

I. ESPAÑA

TEORIA Y PRACTICA DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. Algunos supuestos de dudosa interpretación, contratación directa «versus concurso». Contratos urgentes y «obras de urgencia». Posibilidades prácticas del «pago parcial». Alternatividad e intercambiabilidad de las figuras contractuales. La elaboración de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares. Ordenamiento contractual común y Ordenamientos singulares. Sanciones en la contratación administrativa.

INTRODUCCIÓN

Es obvio que en este tema como en cualquier otro relacionado con la Administración pública existe por una parte una normativa que intenta regular total y exhaustivamente su actuación, y por otra, una actuación que tiende a escaparse de esa normativa. Con esto último no queremos decir que la Administración tenga una permanente tentativa de «evasión legal» o «de fuga frente a la legalidad», sino únicamente poner de relieve algo que frecuentemente se olvida, a veces, interesadamente, a impulso de los mismos particulares interesados, como veremos más adelante. La separación entre teoría y práctica en cualquier campo de actuación de la Administración, es tan evidente que llega a ser una referencia común. Dentro del campo contractual, basta recordar que la Ley de Revisión de la de Contratos del Estado, de 1973, tuvo su origen en la necesidad de precisar lo que hasta entonces había parecido como sumamente claro, o sea, el mismo concepto de contrato administrativo, resultando que una ley que desde el principio había tenido por objeto la regulación de tal tipo de contratos—vigente desde 1965—, venía a confesar a través de su revisión, que durante toda su vigencia se había estado moviendo sobre una noción vaga y difusa de dicho contrato. Tanto en el proyecto de dicha Ley de Revisión, como en las declaraciones más o menos oficiales de los que en él participaron (véase el trabajo publicado en una revista, *Hacienda pública española*, correspondiente a uno de sus números de 1973, del entonces Director general del Patrimonio del Estado, don Víctor MENDOZA OLIVÁN) se insistía en este principal objetivo, de delimitar más rigurosamente el alcance jurídico de la expresión: «Contrato Administrativo». Cualquiera puede llegar a la conclusión, ante la falta de un concepto riguroso de Contrato Administrativo—por supuesto, nos estamos refiriendo al concepto legal—que con tal situación lo que se hacía era dejar un amplio margen de

discrecionalidad a la Administración pública, ya que de hecho y de derecho se la venía a reconocer la facultad de indicar en qué casos sus contratos eran administrativos, y en qué otros eran simplemente laborales, civiles o mercantiles. No es de extrañar, por esto, que cualquier norma reglamentaria intercale, aún después de la Ley de Revisión de 1973, precisiones en orden a la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por la Administración, a que se refiere la norma de que se trate.

Las calificaciones y referencias expresas a la naturaleza administrativa de algunos contratos, son temas que están a la orden del día; basta manejar las respectivas disposiciones específicas, para que nos encontremos con la paralela declaración de contrato administrativo, a que hace objeto de una especial regulación. El origen de estas múltiples calificaciones está tanto en ese margen de discrecionalidad que hemos citado como en la misma imprecisión legal. Si esta se encierra casi en una tautología, como es la de que los contratos administrativos son los celebrados por la Administración y sujetos al derecho administrativo, es fácil deducir que la conceptualización administrativa de un contrato celebrado por la Administración dependerá en última instancia de lo que ésta determine, o lo que es igual, que la Administración califique *motu proprio* de administrativo al contrato que así quiera juzgar, dado que el Derecho administrativo no es un código, a la manera civil, para entender como exacta la referencia legal. Esto explica el origen de tantas declaraciones expresas y reiteradas que se hacen en distintos textos en orden a la condición «administrativa» del correspondiente contrato. Sirva de ejemplo el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, en cuyo artículo 4.º se dice lo siguiente:

«K) La sumisión de la empresa a las normas del presente Decreto y al Pliego de Cláusulas Administrativas General que sean de aplicación, *haciendo constar la naturaleza administrativa del contrato* y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.»

