

# LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRAS PUBLICAS

(Continuación al Tema I)

**SUMARIO:** A. APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS.—*Cuestión 1.ª:* La regla de la subasta pública y sus excepciones.—*Cuestiones números 2 y 3:* Reglamentación del otorgamiento de contratos.—*Cuestión núm. 4:* Distinción entre contratos otorgados mediante subasta y contratos concluidos sin ella.—*Cuestión núm. 5:* Modos distintos de la subasta para la adjudicación de obras públicas.—*Cuestión núm. 6:* Restricciones al derecho de participar en la subasta.—*Cuestión núm. 7:* Contratos de entidades públicas distintas del Estado.—*Cuestión núm. 8:* La publicidad de las subastas.—*Cuestión núm. 9:* Elección del adjudicatario.—*Cuestión núm. 10:* Eventual reforma del régimen vigente.—*Cuestión número 11:* Recursos jurisdiccionales.—*Cuestión núm. 12:* Ejecución de los contratos.—*Cuestión núm. 13:* Las facultades de «poder público» de la Administración.—*Cuestión núm. 14:* 1.º) Financiación de las obras. 2) Garantías financieras exigidas a los licitadores y titulares de los contratos. 3.º) Relaciones entre la Administración y los empresarios. 4.º) Revisión de precios. 5.º) Obras complementarias.—B. CONTENCIOSO.—*Cuestión núm. 16:* Recursos gubernativos.—*Cuestión núm. 17:* Arbitraje.

## A.—APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS

### *Cuestión 1.ª—La regla de la subasta pública y sus excepciones.*

La subasta es el procedimiento normal de adjudicación de contratos; sin embargo, existen numerosas excepciones:

a) Las obras cuyo valor presunto no exceda de 500.000 francos pueden ejecutarse mediante una simple memoria (art. 26 del Decreto de 6 de abril de 1942, modificado por el art. 3 del Decreto de 5 de marzo de 1952).

b) Pueden realizarse, mediante concurso de ofertas, las obras cuyo coste total no exceda de los 20 millones de francos o que, debiendo durar varios años, no pase de 4 millones el coste anual (art. 20 del Decreto de 6 de abril, modificado por el art. 1.º del Decreto de 5 de marzo de 1952).

Estos límites pueden elevarse por resolución de los Ministros de Hacienda, del Presupuesto y del Ministro interesado. Por ejemplo, en lo concerniente a la Administración de Correos, Telégrafos y Teléfonos, los límites han sido elevados, en la mayor parte de los casos, hasta los 100,

200, 500 millones e incluso mil millones de francos, según la naturaleza de las obras (resolución interministerial de 30 de junio de 1950, modificada por la de 4 de septiembre de 1954).

La aplicación de esta reglamentación sustrae, por tanto, muchos contratos al procedimiento de la subasta; prácticamente, la elimina por completo en el caso de Correos, Telégrafos y Teléfonos que acabamos de ver.

c) Incluso por encima del tope de los 20 millones de francos, o de los límites establecidos en las resoluciones interministeriales antes citadas, el método de la pública subasta es puramente facultativo en ciertos casos.

Así pueden otorgarse contratos mediante concurso de ofertas:

— En caso de urgencia, cuando la ejecución de las obras no puede sufrir las dilaciones que el procedimiento de la subasta entraña.

— Cuando no se ha formulado ninguna oferta en la subasta, o las formuladas no lo fueron en condiciones aceptables para la Administración.

— Cuando no se produce en el mercado el juego normal de la concurrencia.

Por último, pueden concertarse directamente los siguientes contratos:

— De obras que no pueden encomendarse más que a un empresario determinado (condiciones técnicas, patentes de invención, etc.).

— De trabajos de ensayo o estudio.

— De obras que, en concurso de ofertas, no han sido objeto de ofertas aceptables.

— De obras a ejecutar en lugar de empresarios en quiebra.

— En caso de urgencia o si las obras deben ser mantenidas en secreto.

En conclusión, aunque la subasta pública es la regla, el juego de numerosas e importantes excepciones permite abundantes derogaciones. El procedimiento de subasta abierta continúa siendo practicado, sobre todo para las obras de tipo corriente, que pueden entregarse, sin gran inconveniente, a una concurrencia ilimitada y cuyas condiciones son susceptibles de ser especificadas en el pliego de condiciones con una precisión suficiente para que las obras ejecutadas conforme al pliego no se diferencien sino en el precio (1). Ciertas Administraciones no utilizan jamás de hecho el procedimiento de la subasta. Los pliegos de condiciones de Correos, Telégrafos y Teléfonos no prevén el método de la subasta abierta, sólo el de la restringida, y aun éste es en la práctica inútil en virtud de las precitadas disposiciones.

### *Cuestiones núms. 2 y 3.—Reglamentación del otorgamiento de contratos.*

La reglamentación del otorgamiento de los contratos públicos está contenida en el Decreto de 6 de abril de 1942, modificado por el de 5 de marzo de 1952. No obstante, el artículo 53 del Decreto de 1942 disponía que

(1) Según los términos del art. 10 del Decreto de 10 de abril de 1942.

una parte del texto (la referente a subastas) no entraría en vigor hasta una fecha posterior, que habría de fijarse por decreto, y, habiéndose hecho patente la necesidad de una profunda reforma de los contratos públicos, esta entrada en vigor no ha sido prescrita, por lo que continúan siendo aplicables en materia de subastas las disposiciones del Decreto de 19 de noviembre de 1951. Los artículos 2.º, 3.º, 13, 14, 15 y 16 de este texto organizan así el procedimiento :

Art. 2.º El anuncio de las subastas a celebrar se publicará, salvo casos de urgencia, con una antelación mínima de veinte días, por edictos y demás medios ordinarios de publicidad.

