

EL CONTENIDO DE LA RELACION CONTRACTUAL: SUS PRINCIPIOS INFORMADORES

Por G. ARIÑO

351.712(46)

Sumario: 1. En torno a la «quaestio disputata» de la sustantividad.—2. El sentido del contrato administrativo en su origen.—3. Los principios informadores de nuestra contratación tradicional.—4. La evolución del contrato administrativo.—5. Los principios propios de la contratación administrativa.

1. En torno a la «quaestio disputata» de la sustantividad de la figura

Se ha dicho (1) que en el contrato administrativo se viene a condensar el problema entero del derecho administrativo. Y ello es cierto en un doble sentido. En primer lugar, en cuanto que un concepto del contrato administrativo exige una toma de postura

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La figura del contrato administrativo», en *RAP*, n. 41, pp. 110 y ss. Sobre la actualidad y significación del tema contractual en los dos grandes sistemas de contratación (el franco-español y el germánico) y las tendencias revisoras de nuestros días, vid. MARTÍN RETORTILLO, S.: «La institución contractual en el Derecho Administrativo», en *RAP*, número 29, pp. 60 a 65.

previa respecto a las cuestiones fundamentales del derecho administrativo: relación de la administración con la norma jurídica (principio de legalidad), teoría de las potestades, aplicación a la misma del derecho privado, autonomía y sustantividad respecto al derecho civil y subsidiariedad de éste respecto de aquél, etc...; en segundo lugar—y ello confirma lo anterior—, por cuanto que contrato administrativo y derecho administrativo han seguido siempre una misma línea de evolución, madurez y desarrollo (2). La historia de la elaboración del derecho administrativo puede seguirse perfectamente a través de la historia de esta figura, y viceversa (3).

El derecho administrativo se configura inicialmente como la disciplina normativa interior a ese sujeto que constituye la administración. «Il reste—dirá Hauriou— une discipline interior a un groupe» (4). Como consecuencia de la expansión histórica de los fines del Estado (5), la actividad administrativa crece y la administración absorbe una serie de funciones para cuya realización se inspira en técnicas de derecho privado. Muchas de sus instituciones y de sus conceptos, sobre todo en el campo del Derecho patrimonial de la administración (dominio público, contratos) se construyen y desarrollan conforme a los esquemas elaborados en las realidades seculares del Derecho privado (6).

(2) ENTREÑA CUESTA, R.: *Derecho Administrativo. Parte especial*. Edic. lit., Madrid, curso 1958-59, p. 247; llega a decir que la configuración del contrato en un ordenamiento jurídico determinado es piedra de toque para averiguar el grado en que dicho ordenamiento está presidido por los principios que informan el «régimen administrativo». El tema sigue siendo polémico en la bibliografía jurídica de todos los países; un buen resumen de las últimas posiciones doctrinales en STAINOV, P.: «La théorie des contrats administratifs et le droit socialiste», *R. D. Public*, marzo-abril 1966, pp. 229 a 264.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Ob. cit.*, p. 111, pone de manifiesto esta correspondencia a través de los tres criterios históricos de delimitación del derecho administrativo y del contrato administrativo: la teoría de los actos de autoridad y actos de gestión, la teoría del servicio público y la concepción del derecho administrativo en su conjunto como un *ius exorbitans a iure comune*. Piénsese igualmente, como índice de lo que decimos, en el paralelismo entre el art. 16 del Código civil y el art. 65 de nuestra ley de ACHP, hoy derogado, puesto muchas veces de relieve por la Jurisprudencia.

(4) MARTÍN RETORTILLO, S.: *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960. páginas 27 y 28.

(5) VILLAR PALASÍ, J. L.: «Concesiones administrativas», en *NEJ*. Seix, tomo IV, pp. 684 y ss.

(6) El fenómeno tiene una clara explicación histórica que ha señalado SANTI ROMANO; tanto desde el punto de vista sustantivo (la evidente analogía de sus instituciones) como personal (el Derecho administrativo se formó teóricamente en un medio jurídico impregnado de tendencias y tradiciones

Ahora bien, conforme avanza el proceso histórico hacia la autonomía del ordenamiento administrativo, se produce por un lado un proceso de *singularización de técnicas* inicialmente tomadas a préstamo del derecho común, que devienen técnicas propias y peculiares del Derecho administrativo, sin parangón en derecho privado (tal, por ejemplo, con la relación funcionarial, edificada inicialmente sobre una base contractual) (7); y por otro, una progresiva *modulación de técnicas compartidas* con el derecho común, que van adquiriendo una coloración administrativa cada vez más intensa (tal es el caso del contrato administrativo).

El deslinde se presenta, sin duda, en estas últimas mucho más difícil por cuanto que se conserva en derecho administrativo el esquema formal de una figura que, como el contrato, pertenece a las categorías generales del Derecho y han sido elaboradas como tal desde los principios y presupuestos propios del Derecho civil (8). Ahora bien, la identidad de su esquema formal no puede llevarnos a olvidar *sus propios principios conformadores*, que irán cristalizando progresivamente, y darán autonomía y sustantividad a la figura, a medida que el ordenamiento jurídico en su conjunto vaya configurándose como una rama autónoma que contiene en sí técnicas de autointegración (9).

Sobre las líneas maestras de un mismo esquema formal corren en ambas figuras—civil y administrativa—energías y líneas de fuer-

civiles, gracias a la obra de administradores, jueces y miembros del Parlamento que habían sido formados en la escuela del Derecho civil y del Derecho romano). Vid. MARTÍN RETORTILLO, S.: *El Derecho civil...*, cit., p. 35.

(7) La diferente extensión de la figura contractual en los distintos países y su naturaleza de técnica residual ha sido puesta de manifiesto por STANOV: «La théorie des contrats administratifs et le droit Socialiste», *Revue de Droit Public*, marzo-abril 1966, pp. 240 a 247. Vid. lo que se dice en *Apuntes de Derecho administrativo*, Cátedra Villar Palasí, tomo VIII, p. 16, sobre el carácter residual de la técnica contractual; en este sentido, el surgimiento del Derecho administrativo desemboca en una larga trayectoria de técnicas contractuales, que devienen técnicas propias de la Administración.

(8) Es cierto por ello lo que afirma GARCÍA DE ENTERRÍA al decir que «las instituciones del Derecho administrativo no necesitan tener una singularidad radical respecto de las que son propias del Derecho civil» (ob. cit., p. 111). Pero también es cierto que «por mucho que el contrato administrativo o la concesión se parangonen con el contrato civil, luce tras esta equiparación formal una potestad modalizadora, como un *ius inexhaustibilis*», VILLAR PALASÍ: *La potestad ordenatoria de la Administración*, inédito, p. 13. En el mismo sentido, S. ROMANO: *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963, especialmente pp. 91 y ss., y estudio preliminar de S. MARTÍN RETORTILLO.

(9) Por eso decíamos antes que contrato administrativo y Derecho administrativo recorren siempre una misma línea de evolución, desarrollo y madurez.

za distinta (10). Cierto que toda una serie de conceptos formales, consagrados en el marco del derecho privado han sido recibidos en el contrato administrativo: su técnica jurídica, sus elementos esenciales, su estructura dos veces milenaria. Pero cierto igualmente, como dice Laubadere, que su régimen jurídico—su fondo—está hecho de particularismo (11).

Y llegamos con esto al nudo de la cuestión. No es sólo un ingenioso prurito de autonomía, sino es, sobre todo, la realidad de un régimen jurídico de efectos en derecho positivo, distinto al civil, lo que apoya la afirmación de sustantividad de la figura (12). Sustantividad que no la hace irreductible, ciertamente, al cuadro contractual tradicional del derecho civil sobre cuyo suelo ha crecido, pero sí le da soluciones propias y peculiares a muchos de sus problemas. Sólo desde los *principios específicos de la contratación administrativa* podrán resolverse con acierto muchas de las cuestiones que el contrato administrativo plantea (13). Aunque naturalmente —y ello no es argumento en contra de mi afirmación—pueda lle-

(10) El tema de las «ideas-fuerzas» inspiradoras de las instituciones es antiguo en la ciencia jurídica: A. FOUILLE: *L'évolutionnisme des idées-forces*, 1890; *La Psychologie des idées-forces*, 1893. Justamente, el valor del método dogmático en la investigación del Derecho radica, según demostró GENY: *Derecho privado positivo*, trad. esp., 2.ª ed., Madrid, 1925, pp. 129 y ss., especialmente 143 y 144, más que en sus construcciones lógico-formales, en ese saber descubrir los principios—líneas de fuerza—que responden a la teología de cada instituto jurídico. Y si formalmente contrato civil y contrato administrativo son susceptibles de idéntica construcción lógica, no así puede afirmarse, como tendremos ocasión de demostrar, en cuanto a la finalidad y juego de intereses que en ambos se aprecia, en cuanto a su distinta construcción teleológica. Vid. lo que se dice más adelante sobre el valor de los principios jurídicos administrativos en la interpretación de los contratos.

(11) LAUBADERE, A.: *Traité théorique et pratique des Contrats Administratifs*, París, 1956, tomo I, p. 22.

(12) Sustantividad que, por otro lado, ha sido criticada y puesta en tela de juicio. PARADA VÁZQUEZ: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963; GONZÁLEZ BERENGUER: *La contratación administrativa*, Madrid, 1966. Revisando antiguas posiciones, y con una formulación más matizada y más exacta, GARCÍA DE ENTERRÍA.

(13) Problema distinto es la cada vez mayor consciente utilización de técnicas y soluciones de Derecho privado por la Administración, la sumisión al Derecho privado, en cuanto contenido normador, de las relaciones jurídicas en su interior, pero sin que por ello éstas dejen de tener naturaleza administrativa. Igualmente, no se alude para nada en la afirmación del texto —y ello es claro— a los llamados contratos civiles de la Administración. Me remito en todo ello a las lecciones sobre contratos administrativos que, redactadas por mí, se han publicado como Apuntes (t. VIII) en la cátedra del profesor Villar Palasí.

garse en el contrato civil a las mismas soluciones por vía paccionada. Es este un argumento que a veces se ha empleado (14) para minimizar las diferencias entre contrato civil y administrativo, pero que encierra en sí no poco de sofisma. En efecto, lo que caracteriza y define al contrato civil no es el contenido específico que a través de su clausulado puedan darle las partes a un contrato determinado, al amparo del principio de libertad contractual (y ello, no obstante, con las excepciones que los artículos 1.256 y 1.124 siempre suponen para el contrato civil), sino el sistema de reglas y principios jurídicos que, ante el silencio de las partes, haya que aplicar al contrato como el más adecuado a la naturaleza y función del mismo. Y, en esto sí, las diferencias son patentes en muchos campos: interpretación, mora, incumplimiento, modificación del contrato, riesgo imprevisible, responsabilidad contractual, etc. Toda una serie de técnicas peculiares del contrato administrativo, aunque ilógicas desde el punto de vista dogmático-privado, no son sólo soluciones justas y socialmente convenientes, lo cual, por sí solo, las justificaría, sino que vienen exigidas por el propio carácter de la vida administrativa, montada claramente—como decía Hauriou— a un diapasón distinto de la vida civil (15), y responden a un sistema de principios distintos al contrato privado, a través de los cuales se pone de manifiesto una dogmática propia, unas categorías jurídicas peculiares y una *unidad de sentido* presidida por la idea del fin público a que el contrato sirve. El quicio y raíz de la singularidad propia del contrato administrativo lo constituye el fin de interés general, objeto y causa del contrato. La idea del fin es la clave hermenéutica de la institución, la piedra angular de su construcción jurídica y de su sistema de efectos.

