



TEMAS

EN TORNÓ
A UNA POSIBLE REFORMA
DE LA LEGISLACION SOBRE
LA CONTRATACION
DE OBRAS PUBLICAS
351.712

Por FERNANDO GARRIDO FALLA

Sumario: I. Las peculiaridades de la contratación administrativa.—II. Desajuste de la legislación vigente con los referidos principios.—III. Ambito de la reforma y planteamiento sistemático de la misma.

I. Las peculiaridades de la contratación administrativa

1. «Hay algunos restos de obras de los últimos años que no se terminan ni se terminarán jamás, y ello, monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en vuestras obras, pues es cierto que todas estas rescisiones de contratos, incumplimiento de la palabra dada y renovación de adjudicaciones no sirven sino para atraer como empresarios a todos los miserables que no saben donde meter cabeza, a los bribones y a los ignorantes, y hacer huir a aquellos que tienen dinero y que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más: que ellos retardan y encarecen considerablemente las obras, que así se hacen peores, pues estas rebajas y buenos negocios tan buscados son imaginarios, ya que ocurre con el empresario que pierde como con un hombre que se ahoga, que se agarra a todo lo que puede; ahora bien, agarrarse a todo lo que se puede en materia de negocios, es no pagar a los comerciantes que suministran los materiales, mal pagar a los obreros que emplea, engañar a cuantos puede, no tener sino a los peores, puesto que se ofrece a mejor precio que los otros, no emplear sino los peores materiales, engañar en todas las cosas y pedir siempre misericordia contra esto y aquello...» «Siendo esto bastante, monseñor, para haceros ver la imperfección de esta conducta, acabad con ella, pues, en nombre de Dios y restableced la buena fe; pagad el

precio de las obras y no rehuséis un honesto salario a un empresario que responda de su deber, éste será siempre el mejor contrato que podréis encontrar.»

Si me he extendido en esta cita es porque es altamente significativa. Está tomada de una carta escrita el 17 de julio de 1683 por Vauban al Marqués de Louvois, Ministro de la Guerra de Luis XIV (recogida por FLAMME en su excelente obra sobre los contratos administrativos), y viene a demostrar cómo la experiencia de otras épocas aconsejaba soluciones con las que no creo que discrepe ningún empresario ni funcionario público de nuestros tiempos: que en materia de obras públicas es también aplicable el viejo refrán de que «lo barato es caro».

Ocurre, empero, que no es solamente la experiencia la que descubre estos resultados. Basta una meditación regularmente detenida sobre el juego de intereses que encierra la fórmula del contrato de obras públicas, o la contratación administrativa en general, para que encontremos suficiente fundamento a esta manera de pensar.

2. Frente a la idea civil del contrato como lugar de encuentro de intereses contrapuestos, la idea del contrato administrativo ofrece unas características peculiares. Los propios civilistas no han dejado, naturalmente, de darse cuenta de esto. «Lejos de tener un interés opuesto al del contratista —nos dice HENRI CAPITANT—, la Administración persigue con él una finalidad común: la buena ejecución del trabajo, la buena explotación del servicio público. 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).»

Ciertamente que hablar del fin que se persigue en todo contrato administrativo, y por supuesto en el de obras públicas, significa descubrir la idea clave que nos explica la singular esencia de esta convención. La doctrina ha caracterizado reiteradamente el contrato administrativo como un contrato fundamentalmente influido por la idea del fin que a través del mismo se persigue: el interés público en alguna de sus manifestaciones. No se admite con esto la ingenua creencia de que todo contrato administrativo, por el solo hecho de serlo, tiene la tautomática virtud de suscitar en las partes —especialmente en el contratista particular— una fervorosa adhesión por el interés público y, en definitiva, por cuanto atañe al bien común. El planteamiento que ofrecemos es, desde luego, bastante más realista: se afirma lisa y llanamente que al actuar la Administración pública como parte en un contrato

está legalmente obligada a perseguir el *interés público*, que es una idea bastante más amplia y trascendente que la de «interés de parte», y cuya aplicación puede conducir a soluciones rigurosamente impensadas desde la estrecha perspectiva de un contrato civil entre particulares.

Piénsese, por ejemplo, en el curioso fenómeno que significa el hecho de que la Administración pública resuelva un recurso administrativo deducido ante sus propios organismos por un particular. Si la Administración hubiese de actuar siempre de acuerdo con lo que muchos llaman, con evidente estrechez de miras, «sus propios intereses», es obvio que la resolución de un tal recurso aparejaría automáticamente la desestimación de la pretensión del particular. Pero es curiosamente la entrada en escena de este jugoso concepto del interés público, la que va a alterar rigurosamente el planteamiento de los términos de la cuestión. Pues lo que el interés público exige puede ser —y a ello estará entonces obligada la Administración— una resolución estimatoria, aunque ello pueda incluso entrañar efectos económicos desfavorables para el erario público.

