Cierta es que la escasa complejidad de los convenios estatales en aquellas fechas no exigía construcciones jurídicas más acabadas en la materia, pero tal posición no puede ya mantenerse sin olvidar el proceso histórico y las necesidades de hoy».*

Se insiste después en que :

*«La contratación del Estado es un instrumento decisivo para el desenvolvimiento de la acción social y para la verificación de los planes de fomento. Se trata del instrumento que coordina las posibilidades financieras públicas con las finalidades reales, y estas finalidades reales con el empresario que ha de llevarlas a cabo a través de la ejecución de los planes y los servicios públicos. Porque de la excepción se ha pasado a la regla general a lo largo de estos*

---

disculpase en una obra o en un trabajo científico, no tienen el menor sentido a la hora de exponer los problemas reales de la contratación administrativa y justificar las soluciones que van a adoptarse. Creemos, por el contrario, muy firmemente que la claridad no es sólo amiga de las Leyes, sino de las Exposiciones de Motivos, a cuyo efecto siempre será un ejemplo a imitar la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866.



*cincuenta años: del Estado inhibicionista o del puro Estado de Derecho al estado social o promotor permanente de los intereses públicos de derecho que ahora integramos; de la simplicidad de las realizaciones a las grandes programaciones».*

A pesar de la contundencia con que estas afirmaciones se hacen, es obligado hacer sobre ellas algunas puntualizaciones:

— Sostener, en efecto, que en el siglo XIX la actividad administrativa contractual tenía menos importancia que ahora, podrá ser cierta en cifras absolutas, pero comparativamente es rigurosamente inexacta. Precisamente es en el siglo XIX, con profundas raíces ya en el siglo XVIII, el siglo de la Ilustración, en el que la actividad más característica de la Administración es la política de obras públicas, realizada toda ella a través de contratos, y es en ese siglo en donde señorea la técnica concesional como técnica central de la prestación de los servicios públicos. Por el contrario, es en este siglo cuando uno y otro supuesto comienzan a entrar en crisis (40), como patentizan la gestión directa de servicios públicos por parte del Estado, como los ferrocarriles o el de Correos, cumplidos antes a través de concesiones o de simples contratos de transporte, o la admisión de municipalizaciones en el ámbito local y, en general, la crisis del dogma de la incapacidad industrial del Estado (41), que, por cierto, y en materia de ejecución de obras públicas muestra la existencia de servicios propios, como Servicio Militar de Construcciones, a cuyo cargo están todas las obras del Ejército. En el siglo XIX se construyen numerosas carreteras, toda la red ferroviaria y se diseñan en sus actuales características nuestras más importantes ciudades. A su vez, los contratos de suministro que las necesidades de la Marina y el Ejército obligaron a celebrar no sólo por causa de las guerras interiores, sino también por la necesaria vigilancia de las posesiones de Ultramar y las guerras coloniales, ofrecían dificultades, si no superiores, sí parecidas a las actuales.

También se incurre, aunque esto tenga menor importancia, en evidentes inexactitudes terminológicas: la actividad contractual del Estado no está precisamente conectada con la actividad de fomento, sino con la actividad de servicio público según la clasificación de la actividad administrativa que ha divulgado JORDANA DE POZAS (42). Los tres contratos regulados en la Ley, obras, suministro y concesión, los dos primeros con carácter instrumental, y el tercero como una forma de prestación típica, a la actividad de servicio público se refieren específicamente, y no a la de fomento.

— Tampoco es verdad que «las normas capitales sobre contratación administrativa se promulgaron a comienzos de este siglo», como afirma la Exposición de Motivos. La norma capital sobre la contratación administrativa en nuestro Derecho es el Real Decreto de 27 de febrero de 1852,

(40) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas*, op. cit. págs. 252-253.

(41) VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en el número 3 de esta REVISTA.

(42) *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 48, 1949 págs. 91 y ss.

suscrito por BRAVO MURILLO en vista del fracaso del proyecto de Ley presentado en las Cortes de 1850 y 1851. Este Real Decreto pasa sustancialmente a ser el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, sin que nuestra Administración notara demasiado el cambio. Tampoco se puede situar en este siglo la técnica de los Pliegos de Condiciones Generales, pues el que está ahora vigente de 1903 sustituyó al de 7 de diciembre de 1900, y éste al de 11 de junio de 1886, y éste al aprobado por Real Decreto de 10 de julio de 1861 (43).

B) *Justificación de la reforma por la insuficiencia del sistema anterior.*

Precisamos, antes de nada, que la reforma se justifica no en las deficiencias de las disposiciones derogadas, pues indudablemente las tenían, sino en la insuficiencia del sistema mismo hasta ahora vigente, sobre el que se adopta una actitud desdeñosa y displicente. Así se afirma que:

*«Materia tan interesante como la actividad pública contractual, en especial la que afecta a obras y servicios públicos, carecería en el ordenamiento vigente de una total disciplina, pues como tal no puede ya calificarse el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad y el Pliego de Condiciones Generales de 13 de marzo de 1903; ni mucho menos las variadas disposiciones especiales que se ocupan de la contratación con alcance más limitado y definido. El capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad articuló unos procedimientos de adjudicación de obras, que presumió encerraban la clave para que el Estado contratase siempre de la forma más ventajosa y segura, pero no realizó el lógico desenvolvimiento del negocio jurídico subsiguiente, ni tampoco la definición completa del Estado en la esfera obligacional, soslayando la cuestión de fondo mediante la remisión al Derecho privado en bloque, que tan difícilmente proporciona soluciones adaptables al ambiente de los negocios públicos».*

Pero ni es verdad que el capítulo V articulase exclusivamente unos procedimientos de adjudicación de obras, pues se refería a todo tipo de contratos, ni creemos justificada la denigración de un sistema que, además de haber dado resultados positivos en nuestra patria, es el que sigue, más o menos, el Derecho comparado, en el que ni ha parecido lógico el «desenvolvimiento del negocio jurídico subsiguiente», ni tampoco «la definición completa del Estado en la esfera obligacional», sin que por ello nadie pueda acusar seriamente a las Administraciones de Italia, Alemania, Bélgica e incluso Francia, por no citar a los países anglosajones, de celebrar

(43) En el siglo XIX comienzan también a promulgarse los Reglamentos de contratación: Instrucción para las subastas de los servicios y obras a cargo de la Dirección General de Obras Públicas, aprobada por Real Orden de 18 de marzo de 1852; Instrucción para la contratación de los servicios de Obras Públicas en lo relativo al ramo de Hacienda, aprobada por Real Decreto de 15 de septiembre de 1852; nueva Instrucción para las subastas generales y parciales de los servicios administrativos del Ejército, aprobada por Real Orden de 30 de diciembre de 1862, etc.

contratos en condiciones desventajosas o de realizar obras públicas deficientes, que es, al fin y al cabo, de lo que se trata.

— En Alemania, en efecto, los contratos que celebra la Administración están todos ellos rigurosamente sometidos al Derecho privado. La actividad contractual constituye la *fiskalische Verwaltung*, que se opone a la actividad administrativa de autoridad, *obrigkeitliche Verwaltung* (policía, ejército, etc.), y a la actividad de simple poder público, *Schlichte Hoheitverwaltung* (educación, correos, seguridad social). La Administración activa contrata con los particulares en un plano de absoluta igualdad, sin prerrogativas de ningún tipo. Más aún, la Administración alemana se suele atemperar en la adjudicación de los contratos de obras y suministros a dos Reglamentos (el *Verdingungsordnung für Bauleistungen*, o VOB, y el *Verdingungsordnung für Leistungen-angenommen Bauleistungen*, o VOL), que contiene una primera parte de normas de selección de contratistas y una segunda con cláusulas generales sobre el contenido del contrato. Pero ni las normas de adjudicación vinculan automáticamente a la Administración, que es enteramente libre para adoptar cualquiera de los sistemas de selección de contratistas previstos, y libre para elegir a cualquier licitador a través del sistema elegido, ni las normas sobre el contenido del contrato pasan de ser simples cláusulas contractuales, sólo vinculantes en cuanto se incorporan a aquél o en cuanto se aluden expresamente; vinculación, pues, a través del principio de libertad contractual (44).

— En Italia, los contratos de obras y de suministros son puros y simples contratos de Derecho privado, naturaleza ésta perfectamente compatible con la existencia de *capitolati generali*, que cada sector de la Administración adopta e incluye en los contratos que celebra y vinculantes, también, por el principio de libertad contractual. Ni se ha llegado a dictar unas normas con rango de Ley sustitutorias de las del Código de las obligaciones, ni la jurisdicción administrativa sustituye a la ordinaria en la resolución de los litigios (45).

— En Bélgica, los contratos del Estado encontraban su base legal en los artículos 21 y 22 de la Ley de 15 de mayo de 1846, sobre la contabilidad del Estado, directamente inspirada, como nuestro Decreto de 1852, por la Ordenanza francesa de 4 de diciembre de 1836. Estos preceptos han sido recientemente derogados y sustituidos por la Ley de 4 de marzo de 1963, que modifica sustancialmente los sistemas de selección de contratistas, pero sin haber llegado a incluir una regulación de fondo de los contratos del Estado, cuya naturaleza, y a pesar de las influencias francesas, sigue siendo considerada como de Derecho privado, y las cuestiones litigiosas de ellos derivadas sometidas a la jurisdicción de los Tribunales ordinarios, en virtud del artículo 92 de la Constitución (46).

(44) HAINUT y JOLIET, op. cit., II, págs. 81 y ss.; DAUMARD, *Les marchés de fournitures militaires en République Fédérale d'Allemagne*, en «Revue de Droit Public et de la Science Politique», marzo-abril 1965, pág. 177.

(45) CAMMEO, op. cit., pág. 61; ROEHRSEN DI CAMERATA, op. cit., pág. 23; HAINUT y JOLIET, op. cit., I, págs. 38 y 39.

(46) HAINUT y JOLIET, op. cit., I, pág. 40.

— En Francia, por último, donde ha nacido, al hilo de elaboraciones doctrinales montadas sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado, la teoría del contrato administrativo, tampoco se ha estimado oportuno codificar, positivizar en normas con rango de Ley los principios y reglas del contrato administrativo (47).

En resumen, pues, desde la perspectiva del Derecho comparado, la solución de la Ley española se aparece como absolutamente innovadora e innecesaria, pues si la Administración cree que sus contratos deben concluirse en condiciones especiales, la técnica de los pliegos de condiciones generales ofrece la suficiente garantía y mayor flexibilidad, y es, sin duda, más respetuosa con el principio de autonomía de la voluntad que inspira y presta toda su eficiencia a la institución contractual.

