

BIBLIOGRAFIA

SINTESIS BIBLIOGRAFICA

TEORIA DEL EQUIVALENTE ECONOMICO EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Resumen del libro del mismo titulo de
GASPAR ARIÑO ORTIZ, publicado en Madrid,
Instituto de Estudios Administrativos
(ENAP), 1968, 428 pp.

INTRODUCCION. CUESTIONES PREVIAS. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En la vida y en la ejecución de los contratos, se plantean una serie de problemas a los que el equivalente económico viene a responder. La idea de equivalencia viene recogida con más o menos claridad en todos los ordenamientos, hasta el punto de que en los contratos onerosos constituye el fin económico jurídico.

Pero esta idea de equivalencia tiene un doble significado.

a) Equivalencia material de las prestaciones: cabe entender la equivalencia objetivamente, atendiendo a la valoración económica de las contraprestaciones, e invocando en su defensa un ideal de justicia conmutativa.

b) Equivalencia subjetiva o formal: atendiendo al valor subjetivo que para una de las partes tiene la

prestación de la otra, que le hace estimarlo en una medida determinada, expresa en el contrato y, que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad debe ser respetada.

Desde un punto de vista doctrinal, la solución sobre la equivalencia que debe presidir los contratos onerosos dependerá de cuál sea el concepto que se tenga del contrato, de su sentido y alcance en la vida jurídica y de cuál sea el juego, en su seno, de las obligaciones y derechos que de él nacen, para una mejor realización de la justicia.

La equivalencia de las prestaciones como exigencia de justicia objetiva en todo contrato oneroso quiebra, y para corregirlo irán apareciendo, desde el Derecho romano a nuestros días, toda una serie de soluciones casuísticas y técnicas jurídicas. En nuestro primer Derecho administrativo toda esta problemática estará presidida por dos principios rectores: el principio del equivalente económico para algunos supuestos tasados y, sobre todo, el principio del riesgo y ventura, que será consagrado desde antiguo en nuestro Derecho histórico, reconocido y construido jurisprudencialmente por el Consejo Real, y afirmado constantemente por la doctrina y la jurisprudencia posterior. Pero, en el juego de ambos criterios, el riesgo y ventura es el criterio de general aplicación a todos los supuestos, y el principio del equivalente será referido exclusivamente a las modificaciones unilaterales e internas del contrato. A ambos principios se unirá, a partir de 1916, un tercero: el principio de riesgo imprevisible, que será formulado por primera vez en Francia en el «arrêt Gaz de Bordeaux».

Estos tres principios han llegado a nuestros días, y aparecen recogidos en diversa medida, como criterios inspiradores de la solución que nuestro ordenamiento jurídico establece para los distintos supuestos de desequilibrio de las prestaciones en el seno del contrato. Delimitar exactamente cuál es hoy el alcance y significado de cada uno de ellos, constituye el objeto del libro.

TITULO I. EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA. ANALISIS HISTORICO Y CRITICO

Este principio se concibe tradicionalmente como un auténtico principio general, con una extraordinaria virtualidad expansiva en el que la jurisprudencia apoya constantemente sus decisiones en los distintos supuestos de desequilibrio de las prestaciones. La misma consagración y reconocimiento cabe observar en la doctrina y en los dictámenes del Consejo de Estado.

No obstante, frente a la rigidez con que siempre se le predicaba en los contratos administrativos, el riesgo y ventura se ha visto en los últimos años científicamente criticado y progresivamente cuarteado.

¿Cuál es el sentido de este principio? ¿A qué responde? ¿Cuál es su alcance y virtualidad actual? Para valorar rectamente el sentido y la posible virtualidad actual de esta institución, es necesario contestar a estas preguntas, y ello exige seguir a través de la historia, las formulaciones y aplicaciones hechas en los distintos contratos.

Capítulo 1.º La configuración histórica del principio

1. DERECHO ROMANO

El principio de la equivalencia de las prestaciones, en cuyo ámbito hay que encuadrar el riesgo y ventura, no aparece formulado en ningún momento, con carácter general, en el Derecho romano. Los criterios enunciados por él, hay que buscarlos en la solución de dos supuestos de hecho que se recogen en los textos: el de la lesión en los contratos de compraventa y el de los daños o destrucciones en las cosas (o sus frutos) objeto de venta o arrendamiento (*periculum rei*). El autor recoge en el texto cuáles fueron los criterios aplicados en los «Responso» de los juristas romanos.

2. EL DERECHO INTERMEDIO: GENERALIZACIÓN DE LA TÉCNICA

Frente al carácter excepcional que en Derecho romano habían tenido estas técnicas, se construirá la lesión como una solución de alcance general, fundamentada en un principio subjetivo de vicio del consentimiento, a través del *dolus re ipsa*. Así pues, el régimen de la *lesio enormis* fue objeto de admisión progresiva, aunque no uniforme.

3. LA LESIÓN EN LAS PARTIDAS Y LA «NOVÍSIMA RECOPIACIÓN»

En el Derecho de Partida, era principio tradicional el de que «se puede desfacer la vendida, que fue fecha, por menos de la meytad, del derecho precio, que pudiera valer en la razón que la fizieron». Este principio—que regía salvo pacto en con-

trario—fue extendido por la glosa, restringiendo el plazo de la acción rescisoria en cuatro años, a contar del día de celebración del contrato. En la Novísima Recopilación, se recogerá el régimen general de la lesión.

4. EL «PERICULUM REI» EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO

El supuesto de daños o destrucciones de las cosas objeto de arrendamiento fue regulado en las Partidas sobre los moldes romanos.