2. El sentido del contrato administrativo en su origen

La construcción dogmática del contrato, elaborada en campo y desde los presupuestos del Derecho privado, no pudo por menos de dejar una profunda huella a la hora de elaborarse la estructura propia del contrato administrativo. La figura del contrato administrativo ha sido fruto de una constante tensión entre ésta su inicial estructura e inspiración y las exigencias públicas de su fun-

(14) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La figura...*, cit., pp. 119, 120, 124...

(15) HAURIOU, M.: *Jurisprudence administrative de 1892 a 1929*, t. III, página 606.

ción, que se resistían a dejarse categorizar según moldes iusprivatistas. De ahí sus aparentes contradicciones, su difícil y costosa elaboración dogmática y su condición de tema desesperante, como ha sido calificado alguna vez por la doctrina (16).

Ya hemos dicho que la figura del contrato administrativo tiene un origen procesal (17). La preocupación por las jurisdicciones será la causa de que, dentro de los contratos, se configure a un grupo de ellos, aquellos en que interviene la Administración, como especiales por razón de su fuero, si bien inicialmente se reconoce que ninguna diferencia de fondo les separa de los demás. La misma rigidez del contrato privado como *lex inter partes*, sin posibilidad de establecer unos principios que no se aceptarían en un contrato privado (18) es dable observar en los contratos administrativos.

Cierto que éste tiene, desde su nacimiento, algunas notas peculiares, derivadas:

1) Del carácter de una de las partes, la Administración que obra investida de poderes y atribuciones especiales, lo cual supone una cierta quiebra en el principio de igualdad de las partes (privilegio posicional de la Administración) y unas formas específicas para la elección del contratista (19).

2) De que el contrato administrativo tiene por objeto inmediato la realización de una obra o servicio público cuyas exigencias van hacer quebrar también, aunque sólo en cierta medida, el principio del *contractus lex* (20).

Sin embargo, tanto éstas como las restantes diferencias que separan el contrato civil y el administrativo, ya en la prestación del consentimiento, ya en las formalidades que rodean a éste, no pasan de ser, con afectar a elementos esenciales, diferencias secundarias que no alcanzan nunca al núcleo mismo de las relaciones jurídicas que crea; esto es, al elemento sustantivo del juego de las obligaciones y derechos nacidos de su seno. Por lo que no surgen, en verdad, un modelo nuevo, esencialmente distinto de otro contrato similar,

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La figura...*, cit., p. 110.

(17) Cfr. PARADA VÁZQUEZ: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963; GALLOSTRA, J.: *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881. Me remito, en general, en este punto, a estas dos obras fundamentales y a lo ya escrito en *Apuntes*, t. VIII, pp. 1 y ss.

(18) CORMENIN: *Questions de droit administratif*, Bruselas, 1834, pp. 374 y ss. Cit. por PARADA, que hace una amplia exposición del pensamiento de este autor, representante y prototipo de la época; pp. 58 y ss.

(19) PARADA VÁZQUEZ, ob. cit., pp. 62 y ss.

(20) G. RODRÍGUEZ: «Observaciones sobre las condiciones generales para los contratos de obras públicas», en *Revista de Obras Públicas*, n. 19, año 1960, páginas 42 y ss.

que siempre se hallará en Derecho civil (21). El contrato administrativo no tiene hasta este momento sustantividad propia y no existen en su regulación de fondo particularidades importantes sobre el puro contrato civil (22). El mismo Delgado Martín, defensor desde el primer momento de su especialidad, fundándola en la necesidad de trazar reglas a la Administración que le impidan renunciar a sus derechos por el convenio (23), llega después a la conclusión de que lo son todos los celebrados por la Administración y de que su especialidad de jurisdicción se funda, no en ninguna cuestión de fondo, sino en la especialidad de uno de los sujetos y en la utilidad de la división del trabajo. Niega, con ello, los contratos privados de la Administración (24).

Principios esenciales del derecho administrativo como el de la conveniencia del servicio público, el principio de igualdad ante las cargas públicas e incluso la misma configuración de la Administración como gestora del interés público y titular de potestades administrativas, no tienen sino timidas repercusiones en el juego de las obligaciones y derechos propio del contrato administrativo, en el origen de la figura.

Y así, *al principio de autonomía de la voluntad* de las partes, si bien bajo la modalidad de los llamados contratos de adhesión, que

(21) Ver en este sentido la exposición de las opiniones de diversos autores que se recogen en la obra de FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Los contratos administrativos*, 2.^a ed., Madrid, 1945, pp. 15 y ss.

(22) Nuestros primeros tratadistas—GIL ZÁRATE, POSADA HERRERA, OLIVÁN, AGUIRRE DE TEJADA—no aciertan a descubrir cuál puede ser el criterio material de conformación jurídica de los contratos administrativos y su atribución subsiguiente a una u otra jurisdicción. SANTAMARÍA DE PAREDES: *Derecho administrativo*, 8.^a ed., 1914, pp. 718 y 719, escribirá que los contratos administrativos se presentan en la práctica como una especialidad de la contratación general y, por tanto, se rigen por la legislación común en cuanto no aparezca modificada por la legislación especial administrativa. Por lo demás, esta postura ha llegado a nuestros días. PARADA: «La nueva ley de Contratos del Estado», *RAP*, n. 47, p. 407. Como veremos más adelante, tal postura es insostenible.

(23) DELGADO MARTÍN, E.: *Contratos administrativos*, Madrid, 1883, Intr. páginas XI a XVI.

(24) La calificación unitaria de los contratos de la Administración ha sido mantenida modernamente por BALLBE: «Derecho administrativo», en *NEJ*, Seix, Barcelona, 1950, t. VI pp. 68 y ss., y por ALBI: «Contratos administrativos», *NEJ*, Seix, t. V, p. 434. Al influjo de estas posiciones, con su prestigio doctrinal, se ha debido la regulación unitaria de toda clase de contratos de la Administración local, que establece el *RCCL*, el cual viene a consagrar, aunque traicionándola en su propio contenido regulador, esta concepción doctrinal: Vid. *Apuntes de Derecho Administrativo*, t. VIII (Contratos), cátedra del profesor Villar Palasí, Madrid, 1965-66, pp. 25 a 27.

encierran los pliegos de condiciones, sigue imperando en el contrato administrativo. Como ha escrito García de Enterría (25), «las normas sobre contratación administrativa se presentaban con el carácter puro y simple de *ius singularis* o, incluso más, de privilegios en el sentido de que sólo se aplican como excepciones de las normas de Derecho común que son las aplicables como verdadero cuerpo normativo general, al cual habrá que referir todo lo no previsto específicamente (sin que se admita, según el texto legal, extensión analógica de sus propios principios informativos) por aquellas normas especiales administrativas» (art. 65 LACHP). Por lo demás, faltaba un verdadero derecho objetivo de contratación administrativa, ya que «los preceptos contenidos en el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad son meras remisiones a pliegos de condiciones a insertar en los respectivos contratos; lo cual quería decir que toda la regulación de fondo del contrato administrativo se construía en nuestro Derecho al amparo del principio civil de autonomía dispositiva (arts. 1.091 y 1.255 del C. c.) y como estipulaciones contractuales o pliegos de condiciones se incluían en el contrato todas las especialidades propias del contrato administrativo» (26).

Por lo que se refiere al *principio del contractus lex*, éste quiebra, ciertamente, para una de las voluntades integradoras del convenio, en atención a las exigencias del interés público que tal voluntad representa, y que le confiere poderes exorbitantes del Derecho común. Pero no así para el otro contratante, que debe cumplir su prestación exactamente en los términos previstos; el contrato queda, por este lado, perfectamente inmutable y rígido, como corresponde a su naturaleza —concebida en términos de derecho privado— y al contratista se le aplican con el más estricto rigor las cláusulas del pliego de condiciones que ha suscrito.

En cuanto al tercer principio característico del contrato, tal como se había construido en derecho privado, el de ser un medio de conjugar intereses contrapuestos en el que cada una de las partes mira su propia ventaja, señala Waline cómo en la antigua concepción del contrato «éste tiene por objeto y finalidad fundamental conseguir la construcción de una obra o la prestación de un servicio (en su sentido más general) con la mayor economía pecuniaria posible, deseo que es el que le ha llevado precisamente a contratar. No quiere decir esto que la buena ejecución de los trabajos o prestación del servicio estén totalmente ausentes (para ello se establecen

(25) «Dos regulaciones orgánicas de la Contratación administrativa», *RAP*, número 10, p. 248 y ss.

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Ibidem*.

las garantías de control necesarias), pero sí que la Administración no se preocupa en absoluto en su afán de conseguir un costo bajo de la obra o de servicio de los intereses pecuniarios que son directamente opuestos a los suyos» (27).

La equivalencia de las prestaciones sigue lográndose en el origen del contrato administrativo —idéntico en su fondo material al civil— por el simple juego del mecanismo sinalagmático, sin que pueda ser motivo de revisión —al igual que en Derecho civil— un cambio de circunstancias o el acaecimiento posterior de un hecho que haga mucho más onerosa la prestación.

Y si el contratista comete faltas de ejecución, o retrasa los plazos previstos, incurre en fuertes sanciones o, en su caso, en rescisión con pérdida de la fianza (28).

3. Los principios informadores de nuestra contratación tradicional

En el ordenamiento administrativo español, nuestra Ley de Obras públicas (13-IV-1877), que todavía conserva su vigencia formal, configura el contrato administrativo de obras públicas de modo análogo a como sucedía en el Código civil con la *locatio conductio operis*; prestación de un resultado, en un tiempo fijo, mediante el pago de un precio fijo e inamovible. A dicha caracterización podríamos añadir dos notas (29) que colorean administrativamente el contrato de la época: el principio de una mayor dureza y exigencia con relación al civil, y un principio de desconfianza, clásico en nuestra legislación administrativa española, que se patentizaba en el principio de subasta necesaria, inmemorial en nuestro derecho.

(27) WALINE: Ob. cit. pp. 6 y ss.

(28) WALINE, M.: «L'Evolution récente des rapport de l'Etat avec ses contractants», en *Revue du Droit Public*, 1951, p. 6. «Incluso—recuerda Waline— en la inmensa mayoría de los casos no se podrían invocar, con resultado, las causas de fuerza mayor, pues como decía Tardieu en sus célebres conclusiones: *Affaire Compagnie des messageries maritimes* (Conseil d'Etat, 29 de enero de 1909), los contratistas se han encargado de una misión que representa un interés general, y precisamente en razón de él los Tribunales tienen el derecho de mostrarse más severos en la apreciación de su conducta, y de exigirle un mayor esfuerzo en la ejecución de su contrato, que el que los Tribunales civiles imponen al contratista privado.»

(29) Señaladas por VILLAR PALASÍ: *Conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios Políticos* el día 16 de abril de 1953, inédita.

