

LOS CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Por JOSE MANUEL LORENTE MUÑOZ

Sumario: Introducción. Planteamiento.—I. La organización administrativa de las obras públicas en Norteamérica.—II. La programación de las obras públicas. El estudio de sus costes administrativos.—III. La situación en España que condujo a la promulgación de la Ley de Bases de Contratos del Estado.—IV. El Registro Central de contratistas y el sistema de precalificación americano.—V. El sistema de garantías en la contratación administrativa de los Estados Unidos.—VI. Las condiciones generales en los Estados Unidos.—VII. La responsabilidad del contratista en el derecho español.

Introducción

EL tema de la contratación administrativa es de actualidad. Examinado el problema a la vista del Plan de Desarrollo, la ley reguladora de éste lo planteaba sobre la base de la necesidad de una normativa nueva que refundiese la multitud de disposiciones vigentes en la materia, así como en la conveniencia de lograr un aumento en la garantía de la ejecución correcta de la obra por parte del constructor, garantía que se podría conseguir reformando el sistema general de adjudicación automática a la propuesta más baja.

La inminencia de la aparición del texto refundido de la ley de Contratos del Estado, en cumplimiento del mandato contenido en la ley de Bases, así como el hecho de haber permanecido en los

Estados Unidos de América durante un largo periodo de tiempo, en el que he podido conseguir valioso material documental, ha impulsado la redacción de este artículo, que no tiene otra finalidad sino la de ilustrar e informar de la situación al otro lado del Atlántico, por si alguno de sus métodos pudiera ser de utilidad en la aplicación de nuestra futura normativa.

Planteamiento

Desarrollaremos el tema comenzando por un estudio de la organización administrativa de las obras públicas en los Estados Unidos, su programación en el presupuesto y estudio de costes administrativos, un somero examen de la situación en España que condujo a la promulgación de la ley de Bases, análisis del sistema de precalificación americano en relación con el futuro Registro Central de contratistas, el sistema de garantías y el pliego de condiciones en Norteamérica, para pasar finalmente al examen de la responsabilidad del contratista en España a la vista de la posible aplicación de las disposiciones del Código civil.

I. La organización administrativa de las obras públicas en Norteamérica

Antes de entrar en el estudio detallado del sistema de programación y contratación de las obras públicas en los Estados Unidos, diremos unas palabras sobre la organización administrativa en esta materia, por ser la que absorbe el mayor número de contratos, bien sean de construcción o de suministro.

Al no ser materia federal, no existe un departamento de obras públicas dentro del Gobierno de Washington. Cada Estado tiene un ministerio de carreteras, y el de Comercio de los Estados Unidos coordina sus trabajos a través de una oficina (Bureau of Public Roads), que, a veces, llega a subvencionar con el 90 por 100 de su coste, las obras a cargo de los Estados, principalmente las comprendidas dentro de la red o sistema interestatal de carreteras.

En materia de ferrocarriles hay varias compañías privadas dedicadas a su explotación, situación análoga a la existente en España antes de ser nacionalizadas por el Estado. La Comisión interestatal de Comercio puede coordinar sus operaciones.

Las obras hidráulicas están en el Oeste a cargo del Departamento del Interior del Gobierno Federal de Washington, a través del Bureau of Reclamation. Este organismo ha realizado grandes obras de energía y regadíos, entre las que se pueden destacar las del Colorado y Missouri. En el Este, es decir, desde la línea Mississipi-Missouri. En el Este, es decir, desde la línea Mississipi-Missouri hasta el océano Atlántico, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército se encarga de proyectar y dirigir la ejecución de las obras hidráulicas.

Los puertos dependen cada uno de su autoridad, sin que el Congreso pueda, como dice el párrafo 6 de la sección 9 del artículo 1.º de la Constitución, dar preferencia, por ningún reglamento de comercio o de impuestos, a los puertos de un Estado sobre los de otro. Tampoco podrá obligar a los barcos que se dirigen a un Estado o salen de él, a que entren, descarguen o paguen derechos en otro.