Se establece, en primer lugar, el principio de precio cierto y en dinero contado, pero ello no supone que el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa entregada recaiga en todo caso sobre el arrendatario. La responsabilidad de éste se fundamenta sobre un criterio de culpabilidad, si bien sea ésta juzgada sobre el estricto módulo romano de la responsabilidad por custodia. El arrendatario únicamente tomará sobre sí el riesgo de pérdida o deterioro de las cosas, cualquiera que sea la causa de ello, si ha pactado expresamente en el contrato.

5. LA CONCEPCIÓN CANÓNICA DEL CONTRATO Y EL SENTIDO DE LA EQUIVALENCIA

El contrato administrativo, tiene con la concepción canónica del contrato, un cierto paralelismo funcional.

En los contratos de obra canónicos se reduce considerablemente el elemento aleatorio y se procura mantener siempre la honesta equivalencia entre ambas prestaciones, según cuál haya sido la entidad real de las mismas en el desarrollo y ejecución

del contrato. Esta equivalencia se articula y fundamenta sobre dos ideas características de la contratación canónica: «la buena fe» y «la honestas christiana».

6. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS ARRENDAMIENTOS Y VENTAS REALES. ORIGEN DEL RIESGO Y VENTURA

A diferencia del régimen general, en los contratos reales del Fisco, el principio del riesgo y ventura es el imperante desde el primer momento. Así, la jurisprudencia del Consejo Real recibió la doctrina de la Recopilación y consagró el principio, en los arrendamientos de rentas y arbitrios, siendo en el R. D. S. de 10 de mayo de 1848 donde delimita su contenido:

1. El principio de riesgo y ventura hace inaplicable en buena medida la doctrina del error como vicio invalidante del consentimiento.

2. Implica la asunción de riesgos por casos fortuitos pensados o impensados (*periculum*).

3. Implica la asunción de cualquier pérdida que se produzca al arrendatario, por aumento o disminución de los precios, y en general, por cualquier alteración en las condiciones de ejecución del contrato.

4. Sólo por vía de equidad, y como acto de gracia del gobierno, puede serle admitida la rescisión o una cierta revisión de la renta, pero en ningún caso puede entrar en ello el Consejo.

5. Que el Estado puede acordar la rescisión del contrato si lo estima conveniente a sus intereses, pero ésta no puede ser exigida.

6. En definitiva, y como síntesis, enuncia en todo su rigor el princi-

pio de *contractus lex*, en cuanto estos contratos deben ser exigidos siempre en su estricto cumplimiento; esta razón reiteradamente aducida en la jurisprudencia del Consejo Real obedece al hecho de que no existe un Derecho objetivo de la contratación administrativa y su peculiar régimen jurídico en éste y otros puntos se consigue por vía paccionada.

Capítulo 2.º Contrato de obras públicas y riesgo y ventura

El contrato de obras, que inicialmente supone una excepción al principio de riesgo y ventura, se irá endureciendo progresivamente a lo largo del siglo XIX hasta consagrar en una gran medida el riesgo y ventura.

Del análisis histórico y crítico de este principio, se obtiene una serie de resultados, a la vez que se puede formular un avance de conclusiones. La investigación histórica hecha por el autor demuestra:

1. Que, a diferencia del régimen jurídico de Derecho común anterior al Código civil, en los contratos reales del Príncipe se establece con todo rigor, desde el primer momento, el riesgo y ventura para los arrendamientos de rentas, principio que se irá extendiendo progresivamente a los demás contratos del Estado.

2. Que, a diferencia de lo que ocurre en el contrato privado de obra, en que el régimen de los riesgos es una pura consecuencia dogmática que se construye sobre el carácter alzado del precio en los términos pactados (mera aplicación del *contractus lex* a un tipo especial de contratos: los contratos de resulta-

do total), en los contratos administrativos el principio de riesgo y ventura tiene un origen y un sentido diferentes. Por ello, la jurisprudencia del Consejo Real lo seguirá proclamando como característico de la contratación administrativa, aun cuando la determinación del precio no se realice alzadamente.

3. A lo largo de toda la investigación histórica, se observa la constante tensión entre lo que aparece como justa norma contractual y las exigencias financieras, los principios presupuestarios. El autor, demuestra, cómo las exigencias financieras del Estado presionarán sobre la mecánica contractual hasta dar a ésta un sentido peculiar cuando es el Estado quien contrata. Este es el origen de muchas de sus especialidades y, en concreto, del riesgo y ventura, que se perfila ya, en el Derecho regio y encontrará su necesario reconocimiento legal, a medida que vayan cristalizando los principios presupuestarios.

4. El principio de riesgo y ventura no es, pues, sin más, la pura consecuencia dogmática del principio del *contractus lex* cuando éste se estructura sobre contratos de resultados, sino que tiene su raíz fundamental y su sentido originario en un principio de Derecho financiero: el principio de seguridad y certidumbre del ingreso y del gasto, que sin una formulación expresa, estará siempre presente en los contratos reales a lo largo del Derecho regio y que, potenciado por el constitucionalismo, que le dará un nuevo sentido, irá cristalizando en nuestras leyes de contabilidad.

5. En resumen, tanto en los contratos activos (aquellos que suponen un ingreso para la Hacienda) como

pasivos (aquellos que entrañan un gasto) es de aplicación el principio de riesgo y ventura, por idéntica razón de fondo: la necesaria seguridad y certidumbre financiera. La Hacienda necesita saber cuáles van a ser los ingresos y sus gastos, con objeto de prever sus recursos para la atención de los servicios, o de autorizar la correspondiente habilitación presupuestaria.

