

CONCLUSIONES APROBADAS SOBRE LOS CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS DE LA ADMINISTRACION

Apéndice a la Ponencia de M.-ANDRÉ FLAMME.

Sr. Presidente, señoras, señores :

Nuestros debates han versado sobre dos materias distintas, en primer lugar los sistemas de contratación administrativa; después, la ejecución propiamente dicha de los contratos administrativos.

I. *Sistemas de contratación administrativa.*

El informe general había establecido la distinción entre los regímenes que no regulan ningún procedimiento organizado por ley o reglamento, de una parte, y los regímenes que establecen procedimientos organizados, de la otra. Estos últimos se subdividen a su vez en regímenes, en los que la utilización de estos procedimientos es discrecional y otros en los cuales el campo de aplicación del procedimiento está rigurosamente determinado. Se han aportado útiles rectificaciones por algunas delegaciones, en vista de errores de interpretación que textos legales, susceptibles de significaciones diversas, habían originado.

Así, la Ley holandesa de Contabilidad Pública prevé que puede derogarse la regla de la subasta pública y recurrirse al procedimiento de libre adjudicación, mediante Decreto Real motivado, bien para un caso particular —y hasta aquí, siendo excepcionales las derogaciones, todo es normal—, bien «para una serie determinada de casos similares; de igual modo en Alemania Occidental, se puede derogar la regla de la subasta pública cuando este procedimiento no resulta deseable (Unzweckmässig), literalmente inapropiado a los fines perseguidos. Estos dos ejemplos muestran cuán difícil es clasificar tales regímenes, puesto que, tomados a la letra los textos legales o reglamentarios, son susceptibles sin duda alguna de dejar a la autoridad administrativa un poder de apreciación cuasi discrecional. En el fondo depende todo del uso que las autoridades hagan de tales textos. Resulta, además, de los debates que, en Holanda sobre todo, la autoridad no utiliza los textos en cuestión para derogar sistemáticamente la regla de la pública subasta.

Dicho esto, no han cesado los oradores de subrayar, las ventajas unos, otros los inconvenientes, de la subasta pública. Se han enfrentado dos concepciones. En unos domina la preocupación de asegurar el máximo de moralidad administrativa y de impedir las colusiones; otros conceden toda su confianza a la Administración y no ven ningún obstáculo para concederle el máximo de libertad en la elección de los modos de contratación y en la elección de contratantes.

Esta oposición se vuelve a encontrar, inevitablemente, en materia de recursos jurisdiccionales.

Así, por ejemplo, existe en Inglaterra la posibilidad de estos recursos; pero, de hecho, la ausencia total de reglas imperativas en cuanto al campo de aplicación de los distintos procedimientos, convierte en puramente teóricos la facultad de los licitadores que se crean perjudicados, de ejercer un recurso jurisdiccional.

El señor Consejero de Estado LEFAS (Francia) ha justificado de forma convincente la institución de recursos jurisdiccionales que garanticen la regularidad del procedimiento.

Ha mostrado claramente que la institución de tales recursos es de interés para las empresas privadas, los terceros y la Administración misma. Se concibe en efecto la necesidad que, desde el punto de vista de las empresas privadas existe, de que se salvaguarden principios tan esenciales como el de la libertad de comercio o el de la igualdad de cargas y ventajas dimanantes del funcionamiento de los servicios públicos. Además, con el incesante desarrollo de las atribuciones económicas del Estado, su clientela ha llegado a ser un verdadero imperativo para el sector privado.

Los terceros contribuyentes tienen, de otro lado, un incontestable interés, en una buena gestión financiera de los servicios públicos y los recursos jurisdiccionales son una garantía de la moralidad administrativa.

Salvo en raros países (Portugal, por ejemplo), el funcionamiento del contencioso de anulación, en lo que concierne a los actos administrativos separables de los contratos, deja mucho que desear por la lamentable ineficacia de las resoluciones de anulación, sobrevénidas cuando el contrato está ya, bien terminado, bien en curso de ejecución. Esta ineficacia ha sido subrayada por la mayor parte de los oradores y especialmente por el profesor Marcel WALINE, que rehusa admitir que se pueda permanecer en el terreno teórico y contentarse con una censura moral desprovista de resultados prácticos. El profesor WALINE propone, para evitar esta situación, que a continuación de una sentencia de la jurisdicción administrativa anulando un acto separable, pueda todo interesado dirigir una comunicación a la Administración para que ésta provoque, por sí misma, del juez competente, la declaración de nulidad del contrato viciado en su base.

