



CONSIDERACIONES EN TORNO AL DECRETO 2572/1973 Y AL PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES PARA LA CONTRATACION DE ORDENADORES ELECTRONICOS

681.14 (46)

Por MANUEL HEREDERO HIGUERAS

Sumario: I. Introducción.—II. Los tipos contractuales y sus problemas.—III. Las obligaciones del contratista, en especial con respecto al mantenimiento.—IV. Aspectos procedimentales.

I. Introducción

1. Tomando como punto de partida, a modo de axioma (1), la necesidad de disciplinar la contratación pública en el sector informático, cabía seguir varios caminos, correspondientes a otras tantas soluciones del Derecho comparado: contratos-tipo,

(1) Quizá no sea del todo evidente este carácter de «axioma» que atribuimos a la afirmación de la necesidad de una disciplina de la contratación de los llamados «ordenadores electrónicos», de los programas, y de los servicios conexos. Tal necesidad es resultado de varios factores. El principal es la conveniencia de evitar situaciones de vinculación de la Administración con respecto a un contratista. Tales posibles situaciones de vinculación o dependencia son consecuencia de características de la industria actual que se intensifican en este sector: el dinamismo de la evolución tecnológica, la eficacia de las estrategias de ventas, las prácticas contractuales vinculativas (*tie-in contracts, Kopplungsverträge*), todo ello matizado por el crecido valor de los equipos (hoy día, la compra de un equipo de capacidad media exige un desembolso de 100 millones de pesetas). Habría que añadir el hecho de que las más caracterizadas de las empresas constructoras son típicas empresas multinacionales, con los riesgos

condiciones generales de contratación, contratos individualizados entre la Administración y los distintos proveedores (2), o bien, renuncia a clausulados específicos, pero con un procedimiento flexible de selección del contratista (3), etc. El Decreto ha optado, como indica su preámbulo, por seguir los cauces que ofrece la actual legislación de contratos del Estado, aunque forzando quizá en algunos puntos dichos cauces.

2. Un primer problema que revelan los textos en cuestión estriba en la elección del esquema normativo. No cabe duda de que, si se trataba de disciplinar un sector de la contratación pública, dicha disciplina había de proyectarse sobre las cláusulas de los contratos. La LCE impone la exigencia de la selección del contratista mediante un procedimiento basado en la publicidad y la concurrencia. El procedimiento era, pues, intocable si, de

que ello implica. En los años en que estos equipos comenzaron a desarrollarse, las grandes constructoras, aprovechándose de la ignorancia imperante acerca del funcionamiento y posibilidades de los equipos, fueron introduciéndose en los diversos mercados. La Administración no fue una excepción, la rápida obsolescencia de los equipos facilitaba las estrategias de sustitución, o de ampliación, sin que en muchos casos la sustitución o la ampliación estuvieran justificadas, y sin que siempre pudiera admitirse que los nuevos equipos propuestos por el vendedor fueran los indicados. A ello se unían las aludidas prácticas vinculativas, consistentes en no vender, sino alquilar el equipo, con lo cual se creaba la necesidad de adquirir los materiales consumibles necesarios para su explotación. En diversos países se ha procurado combatir estas prácticas mediante disposiciones legales adecuadas o mediante la adaptación jurisprudencial de las mismas. El caso más célebre es el de la compañía IBM World Trade (casa matriz de IBM Corporation, la conocida multinacional), que en dos ocasiones (1936 y 1952) fue objeto de curiosas resoluciones jurisdiccionales, por las que se condenaba a vender, en lugar de arrendar, sus máquinas. En nuestra Administración las grandes constructoras se habían ido introduciendo por la vía de las estrategias «agresivas» de ventas. Se había llegado a un verdadero predominio de todo el sector público por una sola compañía. Si bien en la Administración tales estrategias tienen un menor ámbito de acción, debido a los mecanismos de la contratación pública, sin embargo, la novedad y complejidad tecnológica de los equipos permitió el libre juego de las mismas. Normalmente se respetaba el procedimiento de selección de contratistas y de bienes, pero no era infrecuente que toda la tramitación estuviera de antemano orientada a un equipo concreto. Esta situación creaba una total falta de transparencia, propicia a favoritismos y a situaciones de dependencia.

(2) Este es el criterio seguido por la Administración federal norteamericana, en la cual la Administración de Servicios Generales (GSA) celebra anualmente contratos con los distintos constructores (IBM, UNIVAC, etc.).

(3) Este parece ser el criterio de la Administración federal alemana occidental. Cfr. Deutscher Bundestag, Drucksache V/871 (Interpelación al ministro del Interior, 10 de agosto de 1968). Según la contestación del Gobierno, el sistema de concurso era innecesario, porque lo reducido de la oferta de este sector del mercado permite una transparencia suficiente de éste, y, por otra parte, el concurso crea unos gastos excesivos.