Capítulo 5.º Principales manifestaciones del riesgo y ventura

¿Cuáles son las manifestaciones principales del riesgo y ventura? Antes de contestar a esta pregunta se hace una advertencia referente a los dos planos desde los que podemos observar la contratación: el plano de la legalidad formal y de sus manifestaciones contenciosas (leyes y jurisprudencia) y el plano de la realidad viva y operante en el que discurren, de hecho, los contratos en sede administrativa. Hecha esta advertencia, hay que decir que, como consecuencia de la concepción dogmática del contrato y de los planteamientos políticos y financieros del siglo XIX, las condiciones de la contratación administrativa han sido tradicionalmente duras y leoninas para con el contratista, a través de los contratos dictados que los pliegos de condiciones encierran. A ello, contribuían también la mentalidad pecuniaria de la Administración, el principio de desconfianza hacia el contratista, y por último, el convencimiento de que no obstante esas duras condiciones, el contratista tenía posibilidades de obtener ganancias en las obras porque, en sus proyectos y presupuestos, la Administración nunca consigue la perfección

de que es capaz un contratista privado. Sin embargo, y no obstante la dureza del contrato, los contratistas acudían a las licitaciones y aceptaban las obras porque sabían que, en la práctica, contaban con otros factores que les favorecían. Hecha esta exposición, pasamos al análisis de las principales manifestaciones del riesgo y ventura.

1. EL ERROR DE CÁLCULO

El primer efecto importante del riesgo y ventura se manifiesta en el tema eterno del error, que consiste en saber hasta qué punto la voluntad por él efectuada anula el acto producido o vincula al sujeto que la emitió.

En el contrato administrativo el error tiene una influencia sobre la validez del negocio, de distinto signo que en Derecho privado, pues frente a su amplia admisión en éste, en los contratos administrativos, ya el Consejo Real afirmará la irrelevancia de la mayoría de los supuestos de error para las ventas de bienes nacionales, y asimismo establecerá que una de las características del riesgo y ventura es la no alegabilidad de la lesión y del error en los contratos de renta, obras y servicios. La jurisprudencia administrativa afirmará reiteradamente el principio, resaltando en más de una sentencia la especialidad que supone la legislación común, especialidad que se articula sobre una doble característica que reúnen siempre los contratos administrativos típicos, a saber: tratarse de contratos a suerte y ventura, y tener siempre los contratistas la consideración de expertos o peritos que no pueden alegar error.

2. EL «PERICULUM REI»: RIESGO Y VENTURA Y FUERZA MAYOR

Para la atribución del riesgo en la doctrina general se parte del principio de que en los contratos traslativos de propiedad, los riesgos son a costa de la parte que es propietaria en el momento en que la cosa sufre el daño. Así pues, es necesario determinar cuándo se opera la transferencia de propiedad en el contrato de obra, para saber en cada momento quién es el titular de los bienes, y quién tiene, por tanto, que soportar los riesgos de una fortuita destrucción.

Tras analizar el problema, el autor concluye diciendo que en el contrato administrativo de obras públicas, la traslación o entrega de la cosa se efectúa, *in toto*, en el momento de la recepción definitiva. Por tanto, hasta ese momento el contratista soporta los riesgos de daños o destrucciones que en la obra se produzcan por cualquier causa.

3. UNA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 46 DE LA LCE

La nueva ley de Contratos del Estado abandona el sistema del *numerus clausus* y establece en el artículo 46 la posibilidad de apreciar otros supuestos análogos a los que expresamente prevé.

La redacción de este artículo ha mejorado y concretado la descripción de supuestos contenidos en el pliego de 1903, pero, sobre todo, posibilita nuevos casos de fuerza mayor, previo acuerdo del Consejo de Ministros. El sistema, sin embargo, puede ocasionar dudas en cuanto a si la calificación de un hecho por el Consejo de Ministros, fuera de los casos

expresamente consignados, es o no de libre apreciación por éste, y si, por tanto, cabe o no contra esta decisión el recurso contencioso ante el Tribunal Supremo. El autor resuelve el problema contestando afirmativamente a este último punto, aunque aclara que lo más correcto hubiese sido la tipificación general de la fuerza mayor.

En el mismo artículo 46 se habla de «otros supuestos de efectos análogos». ¿Cuáles son? ¿Qué notas deben reunir? ¿Cuáles han de ser sus características? ¿Qué supuestos en su caso deben pesar sobre la responsabilidad del contratista? He aquí la solución dada en la obra a estos problemas:

a) *Responsabilidad del contratista por riesgo profesional.*

La responsabilidad del contratista en los supuestos del *periculum rei* se ha venido fundamentando dogmáticamente, sobre la doctrina de la culpa, a través del juego de la teoría de las presunciones. Pero, el principio de riesgo y ventura, al atribuir la responsabilidad del *periculum rei* al contratista, lo que pretende es una verdadera atribución legal de responsabilidad. La solución pudiera ser, actualmente, la de construir la responsabilidad del contratista como una responsabilidad por riesgo profesional, aplicando la distinción de caso fortuito y fuerza mayor que ha sido construida y consagrada legalmente en el marco de la responsabilidad extracontractual.

b) *La distinción del «causus» y la «vis maior»*

Tradicionalmente, se venían considerando el caso fortuito y la fuerza

mayor como conceptos equivalentes. Tal equiparación, ha quebrado rotundamente en nuestros días. Las nuevas bases sobre las que se ha construido la responsabilidad hacen que la culpa quede en un segundo plano, y que la reparación se ligue a la existencia de un riesgo inherente al funcionamiento mismo de la empresa.

c) *Aplicabilidad al contrato administrativo*

Esta distinción la proyecta el autor sobre los contratos administrativos para determinar el alcance del riesgo y ventura en los supuestos del *periculum rei*, llegando, a la conclusión de que el contratista responderá, en su caso, de todos aquellos riesgos que sean consecuencia de caso fortuito, no de los que se deban a fuerza mayor, siendo en base a él, como hay que entender el número 6 del artículo 46 referente a cualquier otro caso de efectos análogos, ya que los casos de fuerza mayor no se han de calificar por sus efectos, sino por sus causas, esto es, por su naturaleza, completamente ajena y extraña al círculo de actuación del contratista.