Con declaraciones de esta clase, se intenta incluir dentro de ese vago y difuso ámbito legal determinadas figuras concretas de contrato que, como en este caso, no parecen en principio muy claras en su consideración jurídico-administrativa. En el citado Decreto se regulan los contratos de asistencia que celebra la Administración del Estado o sus Organismos autónomos con empresas consultoras o de servicios, contratos que tantas analogías presentan con otra figura casi similar como la de los denominados «contratos de asistencia técnica» e incluso, con la colaboración temporal (1). Todos ellos son contratos que perfecta-

(1) Modernamente están proliferando normativas específicas para toda esa pléyade de modernos contratos celebrados por la Administración pública, que por sí mismos, ponen en revisión la pretendida generalidad de la legislación relativa a contratos del Estado, que como última novedad, se quiere exhibir como muestra de la «riqueza jurídica» de nuestro Estado administrativo. Aparte de los citados en el texto, podremos añadir el aprobado por Decreto 2572/1973, de 5 de octubre,

mente podían quedar encajados en algunas de las figuras contempladas por el Derecho civil, como por ejemplo el contrato de Arrendamiento de Servicios o de Arrendamiento de Obra. Sin embargo, con la calificación expresa de contrato administrativo se está ampliando la esfera operativa de éste, simultáneamente con un engrandecimiento de las potestades administrativas. Prácticamente se deja en manos de la Administración pública la tipificación jurídica y legal, de los contratos por ella celebrados, con lo que el particular que bien contrate con ella o bien tienda a preparar un contrato no podrá hacer más que adherirse a lo que previamente haya fijado la Administración pública. Sin saber por qué se observa una tendencia de ésta a administrativizar los contratos, de tal forma que incluso por meras razones de comodidad o de inercia—creemos—incluye en dicho ámbito a contratos que perfectamente podrían ser acogidos en otros campos del Derecho.

Si, por consiguiente, la Ley dibuja un concepto sumamente amplio de contrato administrativo, en el que la Administración pública se respalda para ampliarle más en la práctica, tendremos si no una gran zona de inseguridad, si al menos una tierra de nadie, dispuesta pronto a caer bajo la tutela administrativa, ya que a la aludida imprecisión legal habrá que añadir la misma actuación administrativa, abundante, con exceso, a la hora de interpretar y complementar las previsiones legales, algunas de las cuales no son tan acertadas como sería de desear.

Algunos supuestos de dudosa interpretación: contratación directa versus concurso

Veamos el ejemplo del último párrafo del artículo 37 de la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado, que dispone lo siguiente:

«Excepto en los supuestos de los apartados 1 y 5 de este artículo, el órgano de contratación deberá consultar antes de realizar la adjudicación al menos a tres empresas, si es posible capacitadas para la ejecución de las obras...»

Si se tiene en cuenta que el artículo 37 regula los distintos supuestos de obras cuya ejecución puede acordarse por el órgano de contratación por vía directa, veremos cómo la citada previsión o mandato legal no está plenamente justificada: primero, porque si es contratación directa, resulta superfluo el requisito de tres proponentes; se-

concerniente al Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de mantenimiento, arrendamiento y programas, donde expresamente en su exposición de motivos se dice: «La frecuencia con que la Administración se ha visto precisada en los últimos años a celebrar contratos, referidos a los equipos, sistemas en otros aspectos de la información, exige que se adopten medidas con el fin de ordenar este nuevo sector de la contratación pública». (Véase esta disposición en el BOE de 18 de octubre.)

gundo, porque resulta absurdo que sea la propia Administración pública la que tenga que requerir la presencia al menos de tres empresas para poder contratar directamente; tercero, porque más absurdo aún es que se prevea la posibilidad de que tal cosa no ocurra, y cuarto, porque en definitiva se deja a la misma Administración la constatación de la situación prevista en la Ley, dado que cabe preguntarse si no es a ella a quien corresponde determinar, si es o no posible, consultar, «antes de realizar la adjudicación, al menos a tres empresas». La vaguedad del mandato es tal, que, teniendo en cuenta la relación interorgánica impuesta a todos sus niveles, cualquiera de los órganos o centros directivos intervinientes en esa relación, pero principalmente aquellos de alguna relevancia económico-financiera, puedan ejercitar sus competencias en detrimento de la misma regularidad procesal de la relación, con lo que ésta sufrirá un estancamiento en virtud de la interpretación dada por uno de los múltiples órganos que participan en la elaboración y preparación de un contrato. Colocados todos esos órganos en principio en la misma posición igualitaria, de hecho, en la práctica, será el órgano con atribuciones económico-financieras el que se superpondrá a los demás, presentándose la paradoja de que un órgano de tal naturaleza interviene con efectos interpretativos en la precisión de un mandato legal, porque es evidente que éste faculta a la Administración Pública, genéricamente, a que acuda a tres empresas consultoras si lo estiman posible. Será, pues, suficiente que cualquiera de sus múltiples órganos y en particular los de carácter jurídico y económico-financiero, para que el órgano del que ha partido la iniciativa contractual pueda verse paralizado en sus posteriores actuaciones. Es también evidente que el mandato legal que estamos comentando aparece en el texto, como una especie de cláusula de desconfianza y de garantía frente a la misma Administración, pero es contradictorio la falta de indicación y señalamiento de qué órganos de la Administración pueden fijar con carácter vinculante la posibilidad o imposibilidad de su cumplimiento. En la práctica, la expresión legal: «Si es o no posible» consultar con tres empresas para contratar directamente la realización de un estudio técnico, se ha convertido en otra muy distinta: «Si es o no necesario.» De aquí a proclamar el carácter inexcusable e imprescindible de tal consulta, que ya se ha dado, altera radicalmente todo el enfoque normativo de la cuestión, porque la exigencia de esa previa consulta a tres empresas, prácticamente identifica el sistema de contratación directa con el del concurso, y viceversa, el sistema de contratación mediante concurso en muy poco se diferencia del precepto transcrito, a no ser en la paradójica situación en que coloca a la Administración: es ésta la que necesita recurrir a tres empresas para poder contratar con una de ellas, emplazándola en una actitud mendicante, que a pesar de su buena intención puede obtener un resultado negativo, porque una cosa es buscar a tres empresas consultoras y otra muy distinta lograr de cada una de ellas su tácito o expreso consen-