II. La programación de las obras públicas. El estudio de sus costes administrativos

Cualquier trabajo de construcción que vaya a ser contratado posteriormente ha de estar contenido con carácter específico en el presupuesto, federal o particular de cada Estado, a cuyo cargo vaya la obra.

En España, el informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, llamado Banco Mundial, ha criticado profundamente (página 161 de la edición del informe del *BOE*) la situación a este respecto del Presupuesto de Gastos de la Administración Central, diciendo que en determinados aspectos contenía demasiado detalle y en otros muy poco, resaltando especialmente la existencia de algunas partidas considerablemente amplias que no están detalladas en absoluto, como las subvenciones a organismos autónomos, o cierto número de grandes partidas de gastos directos de inversión que comprenden un gran número de proyectos.

Así, el Banco consideraba de gran importancia, en virtud de la historia reciente de los gastos de inversión en España, ejercer un control mucho más detallado de dichos gastos, a través de una enumeración separada en el presupuesto de cada uno de los proyectos de inversión de más de 10 millones de pesetas en total, con estimación de su coste completo, coste restante al principio del año presupuestario y tiempo necesario para su terminación, sin que pudiera constituir un obstáculo a esta recomendación, el hecho de

que aumentara considerablemente el volumen del documento presupuestario, pues lo hubiera sido para un fin útil, al revelar el número de proyectos emprendidos al mismo tiempo y su ritmo de ejecución.

En cuanto a la posible objeción de que una presentación tan detallada del Presupuesto pudiera reducir la flexibilidad necesaria de cada ministerio, teniendo en cuenta la incertidumbre inherente a los proyectos en ejecución, el informe señala en nota al pie de la página 163, que ello podría evitarse, mediante transferencias discrecionales de una obra a otra dentro de cada ministerio hasta cierta cuantía, y que la transferencia fuera autorizada por el Ministerio de Hacienda a partir de dicho límite. La Misión, sigue diciendo el informe, está persuadida de que el número de proyectos es demasiado grande, y su ritmo demasiado lento en varios sectores. Defecto este último que ha sido señalado en el apartado III de la Exposición de Motivos de la ley de Bases de contratos del Estado, donde se afirma la conveniencia de que los contratos de obras deben ser normalmente de gestación pausada (es decir, elaboración detenida del proyecto y estudio de su adjudicación), y, por el contrario, de ejecución rápida.

Puede decirse que la situación ha cambiado notablemente con la redacción de los planes de inversión anual, pero hay que señalar, en primer lugar, que no existe norma alguna que marque un tope a las transferencias de una obra a otra dentro de cada ministerio, y, por otra parte, que dichos planes de inversión no se han reflejado hasta ahora en los presupuestos generales del Estado, donde siguen existiendo las partidas globales.

En íntima relación con este problema está el de la determinación de los costes administrativos de cada obra, pues pudiera ser posible que la existencia de un número tan elevado de proyectos se deba al hecho de que existe una remuneración por estudio y redacción de proyectos, desde luego mínima, mientras que las tasas parafiscales de cada obra pública no repercuten directamente en su autor o director.

En los Estados Unidos de América del Norte cada proyecto lleva anejo un estudio de su coste administrativo, es decir, de la cantidad de dinero necesaria para pagar a todas las personas, que hayan tenido o vayan a tener relación con el proyecto. Como es natural, el coste administrativo es variable, disminuyendo su porcentaje en relación con el presupuesto de la obra, a medida que éste aumenta. En general, se puede decir que el coste administrativo oscila entre

el 5, 10 y 12 por 100. De hecho, tenemos la idea de que está alrededor del 7 por 100 en el Departamento de Marina y del 10 por 100 en el gabinete de obras hidráulicas del Departamento del Interior.

Este coste administrativo repercute en el importe máximo de la oferta del posible constructor. Así si existe en el presupuesto una partida de un millón de dólares para una obra pública, en la que su coste administrativo es del 7 por 100, la oferta máxima no puede superar en ningún caso los 930.000 dólares. Se puede también contrastar el proyecto, pero la tendencia hoy día es la de redactarlos en las oficinas del Estado, en cuyo caso, que es el general, su importe se incluye en el coste administrativo.