La existencia de sistemas tan diversos como éste y el aludido en la nota 2 podrían haber justificado un planteamiento total *ex novo*, de la contratación informática, instrumentado mediante una ley especial moderna y flexible.

antemano, se había optado por acertar la LCE, en lugar de proponer un texto legal específico. Si la acción normativa había de proyectarse sobre los clausulados, la Ley ofrecía dos posibilidades casi análogas: el pliego de cláusulas administrativas generales, o la disposición complementaria de la LCE. Sin embargo ¿Cuál puede ser, en rigor, el alcance de una u otra fórmula? ¿No se tratará, en el fondo, de dos fórmulas idénticas? En efecto, la LCE aspira, como señala la Exposición de Motivos de la Ley de Bases, a «desenvolver el negocio jurídico» del contrato público, a «la definición completa del Estado en la esfera obligacional» (4). Si la Ley aspira a conseguir tal finalidad, parece que el medio de lograrlo es el desarrollo reglamentario preciso y minucioso de los preceptos de la Ley, o bien la emanación de una multiplicidad de disposiciones complementarias que maticen y precisen los distintos aspectos que esa «definición completa de la esfera obligacional» ofrece en relación con los múltiples supuestos posibles de contratación pública (desde la contratación de una variante de una carretera a la compra de un oso para la EXPOTUR). ¿Cuál puede ser entonces la finalidad de los pliegos generales? ¿No serán, en rigor, meras disposiciones complementarias de la LCE, tendentes a definir aspectos concretos de la esfera obligacional del Estado?

3. La calificación doctrinal de los pliegos generales refuerza este punto de vista. Tomemos como más representativa la concepción de Laubadere (5), que ve en tales pliegos generales unos textos de naturaleza híbrida, integrados por normas diversas, con sendos destinatarios. Por una parte, tales textos contienen normas que obligan, por su propia naturaleza exclusivamente a la Administración: es el caso de las reglas de competencia, procedimiento de aprobación de cláusulas y procedimiento de adjudicación del contrato. Por otra, contienen cláusulas específicamente contractuales, que deben ser incluidas obligatoriamente por los funcionarios en los pliegos particulares y en los contratos. Pero si el sistema creado por la LCE consiste en la tan repetida

(4) Cfr. PARADA, J. R.: «La nueva ley de contratos del Estado», *Revista de Administración Pública* núm. 47, pp. 422-423.

(5) LAUBADERE, A.: *Traité Théorique et pratique des contrats administratifs*, T. I. Paris, L. G. D. J., 1956; en especial números 384 y ss. (pp. 353 y ss.); vide, también, PARADA, J. R.: *op. cit.*, pp. 404-407.

definición completa de la esfera obligacional, es evidente que no existirá diferencia alguna entre un pliego general y una disposición reglamentaria; de desarrollo o complementaria. Lo cierto es que la LCE distingue ambos conceptos y les atribuye unas consecuencias en cuanto a competencia. Las disposiciones complementarias y las de desarrollo de la LCE deben ser elevadas al Gobierno por el Ministerio de Hacienda. Los pliegos generales deben serlo por el Ministerio interesado.

4. Esta falta de claridad conceptual tiene su reflejo en el preámbulo del Decreto aprobatorio y asimismo en la distribución de preceptos entre el Decreto y el PCG. El preámbulo se considera obligado a justificar la solución dada a esta cuestión y, por otra parte, parece haber querido incluir en el texto del Decreto exclusivamente normas cuyo destinatario es la Administración. No lo ha conseguido plenamente, por cuanto que el PCG contiene asimismo normas que pueden considerarse que van destinadas a la Administración y no al contratista. Este criterio de distribución de normas podía haberse llevado a sus últimas consecuencias. Ciertas cláusulas del PGC como la 8, 9, 10, 20 y 23 podían haber sido incluidas en el texto del Decreto aprobatorio. Asimismo la cláusula 5 (*vid.*, infra, cap. IV) contiene una norma que en rigor es un desarrollo aclaratorio de la del artículo 87-7 LCE. Si estos preceptos se hubieran incluido en el articulado del Decreto se habría respetado, al menos, la noción teórica del pliego general al reservar para el mismo exclusivamente cláusulas contractuales. En cuanto al preámbulo del Decreto, la aludida confusión se refleja en el hecho de que se indique como ministerio proponente, no uno sólo, sino «los ministerios interesados», aunque, de hecho, la propuesta procede del Ministro Subsecretario de la Presidencia, que es quien refrenda el Decreto.

II. Los tipos contractuales y sus problemas

1. La cláusula 2 contiene una enumeración de tipos contractuales, cuya exacta finalidad no parece haber sido conseguida. No puede entenderse esta cláusula como una enumeración ex-

haustiva de todos los posibles tipos contractuales vinculados a la informática, pues además de los tipos contenidos en la cláusula cabe imaginar otros tipos de entre los muchos que la doctrina actual há ido perfilando: faltan, por ejemplo, los contratos de *Know how* (facilitación de información, o de técnicas, de carácter confidencial, a cambio de una contraprestación); asimismo, se echa de menos la cada vez más extendida figura del *leasing* (nacida precisamene en relación con las adquisiciones de equipos para el tratamiento de la información). Ni el primero de estos tipos puede encuadrarse en el género de los contratos de servicios, ni el segundo se identifica con el arrendamiento o la compraventa.