timiento, a fin de que presenten las oportunas ofertas. ¿Tendrá la Administración que presentar prueba de que no existen empresas consultoras en el número señalado de tres? ¿Será necesario de que la prueba alcance no sólo aquellas empresas consultoras con específico objeto del contrato que intenta celebrar la Administración, sino además con aquellas otras Empresas que tengan similar objeto? Por esta vía de preguntas llegaríamos a la absurda conclusión de que la prueba de la posibilidad o imposibilidad de contratar directamente tendría casi la calidad «diabólica» de la que hablaban los escolásticos medievales, en relación con determinado tipo de pruebas.

Es cierto que la cláusula analizada se quiere colocar en una especie de terreno neutro, como si quisiera cumplir el dilema shakespereano, de «ser o no ser» al mismo tiempo, pero dado que «es», hay que partir de su existencia y por consiguiente que el término «posible» es el utilizado por el legislador, y no cualquier otro, más o menos similar, y mucho menos por alguno de distinto significado (como el de «necesario» o «imprescindible»). Sin embargo, como por otra parte hay que cumplir dicho objeto, en cuanto que hay que presuponer algún papel, es lógico deducir que si está, es para exigir su aplicación. El problema residirá en el cómo se hará: ¿bastará que la Administración contratante alegue la posibilidad de no encontrar «tres empresas consultoras» para dar tal prueba como válida y suficiente? Si la respuesta fuera dubitativa e incluso negativa, la consecuencia sería la creación de un tremendo confusionismo e incluso de cierta parálisis, puesto que por un lado se faculta a la Administración a la contratación directa, y por otro, dentro de la misma Administración, se montan una serie de desigualdades a nivel orgánico con repercusión directa en la buena marcha de la tramitación contractual.

Contratos «urgentes» y «obras de urgencia»

No se crea que el anterior precepto es el único donde la incertidumbre interpretativa es grande; por el contrario, hay muchos otros en los que se presenta con las mismas características. Por continuar con el supuesto del Decreto citado, en el mismo artículo ya mencionado, en el último párrafo, tenemos esta disposición:

«Mediante informe adjunto al Pliego de Cláusulas, deberá justificarse por el órgano de contratación la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta el departamento u organismo autónomo para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato.»

Basta una relectura de este apartado para comprender que los términos en él utilizados son tan vagos como el que ya hemos visto del apartado anteriormente estudiado; las expresiones «la insuficien-

cia», o «falta de adecuación» o «la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales...», son plenamente similares con el que hemos estado comentando, de la «posibilidad». No obstante, las dificultades prácticas que puede haber con estas últimas expresiones son mucho menores que las ya vistas, por cuanto parece que simplemente es por la vía de un informe adjunto al Pliego de Cláusulas (2), con un contenido idéntico al del precepto transcrito, para que se entienda o pueda entenderse justificada la insuficiencia, conveniencia o falta de adecuación de los medios materiales o personales.

Otro supuesto parecido a los anteriores es también el del artículo 37, 2, de la Ley de Revisión de la de Contratos del Estado de 1973, que reconoce la contratación directa a las siguientes obras:

«Las de reconocida urgencia, surgida como consecuencia de necesidades apremiantes que demandaran una pronta ejecución, que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el artículo 26 ..., previa justificación razonada en el expediente y acuerdo del Jefe del Departamento.»