III. La situación en España que condujo a la promulgación de la Ley de Bases de Contratos del Estado

la ley aprobatoria del Plan de Desarrollo Económico y Social para el período 1964-67 (*BOE* del 22 de julio de 1964), dice en su apartado 4.1.5. La contratación pública de obras:

«La abundante normativa en materia de contratación crea confusión y desconocimiento entre los interesados, por lo que se hace indispensable su actualización, refundición y unificación, aunando los intereses de la Administración y de los contratistas.

Se hace necesario igualmente proceder a una revisión de los sistemas vigentes en materia de contratación. El concurso, a través de la modalidad de baja media, previa separación de los concurrentes que no ofrezcan garantía, podría ser la fórmula usual para la ejecución de las obras públicas. Si se adopta la forma de subasta, la adjudicación definitiva debería quedar pendiente del posterior estudio de los precios descompuestos, por si se dedujera una falta de garantía.»

¿Qué ha hecho la ley de Bases para cumplir estos extremos fundamentales?

En cuanto a la confusión y desconocimiento de los interesados, es de esperar que la promulgación de la propia ley, desgajando la materia de la Administración y contabilidad, aclare y resuelva la cuestión. Por lo que respecta a la revisión de los sistemas, la ley admite la posibilidad de que los ministerios acudan indistintamente a la subasta o al concurso-subasta, forma esta última definida en el reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, cuyo artículo 16 dice: «El concurso-subasta constará de dos periodos: en

el primero, la Corporación seleccionará los proponentes que reúnan las condiciones requeridas por el pliego, y en el segundo, hará la adjudicación, entre los admitidos, a la oferta económicamente más ventajosa.» Y para asegurar la garantía en la ejecución de la ley de Bases ha previsto la creación de un Registro de contratistas que pasamos a examinar a continuación.

IV. El Registro Central de contratistas y el sistema de precalificación americano

Para llegar a una clasificación de los contratistas y determinar la categoría de los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir, la ley de Bases de contratos del Estado prevé, en afirmación del principio de garantía en la ejecución de las obras públicas, la creación del Registro Central de contratistas a cargo del Ministerio de Hacienda, teniendo en cuenta, además, el total volumen de obra que puedan concertar con el Estado para su ejecución simultánea. (Base XV.)

El sistema se puede asemejar al de precalificación del contratista, utilizado por el departamento de obras públicas del Estado de Massachusetts, quien pasa a todos los constructores o posibles contratistas un cuestionario que ha de ser cumplimentado por ellos. Este cuestionario comprende dos secciones fundamentales, una de experiencia y trabajo preferido y otra financiera.

1. CUESTIONARIO DE EXPERIENCIA Y TRABAJO PREFERIDO

A) *Experiencia.*—Este cuestionario comprende:

a) Años de organización y experiencia, en este último caso como contratista o subcontratista.

b) Proyectos realizados (clase, fecha, lugar y propietario).

c) Obras abandonadas. En caso afirmativo, dónde y por qué.

d) ¿Algún empleado o asociado de su organización ha pertenecido a alguna otra que haya incumplido algún contrato?

En caso afirmativo, nombre del individuo, organización, razón del abandono y compañía aseguradora.

e) ¿Algún empleado o asociado de su organización ha incumplido algún contrato en su propio nombre?

En caso afirmativo, nombre del individuo, propietario, razón del incumplimiento y compañía aseguradora.

- f) ¿En qué otros negocios está usted interesado financieramente?
- g) ¿Con qué otras personas ha estado asociado durante los pasados cinco años?
- h) Terminó a tiempo sus tres últimos contratos? En caso negativo, ¿por qué?
- i) Experiencia constructiva de los principales empleados de su firma.

Nombre del individuo, posición en la empresa, años de experiencia en construcción, magnitud y tipo de trabajo, en qué capacidad.

B) TRABAJO PREFERIDO

- a) Trabajo general de construcción de todas clases.
- b) Nivelaciones, drenajes y trabajos de superficie.
- c) Trabajos de superficie:
 - 1. Bituminosos.
 - 2. En cemento.
- d) Puentes:
 - 1. Infraestructuras.
 - 2. Estructuras de cemento.
 - 3. Otros.
- e) Otras obras.

