

LA «SINGULARIDAD» DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA: EL CONTRATO DE EDICION

SUMARIO: 1. Preliminar.—2. Los efectos, según la naturaleza del contrato.—3. El contrato de edición.—4. Conclusiones.

1. PRELIMINAR

A la hora de la determinación titular teníamos alguna duda sobre la misma, puesto que el problema que se va a tratar aquí es relativamente pequeño dentro de la contratación de las entidades públicas. Queremos referirnos al pequeño sector de la contratación pública necesitado de cierta formalidad en la fijación de su «modelo» de contrato para alcanzar una mayor satisfacción de las necesidades públicas, así como la consecución más completa de sus fines, a la manera de un primer paso contra ese mito de la garantía que incide sobre todo el régimen analizado como unas tenazas de las que es difícil evadirse.

La aparente globalización de la legislación de Contratos del Estado, con un afán abarcador total de toda esa contratación, puede presentar dificultades o deficiencias, según la perspectiva desde que se mire esta contratación. Sin entrar ahora en detalles, la promulgación de esa legislación respondió en nuestro país a un reto que venía lanzando la doctrina desde años antes, que había hecho como una premisa del Derecho Administrativo, la elaboración de una teoría del contrato administrativo. Ecos de esta situación pueden encontrarse en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963, en donde podemos leer lo siguiente: «*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...*» (1).

Puede decirse que en parecidos términos ha venido abundando toda la legislación dictada sobre este punto, lo que ha significado reiterar el carácter administrativo sobre cualquier otro y, por supuesto, sobre sus

(1) Ver Colección Textos Legales, *Contratos del Estado*, «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1984, 7.ª ed., pág. 29.

raíces privadas. El último botón de muestra viene representado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que, aun relativa a otra materia, en su Disposición adicional cuarta subraya «la singularidad» que tiene la aplicación de la normativa civil o mercantil dentro de la Legislación de Contratos del Estado. En base a esta excepcionalidad, y en base a la citada Legislación de Contratos del Estado, se ofrece en la vía práctica una frontal resistencia a cualquiera de las normas civiles o mercantiles reguladoras de los contratos, al Estado y demás Entes públicos.

Al margen de la aplicación al aspecto procedimental de la referida legislación, punto en el que insisten los organismos competentes, entendiéndose que, aun cuando el resultado sea un contrato privado, sin embargo, el procedimiento que lleva al mismo debe ser el previsto en la Legislación de Contratos del Estado, lo cierto es que para la realización de ese contrato privado existen enormes dificultades.

Continuando con nuestra cita de la Exposición de Motivos de la mencionada Ley, en ella veíamos cómo se conforman todos estos aspectos procesales de riguroso cumplimiento de las fórmulas administrativas como algo sustancial para la configuración de la propia figura del contrato administrativo; así, cuando leemos lo siguiente: «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 presente Ley de Bases; basta acudir al fundamento del Derecho Administrativo para descubrir la causa del negocio, para comprender la razón de sus peculiaridades normativas y para sentir la necesidad de unos procedimientos especiales de elaboración del contrato...»

Aunque pueden comprenderse las razones existentes en pro de la aplicación como un *totus* de la normativa contractual pública, lo cierto es que la propia fluidez del mercado y de las situaciones reales derivadas de los distintos campos en que la Administración interviene exige y resulta aconsejable la flexibilidad en las fórmulas aplicables en cada caso, y sobre todo el recurso a las privadas, cuando sean más económicas y eficaces que las públicas.

En determinados ámbitos, pero sobre todo en el de la Propiedad Intelectual, es donde puede verse con mayor relevancia esta dualidad y, por tanto, la conveniencia del recurso a fórmulas privadas. El origen de esta situación podemos describirlo de la siguiente manera: para un determinado proyecto, la Administración necesita la colaboración de determinados expertos, que reúnen determinadas cualificaciones. En el momento de su contratación, los expertos que sean empleados públicos no pueden realizar el trabajo, por la aplicación de la legislación relativa a los mismos (régimen de incompatibilidades) (2).