Este anuncio hará saber :

- 1.º El sitio en donde pueden examinarse los pliegos de condiciones.
- 2.º Las autoridades encargadas de la subasta.
- 3.º El lugar, día y hora fijados para la subasta.

La subasta tiene lugar en sesión pública.

Art. 3.º Las públicas subastas relativas a suministros, obras, transportes, explotaciones o fabricaciones que no puedan, sin inconveniente, entregarse a una ilimitada concurrencia, están sujetas a restricciones que permiten no admitir otras ofertas que las emanadas de personas reconocidas capaces por la Administración, en vista de los títulos exigidos por el pliego de condiciones y previamente a la apertura de los pliegos de proposición.

Art. 13. Las ofertas enviadas en sobre cerrado se abren en sesión pública.

Los pliegos de condiciones pueden, sin embargo, autorizar o incluso prescribir el envío de las proposiciones por carta certificada, o su depósito en una caja habilitada al efecto; dichos pliegos fijan en este caso los plazos en que el envío o depósito han de hacerse.

Cuando el Ministro o funcionario por él delegado fijan un máximo precio o una rebaja mínima, este máximo o mínimo constan en un pliego cerrado depositado en la correspondiente oficina y que es igualmente abierto en sesión pública.

Los pliegos en que figuran las proposiciones se abren en sesión pública y se leen en voz alta.

Art. 14. En el caso en que varios licitadores ofreciesen el mismo precio y este precio fuera el menor de los propuestos, se procederá a nueva subasta, si bien con nuevas proposiciones, bien mediante pujas a la llana, entre estos licitadores.

Si los licitadores rehusaran hacer nuevas ofertas o, haciéndolas, el empate persistiera, se decidirá por sorteo.

Art. 15. Los resultados de la subasta se harán constar en acta comprensiva de todos los extremos de la operación.

Art. 16. El pliego de condiciones puede fijar un plazo para recibir ofertas de rebaja sobre el precio de adjudicación. Si durante este plazo,

que no excederá en ningún caso de los veinte días, se hacen una o varias ofertas que rebajen, por lo menos, un 10 por 100, se procederá a una nueva subasta entre el primer adjudicatario y los nuevos licitadores, siempre que éstos hayan cubierto previamente las condiciones que el pliego fija para poder concurrir a la subasta.

La adjudicación se hace, según el importe del contrato, por las autoridades centrales o por los regionales o departamentales, por ejemplo, en el caso de un Ministerio con tres escalones administrativos (departamental, regional y central), como es el caso del de Correos, Telégrafos y Teléfonos, las adjudicaciones se efectúan así :

Hasta 600.000 francos, los Directores departamentales.

Hasta 2.000.000 de francos, los Directores regionales.

Por encima de los 2 millones, el Ministro o su representante. Es preceptivo el informe de una Comisión consultiva de contratos cuando el importe del contrato sobrepasa los 20 millones de francos (o los 4 millones anuales, cuando se trata de un contrato cuya consumación durará varios años).

A este efecto se han instituido Comisiones consultivas centrales en cada Ministerio por Decreto de 11 de mayo de 1953, que fija su composición, atribuciones y funcionamiento. Estas Comisiones emiten informe sobre los proyectos de contrato y sus adiciones, así como sobre los pliegos de condiciones generales que contienen las aplicables en la contratación de obras (o suministros) de una misma especie. Pueden también aconsejar sobre todo los problemas generales relativos a la adjudicación, ejecución o reglamentación de los contratos que por el Ministro interesado le sean propuestos.

#### *Cuestión núm. 4.—Distinción entre contratos otorgados mediante subasta y contratos concluidos sin ella.*

El procedimiento de la subasta se caracteriza por una serie de reglas rigurosas que han sido anteriormente expuestas (cfr. 2.º), y entre ellas las siguientes :

- a) Publicidad previa.
- b) Apertura y lectura en sesión pública de las proposiciones formuladas.
- c) Obligación de adjudicar las obras al licitador que ha ofrecido el precio más bajo o la más ventajosa rebaja.

La distinción entre contratos efectuados mediante subasta y contratos para los cuales no es preceptivo este procedimiento resulta, pues, clara.

Pero existen distintas fórmulas de subasta, según que el número de empresarios con derecho a concurrir sea más o menos amplio. Estas formas son las dos siguientes :

- a) Subasta pública «abierta», que es la que hemos venido describiendo.  
 b) Subasta restringida, que supone para la Administración la facultad de no admitir en la licitación más que a aquellos empresarios que presentan ciertas garantías (financieras o profesionales).

El Decreto de 6 de abril de 1942 (arts. 18 y 19) preveía otro tipo de subasta, la subasta «con coeficiente», para las obras que no pueden considerarse de tipo uniforme, cuyas condiciones resultan definibles con precisión; respecto de ellas, la concurrencia versa tanto sobre el precio como sobre el mérito técnico de los proyectos presentados, en el caso de que este mérito técnico pueda combinarse con «coeficientes de precio».