C) *Justificación de la reforma en el deseo de consagrar legislativamente la tesis del contrato administrativo.*

La tradicional discusión sobre si los contratos generales y servicios públicos son de naturaleza civil o, por el contrario, eran distintos, ha quedado en parte definitivamente zanjada por la vía legislativa con esta Ley. Sobre este punto, la Exposición de Motivos incurre en contradicciones expresas, ya que, después de afirmar la necesidad de realizar el desenvolvimiento del «negocio jurídico subsiguiente» y la conveniencia de llegar a «una definición completa del Estado en la esfera obligacional», se pretende desmentir esa intención de dar vida a los contratos administrativos por medio de una regulación especial en un párrafo, por cierto, bastante ininteligible:

*«La naturaleza contractual de los convenios del Estado ha sido otra premisa consagrada como columna del sistema. No se ha pretendido mediar en la tradicional discusión sobre la entidad jurídica de aquéllos, pero hay una innegable sustancia contractual alrededor de la cual se montan las especialidades derivadas de las prerrogativas de la Administración que no desnaturaliza aquélla».*

Más abajo, en otro vibrante párrafo, se insiste en las excelencias y singularidades del contrato administrativo:

*«La sumisión preferente al Derecho administrativo es la característica normativa que otorga a los contratos del Estado regulados por la Ley su perfil institucional, y los configura como una categoría independiente, con alejadas raíces en el Derecho privado de obligaciones que seguirá aportando, mañana como ayer, el valor secular de su esquema jurídico: contrato y Derecho administrativo se unen para dar vida a un ente original. Aceptado este axioma, no es difícil discernir el concepto de contrato administrativo de que parte la Ley de Bases; basta acudir al Derecho administrativo para descubrir la causa del negocio, para comprender la razón de sus peculiaridades normativas y para sentir la necesidad de sus proce-*

(47) LAUBADÈRE, op. cit., I, pág. 30.

*dimientos especiales de elaboración del contrato y de enjuiciamiento de la relación jurídica cuando el restablecimiento del Derecho exige la intervención del poder jurisdiccional».*

Esta justificación incurre, a mi juicio, en una evidente petición de principio: si por Derecho administrativo se entiende las Leyes y disposiciones de este carácter, al remitirse éstas al Derecho privado para la regulación del fondo de los contratos de la Administración, no podía surgir de ese extraño connubio entre contrato y Derecho administrativo ningún «ente original», que aparece pura y simplemente por voluntad del legislador; de la misma forma que si éste quiere regular por normas con rango de Ley, los contratos que celebre la Organización Sindical o la Iglesia, tendríamos también unos contratos sindicales y unos contratos eclesiásticos, de la misma forma que tenemos unos contratos mercantiles.

### III

#### CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA NUEVA ORDENACIÓN.

##### A) *Clases de contratos de la Administración.*

Tanto la Ley de Bases como la Ley articulada regulan primordialmente tres tipos de contrato: el de obras, el de suministros y la concesión de servicio público.

Respecto de éstos, la regulación es para cada uno completa e independiente: procedimientos de selección de contratistas y normas de fondo distintos y separadamente previstos.

Pero las preocupaciones dogmáticas de los redactores de la Ley, que no nos cansaremos de denunciar, les ha llevado a un intento de regulación omnicompreensiva de todos los contratos del Estado. Sobre este punto es de advertir que tanto la base II de la Ley de Bases, como los artículos 18 y 19 del texto articulado han sido redactados con un grado de oscuridad difícilmente superable, lo que permite presumir que han de originar un sinnúmero de problemas en su interpretación y comprensión, si es que alguna comprensión racional y lógica puede predicarse de ellos.

La base II de la Ley establece, en efecto, que:

*«Los contratos del Estado que reconozcan un objeto diferente de los enumerados en la base I de esta Ley (obras, suministros, gestión de servicios públicos), como los de compraventa de muebles, préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, explotación patrimonial, laborales o cualesquiera otros, se regirán por sus Leyes especiales, siendo de aplicación la presente Ley como Derecho supletorio en defecto del que se determine como tal en las normas reguladoras de los referidos contratos».*

Surgen inmediatamente una serie de interrogantes a esta regulación: ¿Cuáles son las Leyes especiales que regulan el fondo de alguno de los con-

tratos citados, como el préstamo, el transporte y de esos otros cualesquiera contratos? ¿Por qué no remitirse al Derecho privado en general?

— Si en la Ley de Bases se prevén tres sistemas distintos de selección de contratistas, uno para las obras, otro para los suministros y un tercero para la concesión de servicios, ¿cuál de ellos es el que ha de aplicarse con carácter supletorio? ¿Se aplicará como regla general el procedimiento de subasta, previsto para el contrato de obras, en primer término, o la regla del concurso establecida para el contrato de suministro y el de gestión de servicios públicos?

— Si en la Ley se contienen tres regulaciones de fondo distintas para cada uno de esos contratos, obras, suministros y gestión de servicios, ¿cuál de ellas ha de aplicarse con carácter supletorio a los demás contratos del Estado?

Pero la complicación del sistema de la Ley de Bases es todavía pequeña en comparación con la contenida en el texto articulado, hasta tal punto que puede razonablemente afirmarse que el texto articulado ha extralimitado en este punto la delegación conferida por las Cortes.

El artículo 18 comienza en forma parecida a la base II:

*«Los contratos del Estado que reconozcan un objeto diferente de los enumerados en el artículo 1 de esta Ley, como los de compraventa de inmuebles, de muebles que no tengan la consideración de suministros, préstamos, depósito, explotación patrimonial, laborales o cualesquiera otros, se regirán por sus normas privativas, y en su defecto se aplicarán las reglas siguientes».*

Estas reglas aclaratorias son precisamente las que introducen el confuisionismo más extremo. Veámoslo:

*«Cuando se trata de contratos que, según su naturaleza, deban quedar sometidos al ordenamiento jurídico-administrativo, éste funcionará como Derecho supletorio, siendo peculiarmente aplicables con tal carácter las normas contenidas en esta Ley.*

*Si la naturaleza del contrato excluye la aplicación en general del ordenamiento jurídico-administrativo, se observarán, no obstante, los principios establecidos en esta Ley sobre competencia y procedimiento a falta de reglas específicas al respecto, sin perjuicio de acudir como Derecho supletorio a las Leyes civiles y mercantiles».*

Las incongruencias son aquí evidentes:

— Si la naturaleza del contrato comporta la sumisión al ordenamiento jurídico-administrativo, ¿cómo se puede afirmar a continuación que éste funcionará como derecho supletorio, y con este carácter supletorio peculiarmente la Ley de Contratos del Estado?

— Si, por el contrario, la naturaleza del contrato excluye la aplicación del Derecho administrativo, ¿cómo se puede afirmar que las Leyes civiles

y mercantiles se aplicarán con carácter supletorio? ¿No es esto caer en el puro vacío al no declarar la aplicación principal del Derecho privado ni del Derecho administrativo a la regulación de fondo?

Por si todo esto fuera poco confuso y absurdo, el artículo 19 viene a coronar esta confusión al establecer que

*«los contratos que carezcan en el ordenamiento jurídico de régimen específico se regularán, según su naturaleza, conforme a los principios consagrados en los párrafos segundo y tercero del artículo anterior».*

De todo ello parece deducirse que el texto articulado distingue las siguientes clases de contratos:

1.<sup>a</sup> Contratos típicos, que son los de obras, suministros y gestión de servicios, con regulación completa en la Ley.

2.<sup>a</sup> Contratos con régimen jurídico específico y por naturaleza administrativos (apartado 2.º del artículo 18).

3.<sup>a</sup> Contratos con régimen jurídico específico y por naturaleza civiles (artículo 18, párrafo 3.º).

4.<sup>a</sup> Contratos sin régimen jurídico específico y de naturaleza administrativa (artículo 19, en relación con el párrafo 2.º del artículo 18).

5.<sup>a</sup> Y, por último, contratos sin régimen jurídico específico y por naturaleza civiles (artículo 19, en relación con el párrafo 2.º del artículo 18).

Tanta ansia de precisión nos parece realmente innecesaria y peligrosa, y por ello creemos que lo más razonable será prescindir de estos preceptos y entender, de conformidad con la Ley de Bases y la tradición de nuestro Derecho, que los contratos de la Administración no regulados específicamente en el texto articulado se rigen por el Derecho civil, el Derecho mercantil o el Derecho laboral o Leyes especiales cuando existan, sin perjuicio de que si tienen por finalidad obras o servicios públicos, sean de la competencia de la jurisdicción administrativa y no de la jurisdicción ordinaria, en donde seguirán principalmente radicados los contratos que se refieran a la gestión del patrimonio privado de la Administración.

**B) Inexistencia de un sistema general de selección de contratistas, aplicable a todos los contratos del Estado.**

El abandono de un sistema general de selección de contratistas, que era punto central del capítulo V derogado y lo sigue siendo en la legislación local, es una gran innovación de la Ley.

De esta forma, los contratos que celebre el Estado, salvo el de suministro, obras públicas y gestión de servicios, carecen de la regulación de un procedimiento de selección de contratistas. Es verdad, sin embargo, que los contratos civiles de gestión del patrimonio privado de la Administración tienen previsto en la Ley de Patrimonio y su Reglamento la forma de su celebración. Respecto a los demás contratos que puede celebrar la Administración, como el de transporte, mandato, seguro, fletamento y, en general, cualquier otro contrato atípico, sólo parece aplicable el principio

general establecido en el artículo 8, de que han de celebrarse con publicidad y concurrencia (48).

Advertencia similar cabe hacer respecto de las fianzas, que no se regulan en las disposiciones preliminares del texto articulado, sino particularizadamente también para los contratos de obras, suministros y gestión de servicios. Parece sin embargo lógico que la regulación para el contrato de obra, que es la regulación base, se aplique analógicamente a las restantes clases de contratos, y así lo previene en cierto modo el artículo 9 del texto articulado.

C) *Aumento y proliferación de las fuentes de Derecho administrativo en la contratación del Estado.*

Sin duda es característica de la nueva legislación una preocupación por establecer un orden en las fuentes de la contratación, si bien esta loable intención ordenadora ha llevado quizá a una proliferación excesiva con respecto al sistema anterior de las normas jurídicas y pliegos que han de regir la contratación.

1. *Normas con rango de Ley.*

En primer lugar, es obligado contar con la vigencia de la Ley de Bases, a la que, sin duda, en más de alguna ocasión habrá que acceder para interpretar, suplir deficiencias e, incluso, como en materia de clasificación de contratos, para no aplicar el texto articulado, por extralimitación notoria de éste, según acabamos de ver.

2. *Reglamentos de contratación.*

En segundo lugar, como norma central del sistema, hay que contar con el texto articulado que estamos comentando. Señalamos aquí que el texto ha entrado en vigor el 1 de junio de 1965, siendo de aplicación a los contratos que se preparen por la Administración con posterioridad a esa fecha. Se derogan expresamente el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad, la Ley de Fianzas de 20 de diciembre de 1960 y los artículos 41 a 47 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre organismos autónomos (disposiciones finales 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>).

En el desarrollo del texto articulado se prevé la confección de un Reglamento general (disposición adicional 1.<sup>a</sup>). Este, como cualquier otra disposición reglamentaria que se dicte, ha de ser aprobado por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda. Este principio de orden competencial es loable, y con ello se evitará que por simples Ordenes ministeriales proliferen excesivamente las normas de contratación. Lo que no parece posible por ahora es prescindir de los Reglamentos ministeriales de contratación, que por el momento continúan vigentes (disposición final 5.<sup>a</sup>),

(48) Insistimos de nuevo en que mientras la regla general para el contrato de obras es el de seleccionar al contratista por el procedimiento de subasta, en el contrato de suministro y gestión de servicios la regla general es la de seleccionarle a través del concurso. Se deja, pues, en el aire y sin solución clara un problema capital.



y a cuya existencia están acostumbrados muchos sectores de la Administración, y en especial la Militar.