La aplicación de estas consideraciones al supuesto concreto de la contratación administrativa, no es sino la justificación de las afirmaciones que antes se hicieron. Se ha podido decir, por eso, que los contratos administrativos están influidos por una idea institucional e incluso, como afirma FLAMME, que de aquí deriva una situación privilegiada para el contratista. «Perdiendo su calidad de *fin en sí mismo* —continúa este autor—, el contrato administrativo se hace trascendente a las partes y se integra en el vasto complejo institucional, cuyo centro motor es la Administración y cuyo objeto el interés general.»

3. Las ideas que se acaban de exponer conducen a una consecuencia evidentemente paradójica cuando se aplican a resolver las distintas situaciones de tensión que entre Administración y contratista pueden presentarse con motivo de la ejecución de una obra o servicio público.

Se ha repetido, en efecto, hasta la saciedad, que estando enderezado el contrato administrativo a la consecución de una finalidad de interés público determina, por este sólo hecho, una situación de privilegio a favor de una de las partes contratantes, la Administración. Las prerrogativas que ésta tiene en cuanto poder público no acaban de desaparecer ni siquiera cuando asume el aparentemente modesto papel de parte de un contrato. Es más, esta situación privilegiada de la Administración

pública ha significado para algunos un obstáculo insalvable para la admisión de la idea misma del contrato administrativo, que terminaría por ser una noción internamente contradictoria. Pero lo absolutamente insospechado es que la idea de interés público que, como se ha dicho, sirve a fundamentar la ruptura del principio contractual de «igualdad de las partes», sirve también, al mismo tiempo, para explicar una protección al contratista, que sería ciertamente inexplicable a la vista de los preceptos civiles sobre la materia. Pero ocurre que al *colaborar* el contratista en la satisfacción del interés público, su situación demanda una protección especial que no podría recabar para sí un contratista privado alegando sus intereses particulares.

En resumen: el equilibrio jurídico del contrato, roto por el reconocimiento de prerrogativas en manos de la Administración, de nuevo se restablece, ahora en un plano superior, como consecuencia de esa especial protección de la situación del contratista.

5. La comprobación práctica de cuanto se está diciendo se descubre específicamente al examinar los diferentes supuestos en que el rígido e inflexible principio del *pacta sunt servanda* quiebra precisamente en beneficio del contratista. Es la contrapartida de aquellos otros casos en que se reconoce y consagra un *ius variandi* de la Administración.

Los supuestos aludidos —y que inmediatamente van a ser examinados—, conducen además a la revisión de uno de los dogmas que parecen disponer de más arraigo y tradición en nuestro Derecho sobre la contratación administrativa, especialmente de obras públicas: el dogma de que estos contratos se realizan «a riesgo y ventura».

Cabalmente, el estudio de este principio nos trae a la vista el claro desajuste existente entre las ideas rectoras de nuestra vieja legislación sobre contratación administrativa y las exigencias que hoy presenta la realidad. Ahora bien, incluso el examen de la legislación vigente termina por poner en entredicho la vigencia del tan repetido principio. Esto se ve claramente si examinamos la teoría de la fuerza mayor y la teoría de la revisión de precios en la contratación administrativa.

a) Una de las razones que se han alegado tradicionalmente para probar que el contrato administrativo se concluye «a riesgo y ventura», se encuentra en la enumeración tasada que nuestras leyes contienen —el famoso artículo 42 del pliego de condiciones generales de 1903— de los casos en que la fuerza mayor justifica una indemnización a favor del contratista. A la vista de estos preceptos, la doctrina y la jurisprudencia

dencia han terminado por afirmar el alcance más limitado y restrictivo que el concepto de fuerza mayor tiene en los contratos administrativos, por contraste con los civiles. Pero, como ha demostrado GARCÍA DE ENTERRÍA, esta tesis no resiste una crítica a fondo, pues, antes bien, la comparación del contrato de obras públicas con el de «obras por ajuste o precio alzado» a que se refiere el Código Civil en sus artículos 1.588 y siguientes, conduce a la conclusión de que es este último el que realmente se celebra «a riesgo y ventura», mientras que los casos, si bien tasados, en que la fuerza mayor opera en el contrato de obras públicas significan una importante excepción a tal principio.

b) Otro tanto puede decirse en relación con el tema de la revisión de precios, que no deja de ser sino una aplicación concreta, recibida por nuestro Derecho positivo, de la teoría «del riesgo imprevisible» elaborada en otros ordenamientos positivos extranjeros.