2. Más bien parece que el propósito de esta cláusula es determinar el específico régimen jurídico aplicable al tipo contractual correspondiente. Así sucede con los distintos tipos de compraventa que enumera: de equipos, material fungible, programas. Por lo que respecta al acondicionamiento o construcción de locales, se dispone que se regulen como un contrato de obras. Asimismo, en cuanto a los contratos de personal se hace remisión a las normas complementarias de la Ley de Funcionarios (si bien esta remisión ha de conectarse con la disposición final primera del Decreto, ya que por el momento, no existen normas específicas, cada vez más urgentes por otra parte). Se observa, sin embargo, una laguna en lo que respecta a los contratos de servicios; la cláusula se limita a declarar la posibilidad de celebrar contratos públicos cuyo objeto sea, bien la realización de trabajos relacionados con el tratamiento de la información (grabación de registros, elaboración de datos, etc.) en ordenadores privados, con la correspondiente contraprestación, bien la prestación de servicios públicos (en sentido amplio, pues habría que entender incluidas en esta noción actividades que propiamente serían de policía, como la expedición de documentos de identidad, licencias de caza, permisos de conducir, etc.) utilizando exclusiva o principalmente un ordenador. Estos dos supuestos están previstos en los artículos 6 y 7 del Decreto, en los cuales sí se establece lo referente a su régimen jurídico.

3. En todo caso, esta enumeración de la cláusula 2 tiene la ventaja de precisar cuáles contratos del Estado vinculados a la

informática tienen carácter administrativo, a tenor de lo dispuesto en la cláusula 28. Pues, si bien la Ley 5/1973, en su disposición adicional cuarta prevé que los contratos de estudios y análogos regulados por el Decreto 916/1968, tengan siempre carácter administrativo, no está de más precisar que tales contratos y los demás de servicios, relacionados con la informática, tengan siempre carácter administrativo, cuando la Administración es parte en los mismos.

4. Si decíamos anteriormente que se han forzado un poco los cuaces formales de la LCE, nos referimos al hecho de que con el PCG se ha dado, a primera vista, una interpretación extensiva a la LCE, al ampliar el ámbito de algunos de los tipos contractuales regulados por ésta, concretamente el contrato de suministro, cauce formal ofrecido por la LCE para disciplinar la compraventa de los ordenadores. Al disciplinar la compraventa, el texto tenía que resolver previamente varios problemas. Admitida la calificación de cosa mueble para un equipo o sistema de tratamiento de la información, por la sola aplicación del artículo 335, inciso segundo del Código Civil, se hacía preciso elegir entre los dos regímenes que la legislación administrativa prevé para la compraventa de las cosas muebles. Por una parte, la Ley del Patrimonio del Estado regulaba las compraventas patrimoniales, siguiendo el procedimiento del concurso, pero con una atribución de competencia poco clara, ya que si bien el artículo 92, párrafo segundo dice que «la adquisición ser verificará por el Departamento» interesado, ni el resto de la Ley, ni tampoco el Reglamento precisaban tales competencias, matizando cuál había de ser el órgano a quien corresponde la selección del proveedor y la formalización del contrato. Por otra parte, el artículo 83 de LCE enumeraba tres subtipos de un concepto amplio de «contrato de suministro» en el que no resultaba fácil encuadrar la compraventa de un ordenador. A esto hay que añadir la remisión, poco afortunada, que el artículo 94 de la Ley del Patrimonio del Estado hace a la LCE con respecto a las compraventas. Esta remisión del artículo 94 de LPE es confusa, pues si se refiere a los supuestos de contratación directa, ¿significa ello que los contratos de compraventa adjudicados por

concurso al amparo de dicha Ley son distintos de los previstos en la LCE? ¿O revela una identidad entre ambos supuestos?