3.1 EL PRINCIPIO DE DUREZA CONTRACTUAL

Ha sido opinión común en nuestra doctrina que en el contrato administrativo, por estar el contratista vinculado a la realización del interés general, la Administración podía exigir de él una diligencia especial y tratarle con mayor severidad, si no cumplía. De ahí que se proclamase por la jurisprudencia el alcance más limitado que la fuerza mayor tenía en los contratos administrativos (SS. 20-XII-1866, 5-VI-1870). Y la misma doctrina así lo entendió también (30).

Las condiciones de la contratación administrativa, y en especial la de obras públicas, han sido tradicionalmente duras para el contratista, al que venían impuestas a través de los contratos dictados que los pliegos de condiciones encierran. Ello obedecería a tres razones de orden diverso.

1) A la mentalidad pecuniaría de la Administración: hacer las obras o servicios con el menor dinero posible (31). La Administración quería asegurar por encima de todo un coste máximo de la obra, previsto y aprobado de antemano; ello encuentra una justificación en el siglo XIX en el carácter limitativo de los créditos presupuestarios.

2) A un principio de desconfianza hacia el contratista clásico en nuestra legislación tradicional, que ve siempre a aquél como un «enemigo» con intereses contrapuestos.

3) A un principio de desconfianza hacia sus propios agentes, tanto en la elaboración de sus proyectos y cálculos como en la posterior interpretación del contrato y en el trato que dispensan a los contratistas a lo largo de la ejecución de la obra o el servicio. De ahí

(30) Vid. por todos, las referencias contenidas en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Riesgo y ventura y fuerza mayor», *RAP* número 2 (1950), pp. 84-85.

A esta mentalidad respondió el error que padeció la jurisprudencia en la aplicación de la fuerza mayor al contrato administrativo, al interpretar el artículo 42 del pliego de 1903: «El concepto de fuerza mayor como elemento de posible obstáculo y de consiguiente modificación en el cumplimiento de los contratos, tiene en los de naturaleza administrativa un alcance más limitado y concreto que los de carácter civil: S. 20 de diciembre de 1866, S. 5 de junio de 1870, S. 3 de diciembre de 1949. El equívoco que esta postura encerraba fue puesto de manifiesto por GARCÍA DE ENTERRÍA.

(31) «Los legisladores del siglo XIX—escribe WALINE—eran burgueses ahorrrativos, representantes de los contribuyentes, que tenían como principal preocupación administrar el dinero del Estado y evitar los gastos inútiles. Por ello impusieron a las colectividades públicas, para la celebración de sus contratos de obras y suministros, reglas muy estrictas, casi exclusivamente inspiradas en el interés de las finanzas públicas.» Cit. por BOQUERA OLIVER, J. M.: *La selección de contratistas*, Madrid, 1963, pp. 36-37, en nota.

que pretenda defenderse contra esto mediante la imposición de condiciones y cautelas rígidas, que no permitan una interpretación flexible (32).

Las manifestaciones más importantes en el orden jurídico de este clima de dureza fueron, a lo largo del siglo XIX, y en buena parte de este siglo, las que se exponen a continuación.

3.2 EL PRINCIPIO DE SUBASTA NECESARIA

El principio de subasta necesaria ha sido elemento esencial en la configuración del contrato, y ha tenido en nuestro derecho tradicional una importancia fundamental, no sólo en cuanto solemnidad formal cuya ausencia determinaba la nulidad, sino también en cuanto condición determinante de algunas de sus reglas de fondo (principio de tiempo cierto, modificación del objeto, sistemas de revisión o rescisión, etc.).

La necesidad de la subasta para la contratación de obras o para la venta de bienes patrimoniales es una consecuencia más en nuestro derecho histórico, de la equiparación de la Administración con la situación jurídica del menor de edad. El Fisco es un menor de edad y se le aplican, por tanto, técnicas jurídicas equivalentes: *Principis contractus pari cum pupillo iure fruitur*. El sistema es ancestral en nuestro derecho. Lorenzo de Santoyana escribe que «aprobada que sea, se pregonará la obra por nueve días ante el escribano del Ayuntamiento, quien admitirá y mostrará las posturas que se hiciesen; después de ello se hará el remate ante la Justicia y comisarios, en el día y hora que se hubiese señalado y se rematará la obra en el que hiciese mejor partido»; pues como dice la Ley deben hacerse al menor coste que se pueda (33). Aparece reconocido como norma general desde nuestras primeras regulaciones en materia contractual: sólo por vía de excepción y restringiéndolos a los casos taxativamente enumerados en las leyes, podían emplearse otros sistemas de selección de contratistas (34).

(32) Es expresivo a este respecto el texto de la circular de 30 de noviembre de 1858, en la que se daban normas a los diferentes servicios para la aplicación del artículo 35 del pliego de 1846, respecto al cual habían surgido dudas, en el sentido de si permitía o no los aumentos de precio. Dice así: «Los aumentos de precios en obras contratadas, recaen en ventaja de persona determinada y se prestan, aun concedidos con justicia, a interpretaciones desfavorables; por eso están excluidos de las condiciones generales y debe observarse escrupulosamente esa exclusión».

(33) LORENZO DE SANTOYANA: *Gobierno político de los pueblos de España*, 1742, cap. XII (De las obras públicas del pueblo).

(34) Se recoge ya en la instrucción de 10 de octubre de 1945, modificada

3.3 EL PRINCIPIO DE TIEMPO CIERTO

Como una exigencia de las garantías rituarías establecidas en la contratación administrativa, nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina establecieron como norma general la imposibilidad de la novación en los contratos administrativos (35). En cuanto las prórrogas entrañan la modificación de uno de sus requisitos esenciales, el plazo, éstas aparecen denegadas casi uniformemente por nuestra primera jurisprudencia. El principio se afirmaba de un modo absolutamente rígido, entendiéndose que si el contratista no cumple lo estipulado dentro del plazo que se le marcó, pierde la cantidad que depositó para tomar parte en el contrato (S. 7 febrero 1867) e incurre en las penas determinadas si la obra no se termina en el plazo estipulado (S. 25 febrero 1865). Nuestra jurisprudencia entendió que no puede realizarse fuera del término lo que no se cumplió dentro de él (S. 6 febrero 1866). La rigidez del principio de tiempo cierto y la consiguiente denegación de prórrogas al contratista que no cumple en el plazo estipulado se refleja igualmente en S. 25 febrero 1864, S. 25 noviembre 1865, S. 28 septiembre 1896, etc. (36). En cualquier caso la

en punto a las subastas por el real decreto de Bravo Murillo de 27 de octubre de 1952, que introduce el sistema de pliegos cerrados y le otorga el carácter de adjudicación automática que hoy tiene. La LACHP de 1 de julio de 1911 confirma el sistema y después del paréntesis de suspensión a que ésta se vio sometida con ocasión de nuestra guerra civil (decreto-ley de 22 de octubre de 1936), tal fue también el criterio con el que se redactó la reforma introducida en el capítulo V por la ley de 20 de diciembre de 1952, imponiendo la regla general de la subasta y admitiendo el concurso y el concierto directo como sistemas excepcionales. Hoy, como veremos, la situación ha cambiado radicalmente.

(35) Cfr. DELGADO MARTÍN: *Contratos...*, cit., pp. 83 y ss.; ALBI: *Contratos Municipales*, Valencia, 1944, pp. 306 y ss., espec., pp. 315 y ss. LORENZO DE SANTOYANA: *Gobierno político de los pueblos de España*, 1742, cap. XII (De las obras públicas del pueblo).

(36) Establece la S. de 28 de septiembre de 1896 que celebrado un contrato de alumbrado público de una población, es nulo el acuerdo de prórroga, «porque dicha prórroga constituye una novación de contrato que altera las relaciones jurídicas y estado de derecho creado, y necesita, por tanto, atemperarse a las reglas establecidas para los contratos, que exigen la celebración de nueva subasta». Cit. por ALBI, ob. cit., p. 315. En el mismo sentido GÓMEZ GONZÁLEZ: «Contratos administrativos», en *Enciclopedia jurídica española*, Seix, 1927, tomo IX, pp. 28 y 29: «Los contratos administrativos no pueden prorrogarse sino en los casos en que exista disposición o cláusula que expresamente lo autorice. Lo contrario sería un medio de eludir las condiciones de publicidad, subasta y demás solemnidades que caracterizan la contratación administrativa y de las cuales no es permitido prescindir por cuanto se hallan establecidas en garantía de los intereses públicos y su omisión privaría a la Administración de las ventajas que podría obtener en sucesivos contratos». Se adivina, tras

concesión de prórroga es voluntaria por parte de la Hacienda —pertenece a su potestad discrecional— y no puede obligársele en ningún caso a que la conceda (Ss. 20 diciembre 1866, 25 junio 1901, 3 julio 1905). El contratista tendrá únicamente derecho a ella cuando hubiese sido así acordado en las estipulaciones particulares del contrato (S. 31 marzo 1925), lo cual no es, por otro lado, sino la aplicación de una de sus cláusulas en virtud del principio del *contractus lex* (37).

3.4 EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA: «RIGOR IURIS» ADMINISTRATIVO

El principio del riesgo y ventura encuentra un cierto fundamento—aunque no es el único, ni el más importante—en la consideración del contrato de obra pública como contrato de obra *a tanto alzado* al modo civil (38). En el inicio de nuestra contratación administrativa de obras públicas—primera mitad del siglo XIX, especialmente entre los años 1830 a 1850—el sistema de contratación, aún incipiente, era el de tipo fijo a tanto alzado, a través del sistema de destajos parciales, que consiste en ejecutar la construcción que se ha de realizar por una cantidad *inalterable*, previamente fijada (39). Al

estas palabras, la concepción excesivamente pecuniaria de los intereses públicos, que se cifran más en el bajo costo de su realización, que en su pronta y eficaz prestación. Con esta posición se identifica también FERNÁNDEZ DE VELASCO, que recoge y acepta las palabras citadas: *Los Contratos Administrativos*, segunda edición, p. 156. (En la primera edición—1927—se recoge ya esta postura.)

37) En la contratación municipal, el artículo 6 del Reglamento de 2 de julio de 1924 recogía también algunos casos de prórrogas preceptivas—para la Administración y para el contratista—para aquellos contratos que tengan por objeto llenar necesidades permanentes, y al término de los cuales no se haya culminado la tramitación de otro nuevo, de tal manera que no se produzca una solución de continuidad en la prestación de servicios que por su naturaleza no pueden interrumpirse: Vid. ALBI, ob. cit., pp. 317 y ss. Estas prórrogas se establecen en exclusivo beneficio y favor de las Corporaciones y, por tanto, son siempre renunciables por éstas, que pueden acudir a otros modos de gestión, dentro de los previstos en sus leyes orgánicas; así, pues, estas prórrogas no tienen más duración que la necesaria para ponerse en condiciones la corporación de prestar el servicio por otros medios, contractuales o no (sentencia de 25 de octubre de 1916).

(38) De esta equiparación material entre uno y otro parte GARCÍA DE ENTERRÍA, en su famoso trabajo sobre el tema: «Riesgo y ventura y fuerza mayor en la contratación administrativa», *RAP* número 2, p. 87, nota 9.