Si bien es cierto que nuestra legislación en esta materia (desde la Ley de 17 de julio de 1945) no acaba de perder su carácter de provisionalidad, también lo es que en la legislación local la revisión del contrato por aumento del precio de los materiales y jornales que supongan un incremento de más del 10 por 100 del presupuesto, ha terminado por convertirse en una cláusula reglamentaria del contrato (artículo 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales).

¿En qué queda después de todo esto el principio de que la contratación administrativa lo es «a riesgo y ventura»?

7. La lógica del contrato administrativo nos plantea todavía una exigencia que se convierte en uno de sus rasgos peculiares: la interdicción a la Administración pública de perseguir el lucro como un fin en sí mismo. Hay aquí otro de los contrastes explicables entre la situación de la Administración y la de los particulares.

Nada se opone en principio —y por tanto ha de ser considerado lícito— a que un particular contrate, por ejemplo compre, por la sola razón de que el artículo es barato y procediendo después a su reventa, puede obtener una ganancia. Empero, esta forma de proceder sería difícilmente explicable tratándose de la Administración. Esta sólo debe contratar cuando el interés público reclame tal adquisición o la realización de tal obra. De aquí se desprende su postura de «honesto contratante» que, aparte estar latente en los principios jurídicos en que se basa esta materia, ha sido a veces expresamente recogida por nuestra legislación. En este sentido se manifiesta la Exposición de Motivos del Real Decreto de 27 de febrero de 1852 y las mismas ideas son repetidas

en el artículo 23 del Reglamento para la Contratación de Obras y Servicios en la Marina de 4 de noviembre de 1904: «... la Administración al celebrar contratos—se dice en este precepto—no debe proponerse una sórdida ganancia, abusando de las pasiones de los particulares, sino averiguar el precio real de las cosas y pagar por ellas el que sea justo.» Podríamos enunciar así un «principio del justo precio» no ahora como un derecho del particular, sino como una norma de actuación administrativa.

II. Desajuste de la legislación vigente con los referidos principios

8. La contratación de las obras públicas está regida en España por un conjunto de normas dictadas en una época en que la concepción vigente sobre las relaciones entre Administración y administrado es bien diferente de la actual. La mayor limitación en el conjunto de las actividades estatales y, por ende, la menor injerencia de la Administración pública en el campo de las relaciones sociales y económicas con un aparente mayor respeto para la esfera de los intereses particulares, corre parejas, empero, con un convencimiento acerca del carácter antagónico de los intereses del Estado y de los individuos, que termina por enfrentar radicalmente a unos y a otros sin sospechar siquiera la existencia de un superior plano de posible integración.

Pues bien, en el campo de la contratación administrativa, los efectos de una tal concepción son evidentes: Administración y contratista son dos partes contrapuestas con tal rigurosidad que toda norma que, incluso formalmente, venga a proteger a una de ellas significa automáticamente un ataque a los intereses de la otra.

Toda la polémica acerca de la cláusula «a riesgo y ventura», a que antes se ha hecho referencia, arranca de un planteamiento legal de la contratación administrativa de tipo absolutamente individualista y en el que la idea del contratista-colaborador brilla por su ausencia. Sólo por la influencia de una doctrina jurídico-administrativa cada vez más unánime en esta materia, así como por un cambio sustancial en las concepciones generales, se ha podido corregir, en parte, el inicial punto de partida. Aun así hay que reconocer que el contrato administrativo es todavía una de las instituciones inmaduras de nuestro régimen administrativo.

9. Se comprende, con todo esto, que uno de los temas básicos, como es el de la selección del contratista, se haya resuelto por la legislación

vigente con las preocupaciones puramente económicas. El sistema de subasta que rige como regla general en la materia —y cuya justificación, por otra parte, se presenta curiosamente con toda su fuerza cuando disposiciones más recientes han querido relegarlo— ha sido única y exclusivamente instrumentado para lograr el más bajo precio en la contrata. Sólo la legislación aplicable a la esfera local ha alumbrado fórmulas como la del concurso-subasta que hacen posible la selección del contratista teniendo en cuenta otras facetas del interés público, aparte la puramente económica.