5. Ante todo hay que observar que la compraventa de un ordenador no es como la compraventa típica del Código Civil.

No se compra exclusivamente el equipo o sistema, sino que en el contrato tal prestación principal de carácter real va unida a prestaciones personales de cierta importancia. Es un caso análogo a los *marchés de fabrication* del Código francés de los contratos. En uno y otro no basta con la entrega de la cosa. En el aludido contrato del Derecho francés, la cosa ha de ser fabricada con arreglo a unas especificaciones dadas por la Administración: es el caso de la compraventa de una máquina de escribir con tipos especiales, de un camión con características propias en cuanto a motor, carrocería, etc. La compraventa de un equipo o sistema para el tratamiento de la información, según la misma se configura en los distintos ordenamientos y en la práctica ordinaria, no tiene pues, como único objeto el equipo o sistema. Antes de la elección del proveedor, es preciso que los proveedores potenciales realicen estudios de las aplicaciones a que se ha de destinar el equipo o sistema y sobre la base de tales estudios propongan un equipo o sistema con unos componentes determinados (equipos de entrada y de salida, unidad central o unidades centrales, subsistemas, capacidad de memoria central y periférica, etc.). Asimismo, es preciso que el proveedor proponga unos programas (entendiéndose por tales, no sólo el programa específico susceptible de tráfico patrimonial y materializado en un conjunto de tarjetas, bandas magnéticas, etc., sino, igualmente, los demás elementos que facilitan el uso de lenguajes superiores, la preparación de formatos, concepción de ficheros, etcétera). En el caso más extremo, el contrato de compraventa se desvirtúa de tal manera que se convierte en un tipo contractual distinto: es el caso de los contratos de llave en mano (*turnkey contracts*), en los que el constructor asume el compromiso de entregar un equipo en funcionamiento, para la ejecución de una aplicación muy concreta y definida, como puede ser la confección de una nómina de personal, un sistema de control de existencias, etc.

6. En tales condiciones, el contrato de compraventa se diluye y se convierte, a los efectos de la Ley del Patrimonio y de la LCE, en un contrato atípico. Sin embargo, resultaba aconsejable encuadrarlo en la legislación administrativa, por cuanto ello implicaba un trato más favorable para la Administración. Para ello había que optar, sin embargo, por una u otra de las dos leyes aludidas. La elección no era difícil, ya que el número 3 del artículo 83 LCE ofrecía una amplitud mayor que los correspondientes preceptos de la Ley del Patrimonio. Además, cabía encontrar un precedente del citado número 3 del artículo 83 LCE en el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1932. Expresamente se decía que en el caso de los contratos de compraventa en los cuales hubiera como parte del contrato, prestaciones de carácter personal, se consideraba a efectos fiscales que el contrato era de compraventa. Es decir, cabía limitar la aplicación de la Ley del Patrimonio a los supuestos específicos de compraventa rigurosa y encuadrar en el repetido número 3 del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado, los casos de compraventa de cosas muebles que implicaran además un conjunto de prestaciones personales o servicios accesorios.

7. La peculiaridad de la contratación informática no es exclusiva del contrato de suministro. Algún tratadista francés ha destacado ciertas peculiaridades en el arrendamiento de un ordenador, llegando a configurar tal contrato como uno de los tipos contractuales nuevos, al lado de otros como el contrato de factoreo (*factoring*) y el de franquicia (*franchising*) por ejemplo (6). El arrendamiento de un ordenador es distinto del de un automóvil, como supuesto más afin. El contrato de arrendamiento de cosa constituye la base de un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto es ir ensayando la utilización de la máquina, y a la vez ir iniciando al arrendatario. Por otra parte, el arrendamiento de ordenador suele revestir la forma del contrato de *leasing*, en el que se advierte un importante matiz cre-

(6) RODIERE, R.: *Droit commercial* (Effets de commerce, contrats commerciaux, faillites), París, Dalloz, Précis Dalloz, 1972; *vide*, cap. V (pp. 230 y ss.).

diticio, y además no ofrece una fisonomía uniforme, ya que admite subtipos diversos (*risk leasing, pay out leasing, etc.*) (7).

8. Los supuestos previstos en el artículo 87 de la LCE ofrecen ciertos peligros con respecto a los sistemas para el tratamiento de la información. Generalizada en los últimos tiempos la modularidad como técnica de expansión de los sistemas de las distintas series de cada constructor, resulta muy fácil incurrir en fraude a la Ley si se hace uso abusivo de la facultad de contratar directamente. Tal uso abusivo podría ser, por ejemplo, comprar elementos aislados de un sistema sin sobrepasar los límites de precio previstos en el citado artículo, y poco a poco ir formando un gran sistema. Con ello se vulneraría el principio de publicidad y concurrencia proclamado por la LCE, y, por otra parte, se crearían en el mercado situaciones poco claras que desembocarían en verdadera dependencia de un constructor. El PCG ha pretendido salir al paso de estos peligros partiendo de una concepción del sistema para el tratamiento de la información análoga a la que los tratadistas del Derecho Mercantil profesan con respecto al buque.

9. Del mismo modo que el buque, el ordenador puede ser calificado jurídicamente, sobre la base de la distinción de Pomponio (cosas simples, cosas compuestas o *conexas*, y universalidades), como un *cónexum* (*quod ex contingentibus constat, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus: quod conexum vocatus... ut navis*), es decir, una conjunción de cosas que forma una unidad jurídica calificada por la comunidad de destino económico de las cosas que se unen (8). Esta calificación del ordenador como *conexum* ofrece cierto interés. Por una parte, ello implica que en el ordenador deban existir partes principales y partes accesorias: partes principales podrían ser la unidad central y un mínimo de periferia suficiente para que el sistema funcione, y accesorias serían las unidades de almacenamiento, terminales, etc. La noción de partes principales tiene su reflejo en la cláusula 3-3 del PCG. Nos llevaría quizá demasiado lejos

(7) Sobre el contrato de arrendamiento de un ordenador y su peculiaridad tipológica, *vide supra*, RODIERE, *op. cit.*, p. 332. Sobre el *leasing*, *vid.*, asimismo, RODIERE, *op. cit.*, p. 178.