En todo caso es recomendable que tanto el Reglamento general como los departamentales se limiten a desarrollar únicamente los aspectos procedimentales y orgánicos de la Ley, sin reiteraciones inútiles de sus preceptos, y cuidando de evitar la tentación de ampliar aún más las reglas de fondo de los contratos que la Ley contiene abundantemente. Las posibles lagunas, que siempre habrá, como ocurre en toda ordenación legal, es mejor dejarlas a la función integradora de los Tribunales que resolverlas por vía reglamentaria. La materia contractual bien merece éste respeto del Poder ejecutivo, que si ya es parte y juez provisional en los contratos, al menos debe conformarse con no ser también legislador.

### 3. *Pliegos de condiciones generales.*

No menos generosa es la previsión de la Ley sobre pliegos de condiciones. He aquí los distintos tipos previstos:

— En primer lugar, se prevé la existencia de pliegos de cláusulas administrativas generales. Según el artículo 11, estos pliegos han de contener las cláusulas típicas a que en principio se atemperará el contenido de los contratos regulados en la Ley. Cuesta realmente trabajo imaginar, después de la profusa regulación de fondo que la Ley contiene del contrato de obras y del contrato de suministros en que han de consistir esas cláusulas rectoras y de carácter principal, que incidan sobre el contenido sustancial de los contratos y no sobre simples aspectos procedimentales. Difícil de imaginar, ciertamente, porque la técnica de pliegos de condiciones generales ha nacido y se justifica por la inexistencia de una regulación pormenorizada de fondo por Ley para las obras y los suministros de la Administración. Si la Ley ya la contiene, parece que los pliegos generales de condiciones deberían estar de más, como se desprende del hecho de que buena parte del clausulado del Pliego de 1903 ha pasado a la Ley.

Por lo demás, estos pliegos han de ser aprobados por el Gobierno, previo informe de la Asesoría Jurídica ministerial, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y del Consejo de Estado, informes todos ellos preceptivos, pero no vinculantes.

— Independientemente de éstos, la Ley da carta de naturaleza a los pliegos de prescripciones técnicas generales, cuya aprobación también se reserva al Gobierno, previo informe, exclusivamente aquí, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La generalidad de estos pliegos ha de ser, sin duda, relativa, pues, como es lógico imaginar, unas mismas características técnicas no han de cuadrar a toda clase de obras, y mucho menos a todos los suministros o concesiones de servicios.

### 4. *Los pliegos de condiciones particulares.*

Correlativamente a los dos tipos de pliegos generales, se regulan en la Ley los pliegos de cláusulas administrativas especiales y los pliegos de prescripciones técnicas particulares. A través de ellos se concreta el con-

tenido contractual y se individualizan y definen las prestaciones de ambas partes.

La confección de estos pliegos se atribuye, como es lógico, a la autoridad competente para celebrar el contrato (art. 11). Los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden contradecir lo establecido en los pliegos generales, lo que es concorde con la naturaleza no reglamentaria de éstos, y a lo que en todo caso obliga la realidad práctica de la contratación. Sólo se condiciona esa posibilidad al informe preceptivo, pero no vinculante, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y del Consejo de Estado (art. 12).

Una vez anunciados los pliegos, su contenido no puede ser alterado cuando se redacten los oportunos contratos. De poco sirve, ciertamente, esta precaución, porque incluso una vez formalizado el contrato, la Administración puede, usando de sus poderes modificatorios, alterar el contenido contractual, y así se previene a continuación en la Ley (art. 11, párrafo 2.º). Esta inalterabilidad, pues, sólo cubre propiamente las fases preparatorias de perfección del contrato.

Ni una ni otra regla se establecen para los pliegos de prescripciones técnicas particulares, a los que, sin embargo, parece lógico extender por analogía su aplicación.

#### D) *Aplicación supletoria y aplicación principal del Derecho privado.*

Más atrás ya ha quedado expuesto nuestro punto de vista acerca de la aplicación principal y no supletoria del Derecho privado en la regulación de fondo de los contratos del Estado con arreglo a la legislación derogada.

Este criterio ya no puede ciertamente sostenerse en los mismos términos, por la elemental razón de que la nueva Ley contiene una regulación de fondo completa para el contrato de obras y para el suministro, contratos ambos de posible celebración entre particulares. A estos contratos es, pues, a los que el Derecho privado se aplicará supletoriamente, según la nueva formulación que se contiene en el artículo 1.º de la Ley: «Sólo en defecto del ordenamiento jurídico administrativo será de aplicación el Derecho privado».

Por el contrario, para los restantes contratos de la Administración, para los que no existe una regulación de fondo por la Ley, pese a la generalidad con que está redactado el precepto que acabamos de citar, y pese a las equívocas declaraciones y clasificaciones de los artículos 18 y 19 de la Ley, el Derecho privado ha de seguir aplicándose con carácter principal y no supletorio. Con carácter principal se aplicará éste a la compra-venta de inmuebles, a la de muebles que no tengan la condición de suministros, al depósito, al transporte, arrendamientos, citados en el artículo 18, y además a los que éste no cita y son de posible celebración para el Estado, y en general para todos los contratos atípicos.

Evidentemente que la Ley de contratos ha de aplicarse en todo aquello que sean normas sobre competencia administrativa y procedimiento de selección de contratistas; pero esta aplicación principal de este sector del ordenamiento jurídico-administrativo no contradice la afirmación anterior, toda vez que el Derecho privado no regula aquellos extremos.

En resumen, pues, la aplicación del Derecho privado puede resumirse, a nuestro juicio, en los siguientes principios:

— Aplicación supletoria a la regulación de fondo contenida en la Ley sobre el contrato de obras y suministros.

— Aplicación supletoria a la regulación de fondo de la Ley del contrato de gestión de servicios públicos y de las restantes disposiciones administrativas que rigen las concesiones, negocios jurídicos éstos que por ser de imposible celebración por los particulares no ha existido nunca sobre ellos una aplicación principal del Derecho privado.

— Aplicación principal del Derecho privado para los restantes contratos del Estado, y cuya celebración es posible entre simples particulares.

#### E) *Predominio competencial del Ministerio de Hacienda.*

Evidentemente que toda actividad administrativa, en cuanto origina un gasto, tiene que provocar la entrada en juego del Ministerio de Hacienda, fundamentalmente por depender de él la intervención crítica y contable de los gastos públicos. En materia de contratos, el Ministerio de Hacienda ha visto, sin duda, reforzado este simple título por la inclusión de la legislación de contratos en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, que antes contenía el Real Decreto de 1852.

Simplemente por esto también, y no porque existan otro tipo de razones sustanciales, es por lo que la preparación de la Ley ha corrido prácticamente a cargo del Ministerio de Hacienda, que, como veremos, ha reforzado de paso notablemente sus competencias. Este Ministerio, que es precisamente un Departamento que ni otorga concesiones de servicios públicos ni contrata obras, ni suministros, es prácticamente el que goza ahora sobre todos los demás de una posición de neta superioridad.

A mi juicio, sin embargo, como materia que afecta a varios departamentos y cuya trascendencia no es simplemente patrimonial, es a la Presidencia del Gobierno a la que correspondería, en principio, la preparación y desarrollo de la legislación de contratación administrativa. Piénsese, si no, en lo decisiva que es esta materia para el Ministerio de Obras Públicas y para los tres Ministerios militares, o para el Ministerio de Comercio, gestor de la política de abastecimientos, a través, y en buena parte, de contratos de suministros, para comprender que el problema del gasto y ahorro es un problema menor en relación con los problemas sustanciales que la contratación del Estado presenta.

Pero que el Ministerio de Hacienda habría de ser el administrador prácticamente en solitario de la reforma de la contratación es algo que estaba ya cantado desde la creación dentro de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por los Decretos de 4 de febrero y 6 de mayo de 1960 y 12 de julio de 1962, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. En problemas de competencia entre distintos Ministerios y Cuerpos de funcionarios, es rigurosamente cierto el principio de que «quien primero crea el órgano, da dos veces».

Ciertamente que la creación de un órgano de consulta y estudio en materia de contratación no ha sido una novedad inventada por nuestra Ad-

ministración; en Francia se creó, por Decreto de 16 de septiembre de 1942, una *Commission d'étude des marchés*, presidida por un Consejero de Estado, y comprendiendo a la vez altos funcionarios, representantes de empresas nacionalizadas, contratistas de obras y suministradores, Comisión a la que se atribuyó la misión de preparar la reforma del régimen de los contratos. Posteriormente las Comisiones han tenido un desarrollo excesivamente generoso: Comisiones consultivas de ámbito ministerial, comunes a varios Ministerios, y Comisiones especializadas para ciertos tipos de trabajo o de servicio (49).

Nuestra Comisión Consultiva se distingue, no obstante, de su antecesora francesa por darse en ella un predominio prácticamente exclusivo de los funcionarios del Ministerio de Hacienda y por una complejidad organizatoria absolutamente desproporcionada con ese antidemocratismo, valga la expresión, de los restantes departamentos ministeriales y respecto a algún tipo de representación de los contratistas, a los que sería, sin duda, justo y conveniente oír. Por no ser, pues, realmente la Comisión otra cosa que una reunión escandalosamente mayoritaria de funcionarios del Ministerio de Hacienda, no se comprende esa suerte de fascinación que en su estructura ha ejercido la organización del Consejo de Estado, y que le ha llevado como a éste a organizar en secciones, Comisión Permanente y Comisión Plena (50).

La Ley de Contratos que comentamos se gestó en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y como premio, sin duda, a esa laboriosidad, las iniciales e ingenuas competencias de ésta se han visto notablemente incrementadas, como veremos a continuación al exponer las funciones del Ministerio de Hacienda:

— Se conservan las funciones tradicionales de este departamento, como es la fiscalización del gasto (art. 14) o el control de la unidad del asesoramiento jurídico, que, salvo en los Ministerios militares y en el Ministerio de Justicia, se cumple a través de los Abogados del Estado, funcionarios dependientes de la Dirección General de lo Contencioso.

— Se atribuye *ex novo* al Ministerio de Hacienda la iniciativa y proposición de todas las disposiciones reglamentarias que se dicten en desarrollo de la Ley, así como la de revisar los procedimientos que incidan en la contratación, a fin de agilizar su tramitación y simplificar sus etapas (disposiciones adicionales 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>). Se acabaron, al menos en teoría, las tradicionales facultades de reglamentación autónoma de cada Ministerio.

— El Ministerio de Hacienda ha de informar a través de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa los pliegos de cláusulas administrativas generales, los pliegos de prescripciones técnicas generales y los pliegos de cláusulas administrativas especiales en que se incluyan estipulaciones contrarias a lo previsto en los correspondientes pliegos generales (artículos 11, 12 y 13).

— Al Ministerio de Hacienda se le atribuye la función de concurrir a

(49) HAINUT y JOLIET, op. cit., I, núms. 55 a 58.

(50) Decreto de 12 de julio de 1962.

la recepción definitiva de las obras a través del representante de la Intervención General del Estado y un facultativo habilitado al efecto por la Dirección General del Patrimonio del Estado, lo que muy posiblemente puede conducir a la creación de un nuevo Cuerpo de funcionarios técnicos, y también a conflictos y colisiones entre éstos y los funcionarios técnicos del Ministerio u organismo contratante (art. 55).

— Por último, al Ministerio de Hacienda se atribuye toda la competencia en materia de clasificación de contratistas y la registración de todo tipo de contratos. Por lo primero, se entrega prácticamente a este departamento y para los contratos de obras desde la publicación del texto articulado, todo un control previo sobre la capacidad para ser contratista, ya que la correcta clasificación es condición previa para ello (art. 8, apartado 4). Con la creación del Registro de Contratos en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se atribuye también al Ministerio de Hacienda ciertas facultades de inspección de carácter general sobre toda la contratación del Estado, pudiendo dicha Junta dirigirse directamente a cualquier órgano de la Administración exponiéndole las recomendaciones pertinentes (arts. 110 y 111).