Si nos fijamos, la redacción tiene la misma falta de precisión, con el agravante de que se reiteren con exceso términos de parecido significado: reconocida urgencia, necesidades apremiantes, tramitación urgente, etc. El mismo legislador declara que el procedimiento por él previsto de tramitación urgente no es suficiente para ciertos casos, como son estas obras de «reconocida urgencia». Se encierran, pues, en un círculo vicioso en donde no se sabe si las obras para cuya ejecución prevee la contratación directa son unas obras singularísimas, o si más bien son aquellas obras para las que no resulta demasiado

(2) El precepto transcrito habla del órgano de contratación como el que ha de redactar el informe a que se refiere. Si acudimos a la Ley de Revisión de la de Contratos del Estado, vemos que en su artículo 7.º se consideran como tales órganos a los jefes de los Departamentos ministeriales, o sea, a los ministros, admitiendo la desconcentración de las correspondientes funciones en otros órganos centrales o territoriales, habiéndose publicado algunos decretos de desconcentración delegando algunas atribuciones en los subsecretarios. De acuerdo con la norma, los ministros o subsecretarios de cada departamento serían los competentes para efectuar dicho informe. Si así fuera resultaría que dichos órganos deberían constatar, para habilitar el correspondiente contrato, que sus Departamentos tienen algunas de las imperfecciones, insuficiencias o escaseces, de personal o de material, que obligan a acudir al contrato, lo que sería tanto como reconocer implícitamente que la Administración carece de los más necesarios medios para su función, lo que es tan absurdo que requiere acudir a otra vía interpretativa, como la siguiente: entender que el informe, al igual que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al que se adjunta, será redactado por el jefe o director del Centro directivo interesado en la posible contratación, por cuanto resulta más admisible reconocer las insuficiencias a nivel orgánico de cualquier Dirección General al menos, momentánea y temporalmente, dado que hay ciertos trabajos que exigen una pronta realización. Si se interpretara de acuerdo con la primera postura este párrafo además de lo dicho, acumularía extraordinario trabajo sobre el órgano competente de contratación, ignorando que éste desconoce a veces las reales necesidades de algunos de los servicios inferiores, por lo que la práctica nos inclina totalmente a favor de la segunda tesis. Un caso más en que se impone a la teoría —o norma—, en sí misma defectuosa (imputable quizás a su misma generalidad, lejos del detallismo, que es el que se cubre con la práctica).

rápido el procedimiento de urgencia a que se remite. Parece ser que se trata simplemente de una nueva excepción que se añade a la larga serie de ellas con que la técnica legal intenta abarcar el posible ámbito de mayor realidad. Aparte de estas puntualizaciones, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Cuál será el órgano que aprecie realmente la concurrencia de la circunstancia prevista en el párrafo citado? Aunque en él se hable, como tal, del Jefe del Departamento, es evidente que el contrato o expediente contractual ha empezado su elaboración bastante antes, dado que el artículo 24 de la Ley de Revisión, tantas veces aludida, lo admite claramente: «El expediente de contratación terminará mediante resolución motivada del órgano de contratación competente, aprobando el Pliego de Cláusulas administrativas particulares y la apertura del procedimiento de adjudicación». Parece, a la vista de esto, que la reconocida urgencia será expuesta por órganos de inferior jerarquía (el director general), por ser el más idóneo en la determinación de las «necesidades apremiantes que demandaran una pronta ejecución», por lo que, sobre su propuesta, será sobre la que el órgano de contratación competente podrá acordar la contratación directa, prevista en dicho párrafo. Desconocer este proceso conduce a un conocimiento puramente teórico del quehacer contractual de la Administración pública.

Posibilidades prácticas del «pago parcial»

En relación al precio del contrato y formas de su pago, el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado tiene una redacción sumamente general y coincidente con tantas otras que venimos señalando; las correcciones aportadas a la misma para la revisión de dicha Ley en 1973, se han reducido solamente al estilo gramatical, ya que el grave defecto de hablar en plural («precios convenidos»), del texto primitivo, como si con un contratista pudieran haberse acordado varios precios, cuando la lógica existe que cada contrato tenga uno solo se constituye por el singular («El contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute, con arreglo al precio convenido»).

Subsiste, como ya hemos dicho, la misma problemática: ¿Cuál será la forma de pago del precio convenido? ¿Podrá ser ésta parcial o tendrá que ser forzosamente total? En la práctica, en la mayoría de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, una de ellas alude a la forma de pago del precio al contratista, fijando que «se abonará por una sola vez». El artículo 7.º de la Ley de Contratos del Estado dispone lo siguiente:

«Todo contrato, cualquiera que sea su objeto, deberá contener un precio cierto, expresado en moneda nacional, que se abonará al empresario, en función de la importancia real de las prestaciones efectuadas y de acuerdo con lo convenido.»