(39) El sistema recogido en el pliego de condiciones de 1846 y aceptado en el real decreto de 1852 se empleó en España en la primera mitad del siglo XIX—hasta el pliego de 1861— y a él se refiere la «Exposición de motivos del pliego de condiciones de 1886» (*Gaceta de Madrid*, lunes 14 de julio de

contratista se le exigía la entrega de la obra acabada, sin que a la administración le importase para nada el desarrollo de su ejecución y los trabajos del contratista. Tal cosa le era indiferente, puesto que lo que quería conseguir era únicamente un resultado final.

La doctrina ha deducido así el principio de riesgo y ventura de la configuración de la obligación del contratista como una obligación de resultado, concepto que se contrapone al de obligación de medio o actividad (40).

Nuestra posterior legislación de contratos—artículo 43 del pliego de 1903 y sus concordantes (41) lo consagró y nuestro TS y nuestro Consejo de Estado reiteraron en inveterada doctrina legal y jurisprudencial la tesis del riesgo y ventura que hace recaer el peso de los resultados económicos derivados de la ejecución, sobre la esfera puramente individual del contratista, negando eficacia a la mayor onerosidad sobrevenida para alterar la relación contractual (42).

Ha sido justamente esta tradición jurisprudencial rigurosa con el contratista la que llevó, como hemos dicho, a nuestra primera doctrina a la conclusión—errónea—de que en el contrato administrativo se producía un especial *rigor iuris*, un régimen exorbitante de derecho común, que se elevó incluso a criterio definidor de la naturaleza (43). El principio de riesgo y ventura significaría así, justamente, un régimen especial de *prestando casus*, fuera de aqué-

1886, número 165), diciendo: «exige este sistema como primera e ineludible condición la de que la obra objeto del contrato esté perfecta y completamente definida en su situación, forma, dimensiones, composición y clase de materiales, y luego excluye toda modificación en el proyecto, cualesquiera que sean las causas que la motiven o las ventajas que con ellas se alcanzaran. Empezados los trabajos, toda alteración de lo estipulado constituye una novación del contrato que en la mayor parte de los casos obligaría a rescindir el ya celebrado, perturbando la marcha de las obras. Precisamente la inobservancia de estas dos condiciones inherentes al sistema de tanto alzado produjo su descrédito y motivó su abandono en el ensayo que de él se hizo en nuestro país en la primera mitad del pasado siglo».

(40) Sobre el análisis de la distinción, vid. ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963, pp. 111 y ss.

(41) Artículo 84 ley general de O. P., ley general de O. P., 198 del Reglamento para la contratación de la Marina, artículo 48 del de Instrucción Pública, etc.

(42) *CE*, Dict. 5-11-1952: en el mismo sentido, los de 4-10-1952, 25-9-1951, 25-9-1946; en *Recopilación de Doctrina Legal*, años 46-47, 51-52, 52-53, etc.

(43) Nos relevamos de traer aquí otras muchas sentencias que se contienen en DELGADO MARTÍN: ob. cit., pp. 22 y ss.; ALBI. F.: *Contratos Municipales*, Valencia, 1944, pp. 231 y ss.; FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: *Los Contratos Administrativos*, 2.ª edic., Madrid, 1945, pp. 177 y ss. Se aprecia en todos estos autores en medio de una cierta confusión, al exponer la materia, la *communis opinio* de un mayor vigor en este punto que el contrato civil.

llos que, limitativamente y en régimen de *numeros clausus*, se reconocían en el artículo 42 del pliego de 1903 y sus concordantes (44).

Como demostró García de Enterría, esta conclusión era absolutamente errónea. Volveremos más adelante sobre este punto; baste ahora dejar constancia de lo escrito para entender, en su evolución histórica, el cambio de sentido que en la institución contractual se ha producido a lo largo del último siglo.

4. La evolución del contrato administrativo

4.1 REVISIÓN DEL CONCEPTO EN LA DOGMÁTICA GENERAL DEL DERECHO

Ya en la dogmática general del contrato se han venido haciendo, en los últimos años, duras críticas a la concepción tradicional de esta figura, central en el mundo del derecho. La revisión a que ha sido sometida se basa fundamentalmente en los siguientes principios.

1) Construcción del contrato sobre una base de comunidad, de colaboración de las partes en un fin común, y con una función económica y social que cumplir (45).

2) Limitación del principio de la autonomía de la voluntad, mediante una normatividad de carácter cogente (46).

3) Revisibilidad de las relaciones contractuales mediante la admisión de una serie de mecanismos correctores, tendentes a garantizar el equilibrio de las prestaciones (47).

(44) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Riesgo y ventura*, cit., p. 86 en nota.

(45) «El contrato—dice PÉREZ SERRANO—nace para bien y provecho de la colectividad, en función de la cual actúan los sujetos individuales que lo conciertan; por ello, no cabe sacrificar al ritualismo de lo estipulado inicialmente, la vida posterior de la relación jurídica, que podrá perdurar intangible o modificarse al compás de las circunstancias.» PÉREZ SERRANO, N.: «El nuevo sentido del contrato», en *Rev. Der. Priv.*, 1943, pp. 354 a 357. Sobre la función económica y social del contrato, vid. PINO: ob. cit., pp. 175 y ss.

(46) «Frente a la concepción jurídica individualista del contrato, que sostenía, como advierte RABRUCH, por una parte que los contratos sólo obligan en lo que la voluntad contractual alcanza (*teoría de la voluntad*), y por otra, que siempre obligan en todo aquello a que la voluntad se extiende (*libertad contractual*), se postulan en muchos campos la necesidad de tipos fijos contractuales (contratos dictados, con control legal) y de recursos que faciliten la modificación de éste cuando cambien las circunstancias que presidieron su conclusión.» CASTÁN, J.: *Hacia un nuevo derecho civil*, Madrid, 1933, pp. 114 y ss.

(47) De aferrarnos a la tesis de que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes que lo conciertan, llegaremos al resultado injusto de romper el equilibrio de interés, quedando agraviado un contratante en la misma proporción

Estas críticas son quizás más aparatosas que efectivas en el campo del derecho privado (48). Tienen en cambio plena resonancia, como veremos, en el campo de los contratos administrativos. Por eso nos ha parecido oportuna su consignación aquí en esta breve reseña de las mismas (49).

4.2 LA CONSTRUCCIÓN Y SINGULARIZACIÓN DE LA FIGURA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La progresiva construcción del contrato administrativo ha sido obra pretoriana del Conseil d'Etat francés (50), que tuvo su gran

en que el otro queda beneficiado. Vid. PÉREZ SERRANO, N.: «La imposibilidad de la prestación». Conferencia. Colegio Notarial de Barcelona, septiembre 1943, páginas 15 y ss. En el mismo sentido, BADENES GASSET: *El riesgo imprevisible*. Barcelona, 1946, pp. 116, 119 y 120.

(48) Es obvio que los preceptos legales sobre contratos del Código Civil difícilmente pueden ser redactados de modo radicalmente distinto; quizás el papel que han de usar estas nuevas orientaciones es, más que determinar una reforma legal, orientar la interpretación y la aplicación de las mismas. La idea de comunidad, por ejemplo, no pasa de ser en Derecho privado un principio teórico, o si se quiere una aspiración política o una regla moral, pero no juega para nada en la estructura interna del contrato, no opera jurídicamente a través de sus elementos constitutivos. Los efectos jurídicos que se derivan para las partes de una compraventa o de un contrato de obra privada son entregar la cosa y pagar el precio. Y en ellas se agotan la relación. Sin que ningún otro móvil final sea tomado en cuenta por el Derecho, a no ser que se haya elevado a la categoría de condición.

Los intereses de cada una de ellas son distintos, aun cuando no opuestos: en la medida en que una se beneficia la otra se perjudica; no hay comunidad de intereses ni, por tanto, de riesgo.

(49) Puede verse una explicación más detallada de las mismas en los siguientes trabajos, dentro de la bibliografía española. MIGUEL ROYO: «Concepto del contrato en el derecho moderno», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1945, pp. 13 y ss. NICOLÁS PÉREZ SERRANO: Conferencias en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia «Sobre la reforma del Derecho privado en Alemania»; resúmenes en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1941, pp. 200 y ss.; y «El nuevo sentido del contrato», conferencias pronunciadas en la Academia de Legislación y Jurisprudencia, recensión de JOSÉ ANTONIO CÁNOVAS, en *Revista de Derecho Privado*, números 313 y 314, 1943, pp. 264 a 267 y 356 a 359. ROCAMORA: «La crisis del contrato», *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, 1942, pp. 569-585, 652-657 y 697-706. CASTÁN, J.: *Hacia un nuevo Derecho Civil*, Madrid, 1933, pp. 114 y ss. DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral*. Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano. Madrid, 1958, pp. 444 a 459. BADENES GASSET: *El riesgo imprevisible*. Barcelona, 1946, pp. 112 y ss.

(50) La figura surgió—escribe GARRIDO—interpretando aquellas relaciones contractuales cuyo contenido, influido por la idea de servicio público, escapaba al conocido como propio de esta figura en el Derecho privado: «Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales», *RAP*, núm. 7 (1952), p. 33, nota.

constructor científico en Gaston Jèze (51) y su mejor crítico en Maurice Hauriou, con sus luminosas notas de jurisprudencia (52). La idea del servicio público ha sido en todo momento el norte que ha dirigido su régimen jurídico. Hoy es este un concepto polivalente, pero sea de ello lo que fuere—no es este el momento de estudiarlo—resulta evidente que son los fines de interés general, que el contrato persigue los que imponen y justifican sus soluciones peculiares. La finalidad específica del órgano, investido para ella de competencia, hace surgir el carácter administrativo del contrato (53), y determina con ello un régimen jurídico peculiar.

Ya hemos dicho (54) que en algunas zonas del derecho administrativo—y la materia de contratación es sin duda una de ellas—se ha producido una verdadera importación de técnicas jurídico-privadas, que a medida que se desarrollaba el proceso de autointegración y autonomía del Derecho administrativo con relación al civil, iban adquiriendo una *coloración administrativa* cada vez más intensa, acorde con la distinta condición de los sujetos que en la relación jurídico-administrativa intervienen y con el distinto juego de intereses que encierra. Y así, a medida que el Derecho administrativo en su conjunto cobraba autonomía y sustantividad, se han ido decantando—esta ha sido la labor del Conseil d'Etat—una serie de principios propios, específicos, de la contratación administrativa (55).

(51) En sus *Principes généraux du Droit Administratif*, París, 1936, tres de cuyos tomos están dedicados a la teoría general de los contratos. Hay traducción española de la tercera edición francesa. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1950. Citaremos aquí la traducción española.

(52) *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929 Recueil Sirey*, París, 1929, 3 t.

(53) Nos remitimos en este punto a lo que hemos escrito bajo la dirección del Prof. VILLAR PALASÍ en los *Apuntes de Cátedra*, t. VIII («Contratos»), página 31 y ss.

(54) Vid. Introducción.