Tiene, pues, pleno sentido ante ese exceso de competencia aludir aquí al problema institucional que la Administración española tiene planteado con el Ministerio de Hacienda, que parece a veces movido por una extraña desconfianza en la gestión de los restantes departamentos y en los funcionarios ajenos a sus cuadros. Ello le lleva, si no a sustituir a los Ministerios gestores en sus funciones específicas, sí a rebajarlos de tal forma y a asfixiarles con tal tipo de controles, que de las propias competencias apenas queda nada. NIETO (51), recientemente, ha planteado esta misma cuestión en relación con la legislación sobre remuneraciones de los funcionarios civiles del Estado, y sus consideraciones tienen aquí perfecta aplicación.

F) *Restricciones al principio de libertad de concurrencia: clasificación y admisión previa de contratistas.*

Un principio cardinal de la contratación administrativa es el de la libre concurrencia de todos los ciudadanos a ser contratistas, principio éste al que sirven directamente las reglas de publicidad de los contratos y los diversos sistemas de adjudicación (52).

En virtud de ese principio, la Administración no puede crear discriminaciones jurídicas ni discriminaciones de hecho, susceptibles, como precisa LAUBADÈRE (53), de provocar una ventaja en ciertos concurrentes o crear en su contra un *handicap*.

Este principio, cuyo fundamento estriba en el obligado respeto al principio de igualdad de todos los ciudadanos (54) y en la conveniencia eco-

(51) *Proyecto de Ley sobre retribuciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*, en «Revista de Derecho Financiero», núm. 56, 1964, separata, pág. 29.

(52) BOQUERA, op. cit., págs. 24 y ss.

(53) Op. cit., núm. 276.

(54) Principio expresamente proclamado en el artículo 11 del Fuero de los Españoles y en Principio VIII de la Ley de Principios.

nómica para la Administración de crear un máximo de competencia entre los posibles contratistas, es perfectamente compatible con la existencia de determinadas prohibiciones o incapacidades especiales y de un sistema ya organizado de selección previa. Ambas limitaciones al principio de la libre concurrencia están recogidas en la nueva Ley.

### 1. *Las incapacidades especiales para ser contratista.*

La Ley recoge sustancialmente, en su artículo 4.º (55), las incapacidades que se establecían en el artículo 48 de la Ley de Administración y Contabilidad, corrigiendo algunos aspectos de su redacción e introduciendo las siguientes novedades:

— En primer lugar, se suprime la incapacidad que figuraba en el número 5 del artículo 48, relativa a estar privado el aspirante a contratista, por cualquier causa, «de la libre disposición de los bienes», supresión justificada por el hecho de que la posibilidad de contratar con la Administración implica ya la previa capacidad general de contratar del Derecho privado, y sobra, por consiguiente, cualquier referencia a ella.

— Se conserva la incapacidad de los funcionarios públicos del Estado, entes locales y organismos autónomos para ser contratistas, precisándose que ésta se extiende también a «empresas o sociedades de las que formen parte personas incompatibles con arreglo a la legislación vigente» (56).

— En cuanto a la aptitud de las empresas extranjeras, cuya capacidad para ser contratista se sigue reconociendo condicionadamente a lo que establezcan las normas de ordenación de la industria y de inversión de capi-

(55) «Están facultadas para contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que teniendo plena capacidad de obrar no se hallen comprendidas en alguna de las circunstancias siguientes:

- 1) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a cualquier clase de penas como sanción de delitos, de falsedad o propiedad.
- 2) Estar procesadas por los delitos a que se refiere el apartado anterior.
- 3) Estar declaradas en suspensión de pagos o incursas en procedimiento de apremio como deudoras del Estado o de sus organismos autónomos.
- 4) Haber sido declaradas en quiebra o en concurso de acreedores, mientras no fueran rehabilitadas o insolventes, fallidas en cualquier procedimiento.
- 5) Haber dado lugar por causa de las que se les declare culpables a la resolución o rescisión de los contratos celebrados con el Estado o con sus organismos autónomos dentro de un mismo período de cinco años.
- 6) Ser funcionario público dependiente de la Administración del Estado, de las Administraciones autónomas o de las Administraciones locales.
- 7) Las empresas o sociedades de las que formen parte personas incompatibles con arreglo a la legislación vigente.
- 8) No hallarse debidamente clasificado en su caso, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».

(56) Establecidas en el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955, y ahora en los artículos 152 a 154 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/194, de 7 de febrero de 1964. Sobre el tema de las incompatibilidades, vid. SERRANO GUIRADO, *Las incompatibilidades de autoridades y funcionarios*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

tal extranjero, se prevén otras limitaciones por tiempo determinado, y cuya regulación se remite en la potestad reglamentaria del Gobierno.

— Novedad también de la Ley, en este punto de la capacidad, es la previsión del artículo 5.º de admitir como contratistas a agrupaciones temporales de empresarios. A este efecto se obliga a las empresas agrupadas a nombrar un representante o gerente único para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se derivan, declarándose al propio tiempo la responsabilidad solidaria de todos los miembros de la agrupación.

— Por último, el apartado 8.º del artículo 4.º incluye entre las incapacidades especiales la de que el contratista no se halle debidamente clasificado con arreglo al sistema que la Ley establece. Damos a continuación cuenta más detallada de este punto.

## 2. *El requisito de la clasificación previa.*

Fué en Italia, que sepamos, en donde primero se estableció un sistema de selección previa y permanente de contratistas, y se elevó la obtención de determinada clasificación de la empresa a requisito previo para poder concurrir a una licitación de obras. El *Albo Nazionale degli appaltatori di opere pubbliche*, creado por la Ley de 10 de junio de 1937, y modificado en 1942, no ha logrado sobrevivir al régimen fascista que lo estableció, aunque aquella legislación no haya sido formalmente derogada. Ello es debido a que este sistema, en la forma que está estructurado, se estima inconciliable con el principio de libertad de la actividad económica que garantiza el artículo 41 de la Constitución. En tanto no se establece un sistema de registro de carácter nacional, para lo cual se han producido ya varias tentativas, los diversos departamentos ministeriales y las Administraciones regionales y locales y organismos autónomos han recurrido a un sistema de listas de confianza (*elenchi di imprese di fiducia*) que al inconveniente de la multiplicidad unen el no menor de su falta de uniformidad (57).

Un régimen similar al de Registro Nacional de Contratistas es el de la *agregation*, existente en Bélgica desde 1947, creado por Ley de 7 de febrero y desarrollado por *l'arrêt du Regent* de 2 de marzo del mismo año.

La agregación es general, o especial para poder concurrir a los contratos que sobrepasen determinada cifra. La agregación se otorga previo informe de una Comisión, cuya composición responde a un profundo sentido democrático y a la vez, y a mi juicio, a un no menor sentido práctico: la preside un magistrado y forman parte de ella representantes de los departamentos ministeriales de los empresarios y de los trabajadores. La Comisión no resume su papel a este informe previo a la agregación, sino que su intervención se extiende a proponer los términos de la clasificación, la exclusión temporal o definitiva de la contratación o la revocación de los

(57) CIANFLONE, op. cit., pág. 193; ROFFRSEN DI CAMERATA, op. cit., pág. 93.

beneficios de la *agregation*. Es el Ministerio de Obras Públicas el que confiere la agregación y el que decreta y publica las sanciones (58).

El sistema de clasificación y registro de contratistas que la Ley introduce responde fielmente a las características de estos sistemas. Es, pues, nieto de abuelo italiano e hijo de padre belga. La obligación de obtener la clasificación se impone en todas las empresas que hayan de contratar una obra cuyo importe exceda de cinco millones de pesetas, o que sumadas las diversas adjudicaciones se pase de esta cifra. La clasificación de las empresas se hará con arreglo a sus características fundamentales y determinará la categoría de los contratos a cuya adjudicación pueda concurrir u optar por razón del objeto y cuantía de los mismos, pudiendo además tener en cuenta el volumen de la obra que pueden contratar para su simultánea ejecución, lo que ha de valorarse teniendo en cuenta la obra a ejecutar anualmente por la empresa, la previsión ordenada de la obra en cartera, la obra realizada en ejercicios anteriores y las necesidades de la Administración para lograr una normal concurrencia (art. 99).

Al Ministerio de Hacienda se atribuye la competencia para decretar la clasificación y la suspensión temporal, la suspensión indefinida y la anulación definitiva de la clasificación (art. 100).

La propuesta para adoptar estas resoluciones se formularán, por delegación permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a una Comisión clasificadora, sobre cuya composición nada dice la Ley. Las decisiones del Ministerio de Hacienda son recurribles por una alzada especial ante el Consejo de Ministros, a quien, a su vez, se faculta, a propuesta del departamento ministerial interesado, e informe de la Junta Consultiva, para dispensar a cualquier empresa del requisito de la previa clasificación. Por supuesto que esta gracia especial de dispensa, como aclara la Ley, sólo podrá concederse por razones de interés público.

A la Comisión clasificadora, actuando en nombre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se le confieren poderes de inspección y control sobre las empresas clasificadas, de las que puede interesar toda clase de informes técnicos y financieros para comprobar las declaraciones efectuadas, y asimismo, y en funciones de comprobación, desplazar a sus oficinas e instalaciones los funcionarios que estime conveniente.

Aunque a primera vista pudiera sorprender, nada tiene de extraño que el Registro Oficial de Contratistas no se domicilie en el Ministerio de Hacienda, sino en el Ministerio de Industria.

Esto, que originará, sin duda, una molestia suplementaria a las empresas en el proceso de clasificación, no comporta una pérdida de competencias de aquel departamento en favor de éste; por el contrario, el Ministerio de Hacienda se libera de los aspectos puramente mecánicos de la inscripción, reservándose, como hemos expuesto, todas las grandes y pequeñas decisiones en la materia.

No podemos, por último, dejar de consignar nuestra extrañeza acerca del hecho de que siendo el Ministerio de Obras Públicas el departamento ministerial a quien en proporción abrumadora afecta sustancialmente la

(58) *Arrêt* de 31 de marzo de 1947 y Decreto-Ley de 3 de febrero de 1947; HAINUT y JOLIET, op. cit., núms. 90 y 91.



contratación de obras, haya quedado tan al margen en esta regulación de competencias. En esto, la Ley sí se aparta ostensiblemente del sistema belga. Una velada desconfianza, cuyas razones no se nos alcanzan, hacia el departamento realmente gestor de las obras públicas, parece haber inspirado ciertamente todo el articulado de la Ley.

3. *Los efectos de la incapacidad del contratista sobre la validez del contrato.*

La nueva Ley, como la anterior (59), mantiene la regla de la nulidad del contrato celebrado por una persona incurso en las prohibiciones que enumera, si bien no recoge la obligación del contratista de declarar la no concurrencia de ellas y la correspondiente incriminación de falsedad.

Como en la legislación derogada, se deja al arbitrio de la Administración el decretar «la continuación de los efectos del contrato inválido por el tiempo preciso, si de la declaración de nulidad se siguiese grave perjuicio para los intereses públicos». Estamos aquí en presencia de una aplicación del principio más general de los negocios jurídicos bilaterales de que los efectos de la nulidad no pueden, en ningún caso, favorecer al causante de los vicios; en este caso de lo que se trata, ante todo, es de no causar un perjuicio a la Administración contratante y en base a sustanciales razones de interés público, aunque sea a costa de favorecer al contratista incapacitado, y de paso exponerse a burlar el derecho de otro aspirante a la adjudicación de la contrata.