Por las razones antes indicadas (cfr. núms. 2 y 3), este método no ha sido objeto de una medida de aplicación general. Ciertas Administraciones lo utilizan, sin embargo, bajo distintas modalidades.

*Cuestión núm. 5.—Modos distintos de la subasta para la adjudicación de obras públicas.*

Aparte los dos tipos de subasta más arriba indicados, pueden adjudicarse las obras estatales, según ha sido ya señalado en el núm. 1:

- por concurso de ofertas,
- por concierto directo,
- mediante facturas o memorias.

Quando un contrato ha de otorgarse mediante concierto directo con el empresario, la Administración viene obligada únicamente a asegurar, en la medida de lo posible, la previa publicidad y la concurrencia (art. 23 del Decreto de 6 de abril de 1942).

El contrato mediante concurso de ofertas está sujeto a un procedimiento más estricto y constituye una forma intermedia entre la subasta pública y el concierto directo.

El concurso de ofertas obliga en efecto:

1.º Bien a la publicidad y selección de los candidatos en forma análoga a la efectuada para la subasta restringida, bien a la consulta de los empresarios escogidos por la Administración. El método seguido en este punto es distinto en las diversas Administraciones. Así, salvo casos excepcionales, la Administración de Correos, Telégrafos y Teléfonos utiliza el primero para todos los contratos que exceden los 2 millones de francos.

2.º La adjudicación de las obras al mejor concursante; pero la Administración puede escoger libremente al empresario teniendo en cuenta el valor técnico de las prestaciones ofrecidas y las garantías profesionales y financieras que cada uno de los concurrentes ha presentado.

En todo caso, si las ofertas hechas no proceden de, por lo menos, tres empresarios distintos, es obligada la celebración de nuevas consultas más amplias.

*Cuestión núm. 6.—Restricciones al derecho de participar en la subasta.*

Las formas de escoger los empresarios en las subastas restringidas y en los concursos han sido ya indicadas (cfr. núms. 4.º y 5.º) y permiten efectuar entre los eventuales licitadores una selección previa que está prohibida en el procedimiento de la pública subasta abierta.

Están, además, excluidos de toda clase de contratos los empresarios culpables de ciertas infracciones de la legislación fiscal, económica o social (condena impuesta en razón de alguna de las disposiciones del Código general de impuestos que prevén sanciones correccionales (2); condena por confabulación o coalición de empresas (3); no suscripción de declaraciones, o no satisfacción de las obligaciones referentes al pago de cotizaciones de seguridad social) (4).

Los empresarios están sujetos a todas las condiciones de capacidad del Derecho común (incapacidad de los menores, de la mujer casada, de los comerciantes quebrados, interdictos, etc.). No pueden, además, ser contratistas los funcionarios. Por último, ciertos departamentos ministeriales (muy especialmente los militares) exigen que sus proveedores tengan nacionalidad francesa.

*Cuestión núm. 7.—Contratos de entidades públicas distintas del Estado.*

Los contratos de las entidades locales (departamentos y municipios) y organismos públicos se rigen por idénticos principios generales, que les son aplicados por reglamentos especiales.

Cuando entre en vigor el nuevo régimen de la contratación estatal, previsto por el Decreto de 13 de marzo de 1956 (5), se producirán algunas sensibles diferencias, a menos, naturalmente, que nuevos textos modifiquen a su vez las reglas aplicables a las entidades públicas distintas del Estado.

*Cuestión núm. 8.—La publicidad de las subastas.*

Las condiciones de publicidad resultan del artículo 12 del Decreto de 6 de abril de 1942, ya mencionado (cfr. núm. 2). El anuncio de subasta

(2) Art. 50 de la Ley de 4 de abril de 1952 y del Decreto de 22 de enero de 1954.

(3) Decreto de 9 de agosto de 1953.

(4) Art. 39 de la Ley de 10 de abril de 1954. El Decreto de entrada en vigor de este texto no ha sido promulgado aún.

(5) Cfr. Conclusión de la presenta nota.

debe hacerse público con una antelación mínima de veinte días, por medio de edictos, anuncios en la prensa profesional y local y demás formas ordinarias de publicidad.

*Cuestión núm. 9.—Elección del adjudicatario.*

En el caso de subasta, el licitador que ha ofrecido el precio más bajo o la máxima rebaja y cuya proposición no presenta irregularidad alguna debe ser declarado «adjudicatario provisional». En tanto que la Administración persista en su deseo de contratar, tiene derecho a la adjudicación de la obra (6).

En caso de concurso, aunque la Administración no está, en principio, obligada, no rechaza, sin embargo, la oferta de quien ha ofrecido el precio más bajo sino en casos excepcionales.

*Cuestión núm. 10.—Eventual reforma del régimen vigente.*

Una reforma en la reglamentación de los contratos otorgados en nombre del Estado (tanto si se trata de obras como si se refieren a suministros) ha sido ya efectuada por Decreto de 13 de marzo de 1956. No se la ha considerado al responder al cuestionario, aunque se haya hecho alguna referencia, porque su entrada en vigor se ha diferido hasta que sea fijada por otro Decreto que regulará el control de los contratos y que aún no se ha publicado. La reglamentación anterior a 1956 es, por lo tanto, la única aplicable por el momento. Sin embargo, se ha considerado interesante señalar las principales disposiciones del nuevo texto, por lo que se adjuntan al final del presente trabajo.