(55) La singularidad del contrato administrativo no se reduce, por lo demás, a los países de régimen administrativo francés. Cfr. STAINOU, P.: *La théorie des contrats...*, cit., p. 240 y ss. Sobre la aparición reciente de una teoría de los «Public contracts» en Inglaterra, vid. MITCHELL, J. D. B.: *The Contracts of public Authorities*, London, 1954, y más recientemente «Jurisprudence récente relative aux contrats administratifs en Grande Bretagne», en *Rev. Droit Public*, mayo-junio 1959, pp. 461 y ss. Las soluciones peculiares que los contratos de la Administración entrañan son postulados actualmente en todos los países. Para Italia, G. DI CAMMERATTA: *I Contratti della pubblica Amministrazione*, Bologna, 1959; C. CAMMEO: *I Contratti della pubblica Amministrazione*, Firenze, 1954 (capacidad y legitimación). Para Suiza, M. IMBODEN: *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel, 1958; H. ZWAHLEN: «Le contrat de

Nuestro Tribunal Supremo no ha sabido liberarse en esta materia de contratos de las reglas impuestas por el Derecho civil, cuando éstas no estaban en armonía con aquel sector de la vida social que estaban llamadas a regir. Dictadas para regular relaciones entre particulares —y aun éstas bajo unos presupuestos políticos de convivencia, de signo liberal— resultaban insuficientes y, en ocasiones totalmente inaplicables al complejo de relaciones jurídicas que surgen cuando el Estado va acentuando cada vez más su actividad tendente a la positiva satisfacción de necesidades públicas.

En este, como en otros momentos de la historia jurídica (56), se hacía precisa una primera adaptación jurisprudencial del derecho positivo vigente a la nueva naturaleza de las relaciones creadas por el intervencionismo estatal. Adaptación en la medida de lo posible; en lo demás, una verdadera revolución jurídica, mediante la creación de principios nuevos que rigieran las nuevas situaciones. En el derecho de contratación, los cuadros iusprivatistas, las categorías jurídicas elaboradas por la legislación y la doctrina civil eran aprovechables en líneas generales. Pero sin duda también, el contenido material del contrato, el juego de las obligaciones y derechos dimanantes de él, quería profundos cambios: quebraban en el contrato administrativo una serie de principios tradicionalmente consagrados, como el de la igualdad de las partes, el de la autonomía de la voluntad, el de la estabilidad de las convenciones y, en cierta medida, el mismo principio del *contractus lex*.

Tan es así, que ante la nueva realidad jurídica, la doctrina se preguntó —y se sigue preguntando, aunque con caracteres mucho menos virulentos— si a tal figura se le podría denominar, cabalmente, contrato.

Pues bien, ante tal estado de cosas, nuestra jurisprudencia, a diferencia del Conseil d'Etat francés, mucho más progresista en esta ocasión, solo muy prudentemente y después de mucho tiempo, comienza a dar entrada a los nuevos principios.

4.3 LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO

En nuestro país, el reconocimiento legal de esa singularidad del contrato administrativo ha tenido lugar con la promulgación de la

droit administratif», *Revue de Droit Suisse*, Sep. Basel, 1958. Para Alemania, G. BEINHART: *Der öffentlich-rechtliche Vertrag in deutschen und französischen Recht*, Verwaltungsarchiv, abril 1964, entre otros muchos.

(56) Pensemos, por ejemplo, en el penoso nacimiento del derecho mercantil, con las exigencias de rapidez y seguridad que, aun dentro del marco del Derecho privado, requieren las relaciones comerciales.

nueva ley de Contratos del Estado (57). La LCE está concebida como un verdadero código general (análogo al libro IV del C. c.) de los contratos administrativos, en el cual se consagra legislativamente la tesis jurisprudencial francesa del *Contrat administratif* (58). En ella no sólo se establece una *regulación sustancial —de fondo—* de los llamados contratos administrativos, sino que se trata de establecer un *sistema de principios* que den unidad y cohesión a todos los negocios del Estado». Ello supone el reconocimiento del Derecho administrativo como Derecho común de la Administración en materia contractual. Así se manifiesta claramente en el artículo 18, segundo, que califica a la Ley como Derecho común, supletorio en primer grado de cualquier contrato administrativo (59).

(57) La jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo no ha realizado en nuestra patria esa labor de construcción de la figura según sus propios principios iuspublicísticos. Se ha limitado en la mayoría de sus sentencias a intentar su distinción de los civiles, de forma siempre vacilante e imprecisa, y a aplicar en todo caso, al amparo del art. 65 de la LACHP (hoy derogado), el Derecho civil como derecho regulador de fondo en todo lo no previsto taxativamente por el propio contrato o por las disposiciones administrativas. Por lo demás, la concepción dogmática imperante en nuestra jurisprudencia se refleja claramente en la sentencia—reciente—de 15 de octubre de 1963, al decir: «Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, contenida entre otras en las sentencias de 3 de julio de 1941, 3 de febrero, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1942 y 25 de octubre de 1951. la materia de contratación ha de ser considerada en principio como fundamentalmente civil y sometida al Derecho común, encargado de regular las relaciones existentes entre las personas individuales o jurídicas, si bien o por excepción, y a virtud de circunstancias especiales, determinados contratos se asignan en el ordenamiento jurídico positivo al círculo del Derecho público». Creo que *esta posición*, después de la nueva Ley de Contratos del Estado, es *insostenible*.

(58) Así lo reconoce PARADA VÁZQUEZ: «La nueva Ley...», cit., RAP, número 47, p. 453.

(59) «Era necesario armonizar las múltiples manifestaciones de la normativa contractual, con una ley fundamental que contuviese un campo de doctrina homogénea con soluciones capaces de llenar las lagunas de la legislación fraccionada. Aparece así la presente ley como *Derecho general supletorio*, que completará los aludidos Derechos especiales, sin alterar las peculiaridades administrativas que ostentan. De este modo, aun cuando la materia regulada en la ley afecta a los contratos de obras, servicios y suministros, los más frecuentes, los *principios y reglas básicas cardinales de la reforma reciben una virtualidad expansiva* que dará unidad y cohesión a todos los negocios del Estado.» (Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 29 de diciembre de 1963.) Vid. sobre este punto, *Apuntes...*, cit., pp. 33 y ss. Naturalmente que la normativa contenida en la LCE no alcanza a ser una instrumentación general y común de la riqueza de formas contractuales de la Administración moderna; y que en muchos casos, no obstante la dicción literal del art. 18, 2.º, se nos planteará el problema de la remisión imposible. Sin embargo, creo que en cualquier caso es útil y provechosa la investigación de estos *loci communes*, inspiradores de

La elaboración de esos principios de la contratación administrativa es desde este momento una invitación al intérprete y a la doctrina. Misión de la jurisprudencia ha de ser en los próximos años el reconocimiento y aplicación de los mismos, mediante un proceso de autointegración de la ley, que los haga aplicables en los casos de laguna normativa.

5. Los principios propios de la contratación administrativa

Sabido es el papel fundamental que deben jugar en la interpretación de las normas los principios jurídicos inspiradores del Ordenamiento administrativo y de cada una de sus instituciones en particular (60). Afirmación común de la doctrina es también la de que en la interpretación de las normas juridico-administrativas hay que atender especialmente a la investigación del fin (61).

Esta idea directriz —fin del contrato— ha de presidir el recto entendimiento, tanto de las normas como del mismo contenido obligatorio derivado de los términos de un contrato en particular, para decidir todas cuantas dudas surjan en su interpretación y ejecución.

nuestra legislación general y aun de la institución en su conjunto, pues desde ellos se podrá llegar en muchos casos a la solución propia y adecuada de los distintos problemas.

(60) Sobre la naturaleza y valor normativo de los principios jurídicos. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ: «El método en el Derecho administrativo», *RAP*, número 22 (1957), p. 44 y ss.: «Los principios jurídicos constituyen la base del ordenamiento jurídico, la parte permanente y eterna del Derecho y también (tal es el caso de los que aquí estudiamos) la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica en las distintas ramas del Derecho». Cfr. en este sentido, DE CASTRO: *Derecho civil de España*, t. I, p. 464, «tales principios informan todas las normas, las convierten de *flatus vocis* en mandatos y reglas de conducta y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un in-conexo articulado. Determinan el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social» (cit. por GONZÁLEZ PÉREZ). De ahí que no sólo constituyan fuente del derecho directamente aplicable en caso de insuficiencia de normas legales, sino que *deban presidir la labor interpretativa*, dando unidad de sentido a la norma aplicable. Tal es la importante función que deben desempeñar los principios propios de la contratación administrativa que aquí estudiamos. Sobre el tema puede verse también CLAVERO ARÉVALO: «La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo», *RAP*, núm. 7, pp. 51-104.

(61) ZANOBINI: *Corso di diritto amministrativo*, 7ª edic., Milán, 1954, I, página 111 y 112. VILLAR PALASÍ, J. L.: «La doctrina del acto confirmatorio», *RAP*, núm. 8, pp. 11 y 12: «Si el método teleológico es, según Stammier puso de relieve, uno de los más fructíferos en el campo del Derecho común, esta fertilidad se acentúa en cuanto se conecta con el Derecho administrativo, ya que éste no se mueve tanto en conceptos como en fines: la finalidad pública, cualquiera que sea, está presente en todas sus normas.»

Pues bien, los fines de la norma —su *ratio legis*— y el fin de la institución contractual en el campo administrativo, vienen expresados justamente a través de esos principios inspiradores de nuestro Ordenamiento, que son como las líneas de fuerza vertebradoras de la institución.

5.1 PRINCIPIO DE CONTINUIDAD Y REGULARIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

La idea de comunidad, de interés común, que es excepción en derecho privado, constituye la regla general en los contratos que celebra la Administración (62). En ellos la comunidad de interés ya no es algo vago, externo al contrato, sino incorporado a uno de sus elementos esenciales —el objeto— que lo constituye precisamente la realización de una obra o la prestación de un servicio de interés general. Tal elemento debe ser tomado en consideración por el derecho, al objeto de determinar, antes que ningún otro factor, el juego de las obligaciones y derechos que de él derivan. Por encima de los intereses particulares —puramente pecuniarios— de las partes, se impone el interés general, que constituye el fin primario del contrato (63). Pues bien, realizado el contrato en vista de esa empresa común, la exigencia de continuidad y regularidad de su prestación lleva consigo varias consecuencias.

5.1.1 Teoría de las obligaciones inherentes

Las obligaciones resultantes de él se extienden a todo lo que sea necesario para asegurar su adecuada prestación (*teoría de las obli-*

(62) Es cierto que los contratos privados tendrán una repercusión sobre el resto de la comunidad en el seno de la cual se realizan, pero esto es algo que no puede ser tomado en consideración por el Derecho en la contratación privada más que en casos muy excepcionales: cuando atentan al orden público o cuando afectan —directamente— a intereses generales o a determinados valores sociales o económicos que hay que salvaguardar en aras del bien común. Estas relaciones, en Derecho privado, son excepcionales —relaciones de trabajo, arrendamiento, seguros, etc.—, si bien es cierto que en el moderno Estado interventor se produce una cada vez más extensa ordenación pública de relaciones privadas que supone una grave quiebra de la libertad contractual. Cfr. VILLAR PALASÍ: «Justo precio y transferencias coactivas», en *RAP*, núm. 18, pp. 11 y siguientes; del mismo autor: *La potestad ordenatoria de la Administración*, trabajo en preparación, pp. 69 y ss.