(8) Cfr. GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Madrid, 1969, pp. 528-529.

extraer otras consecuencias jurídicas de esta concepción del ordenador, como sería la no aplicación del artículo 464 del Código Civil, etc.

10. Los programas como objeto específico de contrato público apenas han sido objeto de atención en el PCG. Sólo la cláusula 26 prevé la posibilidad de su compraventa o arrendamiento. Por otra parte, la cláusula 1 define otro concepto, el de «programación», que se configura como una prestación accesoria del contrato de compraventa del equipo, y que comprende los programas propiamente tales («secuencias de instrucciones», «Algoritmo») y además ciertos servicios anejos, como la preparación de los documentos para su utilización por el ordenador (formatos de entrada) y para facilitar la salida de los resultados (formatos de salida). Si bien este concepto convencional de «programación» va unido al objeto principal del contrato (de compraventa o arrendamiento) referente al equipo o *hardware*, los programas como tales pueden ser comprados o arrendados independientemente. Con esto no se agota, sin embargo, la contratación de los programas. Caben otros posibles supuestos: contrato de servicios que tengan por objeto elaborar un programa en concreto, o bien contrato igualmente de servicios cuyo objeto sean esos servicios de preparación de formatos (con codificación, etc.). Por otra parte, caben supuestos contractuales que no han sido previstos en la cláusula 2, como la licencia de uso aisladamente o unida a la facilitación de *Know how* por parte del licenciante (fenómeno hoy muy frecuente en otros ámbitos de contratación).

11. Para poder disciplinar debidamente estos contratos habría sido necesario que en la doctrina jurídica existieran unos conceptos que permitieran calificar la naturaleza jurídica del programa. El problema a este respecto estriba en que el programa es un esquema lógico o algoritmo, pero que para poder ser utilizado requiere su materialización física en un soporte de información, como puede ser un conjunto de tarjetas perforadas, una banda magnética, un disco magnético, u otro de los soportes de información existentes. En consecuencia, la compraventa de un programa puede confundirse con la del soporte en el que el mismo está registrado. Si tenemos presente que al comprar un disco de fonógrafo, compramos más bien el disco que una

canción o canciones, veremos claro el problema. De esta ambigüedad se derivan algunas consecuencias jurídicas. La canción o partitura registrada en un disco puede ser «copiada» en una cinta magnetofónica; el programa puede ser asimismo transferido a otro soporte. Sin embargo, el disco fonográfico puede ser reproducido en cualquier tocadiscos, sin restricción alguna, aunque la «copia» magnetofónica no puede ser comercializada sin las debidas autorizaciones. El programa, igualmente, si está definido en instrucciones de un lenguaje superior (cobol, portran, etcétera), puede ser «pasado» en principio, en cualquier equipo, pero si el que lo ha elaborado es un determinado constructor de ordenadores, el pase del programa en un equipo de otro constructor puede ir contra los intereses del primero. Por otra parte, el pase de un programa de un constructor en ordenadores de otro constructor puede exigir adaptaciones análogas a los «arreglos» de una partitura que, escrita para un instrumento, ha de ser adaptada para ser interpretada en otro instrumento, con lógicas consecuencias en cuanto a derechos de propiedad intelectual.

12. En el ámbito del Derecho privado la doctrina ha suscitado la cuestión de la naturaleza jurídica de los programas en lo que respecta a su posible protección por medio del Derecho de la propiedad industrial, encuadrándolos en los conceptos de modelo de utilidad, o patente (9). En este aspecto, la legislación (10), y la práctica de algunos países se han mostrado prácticamente unánimes en negar la procedencia de tal protección jurídica. Por otra parte, la creciente importancia del uso de ordenadores en las administraciones públicas, ligada al no menos creciente desarrollo de una verdadera y propia industria de elaboración de programas, hace que la Administración se encuentre en condiciones de elaborar programas específicos, utilizables (con o sin adaptaciones) por ordenadores del Sector pri-

(9) Cfr. GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: «La protección jurídica de los programas de los ordenadores electrónicos», *Revista de Derecho Mercantil* núm. 113, julio-septiembre 1969, pp. 413-436.

(10) Así, la ley francesa núm. 68-1, de 2 de enero de 1968, sobre fomento de la actividad inventiva y régimen de patentes de invención, excluye expresamente del ámbito de la propiedad industrial a los «programas o series de instrucciones para el desarrollo de las operaciones de una máquina calculadora» (art. 7-3).

vado. A este respecto cabían dos posibilidades: proteger la exclusividad del uso de estos programas por la Administración, o bien declararlos de dominio público. Esta última solución podría ser defendida señalando la inadmisibilidad de que la Administración comercializara los programas concebidos en el ejercicio de actividades de interés público.