Asimismo el Decreto de 4 de abril de 1974, ya citado, en su artículo 4.º, letra E), enumera como cláusula necesaria de cualquier pliego, la siguiente: «La forma de pago del precio a la empresa». Estos preceptos autorizan, pues, a distintas formas de pago, lo que se confirma por el artículo 47, ya transcrito, al hablar del derecho del contratista al cobro de la obra «que realmente ejecute». Ahora bien, ¿qué significa esta expresión? Parece que cualquier contratista que haya hecho algo de su compromiso contractual tiene el derecho de cobro, pero ¿es esto congruente con el hecho de que su compromiso es total y no se estimularía al incumplimiento final? Con esta pregunta ponemos de relieve el legítimo interés existente en pro del abono total del precio contractual, al finalizar la ejecución. No obstante, las previsiones normativas vigentes admiten el pago parcial, aunque no, insistimos, de modo claro. ¿Cómo ha podido dejarse punto tan fundamental en el aire? La respuesta está en todo lo que venimos exponiendo: La norma se remite continuamente a la práctica, por entender que no puede ser ni rígida ni rigurosa, pero sin darse cuenta que coloca a los órganos de contratación en un campo lleno de incertidumbres, hasta el extremo que el legislador y los prácticos órganos encargados de la aplicación de sus previsiones en esta materia tienen y van por caminos distintos.

Hacer un pago parcial posibilita a que el contratista se desinterese del resto del contrato pendiente y de cualquier modo libera de cierta responsabilidad tanto a la Administración como a ese contratista, sin que desconozcamos las necesidades pecuniarias que pueda tener este último, que tienen que supeditarse siempre al interés público. De no ser así, y teniendo en cuenta a lo que se obliga, resulta inconcebible que por el contratista se eleguen ante la Administración insuficiencias de tesorería para reclamar ciertos pagos. Más aún, con los pagos parciales, la Administración corre el riesgo de quedarse con obras «parciales». De ahí la generalidad en la práctica del pago total, al final del contrato, ya que así se asegura la lógica correspondencia entre obra realizada, y pago de su importe. Cuando en determinados contratos, por las mismas necesidades de su celebración, ha habido que admitir la cláusula de pago parcial, entonces han surgido nuevas dificultades, dado que chocan dos concepciones sobre su final feliz: una, la que puede tener el órgano proponente de la contratación, interesado en que el contrato se lleve a cabo como sea, por lo que no dudará en plegarse a algunas de las condiciones expuestas por el contratista (figurando como entre las más destacadas la relativa a la necesidad de cobrar pronto, dadas las premuras económicas y escasez de créditos en que se mueven en la actualidad todos los profesionales y particularmente los empresarios) (3), y otra la del órgano

(3) Como las técnicas de revisión de precios se están revelando insuficientes, por la rapidez misma, tanto de la inflación como de los cambios coyunturales, los empresarios y demás particulares contratistas con la Administración pública, tienden a defenderse apremiando en sus cobros a la Administración; como, por otra parte, los contratos son cada día de mayor importe, los contratistas pretenden

de control económico, que con mayor rigidez, procurará defender a ultranza los intereses públicos, a su cargo. Mientras que el primero admitirá con cierta liberalidad el pago parcial; si el contratista demuestra su necesidad, en el segundo habrá un esfuerzo por restringirle lo más posible, recordando o imponiendo algunas condiciones para su viabilidad, como por ejemplo en exigir algunas avales para la totalidad de la obra, añadiendo un coste adicional que puede hacer desaparecer frente al contratista todo interés de cobro de precio parcial, que actúa así de precio adelantado; es fácil imaginar que si se tiene que presentar un aval bancario por todo el importe de la obra, esta obligación prácticamente compensará el posible interés mencionado anulando la petición o solicitud de contratar. En cualquier caso, como vemos, hay un enfrentamiento en la práctica entre órganos del mismo nivel o incluso desigual que repercute, a través de las distintas y a veces opuestas interpretaciones de unos y otros órganos, que pueden crear, situaciones «impas-ses» o auténticos callejones sin salida, a manera de *goulots* o estrangulamientos en los cuellos de botella, que estancan o congelan los expedientes de contratación, en determinadas fases o etapas de su existencia. Escasa eficacia tiene la jerarquía si algunos órganos se oponen, con su interpretación a lo que otros estiman más conveniente.