G) *Mayor discrecionalidad de la Administración en la elección del procedimiento de selección de contratistas: La crisis de la subasta.*

La regla de la subasta o, lo que es igual, del procedimiento de adjudicación pública y abierta, con atribución automática del contrato a la oferta con precio más ventajoso, ha señoreado durante varios siglos en las legislaciones de la órbita francesa. En Francia, con explícitos antecedentes en las Ordenanzas de MOLLINS de 1566, se generaliza en la etapa colbertista (60), y es la regla de oro de la Ordenanza de 4 de diciembre de 1836, que han seguido fielmente el Real Decreto de BRAVO MURILLO de 1852, la Ley belga de 15 de mayo de 1846 sobre contabilidad del Estado, y la Ley de 20 de marzo de 1865 en Italia.

Pero la regla de la adjudicación pública o subasta ha pasado por una segunda etapa, en que de ser prácticamente la única técnica de selección de contratistas, se ha convertido en una simple regla general de virtualidad decreciente por el aumento de los supuestos de excepción, en los que se justificaba la contratación por concurso o por concierto directo (61).

(59) Artículo 48 de la Ley de Administración y Contabilidad, último párrafo.

(60) LUBRANO-LAVADERA, *Les marchés de l'Etat et les collectivités locales*, Berger Levrault, 1960, pág. 28.

(61) BOQUERA, op. cit., pág. 37. La crisis de la subasta es consecuencia del abandono del punto de vista financiero, concebido en el limitado aspecto patrimonialista, y que si en aras del ahorro puede llevar a una rebaja en el coste de las obras y prestaciones, indirectamente puede repercutir en la calidad de éstas. Ello aparte de que las

Como era normal prever, la nueva Ley ha querido seguir esta tendencia, tan generalizada ya en el Derecho comparado,; pero si en su aplicación el contrato de obras se ha quedado corta al no equiparar y dejar a la discrecionalidad de la Administración la elección entre procedimiento de la subasta y el concurso, en el contrato de suministros se ha pasado, a mi juicio, de la raya al suprimirse lisa y llanamente el procedimiento de la subasta.

Antes de enjuiciar, sin embargo, debidamente las soluciones de la nueva Ley, bueno será hacer un recorrido por el Derecho comparado, y en especial de la moderna legislación francesa y belga, que son las que han ejercido una mayor influencia en la redacción de la Ley.

1. *Clases de procedimientos de selección de contratistas y discrecionalidad total de la Administración para optar entre unos y otros en la moderna legislación francesa y belga.*

En Francia, el Decreto de 13 de marzo de 1956 establece los siguientes sistemas de selección de contratistas: El procedimiento de subasta, conocido por la denominación de adjudicación pública, que a su vez tiene dos modalidades: adjudicación pública, abierta a todos los posibles candidatos, y adjudicación restringida, que se anuncia también en el *Bulletin Official des marchés publics*, pero en la que se limita la concurrencia a los candidatos admitidos por el Ministro antes de la sesión de adjudicación y a la vista de las referencias particulares de éstos y su correspondencia con las condiciones de capacidad técnica y profesional que se han fijado en el pliego de condiciones. Está prevista la intervención de una *Commission d'adjudication*, que resuelve las admisiones previas o emite informes sobre los licitadores, según los poderes que le son conferidos en cada departamento. La Administración goza de un poder discrecional para pronunciar las admisiones, que no tienen que ser motivadas, aunque pueden ser atacadas por desviación de poder (62).

Con carácter muy similar a nuestro concurso, el citado Decreto introduce un nuevo sistema de selección: la «llamada de ofertas» (*L'appel d'offres*), en la que la Administración elige la propuesta de contrato más conveniente, sin estar vinculada por aquella proposición que ofrece un precio más ventajoso. Este procedimiento admite a su vez tres variedades: abierta, lo que supone una llamada pública a la concurrencia; restringida, es decir,

ventajas financieras de la adjudicación, por la mayor facilidad de entendimiento entre los licitadores, no son tan seguras en esta época como en el siglo pasado, a lo que hay que sumar el menor margen, en muchos casos, de la posibilidad de aumentar o rebajar los márgenes comerciales derivados de la mayor intensidad en los actuales sistemas de tasación de precios, salarios y limitación de beneficios (LUBRANO LAVADERA, op. cit., página 28).

(62) En todo caso la contrata se atribuye al licitador *le moins disant* o *le meilleurs offrant*. Si existe empate, la adjudicación se resuelve por sorteo (*tirage au sort*), si los licitadores interesados se niegan a hacer nuevas ofertas a precios inferiores, o si las rebajas ofrecidas siguen siendo iguales. Vid. LAUBADÈRE, op. cit., núm. 298. El artículo 29 del Decreto citado en el texto declara sometida la adjudicación restringida a las reglas de la adjudicación pública.

limitada a aquellos que la Administración ha decidido consultar, y como última variedad, *l'appel d'offres sur concours*, limitada a los supuestos en que el oferente ha de presentar un proyecto concreto, precisar los términos de un proyecto ya establecido, o ambas cosas a la vez (63).

La Administración goza de un absoluto poder discrecional para elegir entre los primeros cuatro procedimientos (64). Para que la Administración pueda, sin embargo, contratar directamente (*marchés de gré à gré*), tiene que concurrir alguno de los once supuestos que se enumeran en el artículo 35 (65).

(63) Artículos 24 a 34 del Decreto de 13 de marzo de 1956.

(64) Artículo 14: «*Les marchés de l'Etat peuvent être passés soit par adjudication ou sur appel d'offres, aux choix du ministre, soit sous forme de marchés de gré à gré dans les cas visés à l'article 35 ci-après*».

(65) Artículo 35: «*Il peut être passé des marchés de gré à gré entre le service intéressé et l'entrepreneur ou fournisseur:*

1° *Pour les fournitures dont la fabrication est exclusivement réservée, par des propriétaires de brevets d'invention, a eux-mêmes ou a leurs licenciés, ou pour des prestations qui ne peuvent être obtenues que d'un entrepreneur ou fournisseur unique;*

2° *Pour les travaux, fournitures ou services dont l'exécution ne peut, en raison de nécessités techniques qu d'investissements importants préalables, être confiée qu'a un entrepreneur ou fournisseur déterminé;*

3° *Pour les objets, fournitures ou denrées qu'en raison de leur nature particulière et de la spécialité de l'emploi auquel ils sont destinés, il y a intérêt a choisir et acheter aux lieux de production ou de stockage;*

4° *Pour les travaux, fournitures ou services qui ne sont exécutés qu'a titre de recherches, d'essais, d'expérimentation ou de mise au point;*

5° *Pour les travaux, fournitures ou services qui, ayant donné lieu a un appel a la concurrence, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou a l'égard desquels il n'a été proposé que des offres inacceptables;*

6° *Pour les fournitures pour lesquelles, par suite de l'insuffisance de la production nationale, il est impossible de recourir a l'appel a la concurrence;*

7° *Dans les cas d'urgence, pour les travaux, fournitures ou services que l'administration doit faire exécuter au lieu et place des entrepreneurs ou fournisseurs défaillants et a leurs frais et risques;*

8° *Pour les transports confiés aux entrepreneurs de services publics de transports, pour les affretements, ainsi que pour les assurances sur les chargements qui s'ensuivent;*

9° *Pour les travaux, fournitures ou services qui, dans les cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles, ne peuvent pas subir les délais d'une procédure d'appel a la concurrence;*

10° *Pour tous travaux, fournitures ou services, lorsque les circonstances exigent que l'exécution des prestations soit tenue secrète;*

11° *Pour les travaux, fournitures ou services qui intéressent les besoins de la défense nationale, lorsque, en plus de la satisfaction des besoins de l'Administration, il importe:*

a) *D'assurer a la mobilisation une production rapide des fournitures dont la fabrication nécessite soit des études techniques préalables, soit la constitution ou la mise au point d'installation, ou d'outillages spéciaux.*

b) *De maintenir ou développer, dans le cadre de mesures qui auront été préalablement décidées par le Parlement ou par le Gouvernement, la capacité de production d'entreprises déterminées dont l'activité est jugée nécessaire dans l'intérêt de la défense nationale. Pour être admises au bénéfice de l'application du présent paragraphe, les entreprises devront sauf dispositions contraires de la loi, avoir été agréées par le Ministre*

En Bélgica, la Ley de 4 de marzo de 1963 copia casi exactamente las soluciones francesas: adjudicación pública o restringida, llamada de ofertas (*appel d'offres*), general o restringida, y concierto directo (*marché de gré à gré*), como procedimiento excepcional, cuya utilización sólo es posible en los casos estrictamente determinados en la Ley. Es de interés advertir que esta Ley fué aprobada después de un decisivo dictamen del Consejo de Estado, que en términos categóricos criticó un anteproyecto de Ley de contratos, aprobado en Consejo de Ministros el 3 de junio de 1960, en base, sobre todo, a la falta de libertad de la Administración en la elección del procedimiento de selección, lo que situaba al Derecho belga en disparidad evidente con otros países del Mercado Común. Aquel proyecto naufragó por este dictamen, que fué la base de la Ley de 1963 (66).

## 2. Las soluciones de la Ley española.

Es una lástima, a mi juicio, que nuestra Ley no haya demostrado el mismo entusiasmo por recoger las soluciones más modernas y técnicamente más perfectas del Derecho europeo en este punto, y en concreto del francés, que en consagrar legislativamente la tesis francesa de la sustantividad del contrato administrativo. He aquí, desde distintos planos, las características de nuestro nuevo sistema:

### a) Procedimientos de selección de contratistas específicos para cada tipo de contrato.

Insistimos de nuevo aquí en que la Ley rompe con la característica central de la legislación tradicional en nuestra patria de la existencia de un solo sistema de selección, y ha optado por organizar un sistema distinto para cada clase de contratos. Esto constituye también una originalidad en relación con las soluciones del Derecho comparado, sin que en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases se justifique una innovación de tal alcance.

— Para el contrato de obras públicas el artículo 28 establece, en efecto, las siguientes formas de adjudicación: subasta, concurso-subasta, concurso y contratación directa. La Administración puede optar indistintamente entre la subasta y el concurso-subasta, y sólo puede recurrir al concurso y a la contratación directa en los casos señalados en la Ley.

— Para el contrato de suministros parece que se ha descartado completamente el procedimiento de subasta, pues el artículo 87 establece que «los contratos de suministro se adjudicarán ordinariamente por el procedimiento de concurso. La contratación directa sólo podrá tener lugar en los siguientes supuestos...». La misma fórmula se repite en el artículo 69, con relación al contrato de servicios públicos.

Fuera de esta regulación habrá que tener en cuenta los preceptos de

---

*intéressé après avis d'une Commission dont la composition sera fixée par décret et qui comprendra obligatoirement au moins un représentant du Ministre des Finances, un représentant du Ministre de la Défense Nationale et des forces armées et un représentant du Ministère du Travail.*

(66) HAINUT y JOLIET, op. cit., núms. 377, 366 y 373.

la Ley del Patrimonio del Estado, que, como hemos dicho, señalan también fragmentaria y pormenorizadamente el procedimiento a seguir en la elección del contratante para cada clase de contrato sobre la gestión del patrimonio privado del Estado.