4. COBERTURA DEL RIESGO: EL PORCENTAJE DE IMPREVISTOS EN EL PRESUPUESTO DE CONTRATA. SU VIRTUALIDAD ACTUAL.

En su origen, el principio de riesgo y ventura venía determinado por los condicionamientos presupuestarios de la actividad administrativa, pero a la vez, jugaba de forma eficaz a medida que, las consignaciones de imprevistos y créditos extraordinarios, eran captados a lo largo de la

primera mitad del siglo XIX. La imputación unilateral del álea del contrato que ello trae como consecuencia, había de ser paliada de alguna manera, y la Administración no pudo dejar de ofrecer al contratista una cobertura de los riesgos que, por exigencia del planteamiento presupuestario, quedaban a su cargo. Por ello no tendrá más remedio que reconocer contractualmente un seguro de cobertura: surge así en nuestro Derecho el tanto por ciento de imprevistos en los contratos de obras. La negación de los imprevistos en el Derecho presupuestario provoca la necesidad de admitirlos en el presupuesto de contrata como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura. Contractualmente, se tratarán de prever los posibles imprevistos, de tal forma que éstos, dentro del presupuesto general de contrata, son recogidos en las distintas consignaciones presupuestarias de obras y servicios de los presupuestos del Estado.

Aquí se encuentra el origen y sentido de los «imprevistos» en los presupuestos de contrata.

La real orden de 12 de mayo de 1860, al dar normas sobre la elaboración del presupuesto de los contratos, establece con carácter general, la inclusión de una partida de gastos imprevistos, como uno de los factores que integran el coeficiente de contrata. Coeficiente, que llega hasta nuestros días tal y como se estructura en la real orden de 1860.

El porcentaje de imprevistos, significa en su origen, la salvaguarda frente a los gastos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones cuando se produzcan, son evaluados *a priori* en

los presupuestos de contrata. De ahí que, amparado en ese coeficiente, se proclama la ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista. El porcentaje del imprevisto es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales, y ahí radica justamente el álea del contrato.

5. TANTO POR CIENTO DE IMPREVISTOS Y FUERZA MAYOR

Cuestión interesante es la de determinar cómo ha de jugar el porcentaje de imprevistos en relación con los casos de fuerza mayor a que se refiere el artículo 46 de la ley de Contratos del Estado. Dicho tanto por ciento, es una cantidad que la Administración sobreañade a los precios de ejecución material, a la vista de los riesgos y aleatoriedad que cada contrato de obra lleva consigo.

Pues bien, en los casos de «fuerza mayor», el artículo 46 de la ley de Contratos del Estado, concede al contratista una indemnización para determinados supuestos, indemnización que será abonable en todo caso aun cuando, los daños ocasionados, alcancen una cifra inferior a la cantidad que en concepto de imprevistos, ha venido integrando el precio real de contrata hasta ese momento.

Capítulo 6.º Progresivo cuarteamiento del principio de riesgo: sus quiebras reales

Las soluciones impuestas por el principio de riesgo y ventura durante el siglo XIX y buena parte del XX,

resultaban plenamente conformes con el sentido de la equivalencia de las prestaciones que preside la construcción del contrato administrativo en su origen, esto es, una equivalencia puramente formal que se realiza por el simple juego del mecanismo sinagmático.

El cambio de sentido que el contrato administrativo de obras y servicios ha experimentado en los últimos años, puede quizá enmarcarse, en la primera guerra mundial, aunque en España la evolución es mucho más reciente. El cambio de sentido político, producido desde que se dictan las fundamentales normas contractuales (1886 a 1911) hasta nuestros días, es patente, por lo que dicha normativa no podía servir para regular la creciente actividad interventora de la Administración actual. Por ello, y hasta la reciente reforma de nuestra legislación, ha habido unas veces que forzar su sentido a la hora de su aplicación, y otras, que dictar una legislación especial que las corrigiese.

Por lo que se refiere al riesgo y ventura, no puede extrañarnos que en los últimos años, y no obstante su vigencia formal, se viera vulnerado por todos lados en la realidad y que sea, sobre todo, la propia Administración, y alguna vez los Tribunales, quienes, haciendo uso de técnicas pensadas con finalidad distinta, las aprovechen, dándoles un nuevo sentido, para escapar a la aplicación del principio en todo su rigor. En el libro se recogen los más importantes supuestos y vías de elusión utilizadas.

No obstante hay que hacer las siguientes consideraciones sobre el sentido y alcance de la crisis:

1. Ha sido ésta una evolución más de hecho que de derecho, en el sentido de que más que radicales transformaciones en los textos legales, éstas se manifiestan en el nuevo *modus operandi* de los órganos gestores encargados de aplicar los pliegos.

2. Pero en esta evolución no sólo se observa una creciente protección del contratista, sino también de la Administración misma.