III. Las obligaciones del contratista, en especial con respecto al mantenimiento

1. Las cláusulas 19 a 22 recogen el concepto desarrollado por la doctrina francesa de obligaciones de resultado. Según René Savatier (11) se distinguen las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado en que las primeras tienen por objeto, exclusivamente, poner los medios necesarios para que se produzca un determinado resultado, pero sin que el titular se comprometa a que dicho resultado se produzca. Es el caso de la obligación que contrae un médico o un cirujano con un enfermo. Ambos garantizan, exclusivamente, la calidad de sus cuidados, pero no el resultado afortunado al cual tiende su intervención. El hecho de que el enfermo no se cure o incluso muera no suprime el crédito que le compete en cuanto a la percepción de los honorarios, ni tampoco atañe una responsabilidad del médico o del cirujano a menos que se pruebe que sus cuidados han sido defectuosos y que el desenlace fatal ha sido debido a esta falta. Lo mismo cabe decir del operario contratado por un tiempo determinado: No está obligado a garantizar el resultado del trabajo que se le encarga.

2. Las obligaciones de resultado son las que constituyen el objeto de los llamados «contratos de llave en mano» (*turnkey contracts*). Este concepto tiene su origen en los contratos de prospecciones petrolíferas y originariamente se refería al supuesto del contratista que asume la obligación de llevar a cabo las prospecciones necesarias, aportando los medios técnicos y me-

(11) SAVATIER, R.: *La théorie des obligations. Vision juridique et économique*, 2.^a ed., París, Dalloz (Précis Dalloz), 1969; pp. 189-191; 195-196.

cánicos precisos, hasta que se produzca el resultado consistente en que de una determinada instalación pueda fluir el petróleo crudo con sólo girar un grifo. Estos contratos son frecuentes también en el sector informático y tienen por objeto la realización por parte de un constructor de todos los trabajos de análisis, concepción de la configuración de equipo, previsión de plantillas de personal, etc., hasta que el equipo realice el conjunto de operaciones correspondientes a una determinada aplicación, incluida la salida impresa de la información.

3. Las mencionadas cláusulas 19 a 22 se basan en este concepto de obligaciones de resultado. La cláusula 19 establece a título puramente indicativo los medios que debe emplear el contratista para evitar que se interrumpa el servicio. Concretamente, el apartado 2 de la cláusula 21 dice expresamente que el adjudicatario debe garantizar el número máximo de detenciones del *servicio* al mes y al tiempo total de paradas en el mismo período. No basta pues con que el adjudicatario se comprometa a una especial eficacia en cuanto al tiempo de respuesta a la llamada del usuario motivada por una avería (*response time*), sino que debe garantizar que el servicio no se ha de interrumpir por encima de un determinado período de tiempo. Se puede objetar, sin duda, que estas cláusulas son excesivamente rigurosas. Sin embargo, no hay que perder de vista el criterio recogido en la cláusula cuarta, según la cual es precisamente el licitador quien debe detallar las prestaciones de que es capaz en cuanto a mantenimiento, y que por tanto la Administración no exige unos mínimos obligatorios a este respecto.

IV. Aspectos procedimentales

1. El Decreto y el PCG regulan dos procedimientos claramente diferenciados. El nuevo artículo 24 LCE ha reafirmado asimismo esta diferenciación al precisar que a todo contrato han de preceder dos procedimientos: el *expediente de contratación*, enderezado a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares, y el *procedimiento de adjudicación*. Se trata de dos procedimientos que, en primer lugar, son objeto

de sendas regulaciones específicas, por cuanto que el primero lo regulan el artículo 4.º del Decreto, y la cláusula 4 del pliego general, y el segundo viene regulado por las cláusulas 8, 9 y 10 del pliego. Además de esta diversa regulación, existe entre ambos procedimientos una diferencia sustancial, la misma que separa, por ejemplo, al de deslinde y al de amojonamiento, a los de aprobación de planes de urbanismo y a los de ejecución de los planes, etc. A falta de una terminología mejor, se puede denominar a los primeros «declarativos» y a los segundos «ejecutivos». La aceptación de estos conceptos procesales exigiría algunas adaptaciones, pero no cabe duda de que entre el deslinde (determinación de los lindes del inmueble) y el amojonamiento (materialización física de los lindes) existe una diferencia sustancial que se manifiesta en la específica índole de los actos de instrucción de uno y otro (12).

2. Esta diferencia se advierte asimismo entre la aprobación de las bases del concurso (expediente de contratación) y la selección u obtención de los bienes objeto del contrato (procedimiento de adjudicación). Naturalmente, esta dualidad de naturaleza procedimental se da en el contrato de suministro o en el de arrendamiento de equipos, sistemas o programas, pero no en el de mantenimiento. Esta diversa naturaleza permite valorar debidamente el alcance exacto de la cláusula 9, en la cual se prevén unos actos de instrucción del procedimiento adjudicatorio. Por ello, no cabría indentificar esta forma de instrucción con la mera admisión previa que caracteriza a los concursos-subasta, ya que en éste último caso el procedimiento apunta a una preselección de contratistas (normalmente de obras), pero no a la selección de los bienes que hayan de ser objeto del contrato.