*Cuestión núm. 11.—Recursos jurisdiccionales.*

La observancia de las reglas de la subasta está garantizada por la posibilidad de un recurso ante los tribunales administrativos. Toda persona interesada puede obtener la anulación de las operaciones de subasta a través del recurso por exceso de poder. De otra parte, los empresarios pue-

(6) La subasta por coeficientes lleva consigo la obligación, por parte de la Administración, de no confiar la ejecución de las obras más que a aquel concurrente cuyo proyecto haya sido clasificado el primero por el juego combinado de los coeficientes de calidad y de los coeficientes de precio, determinados por el pliego de condiciones.

den acudir a una acción de indemnización de daños, en razón de los perjuicios sufridos: reembolso de los gastos efectuados en vistas a la subasta, y, excepcionalmente, cuando su realidad haya sido debidamente establecida, reparación de los perjuicios morales.

La noción de acto separable, evocada por el cuestionario, puede presentarse en forma de decisión unilateral de la autoridad que ha otorgado el contrato.

Se hablará de los actos separables al contestar la cuestión núm. 15.

*Cuestión núm. 12.—Ejecución de los contratos.*

*Recurso a segundos empresarios.*—El titular del contrato no puede confiar a segundos empresarios la ejecución de una parte de las obras sin la autorización escrita de la Administración. Aun en el caso de que la Administración acceda a conceder esta autorización, continúa siendo el titular único responsable de la ejecución de todas las obras. Un segundo empresario que cuenta con el visto bueno de la Administración puede obtener, con el consentimiento del titular, el pago directo de las obras cuya ejecución ha asegurado.

*Cuestión núm. 13.—Las facultades de «poder público» de la Administración.*

En materia de contratos se admite, por derogación del derecho común, que la Administración puede modificar unilateralmente las condiciones convenidas, en la medida en que esta modificación no afecte sustancialmente al contrato. Los límites de este derecho de modificación se fijan generalmente en pliegos de condiciones. Para la redacción de estos pliegos, las diferentes Administraciones recogen, muy frecuentemente, las cláusulas contenidas en las «condiciones generales de Caminos y Puentes».

Los pliegos de condiciones prevén, por lo general, en favor de la Administración, la obligación del empresario de ejecutar en ciertas condiciones trabajos imprevistos o suplementarios (cfr. respuesta a la cuestión núm. 14).

La Administración tiene, en fin, el derecho de detener la ejecución de las obras mediante indemnización, en los términos previstos en el pliego de condiciones. Puede también limitarse a aplazar las obras; en este caso, las «condiciones generales de Caminos y Puentes» prevén que el empresario sólo tiene derecho a la rescisión del contrato si el aplazamiento es superior a un año (en caso de aplazamiento por menos de doce meses, debe el empresario mantener la obra abierta y en condiciones de reemprender el trabajo).

Este derecho exorbitante se justifica por el hecho de que el empresario es considerado como un colaborador de la Administración para el funcio-



namiento de un Servicio Público, y sólo la Administración tiene facultades para determinar los límites de esta colaboración.

*Cuestión núm. 14.—1.º Financiación de las obras.*

a) *Adelantos.*—La Administración puede conceder adelantos en un cierto número de casos taxativamente enumerados por el Decreto de 11 de mayo de 1953. La Administración puede, por ejemplo, conceder adelantos cuando el empresario debe proceder a la realización de instalaciones o a la compra, encargo o fabricación de materiales, máquinas o utensilios; cuando está obligado a hacer gastos previos importantes para aprovisionamientos, o para adquirir patentes o realizar gastos de estudio. Excepcionalmente se consienten adelantos para iniciar las obras.

El Decreto de 1953 señala igualmente diferentes reglas relativas al importe máximo, los justificantes a presentar y el ritmo de reembolso de estos adelantos.

b) *Anticipos.*—El mismo Decreto impone a la Administración el pago de anticipos cuando el plazo de ejecución de los contratos es superior a tres meses. La liquidación de estos anticipos está sujeta a ciertas condiciones; es necesario que el empresario haya realizado algunas de las prestaciones siguientes: depósito en el lugar de las obras de materiales destinados a formar parte de las mismas, realización de operaciones inherentes a la ejecución de las obras y pagos de salarios y cargas sociales obligatorias. Las liquidaciones de anticipos deberán efectuarse cada tres meses, al menos.

*2.º Garantías financieras exigidas a los licitadores y titulares de los contratos.*

a) *Cauciones.*—Los pliegos de condiciones determinan la naturaleza e importancia de las garantías exigidas a los licitadores a título de caución provisional para ser admitidos a la subasta, y a los titulares de los contratos, a títulos de caución definitiva, para garantizar las sumas de que pudieran resultar deudores.

El importe de la caución definitiva no puede ser inferior al 1,5 por 100 ni superior al 3 por 100 del importe inicial del contrato.

Los pliegos de condiciones pueden dispensar de la obligación de cauciones provisionales si a ello hubiera lugar por razón de la naturaleza u objeto del contrato.