3. A pesar del sentido claro de la evolución que se aprecia en la realidad viva de los contratos, el antiguo principio del riesgo y ventura se conserva como algo petrificado, pero teniendo siempre una plena eficacia legal que puede destruir, sin una jurisprudencia progresiva, la eficacia de los nuevos criterios. La falta de unos principios generales que sean clave hermenéutica de nuestra legislación administrativa en la materia, ha dado lugar a numerosas dificultades en su aplicación.

4. Aunque la nueva ley de Contratos no ha dado un gran paso adelante en este orden quedan, sin embargo, abiertas las puertas para que el Tribunal Supremo reconozca el nuevo sentido que debe presidir la relación contractual.

5. Por lo demás, es evidente que con todas estas técnicas de apoyo a la equivalencia material de las prestaciones, no se persigue suprimir el álea propio de todo contrato o asegurar unos beneficios al contratista, pero sí regularlo, paliar en lo posible sus alteraciones más allá de lo normal y ordinariamente previsible.

1. HACIA UN NUEVO PLANTEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA. TENSION ENTRE NORMATIVA CONTRACTUAL Y FINANCIERA

Concluyendo esta primera parte de su libro, Arifio Ortiz pone de manifiesto cómo en una concepción del contrato administrativo, presidida por los principios financieros y dogmáticos que alumbran en un principio la figura, el principio de riesgo y ventura es una consecuencia coherente con el sistema. Por el contrario, en la concepción actual del contrato, el principio resulta contradictorio, al menos en su formulación clásica, en el sentido general de la institución, y es que —afirma— la actual concepción del contrato administrativo, construida desde los propios principios immanentes a la institución, está, en cuanto a la equivalencia de las prestaciones, mucho más cerca de la concepción canónica que de la concepción liberal e individualista del contrato en el siglo XIX. Frente a la unidad de sentido que el contrato administrativo tiene hoy, el principio de riesgo y ventura es, rigurosamente, un contrasentido: constituye el arrastre histórico de un planteamiento presupuestario que no resulta coherente con el sistema y exige una profunda revisión.

2. LA NECESARIA REFORMA DE LOS PLANTEAMIENTOS PRESUPUESTARIOS

Esta unidad de sentido, que se refleja en los principios informadores de la institución, fuerza al jurista a la conclusión de que la equivalencia de las prestaciones se asienta hoy, en el contrato administrativo, sobre ba-

ses muy diferentes a las afirmadas para el Derecho civil y a las que presidieron también nuestra contratación administrativa-tradicional.

La tensión polémica se plantea en nuestro ordenamiento, entre los principios propios de la legislación de contratos y nuestra vieja legislación de contabilidad. El legislador, dándose cuenta de este contrasentido, encomienda, en el reciente Reglamento general, al Ministerio de Hacienda la revisión de los procedimientos financieros que proceden en la contratación del Estado.

TITULO II.—EL NUEVO SENTIDO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. SUS PRINCIPIOS INFORMADORES

Este segundo Título constituye un estudio dogmático de la figura en el que se abordan y resuelven las cuestiones más debatidas por la doctrina en torno a la sustantividad, naturaleza y principios propios de la contratación administrativa. Estudio necesario para resolver con rigor los problemas singulares que forman el contenido del Título tercero.

1. SINGULARIZACIÓN DE LA FIGURA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. EN TORNO A LA «QUAESTIO DISPUTATA» DE SU SUSTANTIVIDAD

En algunas zonas del Derecho administrativo 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 una serie de principios propios, específicos, de la contratación administrativa.

El deslinde se presenta, sin duda, en los casos de técnicas compartidas. Ahora bien, la identidad de su esquema formal no puede llevarnos a olvidar la identidad de 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.

No es sólo un ingenioso prurito de autonomía, lo que apoya la afirmación de «sustantividad» del contrato administrativo, sino, sobre todo, la realidad de un régimen jurídico de efectos en Derecho positivo, distinto al civil. Sustantividad que no la hace irreductible al cuadro contractual tradicional del Derecho civil, pero sí le da soluciones propias y peculiares a muchos de sus problemas.

La singularidad de la figura del contrato administrativo viene demostrada, a juicio del autor, por el haz de problemas que se estudian en el libro; singularidad derivada tanto de los condicionamientos presupuestarios que presiden la actividad estatal, como de los propios principios inmanentes a la institución, que apuntan a unas soluciones distintas al contrato civil.

2. LOS PRINCIPIOS PROPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

2.1 *Principios de continuidad y regularidad*

La idea de comunidad, de interés común, constituye la regla general en los contratos administrativos. Realizado el contrato en vista de esa empresa común, la exigencia de continuidad y regularidad de su prestación lleva, consigo las siguientes consecuencias:

1.ª «Teoría de las obligaciones inherentes». Las obligaciones resultantes del contrato se extienden a todo lo que sea necesario para asegurar su adecuada prestación.

2.ª El fin del contrato constituye un «principio autónomo de interpretación» del mismo, más que la intención presunta, subjetiva, de las partes; en el contrato administrativo la interpretación finalista prevalece sobre la voluntarista al modo civil, ya que la administración ostenta la titularidad privativa del interés general, por lo que la ley le concede «la facultad de interpretar los contratos en que intervenga y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento».

3.ª «Quiebra del principio de intangibilidad de la remuneración». Esta consecuencia viene a compensar al contratista de la carga que para él suponen las otras dos.

2.2 *Principios de mutabilidad del contrato administrativo*

La Administración no puede renunciar a sus protestas 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, y de aquí se desprende la potestad de introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, para asegurar su mejor realización o adaptación a sus fines. De aquí se desprende que la inmutabilidad del contrato se ve matizada por la inmutabilidad del fin.