3. Otra peculiaridad del procedimiento de adjudicación estriba en la antes aludida ausencia de exigencias mínimas en cuanto a las prestaciones accesorias del contrato de suministro de equipos o sistemas. La cláusula 4 deja a la libre iniciativa de los oferentes las prestaciones relativas a la asistencia técnica, entendiéndose por tal las revisiones preventivas, las reparaciones, susti-

(12) Cfr. nuestro trabajo, «Procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de planes de ordenación urbana», en el vol. II de *Procedimientos Especiales* (dirección de P. GONZÁLEZ NAVARRO), Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1969, pp. 249 y ss.; *vid.* la bibliografía que se cita en dicho lugar.

tución de piezas, suplencia del equipo en caso de averías, formación del personal técnico. Esta libre iniciativa del oferente dulcifica el posible rigor de las obligaciones de resultado, ya que él mismo puede definir los límites de su posible responsabilidad.

4. El procedimiento de la cláusula 5 recoge un supuesto que no tiene un encaje específico en el artículo 87 LCE. Su exacto alcance ha de verse en el hecho de que es un medio de abrir la vía a la contratación directa. El citado artículo alude, entre los supuestos de contratación directa de los suministros, al de los bienes cuya uniformidad haya sido declarada por el Gobierno, siempre que la adopción del tipo se haya hecho por el cauce del procedimiento normal de concurso. No está claro si el precepto se refiere a una uniformidad de carácter general, con efectos para toda la Administración, o si, por el contrario, cabe que se declaren uniformes unos bienes limitadamente a un departamento concreto y con referencia a un período de tiempo determinado. Este dudoso alcance es lo que ha movido a disciplinar esta forma de procedimiento. Si bien ya se venían convocando concursos análogos, principalmente para seleccionar tipos de vehículos (Jefatura Central de Tráfico, Guardia Civil, etc.), tales concursos presentaban con respecto al regulado en la cláusula 5 la diferencia de que fijaban unas especificaciones técnicas mínimas, mientras que la citada cláusula 5 se remite a la cláusula 4, en la que se exige que la selección del bien no se base en unas especificaciones técnicas mínimas, sino en las necesidades a satisfacer (13).

(13) El criterio de definir las necesidades como base para la determinación del objeto del contrato se advierte ya en la jurisprudencia francesa. La sentencia del Tribunal de Apelación de París (5.ª Cámara), de fecha 1 de diciembre de 1972, condena a un constructor por haber entregado un material «impropio, insuficiente e inadaptado», lo cual fue consecuencia de que el suministrador no había estudiado seriamente los problemas que debía resolver el material mecanográfico objeto del contrato.

Este mismo punto de vista se refleja en otra sentencia francesa, aunque en la misma no se alude de manera específica a unas necesidades definidas en un pliego de condiciones. Se trata de la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París (1.ª Cámara), de 19 de abril de 1971 (*Flammarion et Cie. c/S. A. Compagnie IBM France*). La parte demandante señalaba la estrecha vinculación entre el estudio previo de necesidades y el contrato de arrendamiento de un ordenador del cual la demandada sabía que era incapaz de hacer el trabajo con la rapidez exigida por las necesidades de la edición.

Esta orientación se advierte asimismo en textos reglamentarios (cfr. «Cahier des charges et prescriptions communes», aprobado por Decreto 67.647). La doctrina la ha preconizado igualmente (vid. BERNARD y DELATRE: «Comment présenter un cahier des charges», *Informatique et Gestion* n.º 11).

5. Las cláusulas 20 y 23 hacen extensivo a los contratos de mantenimiento y a los de arrendamiento el procedimiento de adjudicación que las cláusulas 8 a 10 regulan con respecto al contrato de suministro. Asimismo, el artículo 5.º del Decreto aprobatorio lo hace extensivo a los contratos de compraventa y arrendamiento de programas. Por lo que respecta al procedimiento de aprobación de bases o condiciones (expediente de contratación) el artículo 4.º del Decreto aprobatorio formula reglas de aplicación general en cuanto a competencia. Asimismo, los contratos de servicios quedan sujetos al aludido procedimiento adjudicatario del contrato de suministro en virtud del artículo 6.º del Decreto. Por tanto, cualesquiera que sean los contratos, a excepción de los que, por su naturaleza, no lo permiten (permuta, depósito, etc.) y de los que la cláusula 2 y el artículo 6.º del Decreto excluyen expresamente (contratos de obras, contratos de gestión de servicios públicos), todos se rigen por las mismas normas de competencia y procedimiento: mismo órgano decisor para ambos procedimientos (Dirección General del Patrimonio del Estado), mismo procedimiento la aplicación del procedimiento de la cláusula 5 a los contratos de arrendamiento (adopción de tipos no a fines de compraventa o suministro, sino de arrendamiento) no está prevista expresamente, pero no cabe duda que tal aplicación es posible por el solo juego de la regla 2.ª del artículo 4.º (nuevo) de la LCE.