Sin embargo, si acudimos a fórmulas de contratos privados, veríamos

(2) Ley 53/1984, de 26 de diciembre. Colección Separatas del «Boletín Oficial del Estado», *Régimen del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, 1985; ver también la Separata sobre *Medidas para la Reforma de la Función Pública*, 1985, 70 págs.

una salida a dicha imposibilidad, como es mediante la compra de los correspondientes derechos de autor, una fórmula sumamente sencilla y que no exige más que el acuerdo previo entre las partes contratantes. En el ordenamiento jurídico vigente, existen dos posibilidades para la formalización de dicha adquisición: una, a través de la Ley del Patrimonio del Estado, cuyo Capítulo IV, relativo a «propiedades incorpóras», evidentemente incluye el campo de los citados derechos (3).

La otra salida es la actual Ley del Libro de 1975, en cuya aplicación son tan remisos los propios órganos de la Administración con funciones en el campo editorial, ya que en sus actuaciones se ven frenados por la dualidad interpretativa a que nos estamos refiriendo; según esta Ley, los contratos exigen, de acuerdo con la normativa privada, una voluntad recíproca y, por tanto, una convención, sobre todo su clausulado entre las partes contratantes.

2. LOS EFECTOS, SEGÚN LA NATURALEZA DEL CONTRATO

Lo que queríamos destacar con la anterior exposición es el alcance tan distinto que tienen las distintas figuras contractuales. Si se recurre al contrato administrativo, lo que se produce es únicamente una colaboración de los contratados en la realización de un determinado trabajo, que pasa a ser propiedad del Ente público correspondiente, pero sin que dicho trabajo, a efectos externos, se beneficie de la propia autoridad del autor en su nombre, prestigio o celebridad. Por su parte, aun tratándose de un autor, el contrato no es expuesto como tal, por lo que podría elaborar un trabajo de características semejantes y que continúa dentro de la esfera de su disponibilidad jurídica.

Cuando se acude, en cambio, a un contrato privado de los del ámbito de la Propiedad Intelectual, el autor, al ser tratado como tal, transmite todos los derechos que tiene como tal y, por tanto, el Ente público contratante adquiere con carácter universal, y es entonces, creemos, cuando la propiedad de la obra entra en su ámbito de manera más total que en el caso anterior, porque, evidentemente, el autor, al transferir sus derechos, ha dejado de ser tal, y es el Ente público el que puede hacer de la obra adquirida lo que estime conveniente.

Hasta ahora se ha venido manejando un identidad total, silogística y matemática, entre los términos de la contratación administrativa; las sospechas que sobre la figura contractual en sí podían existir cuando es adoptada por la Administración Pública desaparecen si sus rigores, que la califican de «administrativa», presentan ya su empleo tamizado. Hoy, si quisiéramos ser sinceros, convendría desmitificar esa identidad y subrayar el hecho de que en determinadas compras, como es sobre todo ésta de los derechos incorpóras, se requiere mayor libertad, al

(3) En esta Ley se ampara el Decreto 87/1985, de 17 de abril, de la Junta de Andalucía, adquiriendo los derechos de autor de la *Gran Enciclopedia de Andalucía*, «BOJA», núm. 60, de 11 de junio de 1985.

menos en el prisma de la figura contractual privada, que autoriza a la mayor transparencia de la colaboración y, paralelamente, a la mayor amplitud en la consecución de objetivos.

En la Ley de Contratos del Estado existe una exigencia que en la práctica, por todos los órganos fiscalizadores, se eleva a premisa o cuestión *sine qua non*, como es la de concurrencia de tres propuestas, cualquiera que sea el contenido de la prestación demandada y en virtud de la aplicación generalizada y universal de los estimados trámites («envoltura») procesales de la contratación administrativa (4). Exigencia prevista en el artículo 37 de la Ley y 18 del Reglamento, lo cual, evidentemente, choca con la naturaleza *intuite personae* de una serie de contratos, en los que sobresale la autoría (todos los contratos de autoría intelectual o artística).