Se puede derogar, por disposición del Ministro de Hacienda, la obligación de constituir una caución definitiva, respecto de ciertas categorías de contratos, habida cuenta de su duración o de su importe. Las cauciones provisional y definitiva se pueden sustituir por la garantía de una fianza

personal y solidaria en las condiciones fijadas por los Decretos de 12 de diciembre de 1936 y 4 de junio de 1938.

Las cauciones provisionales, o las fianzas que las sustituyan, son, respectivamente, devueltas y liberadas, desde la designación definitiva del titular del contrato. Este puede afectar su caución provisional a la constitución de la definitiva.

Las cauciones definitivas se restituyen o, en su caso, las fianzas se liberan, bien al saldar cuentas, bien, si el pliego de condiciones preveía un plazo de garantía, al terminar este plazo.

El titular de un contrato no puede percibir adelantos sino después de haber aportado un fiador personal que se comprometa solidariamente a reembolsar, si hubiese lugar a ello, el 50 por 100 o el 80 por 100, según los casos, del importe de los adelantos otorgados.

En ciertos casos particulares, las garantías pecuniarias exigidas, como acaba de indicarse, en forma de caución o de fianza personal, no se exigen, ya porque las empresas contratantes ofrecen por sí mismas todas las garantías deseables, ya porque ha parecido conveniente un régimen menos riguroso, por razón de la naturaleza de los contratos o de las empresas adjudicatarias. Así, las garantías de que se trata se dispensan a las empresas públicas o a las empresas en que el Estado posee, al menos, el 50 por 100 del capital social.

La misma dispensa puede otorgarse a las empresas concesionarias o subvencionadas que aseguran un servicio público.

De otro lado, estas garantías pueden quedar suprimidas o reducidas por decisión ministerial, tomada en cierta forma, en los contratos otorgados por concierto directo o que tienen por objeto necesidades de la defensa nacional.

Por último, las Sociedades francesas de obreros, o Sociedades cooperativas obreras, están exentas de la obligación de constituir cauciones provisionales y sujetas tan sólo a una caución definitiva del 1,5 por 100 del importe total del contrato.

b) *Diversas garantías eventuales.*—Los pliegos de condiciones determinan, si hay lugar, garantías distintas a la caución, fianza personal y solidaria, o transferencias de propiedades, tales como hipotecas, depósito de materiales en los almacenes del Estado, etc., que pueden exigirse, a título excepcional, a los titulares de los contratos para asegurar el cumplimiento de sus compromisos.

En los pliegos se determinan al mismo tiempo los derechos que la Administración puede ejercitar sobre estas garantías.

c) *Retención en garantía.*—En virtud del artículo 13 del Decreto de 31 de marzo de 1886 sobre Contabilidad Pública, se hace, al liquidar los anticipos, una retención en garantía, que no se libera hasta que se efectúe la recepción definitiva de las obras. Puede, sin embargo, suprimirse esta

retención cuando las particulares condiciones del contrato aseguren a la Administración garantías equivalentes.

### 3.º *Relaciones entre la Administración y los empresarios.*

Las estipulaciones de los pliegos de condiciones, o de los contratos mismos, prevén, en la mayor parte de los casos, los controles que la Administración ha de ejercer.

Según los términos del «pliego de cláusulas y condiciones generales para la contratación de Caminos y Puentes», al cual se remiten numerosos contratos, el empresario está sujeto a un conjunto de obligaciones relativas, tanto a la persona del ejecutante (obligación de presencia, prohibición de ceder o subcontratar sin permiso de la Administración, rescisión por quiebra o liquidación judicial o por muerte del contratista), como al plazo de la ejecución (penas de demora, salvo si ésta se debe a la Administración o a fuerza mayor) (7), y a las condiciones técnicas de la ejecución (verificación de materiales, estipulaciones técnicas, escalonamiento de las obras, organización, obligación de aceptar las modificaciones prescritas en el curso de la ejecución).

*Recepción de las obras.*—La aprobación de los trabajos por la Administración se realiza a través de dos distintas operaciones, recepción provisional y recepción definitiva, separadas ambas por un plazo de garantía. Tras esto viene un período de responsabilidad limitada del contratista, que dura generalmente diez años.

*La recepción provisional* es el acto por el cual la Administración acepta las obras a calidad de prueba. Es un acto expreso y contradictorio que se hace constar mediante acta. El plazo de garantía tiene una duración convencional (en el pliego de cláusulas y condiciones generales es de seis meses), y durante su transcurso el contratista está obligado al entretenimiento de las obras y a la reparación de sus eventuales defectos.

*La recepción definitiva* se realiza en forma análoga a la provisional y, en principio, al terminar el plazo de garantía. Tiene como efectos librar al contratista de la obligación de entretenimiento, permitir la restitución de la caución y el pago de la retención en garantía, así como del saldo resultante.

*La responsabilidad decenal* se aplica en la forma prevista para el derecho común por los artículos 1.792 y 2.270 del Código civil. Tiene por objeto cubrir los vicios y defectos que no aparecieron en la recepción y que sean de tal naturaleza que impidan que las obras sirvan al fin para que fueron destinadas.