Se podrá argüir que una cosa es la teoría y otra la práctica, argumento, que por ya su excesiva manipulación, no es del todo utilizable para justificar el mantenimiento de determinadas situaciones legales, que se mueven la mayoría de las veces en unos planteamientos generalizadores, con el deseo tácito de verse complementadas con una práctica en la que por haber distintos participantes pueden verse fracasados. Confluye, además, otro inconveniente como el de que tales situaciones jurídicas contemplan campos muy particulares, en total desconexión con la misma organización administrativa a que se remite; las normas sobre contratos administrativos parecen tener ante la vista un idílico paraíso de armonías interorgánicas, como si todos los órganos y funcionarios de la Administración actuaran bajo una misma consigna, cuando todo el mundo sabe las disfunciones existentes

resarcir sus gastos con el pronto cobro, oponiéndose a una ejecución sin respaldo financiero alguno, directamente percibido del Erario público. Aunque las certificaciones de cobro han sido de uso relativamente frecuente en la historia de la contratación pública, lo han sido dentro de una figura contractual muy concreta, como lo refleja la actual legislación de contratos del Estado, que alude a tales «certificaciones» en el marco de «los contratos de obras» (cap. IV de la Ley); la innovación viene por la vía de la misma fuerza de los hechos como de los cambios sustanciales experimentados por el entorno en el que se mueven la Administración y los contratistas particulares; raros serán hoy los contratistas—sobre todo, de nivel individual o profesional—que admitan el riesgo de no cobrar sino hasta el final del plazo de ejecución, ya que ninguno se alzaría con la cobertura económica del gasto económico por tan largo plazo (largo en su estimación, aunque de hecho sea corto: contratos de pocos meses no se dejan para el final, en su cobro). Por eso, la práctica viene postulando una mayor flexibilidad en las formas administrativas de pago parcial—que en ocasiones se pide que se mensualice—, con objeto de escapar a una rigidez contractual, que tan desfavorablemente repercute sobre los entes públicos potencialmente contratantes.

en la realidad. De nada vale el perfeccionamiento normativo, ante una realidad orgánico-administrativa que tiene sus pautas y sus normas de comportamiento, lo que por otra parte es normal dado que las competencias son distintas y que por consiguiente cada órgano tiene que defender las suyas. Aunque no se llegue a la estructuración formal de un conflicto de atribuciones, conviene no olvidar que la Administración, como cualquier otra institución humana, está sujeta a una serie de frecuentes tensiones que tienen incidencia inmediata, tanto sobre su misma organización como sobre los particulares (4).

Frecuentemente, se confunden a todos los órganos, de forma que «desde fuera», o sea, desde el particular contratista con la Administración pública, todos al formar parte de la misma organización, deben ser y «saber» como ser «competentes», ignorando la existencia de los órganos económico-financieros, que actúan frente a los demás órganos administrativos al mismo nivel que frente a los particulares que de algún modo entran en relación con los entes públicos. Según esta equivocada idea, el órgano con el que los potenciales contratistas particulares entran en relación debe de ser el encargado de resolver todas las papeletas, desconociendo que cada órgano que interviene en su posible relación contractual tiene fijadas sus atribuciones por lo que a cada uno de ellos corresponderá la resolución de las cuestiones que tenga asignadas, y no otras. La visión «unitaria», del particular es una visión «interesada» y por tanto «práctica» impulsada tanto por razones de celeridad de su expediente como por ser distintos el órgano con el que contrata y aquél otro, que como el económico-financiero, carecen de actuaciones exteriores y permanecen «en la sombra» dentro de la mecánica contractual, cuando son los verdaderos «cerebros grises», potenciadores de las competencias de los restantes, dado que como en principio toda actividad administrativa devenga un gasto, aquella no podrá realizarse sino es con la oportuna cobertura económica.

Alternatividad e intercambiabilidad de las figuras contractuales

La característica de «intercambialidad», de las técnicas jurídico-administrativas, ya señalada por el profesor VILLAR PALASÍ, se mani-