En caso de rehusar, dispondría el interesado de un recurso de anulación ante el Consejo de Estado.

Del conjunto de los debates sobre este punto, puede deducirse que la mejor solución sería, evidentemente, o el examen urgente por el Consejo

de Estado del recurso de anulación, o la extensión del sobreseído a la ejecución. La solución preconizada por el profesor WALINE podría ser válida para los contratos con prestaciones sucesivas, cuya ejecución parece que puede ser suspendida sin correr el riesgo de comprometer el interés público. En los restantes contratos, el interés público ha de anteponerse a los intereses privados, y se hace difícil admitir que la construcción de puentes o carreteras pueda detenerse para dar satisfacción a un licitador perjudicado, que hubiese triunfado ante el Consejo de Estado. No puede consistir en este caso la solución en la anulación del contrato; bastará la indemnización al interesado.

Resulta interesante subrayar que en el Líbano, cuyo régimen de contratación está inspirado (Decreto de 29-XII-1954) en los sistemas francés y belga, las lagunas de estos sistemas han sido llenadas con la institución del control previo de las operaciones de adjudicación, por el Tribunal de Cuentas. El Tribunal de Cuentas Libanés ha recibido, en efecto, competencia para acoger las quejas de los licitadores y las decisiones que tome al respecto, preceden al comienzo de los trabajos, lo que remedia, evidentemente, la ineficacia, hace unos momentos denunciada, en materia de anulación de actos separables.

Se nota en todos los países una evolución, sin duda irreversible, en el sentido de limitar la concurrencia a las firmas que poseen competencia técnica y capacidad financiera suficientes. El sistema de la selección o admisión previa se acoge en muchos países con un favor creciente, recientemente en Portugal. Incluso en los sistemas que han conservado la designación automática del licitador más bajo, se ha corregido el procedimiento por la obligación de justificar los precios anormalmente bajos. Conviene destacar aquí el papel creciente que a este respecto tienen las organizaciones profesionales de contratistas, en los países nórdicos y en Suiza sobre todo. En otros países estas organizaciones son también convocadas para participar en la elaboración de pliegos de condiciones unificados.

II. *La ejecución de los contratos.*

Ciertos puntos han retenido especialmente la atención de los congresistas.

1.º ¿Existe en el Jefe de la Administración un poder de modificación unilateral de las condiciones iniciales del contrato?

Este problema reviste una innegable importancia práctica, pese a la inserción en los pliegos de condiciones de cláusulas que reservan al propietario de la obra la facultad de modificar las condiciones previstas inicialmente. En efecto, estas cláusulas hacen relación, generalmente, a cambios cuantitativos, y los pliegos de condiciones permanecen mudos en cuanto a los cualitativos. Por tanto, en defecto de cláusulas expresas, ¿dispone la Administración del poder a que aludimos?

También aquí se han dividido los delegados en dos grupos, según que sus respectivos países conozcan la noción del contrato administrativo o lo mire en ellos la opinión de que la Administración, al contratar, obra como un simple particular. En estas últimas hipótesis se le niega a la Administración el poder de modificación unilateral, en tanto que se le reconoce tal poder en los países en que los contratos administrativos están sujetos al Derecho público. Prácticamente, los resultados son, sin embargo, los mismos. Todo se arregla por negociaciones entre las partes y la firma de actas adicionales del contrato inicial. Nadie parece dudar, no obstante, de que el empresario ha de obedecer las órdenes de la Administración en caso de desacuerdo. Dispondrá de un recurso, si las modificaciones conciernen al objeto mismo del contrato y afectan a su sustancia, pero ese recurso se ejerce siempre a posteriori. Debe obedecer primero y después quejarse, sin poder comprometer en ningún caso el principio esencial de la continuidad del servicio público.