(63) A él se refería HAURIUO, cuando hablaba de ese elemento de «*institución*», incorporado al contrato administrativo. Vid. HAURIUO, M.: «La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 148, 1926, p. 4. Más ampliamente en *Jurisprudence Administrative*, cit., t. III, pp. 578 y ss.

gaciones inherentes) (64). «El contrato—dice la exposición de motivos de nuestra Ley de Bases— persigue la ejecución de una obra (o un servicio), pero más importante que la ejecución de la obra en sí misma..., es la valoración de los fines públicos a que sirve». Y es justamente la inalterabilidad del fin lo que justifica la alteración—ampliación o disminución— del objeto mismo del contrato —la obra— tal como inicialmente se pactó. Tal es el fundamento de la potestad variandi, que aparece consagrada en el artículo 16: «Igualmente podrá modificar *por razón de interés público* los contratos celebrados...»

En el Régimen local, tanto el Reglamento de Servicio (Norma primera del art. 128-1), como el Reglamento de Contratación (art. 56), establecen la obligación de «prestar el servicio del modo dispuesto u *ordenado posteriormente*», y de «no interrumpirlo por ningún motivo, ni aun por demora en el pago» (65).

5.1.2 *El fin, principio autónomo de interpretación*

El fin del contrato (la prestación de interés general que constituye la finalidad específica del órgano que lo concierne), constituye un *principio autónomo de interpretación* del mismo, más que la intención presunta, subjetiva, de las partes (66), en el contrato

(64) El art. 1.258 del Código civil encuentra así su formulación administrativa en la *teoría de las obligaciones inherentes*, que tuvo su origen con ocasión de una serie de *arrêts* sobre la sustitución del alumbrado de gas por el alumbrado eléctrico. Vid. HAURIU, M.: *Jurisprudence...*, cit., pp. 522 a 578. Durante medio siglo el alumbrado dependió del gas, presentándose en la mayor parte de las poblaciones bajo un sistema de concesión exclusiva. Cuando surgió el procedimiento de alumbrado por electricidad, el Conseil d'Etat se encontró con el problema de respetar las concesiones preexistentes (deteniendo con ello el progreso de la electrificación) o admitir nuevas concesiones de dominio público a favor de las empresas de electricidad (ignorando con ello el privilegio anteriormente concedido). Este problema, que se asemejaba, en frase de HAURIU, a la cuadratura del círculo, fue resuelto por el Conseil d'Etat mediante una ingeniosa y sutil construcción interpretativa: la de entender que el Derecho exclusivo del concesionario contenía un *engagement implicite*, una obligación inherente implícita: la de suministrar toda clase de alumbrado. Obligación que aparece exigida más por el interés general —*fin du service*— que por la intención común de las partes. Cfr. VILLAR PALASÍ: *La potestad...*, citada, p. 117. De ahí la segunda consecuencia del principio del servicio público que se recoge en el texto.

(65) ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, 1960, pp. 531 y 532.

(66) PEQUIGNOT, G.: «Des Contrats Administratifs», extrait du *JO*, fasc. 510, página 7. «Cuando los Tribunales Administrativos—dice este autor—tratan de buscar la común intención de las partes, no dejan de inspirarse en la idea

administrativo la interpretación finalista prevalece sobre la interpretación voluntarista al modo civil. Y es justamente porque la Administración ostenta la titularidad privativa de ese interés general, por lo que se le concede en la ley «la facultad de interpretar los contratos en que intervenga y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento» (art. 16 LCE), pues se presume que su interpretación será siempre la auténtica, la acorde con la finalidad que ella misma perseguía con el contrato.

5.1.3 *Quiebra del principio de precio cierto*

5.1.3.1 Sistema de tanto alzado por unidad de obra

La primera quiebra del mismo en su pureza inicial se produce ya a finales del siglo XIX y viene determinada por el cambio de sistema en la determinación del precio, que se opera en el pliego general de condiciones de Montero Ríos, de 1886. Es el sistema de tanto alzado por unidades de obra, según el cual se abona al contratista las unidades que realmente ejecute, pero estableciendo previamente para cada clase de obra un precio unitario invariable, cualquiera que sean la cuantía o calidad de los materiales que hayan de utilizarse; la naturaleza de los terrenos, el coste de los transportes de los materiales, etcétera... En una palabra, como dice el preámbulo del pliego de condiciones de 1886, en vez de ajustar en un tanto alzado la totalidad de la obra, se establece un precio alzado e invariable para cada una de las unidades de diversa especie que la componen y se abonan a esos precios las que *realmente ejecute* el contratista, previas las mediciones convenientes a las mismas.

Tal es el sistema introducido por el pliego del 86 y —a través del pliego de 1900— recogido en el pliego 1903, vigente en la gran mayoría de los contratos. «El tipo o cifra en que la subasta se adjudica, aunque es una cifra global de toda la obra, no representa un tanto alzado dentro del cual sea ineludible para el contratista la entrega de la obra en un todo terminada, como tampoco para la Administración el obligado pago en su caso de toda la expresada suma, sino simplemente la cantidad en principio disponible con cargo a la que se han de ir liquidando y abonando las unidades de obra» (sentencia de 15 de diciembre de 1928).

de que las partes han tenido siempre a la vista el interés público.» Lo cual no es, en fin de cuentas, sino aplicación de un criterio superior: el del interés público como «standard» interpretativo general de toda actuación administrativa, GARRIDO FALLA: «Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales», RAP número 7 (1962), pp. 45 y 46.

Es lo que Villar Palasí ha denominado alguna vez *teoría molecular de los precios*, según la cual se abona la obra realmente ejecutada, aunque ésta no coincida con lo proyectado y, por otro lado, esta obra se abona a precios por unidad y no a un coste total. Ello quiere decir que la conformación de la obligación del contratista como una obligación de resultado, sufre una primera matización: no se trata ya de una obligación de resultado total, evaluado a *forfait*, sino de una obligación de resultados parciales en la que los avatares y dificultades que entraña la realización de cada unidad de obra —con su mayor coste— no son tomadas en consideración por la Administración, pero ésta, sin embargo, sí que aprecia a partir de este momento un dato que restringe en parte el riesgo (un mayor coste) o la ventura (un beneficio inesperado por tener que realizar menos obra de la prevista o en mejores condiciones). Este dato es el número de unidades efectivamente realizadas (art. 31 del pliego de 1903 y 47 LCE «se abonará al contratistas la obra que realmente ejecute, a los precios convenidos») (67).

(67) Aunque no sea éste el momento de estudiarlo «in extenso», hay que decir que la concepción del contrato administrativo de O. P., como un contrato de resultados parciales, tiene también sus consecuencias prácticas en la teoría de los riesgos por incumplimiento.

En contra de la tesis que aquí se mantiene, parece pronunciarse GARCÍA DE ENTERRÍA (ob. cit., p. 87, nota 9) al decir que la estipulación del precio por unidades de obra, así como los pagos parciales que de ellos se hacen, no contradicen la calificación de obras por ajuste o precio alzado; pero además —dice— la virtualidad de tal calificación se extiende no sólo a la parte de obra no certificada y no pagada y a la pendiente ejecución, sino a la integridad de la prestación pactada. Así, pues, según esto, en el contrato administrativo, a diferencia del civil del mismo tipo, no se presume aprobada y recibida la parte satisfecha, sino que la prestación no se entiende cumplida hasta el momento de la recepción definitiva; es decir, que la obligación del contratista de obras públicas no sólo se concibe como una obligación de resultado, sin más, sino como una obligación de resultado total.

Conviene distinguir las cuestiones. GARCÍA DE ENTERRÍA tiene razón en sus afirmaciones, desde el supuesto que contempla, el de daños o destrucciones en las obras («periculum»). Como es sabido, en los contratos traslativos de propiedad —como son los de obras públicas y suministro— los riesgos de destrucción de las cosas son a costa de la parte que es propietaria en el momento en que aquélla sufre el daño: *res perit domino*. Y es evidente que en el contrato administrativo, por imperativo de los artículos 37 del pliego de 1903 (no suponiendo dichas certificaciones aprobación ni recepción de las obras que comprendan), 26 (hasta que tenga lugar la recepción definitiva el contratista es exclusivamente responsable), 42, que en otro caso no tendría sentido, y 63 (terminado el plazo de garantía se procederá a la recepción definitiva... y se darán por recibidas), la traslación de propiedad se opera *en un todo* en el momento de la recepción definitiva (en este sentido sí que es una obligación de resultado total) y hasta entonces los riesgos por daños pesan sobre el con-

5.1.3.2. LA LEGISLACIÓN REVISORA

Hemos visto cómo a partir del pliego de condiciones de Montero Ríos se produce, con la instauración del sistema de precios unitarios, una primera limitación del principio de precio cierto, referente al supuesto de mayor onerosidad sobrevenida por dificultades materiales en la realización de la obra o por aumento en la masa de trabajos que ésta entraña.

Con la legislación sobre revisión de precios se da un paso más. Si antes hemos hablado de la teoría molecular de los precios, mediante la cual se descompone el precio total de la obra pública (cuerpo cierto) en precios unitarios (fracciones moleculares), ahora—siguiendo la sugestiva imagen que nos ha sugerido el Profesor Villar Palasi—se trata de descomponer y escindir estas unidades de precios en sus elementos componentes, esto es, atomizar las antiguas moléculas. Los precios de cada unidad (metro cúbico de hormigón, de excavaciones, de mampostería, etc.) se descomponen en sus diversos elementos (metro cúbico de piedra a pie de obra, mano de obra, cargas sociales, cuota de medios auxiliares, etc.), dando lugar, en la Ley del 45, a un cuadro de precios descompuestos y a un cuadro de porcentajes en los que se recogían la descomposición definitiva de cada precio y se establecía en porcentajes su influencia en el precio unitario. En el Decreto-ley de 4 de febrero de 1964 el sistema ha variado, haciendo innecesario el cuadro de precios número 3 (de porcentajes) e introduciendo un sistema de fórmulas polinómicas.

Ahora bien: lo que importa señalar en este momento es que con ello se da a la contratación administrativa una gran flexibilidad, quebrando definitivamente el principio de precio cierto no sólo en su totalidad (lo cual dependía desde 1886 del número de unidades) sino también en su determinación por unidad (precios unitarios), que podrán ser revisados en mayor o menor grado, según la amplitud y el alcance de nuestras disposiciones revisoras (68).

ductor, salvo el artículo 42 (actualmente 46 LCE: ahí está la especialidad administrativa).

Ahora bien, la calificación de obra por ajuste o precio alzado, más que al momento traslativo de la propiedad, afecta al sistema de delimitación de un cuerpo cierto y un precio cierto, y es evidente también que en este sentido, que es el correcto, el contrato de obra por precios unitarios no permite tal calificación en el otro supuesto de riesgos: el de mayores dificultades materiales o aumento en la masa de trabajos con un mayor coste del previsto en su realización. La aplicación habitual de la técnica los *reformados* y el sistema de precios contradictorios, de frecuente uso en las obras públicas, prueba sobradamente esta afirmación.

(68) Hay que consignar en este sentido que desde, 1917, fecha del decreto

5.1.3.3. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Puede formularse así: cuando en un contrato oneroso conmutativo, con prestaciones sucesivas o de ejecución diferida, un acontecimiento en absoluto independiente de las partes, que excede y es ajeno a la acción u omisión de ambas, no hace imposible la ejecución del contrato, pero torna sumamente oneroso el cumplimiento de una de las prestaciones, alterando profundamente la economía del contrato por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever, entonces la Administración debe acudir en ayuda del contratista, soportando una parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor que se ha originado, mediante la concesión a éste de una indemnización o subvención extraordinaria.