(7) En el caso de que el contrato no estipule ninguna penalidad, pueden en todo caso demandarse de la jurisdicción competente los daños y perjuicios, en razón del perjuicio producido a la Administración por la demora.

#### 4.º *Revisión de precios.*

El principio general aplicable a estos contratos, como a los de derecho común, es el de inmutabilidad de los precios. En virtud de este mismo principio, los precios convenidos no se aplican más que a las obras previstas en el contrato; a falta de acuerdo entre las partes, el precio aplicable a las obras fuera de contratos se fija por el Juez.

Se realizan, sin embargo, muy frecuentemente, derogaciones contractuales de este principio general de inmutabilidad de los precios, cuya efectividad práctica resulta muy reducida. Así resulta, por ejemplo, de las referencias hechas al «pliego general de cláusulas y condiciones», cuyo art. 33 señala que el contratista puede obtener una indemnización o la rescisión del contrato cuando los precios suben como consecuencia de la coyuntura económica.

Este texto considera tres hipótesis :

— un aumento inferior o igual a  $1/10$  se considera como el normal del contrato;

— un aumento superior a  $1/10$ , pero inferior a  $1/6$ , da derecho, en principio, a distribuir entre ambas partes la fracción que exceda de  $1/10$ . Un aumento superior a  $1/6$  da derecho al contratista para pedir la rescisión del contrato o la continuación de las obras sobre nuevas bases de remuneración.

Las cláusulas particulares de revisión de precios son, no obstante, más frecuentes cada vez y tienden a reemplazar al citado artículo 33, conteniendo, por lo general, fórmulas matemáticas que dan a su aplicación un carácter automático.

Independientemente de las cláusulas de revisión de precios, el Consejo de Estado ha aplicado, a veces, a los contratos de obras públicas su doctrina jurisprudencial de la imprevisión, según la cual, si circunstancias económicas, imprevisibles al efectuar el contrato, vienen a trastornar la economía sin hacer, no obstante, imposible la ejecución del mismo, el contratista, que continúa obligado a la realización de la obra, tiene también derecho a que el dueño de ella le ayude a vencer la dificultad sobrevinida, tomando a su cargo una parte del déficit producido por las circunstancias.

#### 5.º *Obras complementarias.*

El pliego de condiciones que el empresario suscribe al contratar con la Administración se ocupa, por lo general, de las condiciones en que la Administración puede hacer ejecutar eventualmente obras suplementarias. Estas obras son objeto, cuando el caso llega, de cláusulas adicionales al contrato inicial.

La Administración se reserva, generalmente, la posibilidad de hacer ejecutar obras imprevistas o que sobrepasan en importancia a las previstas en el contrato inicial, siempre que la masa total de obras no se aumente por encima de una cierta proporción (1/6, según las condiciones generales de Caminos y Puentes) o disminuya en la misma proporción. Cuando excede de la proporción prevista, el contratista puede pedir la rescisión.

Cuando los cambios, así los ordenados por la Administración como los provenientes de otras circunstancias, modifican la importancia relativa de las distintas clases de obras previstas (por ejemplo, más trabajos de albañilería que de explanación, en tanto que lo previsto era lo inverso), no puede el contratista negarse a realizar las obras, pero podrá, a su terminación, pedir una revisión de precios, a condición de que la diferencia sea, al menos, de 1/4 en más o menos de lo que al principio se preveyó (condiciones generales de Caminos y Puentes).

### B.—CONTENCIOSO.

#### *Cuestión núm. 15.—Jurisdicciones competentes y derecho aplicable.*

Los contratos de obras públicas se rigen por el Derecho administrativo y caen dentro de la jurisdicción administrativa (Tribunales administrativos o Consejos de lo contencioso en primera instancia, Consejo de Estado en apelación).

De forma más precisa,

— los contratos de obras, otorgados por entidades públicas en la metrópoli o en Argelia, se juzgan en primera instancia por el Tribunal administrativo en cuya demarcación se ejecutan, y si la ejecución se extiende más allá de la demarcación de un solo Tribunal administrativo, o si el lugar de ejecución no está previsto en el contrato, por el Tribunal administrativo dentro de cuya demarcación ha suscrito el contrato la Autoridad pública (o la primera de ellas si las Autoridades son varias).

Las partes pueden convenir, ya sea en el contrato mismo, ya en una cláusula adicional, que sus diferencias se someterán a un Tribunal distinto del que, según las reglas más arriba enunciadas, correspondería.

Los contratos de obras otorgadas por entidades públicas en un territorio de ultramar, cuya ejecución debe tener lugar en dicho territorio, están sometidos al Consejo de lo Contencioso del mismo.

Todos los litigios relativos a la formación y ejecución de los contratos constituyen litigios de plena jurisdicción y son de la competencia del Juez del contrato, de acuerdo con las reglas que se acaban de enumerar. Pero, excepcionalmente, el recurso por exceso de poder, que no permite considerar más que la legalidad de una decisión administrativa, con vistas a su

anulación, puede darse contra los actos «separables» de la operación contractual.