(4) Con frecuencia se olvida el papel «defensivo» de estos comportamientos, dado que la tendencia, tan criticada, de las defensas por los distintos órganos, en sus competencias, contribuye a la defensa de la misma organización en general, y sobre todo a que ésta tienda a ser tal como se representa en los organigramas. Esa inseguridad que se tiene, tanto dentro como fuera de la Administración, sobre las atribuciones de aquellos órganos que carecen de regulación normativa minuciosa, no existe en el supuesto contrario, cuando la distribución orgánica de funciones se ha hecho y, por consiguiente, todo el mundo sabe a qué atenerse. Sin embargo, una interpretación práctica «exclusivista» y «excluyente» de las competencias puede dar origen a situaciones tan extrañas y al mismo tiempo, tan frecuentes, de falta de colaboración, coordinación y entendimiento entre los distintos órganos con alguna participación en la vía contractual (recordemos que éstos son: el centro donde parte la iniciativa, el ministro o subsecretario, la Asesoría Jurídica, la Intervención Delegada). Basta cualquier interpretación particular, montada sobre la competencia del órgano, para levantar obstáculos en tal proceso.

fiesta también en el campo contractual, que se ofrece al expectador profesional del Derecho, a manera de un abanico o *echantillon* de figuras o tipos cuyo uso puede ser manejable (incluso con figuras no jurídicamente calificadas de administrativas), como pueden ser determinados contratos calificados expresamente por la misma Administración de laborales, lo que prueba la identidad sustancial de todos los contratos celebrados por la Administración, así como el hecho de que su posterior denominación depende en gran medida de la discrecionalidad administrativa (5).

El ya tantas veces mencionado Decreto de 4 de abril de 1974, en el último párrafo de su artículo 2.º excluye específicamente «la contratación de profesionales por la Administración», y dispone que continuará regulándose por un Decreto de fecha anterior. Curiosamente, este Decreto de 4 de abril de 1974 con la finalidad ya señalada de regular los contratos de asistencia hace la anterior exclusión, a diferencia de su homónimo, de 4 de abril de 1968, que para nada aludía a la misma. Curiosa también aparece la modificación en la formulación del fin regulador de uno y otro Decreto, ya que mientras el de 1968 aludía a «la contratación de estudios y servicios técnicos con sociedades y empresas consultoras por los Departamentos ministeriales», el que ha venido a sustituirle, en 1974, se autotitula así: Decreto... «por el que se regulan los contratos de asistencia que celebre la Administración del Estado y sus Organismos autónomos con empresas consultoras o de servicios». Creemos que la alteración literaria corresponde a una alteración en la materia obieto de regulación, por lo que no se comprende bien la citada exclusión a no ser que se quiera completar la anterior disposición, reconociendo que en ésta se había producido una omisión. Sin embargo, puede servirnos para montar algunos juicios críticos. Así, por ejemplo, es el de la razón de la exclusión vigente de la normativa específica aparentemente dictada como una especie de manto protector de esos contratos administrativos *sui generis*, que son los de asistencia. Si tan premeditadamente se ha prescindido de cualquier predicado, para calificar dicha asistencia, podría estimarse que la colaboración de los profesionales a que se refiere la exclusión, entra en esa «asistencia», por lo que perfectamente su normativa aplicable podría ser la del Decreto de 4 de abril de 1974. La exclusión es tan expresa y por consiguiente tan imperativa que cabe preguntarse si no intenta el juego de recordarnos la vigencia de una norma que no aparece recogida en las correspondientes recopilaciones de textos legales (6). El hecho, tanto de su

(5) La identidad de resultados y de contenido para la parte contratante particular entre que su contrato de prestación de servicios, se califique de «laboral» o de «administrativo» es tan evidente, que para los mismos interesados ofrece dudas la firma y aceptación de uno y otro contrato.

(6) Manejamos la publicación del BOE, colección textos legales, «Contratos del Estado», Madrid, 1968, pero, a pesar de su antigüedad, no recoge el Decreto de 1968, aunque sí el de 1968. Tácitamente se ha hecho una selección, aunque ignoramos sus criterios, puesto que tan contratos del Estado y, por tanto, «admi-

omisión en este Decreto de 1968 como en su mención expresa en norma tan posterior como es la de 1974, induce a pensar que bajo capa de modificación perfeccionista de una regulación, se haya intentado la alteración conceptual de un contrato, sacándole de la disposición normativa más conforme con su naturaleza real e incluyéndole simultáneamente por la vía de la asimilación legal a otro tipo de contratos. Tanto en el fondo como en la forma, esta asimilación como la no asimilación, se confunde con el contrato administrativo.

Sin embargo, la sujeción expresa de la contratación de los profesionales al Decreto 1742/1968, de 30 de junio, no repercute sobre la calificación «administrativa» de dicha contratación, por lo que la exclusión que estamos comentando, como ya hemos adelantado no tiene ninguna modificación sustancial, dado que tan administrativo es el contrato de asistencia como el celebrado por estos profesionales, que se equipara a cualquier otro contrato celebrado por personal, por la Administración civil del Estado. No encontramos dentro de su articulado, ninguna declaración expresa de su condición administrativa, aunque sí indirectamente cuando en su artículo 1.º se establece esto:

«La contratación de personal por la Administración civil del Estado sólo podrá tener lugar en los casos excepcionales... estará sometida al Derecho administrativo...»