Esta carencia de un sistema único de selección de contratistas tiene, a mi juicio, el gran inconveniente de que no hay forma segura de saber cuál es el procedimiento de selección que debe seguirse en cualquier otro tipo de contratos que la Administración puede celebrar —en principio, todos los de los particulares, tanto típicos como atípicos—, y para los que una Ley no señala el procedimiento adecuado.

Quizá fuera conveniente adoptar para suplir este vacío y como sistema general de selección de contratistas, el que la Ley establece para el contrato de obras públicas. Puede apoyar esta solución no sólo la circunstancia de que es el más completo, sino también el hecho de que los artículos 67 y 84 de la Ley lo declaran de aplicación supletoria para el contrato de suministros y de gestión de servicios.

*b) Crisis y pérdida del automatismo en el procedimiento de la subasta, y eliminación del procedimiento de subasta en el contrato de suministros.*

La subasta ha perdido su carácter de procedimiento primordial y exclusivo, como se deduce de lo ya expuesto: su equiparación al concurso-subasta en el contrato de obras y su eliminación como procedimiento de selección en el contrato de suministros. Esto último nos parece excesivo y no acertamos a encontrar el fundamento de esta eliminación radical que la Exposición de Motivos de la Ley de Bases trata de justificar en el hecho de que «el concurso permite un conocimiento del mercado de los productos y del empresario más conveniente en esta operación que en ninguna otra». Esto, que puede ser cierto, sin duda, cuando se trata de adquirir productos manufacturados, no lo es cuando lo que se adquiere son materias primas o comestibles, lo que tiene especial importancia en la contratación de la Administración Militar. En este caso lo que interesa ante todo es conseguir una rebaja en los precios, y esto es lo que garantiza precisamente el procedimiento de subasta. La eliminación radical, pues, no está justificada por ese presunto conocimiento del mercado de los productos que la propia subasta también garantiza. Ni tampoco está justificada su eliminación por el hecho de que el concurso permite también seleccionar al «empresario más conveniente»; también importa elegir al empresario más conveniente en el contrato de obras y en los restantes que la Administración celebre, y sin embargo, esto no ha conducido a la eliminación en ellos del procedimiento de subasta.

La subasta ha perdido, por otra parte, su rígido automatismo, y la Administración está ahora liberada de confirmar la adjudicación provisional no sólo cuando se observen infracciones formales del ordenamiento jurídico, sino también cuando, previo informe preceptivo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se presuma fundadamente que la proposición no puede ser normalmente cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias. Inexplicablemente, sin embargo, la

Ley no da regla alguna para resolver el supuesto de que se presenten dos ofertas con el mismo precio, y que el artículo 50 del capítulo V derogado resolvía estableciendo una licitación por pujas a la llana, y en su defecto, por sorteo.

c) *La admisión del sistema del concurso-subasta en el contrato de obras.*

La nueva Ley establece para la Administración del Estado el sistema del concurso-subasta, procedimiento admitido en la legislación local (67), cuya existencia había sido señalada precisamente como una de las superioridades de ésta con relación al capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad, aunque en el artículo 56 de esta última estaba previsto un sistema de selección previa a la subasta y, por ende, de concurso-subasta (68). El concurso-subasta no es más que el mismo procedimiento de subasta, con un trámite de admisión previa, a cuyo efecto en los correspondientes pliegos de condiciones se consignan las especiales que hayan de regular ésta, sobre la que decide la propia autoridad, a quien compete en último término la aprobación del contrato. La notificación de las decisiones sobre la admisión previa se lleva a efecto por el Presidente de la Masa de Contratación inmediatamente antes del acto público de adjudicación provisional. Por lo demás, el procedimiento sigue las reglas de la subasta y el contrato se adjudicará a la proposición más ventajosa según su precio.

Nada tenemos que decir de esta regulación, salvo que la denominación de concurso-subasta no le cuadra en absoluto, y que es de lamentar que su desafortunado empleo por la legislación local se haya mantenido y reproducido en esta Ley. Decimos que esta terminología es desafortunada e impropia porque, aparte de que decir concurso-subasta es algo así como decir carne-pescado, el sistema a que responde se conoce en los países cercanos al nuestro con la expresión más apropiada de adjudicación restrictiva (*adjudication restreinte* en Francia y Bélgica), por lo que entre nosotros la denominación correcta sería la de subasta restringida, ya que entre los licitadores que han superado la admisión previa, la contrata se adjudica según la regla típica y característica de ésta, es decir, la de la adjudicación al mejor postor. Es, pues, ante todo y sobre todo, una

---

(67) GARCÍA DE ENTERRÍA (*Dos regulaciones orgánicas...*, op. cit., pág. 254) señala que este concepto aparece en el artículo 61 del Reglamento de 8 de septiembre de 1939, dictado en ejecución de la Ley de 19 de abril de 1939, sobre viviendas protegidas. La legislación local lo toma ya en las bases de 17 de julio de 1945 (base 43), de donde pasa a la Ley articulada de 16 de diciembre de 1950, artículos 307 y 309.

(68) La posibilidad de exigir unas condiciones especiales para tomar parte, tanto en la subasta como en el concurso, y de restringir, por consiguiente, la libre concurrencia en éstos, estaba, sin duda, prevista en el artículo 56 de la Ley de Administración y Contabilidad: «Cuando hayan de reunirse condiciones especiales para tomar parte en la licitación pública o deba tener el contratista a disposición de la Administración determinada cantidad de efectos de los que sean base de la contratación, o poseer fábrica o industria o elementos idóneos para la ejecución de la obra o servicio de que se trate, sólo se admitirán aquellas proposiciones en que se acredite cumplidamente tales requisitos. Estos extremos y el modo de acreditarlos deberán hacerse constar en el pliego de condiciones de la subasta o del concurso».

subasta. Muy cercano parentesco existe entre esta figura y el procedimiento de *licitazione privata*, diferenciado precisamente del *asta publica* en la limitación de la concurrencia a sólo aquellos contratistas que figurando en las listas de confianza la Administración invita a enviar proposiciones (69). La Ley belga de 7 de marzo de 1963 (art. 7.º) prescinde, siguiendo el ejemplo italiano, de la publicidad, y sólo tienen oportunidad de participar aquellos a quienes la Administración ha invitado previamente.

Nuestra subasta restringida, tan defectuosamente denominada concurso-subasta, va precedida de la misma publicidad que la subasta, y responde por ello más al modelo francés que al italiano y al belga. La diferencia de nuestro concurso-subasta y la *adjudication restreinte* francesa radica en que la legislación francesa prevé una *Commission d'admission*, que se pronuncia sobre las admisiones o simplemente dictamina sobre ellas, según las competencias que le han sido atribuidas en cada Administración. Una Comisión de este tipo no está prevista en nuestra Ley.

Notemos, por último, que a través de la admisión previa puede prejugarse decisivamente la adjudicación si se concede el pase a la sesión de adjudicación a un único aspirante.

d) *La nueva regulación del concurso. Concurso abierto y concurso restringido.*

Como ya hemos anticipado, el concurso es el procedimiento ordinario y normal en el contrato de suministros y en el de gestión de servicios públicos, y es un procedimiento excepcional en el contrato de obras. En la nueva Ley, la esencia del concurso sigue radicando en la discrecionalidad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición que juzgue más ventajosa, sin atender necesariamente el valor económico de la misma, así como también en la facultad alternativa de declararlo desierto. La Mesa de contratación se limita a la apertura de las proposiciones y a su elevación, con las observaciones que estime pertinentes, a la autoridad que haya de verificar la adjudicación del contrato (art. 36).

La nueva Ley altera, sin embargo, los supuestos en que con carácter excepcional se autorizaba en la anterior regulación la procedencia del concurso, que se reduce de ocho a cuatro (art. 37). Se eliminan los supuestos de contrato que hayan de realizarse en el extranjero, sin duda porque la disposición final 6.ª los exceptúa de la Ley y prevé la aprobación de normas especiales; asimismo se nota la ausencia del supuesto de arrendamiento de locales, edificios y terrenos para dependencias del Estado, supuesto que no tiene cabida en una regulación del contrato de obras, y que está ahora previsto en la Ley del Patrimonio del Estado. La eliminación de los supuestos en que el contratista haya de disfrutar de subvención del Estado y los de explotación y arrendamiento en régimen de monopolio quizá pueda explicarse por la circunstancia de que se refería fundamentalmente a supuestos de concesión de servicios públicos, en donde el procedimiento concursal es ahora el procedimiento ordinario de selección.

Más difícil es, sin embargo, justificar como supuestos del concurso de

(69) ROERHSEN DI CAMERATA, op. cit., pág. 225.

obras los previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 37, referentes a los casos en que, bien porque la Administración facilite medios auxiliares al contratista, o bien porque, sin concurrir esta circunstancia, la naturaleza del contrato exija *aptitudes especiales por parte de los contratistas*. Esta es, como acabamos de ver, precisamente la razón de ser y el supuesto del concurso-subasta con su procedimiento de admisión previa: seleccionados los contratistas en razón de sus calificaciones personales, sólo queda por decidir, y el contrato se adjudica a razón del precio más ventajoso. Es posible, no obstante, imaginar en justificación de estos supuestos de concurso, que además de las aptitudes especiales de los contratistas y el dato del precio, convenga valorar las circunstancias especiales del proyecto u otras, y que por ello el procedimiento concursal sea el único adecuado.

Precisamente para estos supuestos, que en el concurso es obligado valorar estas aptitudes especiales de los contratistas, el propio artículo 35 prevé la aplicación del procedimiento de admisión previa del concurso-subasta. En resumen, pues, en la nueva Ley hay también un concurso restringido al que no se atribuye ninguna denominación, pero que es, sin duda, un procedimiento sustantivo. Al final se ha caído en los cuatro procedimientos del sistema francés y belga, sin darles su denominación propia ni sujetarles a una sistematización clara. Un cierto pudor, una cierta vergüenza, a mi juicio, injustificado y pueril, a reconocer la superioridad de esos sistemas y a confesar explícitamente que se están copiando, ha llevado, sin duda, a intentar este *camuflaje*, y con ello a un pernicioso oscurecimiento del sistema.

e) *Contratación directa y contratación urgente.*

La contratación directa, lo mismo que en el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad derogada, sigue siendo un procedimiento para casos muy excepcionales. Lo que ocurre es que cuando los supuestos de excepcionalidad se amplían demasiado o son muy numerosos, se corre el riesgo, y en éste se había caído con el anterior sistema, de convertir prácticamente la contratación directa en un procedimiento ordinario.

En la nueva Ley, los dieciocho supuestos en los que se permitía la contratación directa del derogado artículo 37 del capítulo V, se reducen a diez en el contrato de obras, a cinco en el contrato de gestión de servicios públicos y a siete en el contrato de suministros (70). Con ligeras correcciones de estilo y de detalle, estos supuestos continúan siendo, más o menos, los que se recogían en el citado artículo 37 del capítulo V.

Interesa resaltar que por razón de la cuantía de la obra o del suministro la contratación directa está autorizada siempre que el proyecto de uno o de otro no sobrepase la cifra de 1.500.000 pesetas. En este caso, además, el artículo 26 de la Ley autoriza a que el expediente de contratación se sustancie por el procedimiento de urgencia, que como indudable novedad se regula en el artículo 26 de la Ley, y que consiste en la preferencia de despacho en los trámites previos de informe de los asesores e interventores, limitando el plazo para éstos a cinco días y reduciendo a la mitad

---

(70) Artículos 37, 69 y 87.



los términos previstos en la Ley para la licitación y adjudicación, amén de poder comenzarse el replanteo y comienzo de las obras antes de la formalización del correspondiente documento público.