Resulta sumamente difícil precisar el concepto de actos «separables». Según la actual jurisprudencia, puede decirse que entran en esta categoría y son, por lo tanto, susceptibles de recurso por exceso de poder:

a) Los actos que implican una negativa por parte de la Administración a concluir un contrato;

b) Los actos preparatorios del contrato, especialmente las decisiones que suponen una negativa a aprobar una subasta o las que excluyen a un empresario de una subasta;

c) Los actos que implican una adjudicación o aprobación de un contrato cuando el recurso se interpone por un tercero. El Consejo de Estado estima hoy, en efecto, que estos actos no son «separables» para el contratante, que, en relación con él, forman parte del todo contractual de donde no pueden ser disociados y que el contencioso que ellos pueden hacer nacer es de la competencia del Juez del contrato.

Subsiste, sin embargo, una excepción en favor de las corporaciones descentralizadas, que pueden atacar, a través del recurso por exceso de poder, los actos por los que la autoridad tuteladora aprueba o rehusa aprobar un contrato otorgado por sus representantes.

Cuando el Juez del exceso de poder anula la decisión que adjudicaba un contrato o aprobaba la adjudicación hecha, el contrato pierde su fundamento jurídico y no puede producir efectos entre las partes. En este caso, el contratista tiene derecho a una indemnización por el perjuicio eventualmente sufrido.

#### *Cuestión núm. 16.—Recursos gubernativos.*

Existe en todo caso un recurso gubernativo. El contratista no puede acudir a la jurisdicción contenciosa sino después de haber remitido una instancia motivada al Ministro, el cual dispone, en principio, de un plazo de cuatro meses para contestar. Si en este tiempo la Administración no ha dado respuesta, puede el contratista, como en el caso en que su petición sea rechazada, acudir a la jurisdicción contenciosa.

#### *Cuestión núm. 17.—Arbitraje.*

El Decreto de 11 de mayo de 1953 ha instituido un procedimiento para la composición amistosa de los litigios. Pueden someterse los litigios en cada departamento a la decisión de un Comité consultivo de amigable composición. Las partes, tanto la Administración como el contratista, no resultan obligados por dicha decisión, que tiene el valor de un documento

de orden interno y confidencial y del que las partes no pueden hacer mención ni uso alguno ante los Tribunales.

Este procedimiento puede ofrecer, sobre todo para los pequeños litigios, la indudable ventaja de evitar la lentitud y los gastos de una instancia judicial. Por el contrario, en caso de litigios importantes, presenta el riesgo de no garantizar suficientemente a la Administración contra sus propias debilidades.

El contrato de obras públicas es de Derecho administrativo. La subasta conduce a un contrato que exorbita las normas del derecho común.

Entre las dos partes del contrato existe una clara diferencia: de una parte, la Administración, en su función de poder público; de otra, el licitador, que debe soportar obligaciones especiales.

Es preciso, sin embargo, no engañarse sobre la relevancia práctica de esta distinción.

Las relaciones del Estado con sus contratantes han sufrido una profunda evolución:

— de una parte, el mismo procedimiento de subasta ha sufrido una profunda transformación;

— de otra, y esto es lo más importante, se autoriza el recurrir a otros procedimientos más ágiles, tan normales ya como la propia subasta.

A) En otro tiempo, el procedimiento de la subasta era organizado en forma tendente a permitir a la Administración una máxima economía pecuniaria; implicaba, por tanto, reglas extremadamente rigurosas para los empresarios, tales como la negativa de toda indemnización en caso de error de apreciación, la ausencia de cláusulas de revisión de precios en caso de alza y la interpretación muy estricta de los casos de fuerza mayor para justificar la inejecución o la demora.

Hoy en día las condiciones de adjudicación de los contratos deben estar presididas por preocupaciones muy distintas de la de una estricta economía. Las fluctuaciones de la moneda, la mayor complicación técnica de las obras a realizar, el alargamiento del período de ejecución de los contratos, han conducido al Estado a aligerar el mecanismo clásico de la subasta y a aumentar el número de excepciones a este procedimiento. Se ha hecho evidente que los contratos de cláusulas excesivamente rigurosos iban en contra de los intereses de la Administración cuando tales cláusulas perjudicaban la buena ejecución de los contratos. La redacción de los contratos no ha cesado de evolucionar, haciéndose cada vez más ágil mediante el recurso, por ejemplo, de día en día más frecuente, a cláusulas que permitan una revisión de precios.

La jurisdicción administrativa incluso ha favorecido esta transformación con una jurisprudencia liberal que concedía a los contratistas derecho de indemnización en los casos de obligaciones imprevistas o extracontractuales.

B) A mayor abundamiento, el procedimiento mismo de la subasta ha

resultado ya improcedente para la consecución de aquellas garantías que en otros tiempos se buscaban a su través. El Tribunal de Cuentas, especialmente, ha formulado, en su informe público de 1956, las severas apreciaciones que siguen: «Esta reglamentación, pese a las mejoras introducidas por los Decretos de 11 de mayo de 1953, sobre todo por lo que toca a financiación de contratos y simplificación y aligeramiento del régimen de garantías, está ya hoy superada.

»La reglamentación de la contratación debe responder a un doble fin; de un lado, obtener del empresario o proveedor el precio más ventajoso, es decir, hacer jugar al máximo la concurrencia; de otro, asegurar al Estado o a la colectividad interesada, por medio de cláusulas apropiadas, que las obras o suministros objeto del contrato se ejecutarán en las mejores condiciones.