El constructor debe señalar el tipo de obra u obras preferido.

2. CUESTIONARIO FINANCIERO

Consiste en la presentación de un balance de situación (activo y pasivo), que ha de ser firmado por un contador público o notario contable en los Estados Unidos, si el constructor pretende concurrir a obras superiores a 50.000 dólares.

DETERMINACIÓN DE LA MÁXIMA CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN :

Para determinar la máxima capacidad de contratación a que hace referencia la base XV de la ley de Bases de Contratos del Estado, en Massachusetts, Estados Unidos, se utiliza la siguiente fórmula:

$$C = F \text{ veces } A$$

Siendo:

C: la máxima capacidad de contratación.

F: coeficiente de experiencia: menos de 2 años $F = 3$.

entre 2 y 5 años $F = 5$.

más de 5 años $F = 7$.

A: activo real menos pasivo exigible.

Los valores del activo se evalúan al 100 por 100, salvo los efectos a cobrar en noventa días o menos, que se valoran al 90 por 100, los de más de noventa días, así como los recibos de otro origen que no sea contrato de construcción al 75 por 100, los valores sin cotización oficial al 50 por 100 de su precio de mercado, los inmuebles utilizados para el negocio, así como los bienes de equipo, entre el 25 y 100 por 100 del valor del inventario, y los inmuebles no utilizados para el negocio, al 25 por 100 de su valor inventariado.

El pasivo se evalúa todo al 100 por 100, salvo las deudas de bienes de equipo, que se valoran al 50 por 100.

El resultado, C, de la aplicación de esta fórmula, no es la máxima capacidad de contratación, sino una referencia para calcularla en función de C.

Si C está alrededor de los 10.000 dólares, la capacidad máxima de contratación abarca de 100.000 a 1.000.000 de dólares, superando esta cantidad cuando C resulte una cifra alrededor de los 100.000 dólares.

Como se ve, la relación entre C y la capacidad máxima es de 1 a 100.

Esta documentación, en poder del departamento, debe ser considerada en todo caso como confidencial.

V. El sistema de garantías en la contratación administrativa de los Estados Unidos

El sistema de garantías es una de las peculiaridades más interesantes de la contratación administrativa en Norteamérica. Llamado *Bond system*, que podríamos traducir por sistema de pólizas, fué instaurado por el Acta Miller en agosto de 1935, reformada en 1959.

Son tres las garantías establecidas:

1. PÓLIZA PROVISIONAL

La presentación de cualquier oferta que exceda los 2.000 dólares ha de ir acompañada de una póliza provisional que garantice el 20 por 100 del importe del precio ofrecido, o, en todo caso, el 20 por 100 de 3.000.000 de dólares, que es la cantidad más baja a estos efectos. Se trata de una póliza de seguridad que garantiza la capacidad económica del oferente. Al firmar el contrato esta póliza pierde su virtualidad por estar incluida en las otras dos, que indicaremos a continuación.

2. PÓLIZA DE REALIZACIÓN DEL CONTRATO

El pliego de condiciones determina que si el precio del contrato excede de 2.000 dólares, el contratista se compromete a aportar una póliza de realización o terminación de la obra, con buena y suficiente garantía, aceptable para el Gobierno, en relación con la terminación del trabajo en los términos concertados. La suma o cláusula penal de dicha póliza es del 100 por 100 del precio del contrato, y su eficacia práctica es total al ser la compañía de seguros quien termina la obra, subcontratándola, en el caso de que el contratista incumpla el contrato.

3. PÓLIZA DE PAGOS

También para los contratos de más de 2.000 dólares, el contratista se compromete a aportar una póliza aceptable para el Gobierno en garantía de la persona o personas que suministren material o trabajo en la obra objeto del contrato.

Esta póliza garantiza el 50 por 100 del precio del contrato si éste es menor de 1.000.000 de dólares, el 40 por 100 del contrato si el valor de éste está comprendido entre 1.000.000 de dólares y, finalmente, 2.500.000 dólares si el valor de contrato excede de 5.000.000 de dólares.