La «potestas variandi». Su especialidad administrativa. La doctrina viene designando a este poder de modificación con el nombre de *ius variandi*. Pero no se trata aquí de un *ius*, sino más bien de una *potestas*, de la cual el órgano se encuentra investido no por la relación jurídica del contrato, sino por la ley, pero con efectos sobre aquélla en razón de los fines que tiene atribuidos como competencia específica. Resulta así inadecuada la equiparación que, a veces, se ha hecho entre este poder de modificación y el artículo 1.549 del Código civil.

Como también resulta artificioso lo que en alguna ocasión se ha dicho, de que estas facultades no traen su razón de ser en ningún principio propio de la teoría del contrato administrativo, sino que son poderes *ad extra*, que operan desde fuera del contrato. Justamente la peculiaridad del contrato administrativo consiste en eso: en que la personalidad especialísima de una de las partes, y la naturaleza propia de su función, al proyectarse sobre esta institución general del Derecho, le hace tener un «contenido obligacional distinto» al civil, aun cuando formalmente pueda apreciarse siempre la radical unidad de la institución.

2.2.1. Situación reglamentaria y situación contractual

Una manifestación central y basililar de esta especial naturaleza del contrato administrativo es la presencia en la relación contractual de aspectos reglamentarios. El deslinde entre la relación contractual y la relación jurídica de prestación reglamentaria no es fácil, pero no obstante el deslinde es importante, ya que ambas se inspiran dogmáticamente en principios diferentes: la situación contractual reclama estabilidad, engendra derechos adquiridos; la reglamentaria es de permanente modificación, no crea derechos intangibles.

Por otro lado, en nuestro Derecho se ha producido un acercamiento de las categorías, en un doble sentido: primero, en cuanto los actos declarativos de derechos son también, en principio, irrevocables, y segundo, en cuanto toda relación contractual conlleva un *quantum* de modificabilidad que pugna con el molde clásico de la figura y que no es sino la presencia en ella de elementos reglamentarios.

La irrevocabilidad típica de las situaciones contractuales quiebra en las de naturaleza administrativa en cuanto en éstas hay determinados aspectos que conservan su nota típica de lo reglamentario: su permanente modificabilidad. Y ello tiene una justificación clara en los contratos administrativos: la presencia en la relación de un interés superior al puro interés de parte, del que es titular la comunidad, verdadero tercero oculto, sin cuya presencia no se entiende la institución. Este interés común nunca puede verse trabado por pretendidos derechos adquiridos, ya que éstos ceden ante aquél. Es

esta especial estructura de la relación lo que produce su difícil construcción dogmática: contrato y administrativo son términos que se repelen mutuamente.

Dos precisiones finales hay que hacer sobre esta especial naturaleza del contrato en el campo administrativo. Una de orden dogmático: el mantenimiento, en todo caso, del equivalente económico es lo que nos permite seguir hablando de contrato, pues a través de él se realiza administrativamente la igualdad de las partes, el reconocimiento de los derechos adquiridos y la reciprocidad de las prestaciones. Otra de orden positivo: en cualquier caso, hay todo un tratamiento jurídico común a acto y contrato en cuanto a derechos adquiridos, responsabilidad y gasto público.

2.2.2 *Limites de la «potestas variandi»*

Pero 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, pues de lo contrario no podríamos hablar de contrato. El principio de mutabilidad contractual encuentra su fundamento, pero también sus límites, en su misma finalidad de interés general. La Administración puede alterar el contrato en el marco del fin propio de éste, pero no puede alterar el fin mismo de la relación.

Igualmente permanecerán inmutables, todas aquellas condiciones que afecten a la ecuación económica, y aquellas otras condiciones o extremos del contrato en que no prevalezca la

razón del servicio. La modificación de esas cláusulas o su incumplimiento daría lugar a un recurso contencioso, incluso por desviación de poder, si la Administración en el ejercicio de su *potestas variandi* se desvía del fin específico del contrato.

2.3 *Principio de colaboración*

De la rigidez del pliego de condiciones y de la aplicación al contrato de un severo sistema de multas y sanciones, se ha ido pasando progresivamente a la flexibilidad del pliego de condiciones y a la primacía del servicio público, en el que ambas partes colaboran.

La ejecución de obras, el suministro de grandes masas de bienes o la gestión de un servicio, exigen en los contratistas, cada vez más, solvencia técnica y económica, con lo cual, resulta que son muy pocas las empresas preparadas para contratar, y las que sí lo están, casi siempre son las mismas. Además, se le concede mucha más intervención en el planeamiento y ejecución del contrato, llegando casi a ser como un órgano más de la Administración. Las repercusiones de este cambio de mentalidad tienen, entre otras, estas consecuencias:

- a) Quiebra del principio de desconfianza.
- b) Diligencia y buena fe del contratista.
- c) Distensión del principio de tiempo cierto.
- d) Técnicas de apoyo económico y financiero.

TÍTULO III. PRINCIPIO DEL EQUIVALENTE ECONOMICO Y PRINCIPIO DEL RIESGO IMPREVISIBLE

Capítulo 9.º Principio del equivalente económico

1. FUNDAMENTO: SU ESPECIALIDAD ADMINISTRATIVA

El origen administrativo de este principio es, en definitiva, la excepción a la regla de la *exceptio inadimpleti contractus* que juega a favor de la Administración en los contratos administrativos, y la común inexigibilidad del *facere* respecto de la Administración. Por lo que el contratista deberá seguir en el cumplimiento del mismo, no obstante las modificaciones o alteración de los términos pactados, si bien tendrá derecho después a la correspondiente compensación por equivalente.