En el plano editorial, la Administración Pública viene funcionando sin conciencia del significado del mercado, lo que repercute en todos los mecanismos que éste ofrece a sus agentes. La razón, por no decir «sinrazón», de todo esto reside, pudiera ser, en el rechazo frontal que se tiene en el ámbito público a la política de autor, que es casi la exclusiva vigente en el referido mercado. El anonimato tan típico de la actividad burocrática tiene aquí su confirmación y congruencia una vez más, frente a la «firma de autor» tan predominante, que contrata, en el mundo editorial privado. Aquella actitud es fomentada, si no dominada, por una legislación interpretada con cierto rigor en aras de la uniformidad contractual, metiendo en el mismo cajón de sastre todas las potenciales y reales modalidades de figuras contractuales, por mor de la exigencia de evitar fugas de una legislación que se quiere aplicar por encima de todo, primando así los aspectos esenciales y comunes sobre los particulares y específicos.

A continuación analizaremos alguna de las figuras arquetípicas de contratación en el mundo editorial y sus posibilidades —o negatividades— en la esfera de la contratación administrativa.

3. EL CONTRATO DE EDICIÓN

Esta figura tiene por objeto dos cosas: la preparación-encargo de la obra a una persona física, llamada autor, y su financiación, mientras tanto, por el mandante. Como frecuentemente se dice, hasta la saciedad, cualquier autor sigue los siguientes pasos en su labor de creación: prepara su obra, previendo su edición, comportamiento general, a pesar de las declaraciones excéntricas que habitualmente se leen de algunos autores (5).

(4) Y esto que la Ley de Contratos del Estado, por su buena técnica jurídica, admite la teoría del «acto separable». En relación a este punto, ver artículos 13 y 14 del Reglamento General, Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

(5) Lo de escribir para no publicar es una afirmación que leemos, pero que se deshace por pura contradicción, pues nadie hace nada para que no valga nada. Contra el martirio que significa cualquier idea creativa (el que simboliza la página

Luego si el autor lo es, porque crea para que su obra llegue al público (mediante la exhibición, exposición, publicación y edición), habrá que reconocer que desde el primer paso iniciado para su creación necesita financiación, alguna compensación que vaya cubriendo sus inmediatas necesidades que le permitan continuidad en su trabajo, para que éste llegue a buen fin. De ahí la generalización en la práctica de esta figura contractual que permita, por un lado, el compromiso del autor y, por otro, la entrega «mientras tanto» (*eodem pacto stante*) al mismo, por la otra parte, de cantidades a cuenta que le compensen, aunque sea parcialmente, de las cantidades dispensadas para la realización de su trabajo (encargo) (6).

Paralelamente, el editor no espera que le ofrezcan una obra concluida para esperar su proyectada edición, puesto que, al ser su guía «una política de autor», son las características personales del mismo —su prestigio, su categoría profesional o científica, su «nombre», etc.— la que promueven su misma actividad y las que avalan el interés de la obra.

Este proceso, que aparece como normal y «típico» dentro del mercado editorial, es práctica y totalmente inoperante e inimaginable para la Administración Pública, por su única duración plurianual que choca contra el principio anual de la norma presupuestaria y, otra razón más importante, de falta momentánea de reciprocidad contractual que lucha contra el principio de «obra recibida», que sirve para justificar los pagos, incluso a cuenta, de los organismos públicos.