No se crea, sin embargo, que siempre que concurra el supuesto que motiva la tramitación urgente y que el artículo 26 concreta «a las obras de reconocida necesidad, surgida como consecuencia de circunstancias imprevistas», se aboca, en todo caso, a una contratación directa con exclusión de la subasta, concurso-subasta y las dos modalidades del concurso. Por el contrario, la tramitación urgente y contratación directa no coinciden, y esta última sólo tiene lugar, según el número 2.º del artículo 37, en «las obras de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de circunstancias imprevisibles que demandaran una pronta ejecución que no dé lugar a la tramitación urgente prevista en el artículo 26 de la Ley, previa justificación en el expediente y acuerdo del Consejo de Ministros». La verdad es que no vemos la diferencia que se ha establecido entre «obras de reconocida necesidad, surgidas como consecuencia de circunstancias imprevistas», y «obras de reconocida urgencia, surgidas como consecuencia de circunstancias imprevisibles», y que dan lugar a un concierto directo, pero no a una tramitación de urgencia (71).

#### f) Ejecución de obras por la propia Administración.

Al regular la Ley, lo mismo que en la anterior ordenación, los supuestos de ejecución directa, se sale ciertamente del tema de la contratación, dado que se trata de supuestos en que no existe contrato. No obstante, la justificación de esta inclusión es clara: la excepcionalidad de los supuestos de ejecución directa proclama abiertamente el principio de subsidiariedad de la acción pública respecto a la iniciativa privada, principio que en manera contractual se concreta en la regla del *contratista interpuesto*, según el cual, como ha precisado GARCÍA DE ENTERRÍA (72), es obligatorio para la Administración servirse precisamente de contratistas privados en la ejecución de las obras públicas, y en la previsión de muebles y suministros, regla ésta «de primer orden para la calificación conjunta del sistema contractual mismo».

Las excepciones, sin embargo, a esta regla se han ampliado notablemente: a los dos supuestos del capítulo V derogado, de que la Administración tenga montados servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la ejecución total de la obra proyectada y de que la Administración posee elementos auxiliares utilizables en la obra que suponga una economía superior al 20 por 100 con justificación, lo que es una novedad, de las ventajas que se sigan del sistema, se añade por el artículo 60 de la Ley los siguientes nuevos supuestos: licitaciones desiertas en obras califi-

(71) Curiosamente, además, entre los supuestos de contratación directa de obras enumeradas en el artículo 37, no se recoge el de «obras de urgencia a consecuencia de acontecimientos catastróficos», y que da lugar a una tramitación todavía más abreviada que la tramitación urgente, denominada «de régimen excepcional para las obras de urgencia», y regulada en el artículo 27, que expresamente autoriza a «contratar libremente las obras en todo o en parte».

(72) *Dos regulaciones orgánicas*, op. cit., pág. 251.

casas de urgencia, obras en que sea imposible la fijación previa de un precio o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo, obras calificadas de emergencia, obras de mera conservación y no susceptibles de sujeción a un proyecto previo, y por último, obras en que sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes.

Se facilita, por otra parte (art. 60), la ejecución directa de obras al no sujetarse su realización a un acuerdo previo del Consejo de Ministros, bastando simplemente que así lo acuerde la autoridad a quien corresponde la aprobación del gasto, previo informe de la Asesoría Jurídica del departamento y fiscalización de aquél por la oficina competente de la Intervención del Estado.

#### H) *Expediente de contratación y adjudicación del contrato.*

La nueva Ley es generosa en la atención que dedica a la fase previa de las actuaciones administrativas que han de constituir la base del expediente de contratación y las formas de tramitación de éste. Asimismo introduce algunas novedades importantes en el juego de los mecanismos de la adjudicación provisional y definitiva que bien merece la pena resaltar:

##### 1. *Actuaciones administrativas preparatorias del contrato.*

Bajo la denominación del epígrafe se contienen, tanto en relación al contrato de obras, como al de gestión de servicios, como en el de suministros, un conjunto de preceptos referentes a la actividad interna de la Administración en la fase preliminar del contrato.

La preparación del contrato de obras comporta la elaboración y aprobación del proyecto, para lo que la Ley da normas muy precisas, y la redacción y aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares, lo que ha de hacerse previo el preceptivo informe de la Asesoría Jurídica del departamento. Sobre la base del proyecto y del pliego de cláusulas administrativas particulares se inicia el expediente de contratación para el que se prevén tres tipos de tramitación:

— Tramitación ordinaria.

— Tramitación urgente para «las obras de reconocida necesidad surgidas como consecuencia de circunstancias imprevistas» y con plazos de cinco días para informes de los asesores e interventores, reducción a la mitad de los plazos previstos para la licitación y adjudicación y posibilidad de hacer el replanteo y comienzo de las obras antes de la formalización del documento público correspondiente.

— Tramitación excepcional para «obras de emergencia surgidas a consecuencia de riesgos catastróficos», en cuyo caso no es preciso tramitar siquiera el expediente, pudiendo el Ministro ordenar la ejecución directa o la libre contratación. Simultáneamente ha de darse cuenta al Consejo de Ministros e instruirse por el Ministerio de Hacienda el correspondiente expediente sumarísimo para hacer frente a los gastos con el carácter de justificar.

Las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos son similares al de obras y se enumeran en el artículo 68: aprobación administrativa del proyecto de explotación y proyecto de obras, redacción del pliego de cláusulas de explotación a que haya de acomodarse la del servicio en sus aspectos jurídico-económico y administrativo, y por último, tramitación del expediente de contratación.

Igualmente para el suministro, el artículo 85 prevé como actuación preparatoria la aprobación del pliego de bases del suministro y la tramitación del expediente.

En el supuesto de suministros menores que hayan de realizarse directamente en establecimientos comerciales abiertos al público, podrá sustituirse al correspondiente pliego por una propuesta de adquisición razonada. A estos efectos la Ley considera como suministros menores aquellos que se refieren a bienes consumibles o de fácil deterioro y cuyo importe total no exceda de 25.000 pesetas.

No dice la Ley en forma explícita si en la preparación del expediente de contratación del contrato-gestión de servicios públicos y en el de suministros tiene cabida la tramitación urgente y la tramitación excepcional del contrato de obras. A nuestro juicio, hay que entenderlos también aplicables a estos contratos en virtud del carácter supletorio de la regulación del contrato de obras que anuncian los artículos 67 y 84 de la Ley.

## 2. *El procedimiento de adjudicación.*

La Ley regula el procedimiento de adjudicación a propósito del contrato de obras y en concreto en la regulación de la subasta.

Este procedimiento, sin embargo, hay que entenderlo aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos y de suministros, dado el carácter general y supletorio de la regulación de aquélla, según hemos expuesto reiteradamente. Asimismo, aunque las reglas de la adjudicación se dictaban a propósito de la subasta, se aplican también al concurso, en virtud de lo establecido en el artículo 36. La regulación del contrato de obras y la regulación de la subasta constituyen, pues, una regulación general y supletoria, a la que hay que acudir en todo caso. Veamos a continuación sus trámites más característicos:

### a) *Anuncio de la contratación.*

La nueva Ley ha simplificado el trámite de la publicidad, exigiendo únicamente la inserción del anuncio del contrato en el *Boletín Oficial del Estado*, y suprimiendo la obligatoriedad de su inserción en el *Boletín Oficial de la Provincia*. Se mantiene el mismo plazo de veinte días hábiles de antelación del anuncio en relación con el día en que han de presentarse las proposiciones, salvo que el contrato tenga carácter internacional, en cuyo caso el plazo se amplía a cuatro días también hábiles (art. 29).

En cuanto al contenido del anuncio, la Ley únicamente se refiere al modelo de la proposición aludida expresamente, e implícitamente el presupuesto del contrato, dado que el artículo 30 faculta al Ministro correspondiente a mantenerlo secreto hasta el momento mismo de la celebración de la subasta. También se da por supuesto que el anuncio ha de precisar

los documentos que se estime precisos, aparte de los que acrediten la personalidad del empresario, las que justifiquen la constitución de la garantía provisional y la clasificación del contratista en su caso.

b) *Presentación de proposiciones.*

Salvo que las proposiciones han de ajustarse al modelo que se consigne en el anuncio, nada dice la Ley sobre la forma y el lugar de su presentación. Sin duda alguna que en los anuncios se consignarán estos extremos, a lo que obligaba la legislación derogada. Tampoco se dice nada sobre si es posible o no la presentación de las proposiciones por correo, y que, a mi juicio y siguiendo en este punto las opiniones de BOQUERA y GONZÁLEZ NAVARRO, según hemos expuesto, es forzoso admitir. Por ello y para evitar el dejar fuera de la licitación a aquellos que han hecho uso de este medio de presentación y evitar una fuente de constantes litigios, será conveniente dejar transcurrir algunos días desde que termine el plazo de la presentación de aquéllas y el que tenga lugar la sesión de adjudicación provisional, plazo éste que deberá precisar, si es que algún día se aprueba, el Reglamento general.

c) *La adjudicación provisional y adjudicación definitiva.*

En esta materia la Ley sigue la regla tradicional de no considerar perfeccionado el contrato hasta que la adjudicación provisional sea aprobada por la autoridad competente, advirtiéndose a este respecto que aquélla «no crea derecho alguno en favor del adjudicatario».

El acto de adjudicación definitiva es, no obstante, un acto decisivamente condicionado, ya que la autoridad a quien compete pronunciarla sólo puede confirmar la adjudicación provisional o declararla desierta, y esto por dos únicos motivos: que la Mesa de contratación haya verificado la adjudicación provisional con infracción del ordenamiento jurídico, o que se aprecien en la oferta seleccionada bajas desproporcionadas o temerarias que induzcan a pensar que no pueda ser cumplida: en el primer caso es obligado el informe de la Asesoría Jurídica del departamento, y en el segundo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La nueva Ley resuelve, por otra parte, el importante problema del plazo en que ha de recaer la adjudicación definitiva, señalando a este efecto el de veinte días desde la adjudicación provisional. Transcurrido este plazo sin que aquélla se haya pronunciado, el licitador interesado puede retirar su proposición y la fianza que hubiese prestado.

Digamos, por último, que el doble trámite de la adjudicación provisional y definitiva sólo se da en la subasta. En el concurso no existe esa duplicidad: la Mesa de contratación examina las proposiciones, consigna en un acta las observaciones pertinentes y remite el expediente a la autoridad que haya de aprobar el contrato.

El procedimiento de adjudicación termina con la publicación del acto de adjudicación definitiva en el *Boletín Oficial del Estado*. De esta publicación se exceptúan los contratos cuyo importe sea inferior a cinco millones de pesetas y los de carácter reservado.

d) *Los órganos que intervienen en la preparación y adjudicación de los contratos.*

La competencia para contratar en nombre del Estado se atribuye como regla general a los Jefes de los Departamentos ministeriales, competencia que puede ser objeto de desconcentración mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, o ser delegada por el titular del Departamento en otros órganos centrales o territoriales del Ministerio respectivo. Excepcionalmente, sin embargo, se requiere autorización del Consejo de Ministros para la celebración de aquellos contratos que tengan un plazo de ejecución superior a la vigencia del presupuesto correspondiente o hayan de comprometerse fondos públicos de futuros ejercicios, salvo inclusión en un plan o que su cuantía exceda de cincuenta millones de pesetas (artículos 2 y 3 de la Ley).