La indemnización tiene carácter compensatorio, lo cual significa la inaplicabilidad de las normas sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de incumplimiento, ya que —como precisa el autor— «no se trata aquí de un caso de incumplimiento», sino del cumplimiento de una cláusula implícita en todo contrato: la de que la Administración no puede ser obligada al *facere* y puede, en todo caso, cumplir por equivalente, sin que su cumplimiento en esta forma constituya un acto ilícito. En esto consiste, precisamente, la especialidad administrativa del equivalente económico. Para su cálculo, no habrá que atender a las complicadas reglas de los artículos 1.101 y siguientes del Código civil, sino a sus propios preceptos específicos y al sentido de compensación integral.

2. «FACTUM PRINCIPIS»

2.1 Delimitación conceptual

Según Walin, «son hechos del principio aquellos actos de la autoridad pública que agravan, sin culpa, la situación de un contratante de una colectividad pública».

En la caracterización del *factum principis* hay que hacer, en primer lugar, una distinción entre dos categorías jurídicas, que frecuentemente aparecen confundidas en la doctrina española. El autor se refiere a la distinción entre *potestas variandi* y *factum principis*. Son ambas, efectivamente, dos manifestaciones del principio del equivalente económico, pero que refieren a supuestos totalmente diferentes. El primero contempla modificaciones internas del objeto y contenido de la prestación, en su cantidad, calidad, plazo o demás circunstancias que la especifican. El segundo, en cambio, se refiere más bien a intervenciones administrativas de tipo general, pero que suponen un cambio en las condiciones externas de ejecución del contrato.

La diferencia de fundamento y de efectos jurídicos entre uno y otro supuesto es clara: la *potestas variandi* da lugar ordinariamente a una indemnización integral del daño o a una compensación total de la nueva prestación exigida, que encuentra su fundamento en el principio contractual del cumplimiento por equivalente; en cambio, los supuestos del *factum principis* no dan lugar a una indemnización integral en nuestro Derecho. El fundamento de la indemnización en los supuestos del *factum principis*, es el principio de responsabilidad objetiva de la Administración.

También hay que distinguir el *factum principis*, de los casos que constituyen el puro y simple incumplimiento por la Administración de un deber de prestación contractual, supuestos estos últimos que han de ser encuadrados en los artículos 1.101 y siguientes del Código civil. La diferente calificación de uno y otro supuesto tiene a su vez importantes consecuencias prácticas: el incumplimiento de toda relación contractual da lugar a indemnización integral (daños y perjuicios), y no así el *factum principis*.

Capítulo 10. El principio del riesgo imprevisible

1. FUNDAMENTOS DOCTRINALES

Los principios de equidad y buena fe cobran especial significado en la contratación administrativa, como compensación a los poderes exorbitantes de que goza la Administración, y en atención al carácter de «colaborador» que tiene el contratista.

El contrato administrativo supone una incorporación de estructuras sociales al marco de la organización administrativa, para la consecución de un fin de interés general. Esta colocación es interesada, y, realizado el contrato, se da en él una contraposición de intereses, que tiene su relevancia jurídica en la atribución por el Derecho a ambas partes, de recíprocos derechos y obligaciones. Pero unos y otros aparecen subordinados al fin primario del contrato: la creación, entretenimiento o prestación de la obra, servicio o fin público que con él se persigue.

De esa peculiar estructura de la relación deriva el derecho de la Ad-

ministración a exigir del contratista el máximo de esfuerzo y diligencia, y su *potestas* en el seno del contrato, la sitúa en una posición de superioridad, ante la cual el contratista tiene, en principio, el deber de obedecer.

En contrapartida de esos deberes rigurosos que le impone, la Administración tiene para con el contratista una especial obligación de equidad y buena fe, necesaria para conseguir el clima de confianza que el contrato requiere.

En la *bona fides* administrativa hay que destacar, sin embargo, que en la Administración la buena fe se objetiviza en sentido teológico. La buena fe administrativa mira, sobre todo, al fin de interés general del contrato, más que al propio interés pecuniario de la Administración.

Capítulo 11. El riesgo imprevisible en nuestro ordenamiento jurídico

1. AVANCE DE CONCLUSIONES EN CUANTO A VIGENCIA Y OPERATIVIDAD DE LA REVISIÓN

El estudio de la evolución administrativa en materia de revisión de precios, así como los criterios de interpretación y aplicación de esta normativa por el Tribunal Supremo, llevan al autor a afirmar que, en el contrato administrativo, el peculiar juego de intereses que encierra justifica la admisión de la revisión con carácter general, siempre que se den los supuestos de hecho que la teoría de la imprevisión contempla.

De todo ello se desprenden varias conclusiones en las que se proponen una serie de medidas que contribuirían al afianzamiento de la contra-

tación administrativa en España, y serían beneficiosas tanto para las obras y servicios públicos, como para el propio interés económico de la Administración. Estas conclusiones son:

Primera. Las leyes de revisión de precios en la contratación administrativa deben tener «un carácter permanente y general». Y esto, no sólo referido al contrato de obra, sino también al de suministros y gestión de servicios.

Segunda. Aun cuando se admita la revisión, el contratista debe soportar una parte de la elevación de los precios a su costa («principio de coparticipación en los riesgos»), ya que el régimen de responsabilidad objetiva por lesión, propio de la actividad extracontractual de la Administración y el principio en que se apoya de igualdad antes las cargas públicas, no puede trasladarse, sin más, al ámbito contractual.