Estos inconvenientes pueden orillarse, aunque creemos cambia el *leit motiv* del contrato, con su firma y el abono, con la entrega de la obra, de la cantidad comprometida. No hay financiación de ésta, que corre a cargo exclusivamente del autor o equipo de autores, y sí sólo pago de una obra que se entrega al cumplirse el «plazo» del contrato, como una «obra completa» y «terminada». La existencia del plazo juega a favor, a pesar de esto, de ambas partes: para el autor, que tiene garantizado un precio si supera posibles objeciones a la calidad con el acto de recepción, y para la Administración, que se beneficia de su compromiso, sin pagar nada por él; su posición privilegiada se ve reforzada al depender de su aceptación el cumplimiento del contrato; normalmente se cumple, aun siendo la obra diferente de las previsiones en calidad, aunque *ex post* nada se haga con ella; comportamiento basado en la

en blanco que el autor debe ir rellenando a impulsos de talento, imaginación y trabajo; temor de la página, sobre el que tantos comentarios de escritores famosos se han volcado, y que *malgré lui* obliga al autor a seguir escribiendo; como, con humor negro, «escribía» Jardiel Poncela). Estas reflexiones sobre «el trabajo de escribir» las podemos encontrar en casi todos los autores; las últimas y más recientes son las de BORGES, *Sobre Joyce*, suplemento Cultura, «Diario 16», 16-1-85, y María ZAMBRANO, *Del escribir*, «El País», 16-6-85.

(6) Gracias a esta fórmula pudo culminar su obra un famoso autor alemán, cuya cabeza dejó transcurrir más de diez años para superar su crisis de creación, y, en tales circunstancias, gracias a la ayuda del editor, pudo solventar sus dificultades.

evitación de problemas procesales y de reclamación ante los Tribunales, facilitándose de este modo la propia gestión presupuestaria.

Es cierto que en el Derecho español, aun dentro del campo específico de la legislación del libro, no es lo suficientemente desarrollada como para recoger estos supuestos, pero también lo es que la Ley del Libro vigente de 1975, interpretada en sus propios términos, ampara esta visión del contrato de edición en el que entre la obligación de entregar una obra y su entrega media un plazo determinado de tiempo. Cosa distinta de la de realizar la obligación mediante compromiso expreso o encargo.

Lo curioso es que es en la esfera público-administrativa donde más necesaria es la previsión de ideas que superan en su ejecución el año o que necesitan, por su misma periodicidad, plazos mayores que el año puro presupuestario. Y es aquí donde vuelven a chocar los intereses con la realidad y las exigencias formales presupuestarias, choque del que se puede deducir el nulo patronazgo de la normativa pública en pro de empresas que podrían ser de interés, pero que, por construirse a medio plazo, no pueden ser atendidas, en virtud de los referidos cánones que la Administración Pública.

Basta pensar en una obra de jurisprudencia, continua por su propia naturaleza en el tiempo, para deducir las limitaciones temáticas que en la esfera de sus potenciales planteamientos tiene cualquier editorial pública. Incluso los centros que por misión institucional y reglamentaria están obligados a la difusión de esta jurisprudencia tienen que respetar los citados límites anuales y verificar, para tan corto espacio de tiempo, el oportuno compromiso (7). ¿Cabe imaginar un compromiso con autor, para la edición plurianual de determinada obra recopilatoria de jurisprudencia, que se va produciendo a lo largo de los años? ¿No es la plurianualidad elemento social para la estructuración de estas obras? ¿No es, diríamos, la plurianualidad consustancial con la naturaleza de algunas obras por su contenido?

También hay que destacar que frente a empresas o iniciativas editoriales privadas, más o menos novedosas o tradicionales, lo cierto es que por determinados trabajos editoriales tienen su encaje típico en las empresas públicas no sólo por el fin del programa a divulgar, sino también por la propia permanencia de los citados fines: cualquier recopilación sistemática de jurisprudencia, en cualquiera de sus ramas —civil, penal, contencioso-administrativa, social, etc.—, extractada o no, comentada o no, con anotaciones o sin ellas, debe ser precedida de un trabajo de preparación, anotación y sistematización que reclama tiempo y res-

(7) Así, el Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, que se ve obligado a convocar, cada año, el correspondiente concurso para la edición de la jurisprudencia civil o penal de las respectivas Salas del Tribunal Supremo, del año de que se trate. Ver, para 1984, la resolución de convocatoria del concurso, publicada en el «BOE» del 22 de junio de 1984, y la de tantas otras revistas de la Administración que deben acudir a la convocatoria pública general del correspondiente compromiso de impresión.

paldo económico, cosas ambas que sólo es posible conceda la Administración Pública.