A la vista de estos preceptos parece, pues, que puede entenderse que la decisión de celebrar un contrato y la de pronunciar la adjudicación definitiva corresponde al titular del Departamento o a aquellas autoridades en quien éste haya delegado o en cuyo favor el Consejo de Ministros haya desconcentrado. El Consejo de Ministros, sin embargo, no decide directamente el inicio del expediente, ni en ningún caso ha de pronunciar la adjudicación definitiva.

Para la preparación del contrato de obras la Ley prevé el establecimiento en todos los Departamentos que hayan de realizarlas de oficinas de elaboración y supervisión de proyectos.

Para el examen de las proposiciones y decretar la adjudicación provisional, la Ley prevé la constitución de órganos específicos. Son éstos las Mesas de contratación y las Juntas de compras para los suministros de bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso. Ambos órganos tienen base departamental. Se prevé también la creación de una Junta de compras interministerial para aquellos contratos en que por similitud de los suministros o para la obtención de mejores condiciones se haga conveniente la contratación global.

Parece, sin embargo, que entre las Mesas de contratación y las Juntas de compras hay una diferencia esencial: mientras las primeras concretan su función al examen de las proposiciones y a decretar la adjudicación provisional en la subasta, o simplemente a aquel examen y a consignar las observaciones pertinentes en el acta y elevarlas a la autoridad que haya de aprobar el contrato en el concurso, las Juntas de compras parece que contratan directamente en los supuestos ya precisados.

Nada dice la Ley sobre la composición de las Juntas de compras, extremo éste que ha de quedar, por consiguiente, remitido al Reglamento general de ejecución de la Ley, y de momento a la potestad reglamentaria ministerial. Las Mesas de contratación se componen, por su parte, de un presidente, designado por el Ministro; dos vocales, designados por el jefe del servicio a que el contrato se refiere; un asesor jurídico, un interventor y un secretario, designado entre los funcionarios administrativos del Departamento.

e) *La formalización del contrato. El requisito de la forma notarial.*

Tanto a propósito del contrato de obras (art. 39), como al de gestión de servicios (art. 70), como al de suministros (art. 89), la Ley regula la forma de documentación de los contratos del Estado. Esta regulación pormenorizada no la juzgamos acertada y como que hubiese sido más conveniente una regulación general de la forma y su inclusión en las disposiciones generales del título preliminar. Como en otras materias, la regulación de la forma de documentación del contrato de obras es mucho más completa y por ello habrá de atenderse a ella como regulación básica.

Principio general en la materia es el de la exigencia en todo caso de forma escrita, prohibiéndose la contratación verbal. Esta forma escrita no parece, sin embargo, que puede ser considerada como requisito esencial para la perfección del contrato. La falta de documentación impide solamente el comienzo de la ejecución del contrato, y si la falta se debe a causas imputables al empresario, la resolución del contrato, con pérdida de la fianza. Que el contrato pueda ser resuelto comporta de suyo que ya está perfeccionado, lo que tiene lugar, según se establece en el artículo 32, cuando se pronuncia la aprobación o la adjudicación definitiva. Hay que entender, pues, aplicable a esta materia la doctrina de los artículos 1.258 y 1.278 y siguientes del Código civil.

La Ley prevé tres formas de documentar el contrato: la administrativa, la notarial y la simple documentación por factura en las compras directas de suministros menores realizados en establecimientos abiertos al público. El documento notarial se declara preceptivo cuando el contrato haya de anotarse en un Registro público, cuando la Administración o el contratista lo soliciten y siempre que la cuantía del contrato exceda de 500.000 pesetas.

Aparte de que la Ley no precisa quién ha de redactar y cuál ha de ser el contenido del documento administrativo, esa imposición de la forma notarial, prácticamente, en todos los contratos del Estado de alguna importancia, al señalarse un límite tan corto para su exigencia, como el de 500.000 pesetas, es, a mi juicio, una desgraciada solución, que ha de beneficiar, sin duda, a la clase notarial, pero que no parece estar inspirada ni en los intereses de la Administración, ni en los del contratista, ni ser necesaria en la contratación administrativa, como a continuación tratamos de demostrar.

En primer lugar, la obligatoriedad del documento notarial retrasa aún más el ya largo trámite de preparación y adjudicación de los contratos, que ha de terminar, además, con la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la aprobación o adjudicación definitiva. En segundo lugar, y este es un dato nada despreciable, esa exigencia incrementará los costes de la contratación. Las ventajas del documento notarial, sin embargo, no se ven claras: ni la fe pública notarial puede añadir nada a la que puede prestar un funcionario, ni la transcripción de un contrato en el protocolo notarial suple ninguna falta de constancia inscrita de los contratos del Estado, cuya tramitación constituye todo un expediente y cuya adjudicación y aprobación se publican en el *Boletín Oficial del Estado*, amén de la ins-

cripción de los contratos en un Registro especial de contratos que la Ley crea en el Ministerio de Hacienda.

Lamentamos, pues, esa generalización de la forma notarial, que no tiene, y sea éste el último argumento, ningún a oyo en las soluciones del Derecho comparado. En Italia, en efecto, el documento notarial sólo exige excepcionalmente cuando la Administración o el contratista así lo solicitan; lo corriente y normal es el uso del documento administrativo redactado por un funcionario designado por el Ministro (73). En Francia, el empleo de la forma notarial es todavía más excepcional, toda vez que, como advierte LAUBADÈRE (74), la «forma administrativa comporta los mismos efectos jurídicos (fuerza ejecutoria, constitución de hipotecas), y por ello la Administración no está obligada a emplear aquélla, ni siquiera en los contratos que entre particulares están sujetos a la forma notarial».

I) *Las garantías de la contratación: fianzas provisionales y definitivas y retención de certificaciones de obras.*

En el capítulo I del libro III y bajo el epígrafe de «Fianzas y demás garantías en los contratos del Estado», se regulan las garantías del contrato de obras, regulación concebida, una vez más, como regulación general, y en el capítulo II, las especialidades correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos y al de suministros. Oportuno será, pues, referirse primero a estas singularidades.

La más completa discrecionalidad se deja a la Administración para la fijación de las fianzas, tanto provisionales como definitivas, de los contratos de gestión de servicios públicos, señalándose como criterios orientadores el de la naturaleza, importancia y duración del servicio. Por otra parte, sólo al Gobierno se le faculta para acordar, en casos especiales, la exención de la obligación de afianzamiento (art. 124).

En el contrato de suministros no será necesaria la prestación de la fianza en los contratos con empresas concesionarias de servicios públicos cuando las prestaciones se realicen en forma sucesiva y por precio unitario, sin precisión anticipada de la cuantía total, y asimismo en los suministros menores que se refieren a bienes consumibles o de fácil deterioro, siempre, además, que se verifiquen directamente en establecimientos comerciales abiertos al público y el abono del precio por la Administración se condicione a la entrega total y única de los bienes a satisfacción de la misma (artículo 125).

Regula la Ley, siguiendo el sistema tradicional, las fianzas provisionales que garantizan la seriedad de las ofertas, y las fianzas definitivas que garantizan la ejecución del contrato en los términos convenidos. La cuantía de la primera se fija en el 2 por 100 del presupuesto total de la obra, y puede ser constituida en metálico o en títulos de la Deuda pública, y a

(73) Artículos 95 a 102 del Reglamento de Contabilidad del Estado.

(74) Op. cit., I, núm. 236. El artículo 13 de la Ley de 28 de octubre de 1790 establece que «le ministère des notaires ne sera nullement nécessaire pour le passation desdist baux (des biens des domaines de l'Etat) ni pour tous les autres actes d'administration».

comprar en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales y mediante aval bancario.

El importe de la fianza definitiva se fija en el 4 por 100 del presupuesto de la contrata, con posibilidad, además, de constituirse una fianza complementaria de hasta un 6 por 100 del mismo presupuesto en casos especiales y por simple acuerdo del Ministro correspondiente. Las fianzas definitivas pueden constituirse en metálico, títulos de la Deuda, a consignar también en la Caja General de Depósitos o sus sucursales, facultándose al Ministro de Hacienda para decretar la aplicación del aval bancario. Se admite asimismo que la fianza puede ser prestada por persona distinta del contratista, con la particularidad de que en este caso no podrá ejercitar aquél el beneficio de excusión a que se refieren los artículos 1.830 del Código civil y concordantes (art. 113).

Las fianzas definitivas han de responder de las penalidades impuestas al contratista por razón de la ejecución del contrato, del resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionaran a la Administración con motivo de ésta y asimismo se perderá esto en los supuestos de incautación. El contratista está obligado a completar la fianza en el caso de que se hayan hecho efectivas sobre ellas algunas responsabilidades, gozando el Estado de preferencia sobre cualquier otro acreedor para hacerla efectiva, y si no cubriese el importe de lo adeudado, podrá asimismo ejecutar sobre el patrimonio del contratista por el déficit que resulte a su favor, procediendo en la forma prevista en el Estatuto de Recaudación (arts. 115, 116 y 118).

La fianza definitiva se devuelve con la recepción definitiva de las obras, sin que las recepciones parciales de obras permitan al contratista exigir la devolución de la parte proporcional, salvo que así se haya previsto en el contrato (art. 121).

Como forma especial de garantía prevé el artículo 121 de la Ley la posibilidad de que el Gobierno acuda con carácter general, y en los contratos de obras en que concurren determinadas circunstancias, a la retención de las certificaciones de obras en cuantía proporcional al importe de las mismas, sin que pueda exceder en ningún caso del 10 por 100. Esta garantía suplementaria, que puede ser sustituida por el correspondiente aval bancario, se entregará al contratista cuando tenga lugar la recepción provisional de las obras, incluso las parciales, y, en último extremo, al aprobarse la recepción definitiva.

El Decreto 1.711, de 24 de junio del presente año, ha establecido ya con carácter general la obligatoriedad de la fianza complementaria del 6 por 100 y la garantía de la retención del 10 por 100 de las certificaciones de obras para todas aquellas contrataciones en que se haya incluido una cláusula de revisión de precios.



IV

LA REGULACIÓN SUSTANCIAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS  
TÍPICOS.

Lo que singulariza decisivamente a la nueva Ley de contratos frente a la legislación anterior y frente al Derecho comparado, como ya hemos expuesto, es el montaje de una regulación de fondo para el contrato de obras, para el de gestión de servicios públicos y para el de suministros. En la intención de los redactores de la Ley esta regulación singular tiene todavía un alcance mayor: se trata también, a través de estas regulaciones típicas y por medio de un proceso de inducción generalizadora que se remite al intérprete, de disponer de un conjunto de principios básicos para dar —como se dice en la Exposición de Motivos— «unidad y cohesión a todos los negocios del Estado».

Forzosamente, ante la desusada extensión que ha adquirido ya este comentario, remitimos a otro posterior la exposición pormenorizada del contenido sustancial de fondo de la nueva Ley. Para terminar, repetimos una vez más que esta regulación consagra legislativamente la tesis jurisprudencial francesa del contrato administrativo, siguiéndose, más o menos, la sistemática doctrinal más generalizada en la materia.

J. RAMÓN PARADA VÁZQUEZ

Doctor en Derecho.

Profesor A. de la Universidad de Madrid.