El coste de las pólizas examinadas depende del importe del contrato al que sirven de garantía, sin que, en ningún caso, las de realización y pagos excedan conjuntamente del 1 por 100 del valor del contrato, disminuyendo progresivamente a medida que éste aumenta por encima de los 100.000 dólares.

¿Cuáles son las condiciones para la posibilidad de este sistema?

Fundamentalmente, dos: una situación de marcada estabilidad económica y una organización de compañías aseguradoras, condiciones que, hoy por hoy, no se dan en nuestro país, por lo que probablemente aumentaría el coste de las pólizas al no haber seguridad en el mantenimiento de los precios, y es aquí por donde ha quebrado el principio tradicional de que los contratos administrativos se ejecutan a «riesgo y ventura» del contratista, al ser imposible proseguir la ejecución de la obra, debido a las variaciones de precios, por lo que la Administración ha arbitrado el sistema de las revisiones de precios, al que se le ha dado recientemente, por decreto-ley de 4 de febrero de 1964, una nueva normativa tendente a la utilización de la revisión de precios solamente en los contratos de más de 5.000.000 de pesetas, con aumento de la fianza y un derecho de retención por parte de la Administración del 10 por 100 del importe de las certificaciones.

VI. Las condiciones generales en los Estados Unidos

Están recogidas en dos documentos por separado. Uno para los contratos de construcción y otro para los de suministro, sin perjuicio de las particulares de cada uno de los contratos.

En muchos casos son modificadas y adicionadas por los servicios más importantes de la Administración. Están recogidas en la Standard-Form 23-A, y comprenden veintiún puntos, entre los que señalaremos el 2, Planos y condiciones, donde se dice que en caso de discrepancia entre ambos prevalecerá el pliego de condiciones; en el 3 se señala el procedimiento para efectuar cambios en el proyecto por parte de la Administración, y en el 4 las alteraciones de condiciones que puedan dar lugar a incremento de costes.

El 5 determina la rescisión por incumplimiento de plazo, penalidades por retraso y causas determinantes de prórroga. Estas son: fuerza mayor, sabotaje, actos del Gobierno en uso de su soberanía o capacidad contractual, actos de otro contratista en la ejecución de un contrato administrativo, incendios, inundaciones, epidemias, cuarentenas, huelgas, embargo de fletes, tiempo extraordinariamente adverso o retraso inimputable de los subcontratistas o suministradores.

El 6 y 8 señalan el procedimiento de recursos, y el 7 los pagos al contratista, con la retención del 10 por 100 hasta que se haya realizado la mitad de la obra, momento a partir del cual no se des-

cuenta cantidad alguna. El punto 9 se refiere al material, el 10 a la inspección y aceptación, el 19 a la protección de la industria americana (Buy American Act) y el 21 a la indiscriminación en el empleo.

VII. La responsabilidad del contratista en el derecho español

El artículo 63 del pliego de condiciones generales para la contratación de las obras públicas, aprobado por real decreto de 13 de marzo de 1903, dice que, terminado el plazo de garantía, se procederá a la recepción definitiva con las formalidades señaladas en el artículo 59 para la provisional, y si se encuentran las obras en perfecto estado de conservación se darán por recibidas y quedará el contratista relevado de toda responsabilidad respecto de ellas.

El artículo 1.591 del Código civil dice que el contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.

Creemos que existe cierta contradicción entre estos dos artículos, si bien se puede argüir que el del pliego general de condiciones se refiere a las obras públicas y el segundo a edificios, pero empleando el mismo argumento que utiliza Castán (*Derecho civil*, tomo IV, página 460, 9.^a ed.) para la justificación del artículo, diciendo que sólo el transcurso del tiempo puede determinar la buena apreciación de las obras de edificios, se puede decir también que las obras públicas requieren a veces el paso del tiempo, por lo que la utilización de los plazos del Código civil sería muy conveniente, sobre todo por lo que se refiere a los vicios ocultos de la obra, que, en muchos casos, sólo el tiempo delata.

Desde luego, esta disposición del artículo 1.591 del Código civil debe aplicarse a la construcción de edificios por el Estado.