En estos casos, para la exacta configuración del contrato como de edición es preciso que la idea, proyecto o plan del trabajo corresponda a un autor necesitado tanto de financiación como del compromiso posterior de su edición. Es evidente que si un profesional presenta un proyecto de sistematización, por ejemplo de determinada jurisprudencia, por ser idea suya, y no de un organismo, el contrato deberá ser de edición y no de colaboración temporal administrativa.

La Ley General Presupuestaria ha permitido (art. 61) los gastos «plurianuales», condicionándolos a los créditos que «para cada gestión autoricen los respectivos Presupuestos Generales del Estado», tipificando determinados contratos —de suministro, de asistencia técnica y científica...— aquellos sobre los que «podrán adquirirse compromisos por gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen...» (párrafo 2 del citado artículo), aunque después fije como tope del número de años en que puede aplicarse la anterior previsión, a cuatro, y el gasto imputable a cada uno de tales años no podrá exceder de los porcentajes que se marcan en ese mismo artículo (párrafo 3). Asimismo, se prevé que el número de años puede superar los cuatro reseñados, por decisión del Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda y «a petición del correspondiente Departamento ministerial...» (párrafo 4). (8).

Además, el autor con su obra sigue un proceso no mecánico, lo que repercute en el propio mecanismo contractual (9), pues no es la simple materialidad, concentrada en un *corpus* físico, realizable en «tiempos» cronometrables y medidos; lo que sucede, pensamos, en todas las obras intelectuales, incluidas aquellas en que más visible aparece el mecanismo común con las restantes (como sucede en recopilaciones, por ejemplo, de textos jurídicos, en donde su simple ordenación obedece a razones marginales a cualquier automatismo). Sin embargo, en el campo público, se ofrece todo tipo de resistencia a la contemplación y reconocimiento de estas singularidades y periódicamente (como ha sucedido con el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, que reveladoramente y de modo último alude al carácter *sui generis* de alguna de las prestaciones solicitadas por los contratantes públicos, al llevar como rúbrica del mismo la de «contratación para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, en la Administración del Estado, sus Or-

(8) En la Exposición de Motivos de esta Ley —hemos manejado la edición de la Colección Textos Legales, «BOE», núm. 19, 3.ª ed., 1984— se alude como novedad de este régimen legal, sobre el tradicional de 1911, la admisión de estos «gastos de carácter plurianual» para los supuestos «que se describen a título de "numerus clausus"».

(9) De todos son conocidos tantos casos, alguno de ellos famoso, de la percepción por el autor de anticipos sobre una obra «anunciada» que se prolonga durante algún tiempo, al no encontrar el autor su chispa creadora; esta imagen de lucha contra los plazos y contra su misma «sequedad» creativa no es admisible en el campo público, donde al creador se le ve como un «estajanovista» que obligadamente debe entregar las obras en los plazos previstos.

ganismos autónomos y la Seguridad Social») (10). Su justificación no puede ser más sorprendente, pues aun reconociendo, como ya es habitual en la Legislación de Contratos del Estado, la aplicación de la normativa civil o mercantil, añade una declaración que poca relación tiene con lo anterior, si no es la reiteración en la prepotencia contractual que el Estado se reconoce, marginando intencionadamente la aplicación citada, al señalar sin tapujos lo siguiente: «*Como quiera que la legislación de contratos vigentes no regula el contrato entre la Administración y una persona física para la realización de un contrato específico y concreto, no contractual, parece necesario (...) dictar la adecuada norma que regule los contratos aludidos.*»