A nadie se puede ocultar la necesidad de que una tal fórmula comience a estudiarse con carácter general, y que incluso comience la discusión sobre otras nuevas, como establecimiento de un Registro de Contratistas, limitación de las bajas en las proposiciones que se presenten, etc.

10. Finalmente, la legislación vigente se inspira en un indudable recelo del Estado frente a sus funcionarios, del que derivan una serie de formalismos que en muchos casos representan increíbles trabas para una ágil ejecución de la obra pública y cuyo último fundamento se encuentra en una tal situación de desconfianza.

Al compás de otras reformas que nuestro Derecho positivo acaba de introducir en el ámbito general del procedimiento, parece oportuno que el actual sistema de garantías formales y procedimentales haya de ser convenientemente revisado para, en un intento de agilizar este aspecto de la actuación administrativa, mantener solamente aquéllas que respondan a necesidades reales del momento.

III. Ambito de la reforma y planteamiento sistemático de la misma

11. Tanto en el plano teórico como en el legislativo, el problema de la contratación de obras públicas puede ser abordado desde dos ángulos distintos: como una especie concreta dentro del género de los contratos administrativos (puntos de vista formal o institucional) y como un momento determinado en el sistema de la ejecución de las obras públicas (punto de vista material o sustancial).

Es así como se explica que, en nuestro Derecho, los preceptos relativos a la contratación de obras públicas se encuentren dispersos en textos legales diferentes, dictados en distintas fechas y muchas veces dominados por preocupaciones dispares. Así, en relación con las formas de la contratación administrativa, hay que acudir al capítulo V de la

Ley de Administración y Contabilidad del Estado, texto aplicable a cualquier clase de contratos administrativos, incluido, naturalmente, el de obras públicas; mientras que la normativa propia de la ejecución de la obra, contratada o no, se encuentra en otros textos legales, como la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, el Reglamento para su ejecución de 6 de julio del mismo año y, sobre todo, el llamado Pliego de Condiciones generales para la contratación de obras públicas de 13 de marzo de 1903.

Todavía si queremos completar la enumeración de fuentes aplicables en esta materia habremos de referirnos a los Reglamentos generales de contratación vigente en determinados Departamentos ministeriales (por ejemplo, el Real Decreto de 4 de noviembre de 1904, para obras y servicios en la Marina) e incluso los pliegos de condiciones que, también con carácter general, regulan las obras públicas que realicen ciertos Ministerios en concreto (por ejemplo, el Pliego de Condiciones para las construcciones civiles en el Ministerio de Educación Nacional de 4 de septiembre de 1908). Esto, sin contar los pliegos de condiciones especiales, facultativas y económicas, que regulan particularmente la ejecución de cada obra en concreto.

12. Ante tal multiplicidad de fuentes, cualquier intento de revisión legislativa ha de plantearse una cuestión primordial: si se debe propugnar una Ley general sobre contratación administrativa, o si puede y debe procederse con independencia a preparar una disposición que se limite a regular, desde la peculiar perspectiva que la ejecución de las obras públicas proporciona, los contratos que se refieran a la realización de obras públicas.

Desde un punto de vista teórico, no dudo en declararme partidario de una revisión de tipo general, no sólo porque es posible—sin perjuicio de las ulteriores especificaciones— un tratamiento conjunto de los problemas comunes a toda suerte de contratos administrativos, sino porque resulta conveniente resolverlos con carácter general. Para tal supuesto, entiendo que la revisión legislativa propuesta habría de comprender las siguientes etapas: 1), preparación y aprobación de una Ley de carácter general sobre contratación administrativa; 2), Reglamento, también general, para su desarrollo; 3), dentro del marco general de las anteriores normas, podría aprobarse un pliego de condiciones generales específicamente dedicado a la contratación de las obras públicas, y 4), finalmente, todavía habría lugar para los pliegos de condiciones facultativas y económicas aplicables a cada obra en concreto,

pero respondiendo a una redacción normalizada que sólo debe ser alterada (y respetando, desde luego, la jerarquía de fuentes que queda enumerada) cuando las circunstancias peculiares de la obra lo justifiquen.

Empero, desde el punto de vista práctico, ha de reconocerse que el propuesto es un camino largo de recorrer. La urgencia en la revisión de la legislación relativa a los contratos de obras públicas (que por sí solos absorben una tan importante parte de los presupuestos generales del Estado) puede aconsejar la preparación de una disposición sólo referente a ellos. En tal caso, quizá el procedimiento fuese preparar una disposición que, con el nombre de Reglamento, o con el de Pliego de Condiciones generales, viniese a sustituir el hasta ahora vigente de 13 de marzo de 1903.