La teoría de la imprevisión es una solución residual, formulada en Derecho francés por primera vez en el *Arret del Conseil d'Etat* de 30 de marzo de 1916 (Compañía Gaz de Bordeaux), que ha sido admitida casi uniformemente desde entonces por la doctrina, con mayores o menores matizaciones.

En nuestro ordenamiento jurídico, la teoría de la imprevisión no ha sido nunca reconocida con carácter general y jugando orgánicamente en la contratación administrativa de la administración central, si bien los principios que la inspiran han encontrado acogida en las distintas ocasiones en que el legislador, ante los cambios bruscos de la economía, se ha visto obligado a dictar disposiciones que vinieran a restablecer el equilibrio de las prestaciones, roto en las relaciones contractuales. Asimismo, el TS, siempre con prudente cautela, ha hecho aisladas aplicaciones de esta doctrina (69).

Alba (nuestra primera disposición revisionista), éstas han sufrido una azarosa historia: Dictadas casi siempre con carácter temporal y restrictivo, se han visto sometidas a un continuo proceso de promulgaciones, suspensiones, derogaciones, restricciones y nueva puesta en vigencia. Actualmente nuestra disposición fundamental —decreto-ley de 4 de febrero de 1964— establece un sistema amplio, general y permanente.

(69) En Francia, su país de origen, han sido sus más grandes expositores: Hauriou, M.: *Jurisprudence...*, cit., pp. 605 y ss., especialmente pp. 614 y siguientes. JEZE, G.: *Principios...*, cit., t. IV, pp. 293 y ss. PEQUIGNOT, G.: *Des Contrats...*, cit., fasc. 511, pp. 28 y ss., entre otros muchos. El Conseil d'Etat la ha apreciado desde entonces de manera constante. En los demás países, incluso en los propios del Common law, el reconocimiento de la doctrina de la imprevisión ha sido general, en una u otra forma, después de la primera guerra mundial. Me remito, para un estudio más *in extenso* de la materia, a mi libro *Teoría del equivalente económico en la contratación administrativa (con especial referencia al contrato de obras públicas)*, de próxima aparición.

En cambio, en la administración local su admisión es plena (si bien referida únicamente al contrato de concesión) en los artículos 126, 127 y 152 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

5.2 PRINCIPIO DE MUTABILIDAD DEL CONTRATO

Brevemente, podría enunciar así: la administración no puede renunciar a sus potestades, ni cercenar su libertad en la gestión del interés general. Su responsabilidad privativa del interés general no puede verse condicionada por los contratos que vaya celebrando. De ahí su potestad de introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, que aseguren una mejor realización de aquél, o una mejor adaptación a sus fines. Potestad cuya renuncia, aun declarada en el contrato, sería nula y sin valor. La inmutabilidad del contrato (principio del *contractus lex*), se ve así matizada, coloreada administrativamente, por la inmutabilidad del fin (*immutabilité du service*). Estas alteraciones del contrato administrativo se operan, además, de un modo inmediato y directo, por el principio de decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial (70).

5.2.1 La «*potestas variandi*». Su especialidad administrativa (71)

Creo interesante aludir aquí al tema de la especialidad administrativa de este principio, puesto no hace mucho en tela de juicio.

La doctrina viene designando a este poder de modificación con el nombre de *ius variandi*. Aunque la cuestión terminológica sea en ocasiones convencional, conviene precisar los nombres, pues a veces a través de ellos se incurre en errores de fondo. Así, no se trata aquí realmente de un *ius* (un derecho subjetivo de la administración en el seno de una particular y concreta relación jurídica: el contrato), sino más bien de una *potestas* (poder según el cual se desenvuelve la capacidad jurídica de un modo genérico) administrativa, de la cual el órgano se encuentra investido, no por la relación jurídica del contrato, sino por la ley, si bien con efectos sobre

(70) PEQUIGNOR: Ob. cit., fasc. 510, pp. 7 y ss.; ALVAREZ GENDÍN: *Los Contratos Públicos*, Madrid, 1934, pp. 21 y ss.; GARRIDO FALLA: «En torno a una posible reforma de la legislación sobre contratación de obras públicas», *D. A.*, número 55 (1962), p. 13-1.

(71) El contenido de este epígrafe ha aparecido ya publicado en su mayor parte en los *Apuntes de Cátedra*, t. VIII, cátedra del Prof. VILLAR PALASÍ, curso 1965-66.

aquella en razón de los fines que tiene atribuidos como competencia específica. La diferencia entre uno y otro es fundamental: el derecho subjetivo se agota normalmente con su ejercicio; la potestad, en cambio, es inagotable, en el sentido de que el ejercicio de ella no la consume ni la disminuye. Resulta así inadecuada la equiparación que a veces se ha hecho (72) entre este poder de modificación y el artículo 1.549 del Código civil (desistimiento del contrato de obra civil).

En efecto, el supuesto del artículo 1.594 del Código civil y el que aquí estamos contemplando no son idénticos. El primero, se refiere al desistimiento unilateral por una de las partes, que trae como consecuencia la «liberación del contratista» de algo a lo que estaba obligado (la ejecución de una obra) compensándole de sus gastos, trabajo «y posible utilidad», mientras que en los casos propios de la *potestas variandi* «se obliga al contratista» a una actividad positiva y nueva no acordada en el contrato, negándole además el derecho a indemnización alguna por el *lucrum cesans*, en el caso de que opte, cuando la ley lo permite, por rescindir la contrata (como es lógico, se le abonará el importe de la obra nueva); igualmente se le niega en los casos de supresión de obras la posibilidad de pedir indemnización alguna a pretexto de pretendidos beneficios que hubiese dejado de obtener según se desprende del artículo 50 de la ley de Contratos del Estado y 46 del pliego de condiciones de 1903 que hay que entender vigente en este punto.

Hay que hacer constar igualmente que la inclusión de una facultad análoga a través del clausulado de un contrato civil encontraría el formidable obstáculo del artículo 1.256 (la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes), que haría desde luego ilícita una cláusula en la que se pretendiera conceder a una de las partes los poderes de que goza la Administración en un contrato (modificación, suspensión indefinida de su ejecución, interpretación unilateral, etcétera). Pero es que además aun en el caso de admitirse por vía paccionada una cierta facultad de modificación, entre uno y otro se da todavía una diferencia fundamental: en el contrato administrativo, la administración goza de esa facultad (*potestas*) aun cuando no esté expresamente convenido, y en los límites legales de su competencia entendida esta con un *criterio interpretativo extensivo*, acor-

(72) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La figura...*, cit., p. 125; a la misma conclusión parece llegar PARADA: *Ob. cit.*, pp. 216 y ss.

de con el principio de los poderes inherentes (73); en cambio en el civil sólo se reconocería esa facultad de modificación (*ius*) en los casos y con el alcance expresamente previstos en el contrato y con un criterio hermeneútico *restrictivo*.

Por último, se ha dicho que tales facultades no traen su razón de ser de ningún principio propio de la teoría del contrato administrativo, de que no se trata de un poder contractual estricto (74), sino que son poderes *ad extra* que operan desde fuera del contrato (75). Justamente la peculiaridad del contrato administrativo consiste en eso: en que la personalidad especialísima de una de las partes, al proyectarse sobre esta institución general del derecho, le hacer tener un «contenido obligacional distinto» esencialmente, pues distintos son los intereses que juegan en su seno; aun cuando—claro es—formalmente pueda apreciarse siempre la realidad única de la institución.

5.2.2 Límites

Ahora bien, ello no significa que la ley de la mutabilidad contractual afecte a todo el contrato en su conjunto y a todas y cada una de sus cláusulas. De ser esto así no podríamos hablar de contrato, si carece de toda fuerza obligatoria para una de las partes. El principio de mutabilidad contractual encuentra su fundamento, pero también sus límites; en su misma finalidad de interés general (*fin du service*). La administración puede alterar el contrato en el marco del fin propio de éste, pero no puede alterar el fin mismo de la relación; la administración puede alterar las bases o las condiciones de ejecución de una presa, y estas modificaciones son obligatorias para el contratista dentro de ciertos límites (20 por 100), pero no puede obligarle, por ejemplo, a hacer una carretera, aun cuando no alterase con ello el presupuesto ni los precios unitarios (76).

Además, permanecerán inmutables también todas aquellas con-

(73) Cfr. VILLAR PALASI: *La potestad ordenatoria*, inédito, pp. 105 y ss.

(74) ENTERRÍA: Ob. cit., p. 125.

(75) PARADA: Ob. cit., p. 188.

(76) Vid. *Apuntes*, cit., pp. 23 y 24. La doctrina francesa establece los mismos límites a la ley de la mutabilidad contractual en cuanto ésta suponga un *changement de nature* del contrato o un objeto completamente nuevo, así como en los casos de abandono total o parcial de las obras. Cfr. PEQUIGNOT: *Des Contrats*, cit., fasc 511, p. 21. BADAQUI, S.: *Droit de l'Administration de modifier ses contracts*, Caire, sin fecha, p. 83.

diciones que afecten a la ecuación económica, que nunca puede verse alterada unilateralmente en perjuicio del contratista (77) y aquellas otras condiciones o extremos del contrato en que no prevalezca la razón del servicio, que viene a ser, en frase de Villar Palasí, como la traducción en lo concreto y continuativo de la decantada *raison d'Etat* (78). La modificación de esas cláusulas o su incumplimiento daría lugar a un recurso contencioso, incluso al de desviación de poder, si la administración en el ejercicio de su *potestas variandi* se desvía del fin específico del contrato.

Tal es el sentido con el que hay que interpretar los artículos 48, 52, 1.º, 2.º y 3.º, 74 y 75, 1 y 4, de la nueva LCE, en los que aparece consagrado este principio de mutabilidad contractual.

5.3 PRINCIPIO DE COLABORACIÓN

«Una profunda evolución—escribe Waline—se ha producido en las relaciones del Estado con sus contratantes en los últimos veinticinco años. Evolución que no se ha traducido ciertamente en importantes modificaciones en los textos legales, pero sí se ha manifestado en lo que podemos llamar el «clima» de estas relaciones. Antes, el contratista era considerado como el titular de intereses antagonistas de los del Estado. Era un adversario, la parte contraria en un conflicto siempre latente y presto a degenerar en proceso. Hoy la Administración considera a su contratante como un colaborador voluntario—si no desinteresado—, cuyos intereses, incluso pecuniarios, no son necesariamente opuestos al interés, justamente entendido del Estado, y por tanto la Administración y los Tribunales administrativos les tratan, cada día más, como tal» (79).

De la rigidez del pliego de condiciones y de la aplicación del contratista de un severo sistema de multas y sanciones se ha ido pasando progresivamente a la flexibilidad del pliego de condiciones y a la

(77) La permanencia e inalterabilidad del fin justifica, en último término, por qué en el contrato administrativo juega el principio del equivalente económico de modo esencial; tanto que distorsiona las consecuencias que en el Derecho civil se ligan a la fuerza mayor, al *casus*, y al mismo principio de riesgo y ventura: *Apuntes de Cátedra*, t. VIII, p. 24.

(78) O mejor, permanecerá inalterable la ecuación misma, aun cuando cambien sus factores. VILLAR PALASÍ: «Concesiones administrativas», en *NEJ*, Seix, t. IV, p. 739.