Pero conociendo la distinción que se da en los contratos onerosos conmutativos entre áleas ordinario y extraordinario, hay que añadir que, el primero debe pesar siempre sobre el contratista, mientras el segundo, en el caso del contrato administrativo, debe quedar sometido a los principios propios de la responsabilidad objetiva por lesión y ser soportado por la Administración.

Tercera. Es necesario dar «unidad a la legislación sobre revisión» en un texto fundamental en el que se contengan los criterios y normas generales por los que debe regirse este importantísimo aspecto de la contratación administrativa, cualquiera que sea el departamento ministerial que contrate. Es verdaderamente contradictorio que los órganos de una misma persona jurídica apliquen régi-

men jurídico distinto a situaciones idénticas.

Cuarta. Los precios unitarios revividos deben fijarse contradictoriamente entre las partes («principio de fijación contradictoria»), bien con cada una de las empresas contratistas en particular, bien a través de la organización sindical o profesional, de la que formen parte. Las mismas razones que aconsejan este procedimiento en las responsabilidades extracontractuales de la Administración lo justifican aquí.

Quinta. La revisión debe tener «carácter bilateral», tanto en favor del contratista como de la Administración.

Sexta. La Administración debe disponer de las medidas necesarias para ejercer, en todo momento, un «control riguroso de la ejecución» de las obras o prestación del servicio, tanto para hacer cumplir al contratista con la máxima diligencia y cuidado como para evitar pretensiones de revisión, sin más fundamento que la mala administración o gestión de las empresas.

Séptima. Las normas sobre revisión de precios dan derecho a la revisión en todo caso, aun cuando no hayan sido incluidas en el contrato cláusulas que las recojan. El derecho a la revisión debe nacer *ex lege* y será renunciable, pero siempre que esto se haga de forma clara e inequívoca en el contrato.

Octava. «Principio de interpretación extensiva». La revisión no debe ser un sistema excepcional, sino que debe jugar de una manera orgánica y general en la contratación administrativa. Por ello, la interpretación de sus normas no debe hacerse en sentido restringido, sino analógico,

aplicándola incluso a casos no previstos taxativamente en la ley.

Novena. La revisión de precios tiene una «naturaleza reglada». Por ello, la Administración no puede proceder discrecionalmente en su otorgamiento o denegación, ni en su inclusión en las cláusulas del contrato; y si en algún caso establece su renuncia o no aplicación, deberá hacerlo siempre en resolución motivada en los pliegos de condiciones facultativas.

Décima. Respecto a las alzas de los precios, debe establecerse el «sistema mixto de revisión y rescisión», que, entre otras disposiciones, viene establecido en el decreto de compensaciones de 22 de mayo de 1963, artículo 6.º

2. VALORACIÓN CRÍTICA DEL SISTEMA

El sistema de revisión de precios que se establece en el vigente decreto-ley de 4 de febrero de 1964 es amplio, y en general alcanza a todos los precios de los elementos básicos que afecten a la obra, y está dictado con un carácter permanente y no provisional. Supone una excepción de amplio alcance al principio de riesgo y ventura, y a la formulación del artículo 43 del pliego de 1903, no obstante lo cual la revisión de los precios aparece aún condicionada en su aplicación, debido al prejuicio dogmático-privado con que ha sido redactada la LCE, a la inclusión de cláusula que así lo establezca.

A juicio del autor, la nueva legislación de revisión de precios es acertada. En su regulación todavía se aprecia una actitud recelosa y desconfiada por parte de la Administración, a la que, sin duda, no le faltaban motivos a la vista de la experiencia en la aplicación de la ley del

45 y disposiciones complementarias a ella. El legislador ha pretendido conceder un beneficio a los contratistas, asegurándoles contra posibles alzas que pudieran resultar ruinosas para ellos, pero también ha querido hacerles pagar dicho beneficio de tal manera que sólo acudan a él, cuando realmente supusiera una ruina el no hacerlo.

Por lo demás, en las normas de revisión hay que reconocer una perfecta técnica de aplicación de la ley, pero no una buena técnica legislativa. Quizá adolezcan de un excesivo pragmatismo, en el que se echa en falta la fijación de unos principios generales que sean guía y directriz del intérprete, de la propia Administración y del juzgador.

El sistema de las fórmulas polinómicas supone una distribución objetiva, y en opinión del autor, justa y racional, de los riesgos de mayor onerosidad por aumentos de precios, teniendo por un lado un carácter automático que no requiere investigación ni control de la empresa contratista, ya que se concede siempre en atención al resultado de las fórmulas y prescindiendo, en cambio, de la marcha financiera de la empresa.

El carácter objetivo y automático de la revisión impide tener en cuenta, en la distribución del riesgo, factores que también debieran influir. Esto es imposible de conseguir por vía legal; sólo la apreciación jurisprudencial permite apreciar los distintos matices de cada situación.

Buscando el camino para un tratamiento justo y adecuado de la revisión, el profesor Ariño Ortiz tiene en cuenta la complejidad que el problema en sí encierra, y afirma que

la solución no está únicamente en la vía legal, sino que también los tribunales tienen aquí su misión. La valoración que el Tribunal Supremo ha de hacer de este problema tendrá que hacerse, tras la reciente legislación de contratos, con un sentido

muy distinto a como se ha venido haciendo tradicionalmente. La jurisprudencia tiene aquí, nuevamente, la posibilidad de confirmar la fina sensibilidad jurídica que le caracteriza.

FEDERICO SÁNCHEZ CÁNOVAS