4. CONCLUSIONES

La figura del «contrato administrativo», conviene no olvidarlo, se vio rodeada desde sus inicios por un bloque de privilegios y prerrogativas que encontraban su justificación en la misma necesidad de proteger los intereses tutelados por la propia Administración; esta argumentación sigue siendo válida para determinados supuestos de esta contratación en los que se ve la oportuna protección frente a poderes *de facto* de gran relevancia, como simbolizan, por ejemplo, las multinacionales. Así, algún autor (11) ha señalado la presencia de esta figura contractual dentro del campo informático, por el gran poder que tiene la industria electrónica y las empresas operantes en el sector: «Las Administraciones Públicas, que, tecnológicamente, están en situación de desventaja frente a dichas compañías multinacionales, no pueden contrarrestarla en sus relaciones con ellos si no es con el recurso a las potestades exorbitantes que se les atribuye cuando contratan según el Derecho Administrativo» (12).

Continuando en este campo específico, el mismo autor, a quien seguimos, al enfrentarse con otras modalidades contractuales necesarias aquí, como puede ser el «arrendamiento de equipos o sistemas informáticos», señala (13) que «*esta categoría contractual no cuadra con ninguna de las variantes típicas de convenios administrativos regulados en la Ley de Contratos del Estado*, puesto que se trata de un arrendamiento de cosas, que debe ser diferenciado del arrendamiento de obras, que es la

(10) Ver texto completo en repertorio *Disposiciones Generales*, edición oficial, «BOE», 16-31/8/85.

(11) ROMERO HERNÁNDEZ, *Régimen Jurídico de la contratación de equipos y sistemas informáticos en la Administración Local*, citado por SUÑÉ LLINAS, «Comunicación: la contratación informática en la Comunidad de Madrid», en *I Jornadas Técnicas de Estudio de la Comunidad de Madrid*, Consejería de Presidencia, 1984, páginas 127 y ss.

(12) La cita es de SUÑÉ. Ver nota anterior, pág. 128.

(13) Ver SUÑÉ LLINAS, *ob. cit.* Las cursivas son nuestras (pág. 134). También, X. LINANT DE BELLEFONDS y A. HOLLANDE, «Les Contrats informatiques», *Encyclopedie Delmas pour la Vie des Affaires*, 1984.

naturaleza básica del contrato típico de obra pública, e incluso a las diversas variantes del contrato nominativo de suministro...», añadiendo que esta categoría contractual «aglutina tres figuras de distinta naturaleza: un contrato mercantil de suministro, una compraventa ordinaria y un arrendamiento de obra». Lo mismo sucede con otras figuras aplicables en el campo de la informática, como el de adquisición o arrendamiento de programas informáticos y otras muchas figuras que permanecen al margen de una encorsetada legislación lejana a la movilidad impuesta por el mismo progreso de la tecnología.

Este es uno de los sectores donde la aplicación «papal» de la normativa común de contratos del Estado resulta contradictoria con el contenido y con las mismas características del objeto del contrato, que reclama una perfecta adecuación en cada tiempo del plazo contractual.

El plano editorial o del mercado del libro es otro de los campos donde la Administración se muestra más tosca, por no decir carente de la instrumentación flexible que presenta un actuar más conforme con los signos de identidad propios de esta zona de operaciones. La Administración Pública se siente obligada al respeto escrupuloso de la normativa común, pensando, entendemos, en otras delimitaciones más genéricas, cuantificables o de intendencia (14). Normalmente, además, salvo los órganos afectados, el resto de los órganos participantes no muestran inquietud alguna sobre el tema.

Valentín R. VÁZQUEZ DE PRADA

(14) Término sumamente ilustrativo para aludir a las compras masivas de artículos o productos calificados por el número, más que por la singularidad en el campo público; aun hablando de «unidades de obra», tiene más importancia el resto o total de la obra que esas mal llamadas «unidades de obra», sólo operable conceptualmente a efectos del control y fiscalización, aunque tan poco signifiquen en el plano de la respectiva obra.