»Ahora bien, la subasta, que, según la legislación actual, es todavía la regla general, no puede cumplir estos dos fines. Su carácter automático, que hace depender de una cifra la elección de proveedor e impide toda ulterior negociación, la pesadez de su procedimiento, que requiere formalidades largas y complicadas, si bien colocan a los administradores al abrigo de toda sospecha, la hacen inadecuada para obtener las mejores condiciones cuando se trata de contratos complejos, como lo son la mayor parte de los que hoy el Estado realiza. Ne debería adoptarse este método más que cuando se trata de obras simples y bien determinadas o de suministros de escasa importancia, a los cuales pueden concurrir numerosos licitadores.

»Se ha constatado con frecuencia que, junto a empresas pertenecientes a grupos profesionales fuertemente organizados, no ha logrado la subasta deshacer los acuerdos entre los concurrentes; frecuentemente ha conducido a obras defectuosas cuando se trataba de trabajos delicados o de suministros especiales, e incluso a una quiebra total cuando una empresa en dificultades licitaba por un precio que no podía sostener.»

La experiencia muestra que, en la mayor parte de los casos, el concierto directo, o tras concurso de ofertas, da mejores resultados.

Siendo más ágil, autoriza a realizar una selección entre los proveedores llamados a licitar y permite considerar, al hacer la apreciación de las ofertas, otros elementos relativos a las condiciones técnicas, los plazos impuestos para la ejecución, o la situación financiera de la empresa o del proveedor; deja abierta la posibilidad de negociaciones que tienen por resultado, frecuentemente, mejorar los precios y a veces impedir las confabulaciones entre empresarios o proveedores. Constituye, sobre todo, el único procedimiento posible para los contratos industriales, es decir, los contratos de estudios, prototipos, fabricación, y de forma general para los contratos que no se limitan a un suministro general a precio de catálogo. Esta categoría forma la inmensa mayoría de contratos de los Ministerios de Guerra, Aire y Marina; pero, a medida que la intervención del Estado se



extiende a otros dominios, se encuentra igualmente en otros departamentos ministeriales.

La alta jurisdicción pedía, en conclusión, «que la reglamentación de la contratación sea aligerada, al tiempo que precisada; que permita a la Administración escoger en todos los casos el procedimiento más adecuado al género de contratos de que se trata y que, en particular, fije las reglas generales a que la Administración debe someterse cuando se proceda mediante concurso».

En el sentido marcado por estas observaciones, y como resultado de los trabajos de una Comisión especial de estudio, en colaboración con el Comité Central de Investigación, sobre el costo y rendimiento de los Servicios Públicos, el Decreto de 13 de marzo de 1956 ha señalado una etapa decisiva. Sin entrar en un análisis detallado, pues, como antes ha quedado indicado, no está aún en vigor, conviene, sin embargo, subrayar sus disposiciones principales. A partir de este Decreto, el concurso se convierte en un procedimiento normal para la adjudicación, en paridad de condiciones con la subasta. El Ministro interesado podrá, sin limitación de importe, escoger entre los dos procedimientos. En ciertos casos determinados (y el art. 35 del Decreto contiene una enumeración muy liberal) podrá el Ministro recurrir, si lo prefiere, a contratos directamente concertados por la Administración con el empresario que libremente se haya escogido. De otro lado, el procedimiento excepcional de contrato a precio provisional para las necesidades de la defensa nacional se autoriza, no sólo en casos de absoluta urgencia, sino también para casos de necesidad técnica. Las obras mediante simple memoria podrán, en fin, ejecutarse hasta un coste presunto de un millón de francos.

Es preciso subrayar igualmente que se ha previsto una ordenación de las cláusulas de los pliegos de condiciones (arts. 37 y 38). Estos documentos habrán de precisar las condiciones en que, según el Decreto de 13 de marzo de 1956, los contratos del Estado se adjudicarán y ejecutarán. Deberán comprender además pliegos de cláusulas administrativas generales, aplicables a cada categoría de contratos (obras, suministros o servicios) o incluso a todos los contratos otorgados por un mismo departamento ministerial o servicio interesado; pliegos de prescripciones comunes que fijen las disposiciones técnicas aplicables a estos contratos y, en fin, pliegos de prescripciones especiales conteniendo las cláusulas propias de cada contrato e indicando obligatoriamente las derogaciones eventualmente introducidas en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones comunes. Un ulterior decreto deberá fijar las condiciones en las que se procederá a la unificación de los pliegos de cláusulas administrativas generales, así como al establecimiento, para ciertas categorías de obras (y también de suministros o servicios), de un pliego-tipo de prescripciones comunes, único para todos los departamentos ministeriales o para algunos de ellos.

Una reglamentación, adaptada a las circunstancias y las necesidades del

momento, de los pliegos de condiciones puestos a punto y unificados, permite esperar, si se establecen cuidadosamente los programas indispensables y se aseguran rigurosamente los necesarios controles, una ejecución de los contratos públicos conforme a los intereses generales de la nación y satisfactorios al mismo tiempo para la Hacienda pública.

ANDRÉ SARAMITÉ (\*)

Consejero del Tribunal de Cuentas. Secretario general del C. C. de I. sobre el Coste y Rendimiento de los Servicios Públicos.

---

(\*) La respuesta a la cuestión núm. 15 ha sido redactada por M. Maxime LETOURNEUR, Consejero de Estado.