6. La contratación directa no ofrece peculiaridad alguna en cuanto se refiere a la competencia. Como resulta del régimen general que al respecto establecen la LCE y el Reglamento General no procede atribuir la competencia de la contratación por concurso a la Dirección General del Patrimonio del Estado y la directa al órgano interesado, como erróneamente ha pretendido algún Departamento; la peculiaridad estriba, sin embargo, en la aplicabilidad de la contratación directa en los contratos de arrendamiento y mantenimiento de equipos, y de compraventa y arrendamiento de programas. Resulta difícil aplicar los límites que establece el artículo 87 del arriendo o al mantenimiento independiente. La solución hay que buscarla en el artículo 87 de la Ley de Patrimonio del Estado, que prescinde de límites por razón de precio u otro punto de referencia cuantitativo

y permite la contratación directa cuando, a juicio del Ministerio de Hacienda, fuere necesario o conveniente concertar el arrendamiento de modo directo. Este precepto de la LPE hace referencia a los inmuebles, pero no a los muebles. Sin embargo, al amparo del artículo 93 LPE y del 186 de su Reglamento, se puede extender a los arrendamientos de bienes muebles el procedimiento del concurso previsto con carácter general para los inmuebles por el artículo 87 LPE. El tenor literal de los citados artículos 93 LPE y 186 del Reglamento es un obstáculo admitir esta extensión, pues habla de «adquisición». Sólo cabe entender que las disposiciones del Decreto 2572/1973 y las cláusulas del PCG aclaran y completan con respecto al arrendamiento la norma del artículo 187 del Reglamento de la LPE. Por tanto, las excepciones al procedimiento del concurso deben ser apreciadas por el Ministerio de Hacienda, pero en lo que respecta al arrendamiento de la específica categoría de bienes muebles que son los equipos para el tratamiento de la información, cabe considerar como peculiaridad del procedimiento la intervención por vía de informe previo, de la Comisión Interministerial de Informática. En consecuencia, debe admitirse que el Ministerio de Hacienda (Dirección General del Patrimonio del Estado) determinará si es «necesario o conveniente» concertar directamente el arriendo de tales equipos sobre la base del informe previo de la Comisión Interministerial de Informática.

7. Otro aspecto que debe destacarse en el Decreto y en el PCG es el que se refiere a la ampliación de la competencia de la Dirección General del Patrimonio del Estado como órgano de contratación. Esta ampliación hace referencia a los procedimientos aludidos: el de contratación o aprobación de pliegos particulares, y el de adjudicación. Con ello el Decreto y el PCG continúan la línea evolutiva iniciada con las sucesivas disposiciones de desarrollo del (primitivo) artículo 88 LCE. La primera fue el Decreto 3186/1968, que centralizó las adquisiciones de material mobiliario, en cuyo ámbito, a su vez, incluyó: la Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de febrero de 1969 los ordenadores electrónicos. La Ley 5/1973 reformó el texto del artículo 88 LCE, previendo la posibilidad de ampliar la competencia de la Dirección General del Patrimonio del Estado a la preparación

y adjudicación de los contratos cuando «para la obtención de mejores condiciones sea conveniente la contratación global en la Administración Civil del Estado». El decreto 2572/1973 y el PCG desarrollaron esta posibilidad y ampliaron la competencia de la Dirección General del Patrimonio del Estado a la aprobación de todos los pliegos particulares, no sólo los de bases de suministro, sino asimismo los referentes a los distintos contratos previstos en el PCG. Igualmente se amplió la competencia de la Dirección General al procedimiento de adjudicación de los demás contratos (arrendamiento, etc.).

8. La extensión del régimen del PCG a los Organismos autónomos ha sido recientemente ampliada por el Decreto 3392/1973. Conviene precisar que esta competencia no se limita a aquellos Organismos autónomos que están sujetos a la Ley de Entidades Autónomas, sino que se extiende a todo ente susceptible de ser encuadrado en el ámbito del artículo 2 de dicha Ley. En cambio, tiene una importante limitación que viene impuesta por la exclusión de las entidades gestoras de la Seguridad Social del régimen ordinario de presupuestos e intervención, como resulta del artículo 43 del TA de la Ley de Bases de la Seguridad Social. Estas entidades se definen como entes de Derecho público, de características especiales, y no podrían ser encuadradas en el ámbito del citado artículo 2 LEEA.

9. Al quedar configurada la Dirección General del Patrimonio del Estado como órgano decisor de ambos procedimientos (de contratación y de adjudicación), la Comisión Interministerial de Informática adquiere una doble dimensión funcional; decisora, de una parte, en cuanto que aprueba los proyectos de mecanización de servicios, y de apoyo de la Dirección General del Patrimonio del Estado en lo que se refiere a la contratación.