(79) WALINE: «Evolution recente des rapports de l'Etat avec ses cocontractans», *Revue de Droit Public*, 1951, p. 5 y ss.

primacia del servicio público en el que ambas partes colaboran (80). Ello ha sido debido a la propia realidad del Estado interventor, a su creciente actividad negocial y a la magnitud de las obras emprendidas, insospechadas en el inicio de la legislación (81).

La ejecución de obras, el suministro de grandes masas de bienes o la gestión de un servicio exige en los contratistas, cada vez más, solvencia técnica y económica (volumen de empresa, utillaje adecuado, capacidad financiera, etc.); resulta así que el número de empresas capaces de satisfacer estas exigencias es relativamente pequeño, con lo que son casi siempre los mismos empresarios con los que la Administración contrata (82). Por otro lado se le concede mucha más intervención en el planeamiento y ejecución del contrato, llegando casi a ser como un órgano más —y bastante permanente— de la Administración. En definitiva, se trata de hacerle participar activamente en la consecución de un fin común en el que ambos se han propuesto colaborar (83).

(80) HAURIOU, M.: *La teoría del riesgo...*, cit., p. 4. La idea de colaboración que el contrato encierra ha sido puesta de manifiesto también en el marco del Derecho privado. BETTI, H.: *Teoría general de las obligaciones*, 1953, t. I, páginas 194 a 199; si bien, como hemos dicho siempre, encierra en este campo algo de ficción. Adquiere, en cambio plena relevancia en el contrato administrativo y los mismos civilistas no han dejado de notar esta diferencia. Así, H. CAPITANT señala cómo «lejos de tener interés opuesto al del contratista, la Administración persigue con él una finalidad común: la buena ejecución del trabajo, la buena prestación del servicio. Ella no especula como el comerciante que concluye un contrato. En una amplia medida es la asociada del empresario, no su adversario (aunque muchos pliegos de condiciones parezcan ignorarlo)». Citado por GARRIDO FALLA: «En torno a una posible reforma...», en *DA*, núm. 55, pp. 14 y ss.

(81) La transformación y sus consecuencias en el terreno contractual en cuanto a los modos de adjudicación han sido puestas de manifiesto recientemente por HAINAUT-JOLLET: *Les contrats de travaux de fournitures de l'Administration dans le marché commun*, Bruxelles, 1963, t. II, pp. 2 y 3.

(82) «No se puede considerar —escribía HAURIOU, comentando el *arrêt Gaz de Bordeaux*, el creador precisamente de la teoría de la imprevisión— a los empresarios y contratistas, con los cuales la Administración concluye sus contratos, como si le fuesen completamente extraños. Este personal constituye como una especie de «clientela» que la Administración tiene interés en cuidar, ya que está habitualmente a su servicio.» *Jurisprudence Administrative*, t. III, páginas 606 y 607.

(83) El principio ha sido puesto de manifiesto por GARRIDO FALLA: *En torno a una reforma...*, cit., pp. 14 y 15. «No se admite con ello la ingenua creencia de que todo contrato administrativo, por el solo hecho de serlo, tiene la traumática virtud de suscitar en las partes una fervorosa adhesión por el interés público y por cuanto atañe al bien común, pero si se afirma que están obligados a conseguir, ante todo, el interés público, que es una idea bastante más amplia y trascendente que el de interés de parte y cuya aplicación puede

Las repercusiones de este cambio de mentalidad en la relación de la Administración con el contratista han sido múltiples.

5.3.1 *Quiebra del principio de subasta necesaria*

El principio de desconfianza contractual imperante hasta el momento se manifestaba sobre todo en el principio de subasta necesaria para la adjudicación de los contratos. El interés puramente financiero de la Administración se ve sustituido progresivamente por el interés técnico y administrativo de que la prestación sea realizada por el más apto (84). La relación de confianza que la colaboración entraña exige una consideración de determinadas cualidades en el contratista que priman sobre el puro interés financiero. La relación se concierta *intuitu personae* y los procedimientos de selección van alejándose del automatismo y derivando hacia la discrecionalidad de la adjudicación (concurso; concurso-subasta, concierto directo) y hacia una mayor intervención del contratista en el planteamiento y realización de la obra o el servicio. Esta tendencia, ya apreciada en la reforma del capítulo V de la LACHP de 1952 (85) se ha intensificado en nuestra patria con la promulgación de la LCE, en la que «la subasta ha pasado a ser de técnica casi única de selección a una simple regla general de virtualidad decreciente (86). El sistema de clasificación

conducir a soluciones rigurosamente impensadas desde la estrecha perspectiva de un contrato civil.»

(84) LAUBADERE, A.: *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1963, tomo I, pp. 289-290: «Consideraciones diversas han conducido —dice— a esta evolución; una de las más dominantes ha sido que los contratos públicos son considerados cada vez más como realizando ordinariamente una colaboración más o menos estrecha del contratista con el servicio público.» Vid. también WALIN: *Evolution...*, cit., p. 5.

(85) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», en *RAP*, núm. 10, pp. 256 y ss.

(86) PARADA VÁZQUEZ: «La nueva ley de Contratos del Estado», en *RAP*, número 47, p. 437. Hay que decir, por lo demás, que la situación que la nueva legalidad consagra era la imperante, de hecho, desde hacía tiempo en virtud de la tesis de la permanente suspensión del cap. V de la ley de 1911, que se había acordado por decreto-ley de 22 de octubre de 1936 y no había sido restaurada en su vigencia. Esta transformación de los sistemas contractuales se han producido también especialmente en Francia y Bélgica. En Francia, la reforma del decreto de 18 de noviembre de 1882 tuvo lugar mediante el decreto de 6 de abril de 1942 primero, y por el decreto de 13 de marzo de 1956 después, que han supuesto una completa renovación en la materia. En Bélgica la vieja ley de 15 de mayo de 1846, aun con las transformaciones que se le había introducido, resultaba del todo inadecuada. Sobre la profunda transformación que ha supuesto en este país la ley de 4 de marzo de 1963, vid. HAINAUT-JOLIET: *Les contrats de travaux*, cit., t. II, pp. 12 y ss.; GRAND'RY, A.: «Les marches de l'Etat en France et en Belgique», *RISA*, 1959, núm. 3, pp. 316 y ss.

previa —artículos 98 y ss. LCE— confirma esta evolución y es un reconocimiento claro del principio del contratista-colaborador. Es ésta quizás la repercusión más importante del nuevo clima de colaboración entre Administración y contratista.

5.3.2 *Diligencia y buena fe del contratista*

La colaboración del contratista en la realización de fines de interés general exige por su parte el máximo esfuerzo y diligencia en su ejecución; las técnicas de apoyo previstas en su favor (imprevisión, revisión de precios, prórrogas) exigen como contrapartida su puntual y continuado cumplimiento (87). De ahí el efecto excluyente de la mora para el disfrute de estos beneficios (art. 6, ley de Revisión de precios de 1945 y decreto vigente de 4-2-1964) (88).

5.3.3 *Elisión del principio de tiempo cierto*

Ya hemos dicho que el principio de tiempo cierto era clásico en la contratación de obras públicas y de suministros; principio que tenía como complemento un severo régimen de sanciones para el caso de incumplimiento, avocando casi siempre a la rescisión con pérdida de la fianza. «Así como no puede sostenerse —decía la S. de 25 de noviembre de 1865— que un contrato sobre un servicio público celebrado en subasta pública pueda sin ella prorrogarse expresamente por más o menos tiempo, así tampoco se puede admitir la prórrogación tácita de ese mismo contrato que excluye de suyo dicha imprescindible formalidad.» El principio de subasta necesaria operaba con tal fuerza en nuestra contratación clásica que avocaba necesariamente a la rescisión tanto en los casos de incumplimiento del plazo como en cualquier otra circunstancia que supusiera alteración de lo convenido. La experiencia misma de la contratación administrativa hizo ver que la rescisión en modo alguno puede tomarse como solución ideal de la contratación administrativa, pues con ello no se consigue más que retrasar la terminación de la obra o interrumpir

(87) Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L.: «Concesiones», *NEJ*, Seix, p. 749.

(88) La tan discutida afirmación del Tribunal Supremo de que la fuerza mayor tiene en la contratación administrativa un sentido y alcance más restringido que en la civil puede tener una explicación a la luz de este principio: no se trata de que aquella sólo juegue con los tasados supuestos del art. 42 del pliego de 1903 (hoy 46 de la LCE, con una pequeña variante), sino de que, conforme al principio «*spondet peritiam artis*», se exige para ser apreciada que el contratista haya intentado superarla con la máxima diligencia.

la prestación del servicio o del suministro (y muchas veces encajándolo) con evidente daño para el interés general al que ha de servir que no queda en absoluto compensado con la pérdida de la fianza por el contratista. De ahí que el principio de colaboración trajese como consecuencia en este orden no la quiebra del principio de tiempo cierto, que sigue teniendo una importancia de primer orden en la contratación administrativa (89), pero sí un más amplio y flexible sistema de prórrogas. Compárese la redacción de los artículos 55 del pliego de 1903 («podrá la Administración, si así lo tuviese por conveniente, concederlo...») y 45 LCE («se concederá») y se apreciará el sentido de la evolución: desaparece la discrecionalidad de la Administración en la concesión de la prórroga, lo cual trae consigo una consecuencia importante: la admisión de la prórroga tácita (90).

5.3.4 Técnicas de apoyo económico y financiero

Justamente por colaborar en la satisfacción del interés público, su situación demanda una protección especial (91). Así el principio de colaboración se manifiesta igualmente en una serie de técnicas de apoyo financiero, tales como las certificaciones parciales y pagos a buena cuenta, las certificaciones de acopios y medios auxiliares (artículos 142 y 143 del proyecto de reglamento general), la revisión de precios (art. 7, LCE), el reconocimiento de la deuda de intereses moratorios (art. 47, LCE), el afianzamiento mediante aval (arts. 112 y 113, LCE). Todas ellas tendientes a apoyar económicamente al contratista y a evitarle inmovilizaciones innecesarias de capital que le supondría unos costes adicionales por créditos bancarios. Las estudiaremos, *in extenso*, próximamente.

En resumen, frente a la preocupación casi exclusiva por la garantía, propia de nuestra vieja contratación administrativa, el clima de la actual es favorecer una mejor y más rápida realización de las obras y servicios, apoyada en la selección y en la confianza en los contratistas.

(89) En él se basa el carácter de «negocio a plazo fijo» con que ha sido configurado siempre el contrato administrativo por la doctrina legal del Consejo de Estado (dicts. 9 de junio de 1960, consultas 26.405, 26.409; dict. 14 de julio de 1950, consulta 6325, entre otros muchos) y el privilegio de la *mora ex re*, consagrado en el art. 45 LCE.

(90) Sobre la construcción jurisprudencial de las prórrogas, parcial y fragmentaria, puede verse VILLAR PALASÍ: *Concesiones*, cit., p. 741.

(91) GARRIDO FALLA: *En torno a una reforma*, cit., p. 16.

Habría que aludir, finalmente, para un acabado tratamiento del tema planteado a otros tres principios informadores de nuestra actual contratación: el principio del equivalente económico, el principio de riesgo y ventura en su sentido vigente y el principio del riesgo imprevisible. La amplitud que ha alcanzado ya este trabajo aconseja dejar para una segunda publicación el estudio de los mismos.