2.º En lo que concierne a los problemas de financiación y prefinanciación de los contratos, se observa una feliz evolución. El depósito de previa fianza no se exige ya generalmente. Se evitan de este modo la inmovilización de sumas importantes pertenecientes al adjudicatario y el recurso excesivo a los créditos bancarios.

3.º La misma evolución se constata respecto al carácter de «contratos» a precios alzado» en los de obras públicas. Esta noción de «precio alzado», entendida en forma absoluta, resulta incompatible con la inestabilidad económica, financiera y social que es ley de nuestro tiempo y, sobre todo, en los regímenes de economía dirigida, en los que las variaciones de salarios, las fluctuaciones en el precio de los materiales y de las cargas sociales son consideradas, cada vez más, como «fait du prince». La consecuencia de este estado de cosas es la adopción, casi totalmente generalizada, de las llamadas cláusulas de revisión.

En varias comunicaciones se ha señalado un abuso que dimana del injustificado recurso al método de concierto directo para encomendar obras suplementarias. Esta práctica falsea el juego de la adjudicación en pública subasta y destroza la igualdad entre los concurrentes en provecho exclusivo del que —o los que— había recibido ya seguridades previas de que se encomendaría, en el curso de ejecución de la obra, la realización de las llamadas obras suplementarias.

También aquí sugieren el remedio pequeños países .

En el Gran Ducado de Luxemburgo, por ejemplo, no pueden ser confiadas las obras suplementarias libremente al adjudicatario de la principal más que si su importe es mínimo (1/5 del precio total del contrato) y resulten difícilmente separables de la obra principal ya adjudicada.

Igualmente, en el Líbano, el adjudicatario sólo logrará que, sin más trámites, se le confíen obras suplementarias, cuando esta solución sea absolutamente necesaria para no retardar la ejecución, o para no estorbar la buena marcha de las obras con la entrada de un nuevo adjudicatario. Es

preciso que las obras suplementarias hayan sido realmente imprevisibles cuando se adjudicó la principal, que puedan ser consideradas como un suplemento necesario, que su importe no exceda del 15 por 100 del total y, en fin, que no puedan ser ejecutadas sino por el mismo equipo de trabajo ya utilizado por el adjudicatario en el lugar de las obras.

5.º Numerosos oradores han subrayado la necesidad de asegurar un control riguroso de la buena ejecución de las obras y evitar las colusiones entre el adjudicatario y los funcionarios encargados de la recepción definitiva. Parece evidente que el funcionario encargado del control y el encargado de la recepción debe ser el mismo, pero convendría adjuntarle una verdadera comisión de recepción con vistas a asegurar la eficacia del indispensable control. Los delegados han constatado finalmente la importancia de lo contencioso en la ejecución de los contratos. La materia de obras públicas da lugar a innumerables y casi diarios litigios. En todos los países tienen los contratistas la facultad de acudir a los Tribunales, civiles o administrativos, en caso de litigio. La lentitud del procedimiento ha hecho, no obstante, que el arbitraje sea preferido casi en todas partes y muy señaladamente en los países anglosajones, Holanda e Italia.

En los países en que los poderes públicos no gozan de la facultad de comprometer, se han instituido comités consultivos de amigable composición, encargados de someter a las correspondientes Autoridades las proposiciones de solución amistosa de los litigios. El funcionamiento de los comités es más o menos eficaz, según el caso que la Administración hace de sus consejos.

En conclusión, es lícito preguntarse si las incontables críticas de que es objeto la subasta pública no son más bien productos de una moda. La subasta presenta inconvenientes reales y difícilmente contestables, pero mejor que condenarlas ¿no será posible remediar sus defectos y adaptarla a las necesidades de la técnica moderna?

Muchos oradores no están muy lejos de creerlos así: Es sobre todo un problema de selección previa de las empresas dignas de colaborar en la organización de los servicios públicos. Este término, colaborar, nos parece fundamental; en todas partes el contratista ha dejado de ser considerado como un adversario y se ha convertido en el colaborador indispensable de los poderes públicos.

Señor Presidente, señoras, señores, raramente se habrán celebrado más fructuosos debates. Los delegados nacionales están ahora al tanto de las prácticas seguidas en una treintena de países extranjeros y los han confrontado. No cabe duda de que de ello resultarán útiles reformas.