Únicamente en sus anexos I y II, al detallarse las cláusulas que contendrán los dos tipos de contrato tipificados en este Decreto de 1968, se habla expresamente, en el I de «contrato administrativo para la

nistrativos» son unos y otros. Aproximativamente, diríamos que el criterio estaría en confundir los contratos de obras con los del Estado, y excluir a los «contratos de personal» o de «prestación de servicios», por considerar que esta última contratación debe entrar en el terreno funcional, como se comprueba en una simple mirada a otra recopilación del BOE recientemente publicada en abril de 1974, sobre «Funcionarios Civiles del Estado» (3.ª edición), en cuya tabla cronológica de disposiciones se incluye este Decreto de 30 de junio de 1968. La inserción en una u otra recopilación denota cierta intencionalidad a manera de cierta interpretación cuasi-auténtica, sobre la naturaleza o características de uno y otro contrato, cuando los contratos administrativos de trabajos específicos son «contratos de prestación de servicios e incluso de obra» (aunque no por supuesto identificables con el clásico y tradicional «contrato de obras públicas»). Resulta curioso cómo la elección de un criterio, arbitrario, en cuanto no razonado, tiene más trascendencia que la puramente superficial, dado que por la aproximación material, se incluyen en el mismo cuerpo legal, las disposiciones legales sobre los funcionarios públicos y las disposiciones «contractuales» sobre aquellas otras personas que prestan sus servicios personales y colaboran con la Administración junto con los funcionarios, como si concibiese los servicios prestados por éstos también como contractuales. Por eso, hablamos de que la forma de la recopilación, tiene trascendencia, porque indirectamente se define sobre la naturaleza conceptual de la relación funcional. Sabemos que el artículo 2.º, 1.º, de la Ley de Revisión de la Ley ... 1) La relación de servicios y los contratos sobre personal regulados en la legislación sobre funcionarios y, en su caso, en la laboral», pero esto no obstaculiza ni disminuye nuestra crítica, porque antes habrá que preguntarse que es lo decisivo en estos contratos administrativos de trabajos específicos: si la prestación de sus servicios por determinadas personas o la obra un trabajo específico en que se ha de materializar tal prestación.

realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia» y en el II de «contrato administrativo de colaboración temporal».

Aunque de acuerdo con esta norma, a pesar de su rasgo común de contrato administrativo podría haber cierta diferenciación entre el contrato de asistencia y el contrato para la realización de trabajos específicos, puesto que el contenido de sus cláusulas, así como el número de éstas, es distinto en uno y otro contrato; incluso, pudiera decirse que la separación es puramente en función del distinto clausulado. De conformidad con cada normativa específica, la contratación de los profesionales debería hacerse exclusivamente por la vía de su normativa particular mediante la elaboración de un contrato de trabajos específicos u otro de colaboración temporal. La práctica introduce algunas modificaciones en este planteamiento; al tener la misma consignación presupuestaria, tanto la colaboración temporal como la realización de trabajos específicos, se financiarán a través del mismo crédito presupuestario. Es entonces, una vez que dicho crédito está agotado, cuando se plantea la cuestión que nos ha servido para titular el presente epígrafe. Si el trabajo que se quiere realice determinado profesional, no puede quedar encajado ni ser objeto de un contrato de trabajos específicos, y si dicho estudio se considera muy necesario para un Departamento, se precisará acudir a la vía ofrecida por los «contratos de asistencia», por lo que la celebración, bien de este contrato o bien del de realización de trabajos específicos dependerá de algo tan circunstancial y variable como es la situación en que se encuentre el crédito abierto para la contratación de trabajos específicos. No será, pues, una razón de fondo ni siquiera una razón formal la que explique la celebración de cualquiera de estos contratos, sino más bien una causa puramente práctica como es la relacionada con la situación presupuestaria, la que engendra la correlativa posibilidad o imposibilidad de acudir a una u otra forma y tipo de contrato. Frente a la norma que ignora todos estos condicionamientos prácticos, que impone aparentemente con cierto rigor el empleo de un determinado contrato, prefijando cuál ha de ser su contenido, se levanta una práctica administrativa que supera todas las disquisiciones conceptuales y jurídicas, en aras del cumplimiento de la verdadera función administrativa, como es la de posibilitar constantemente la propia actividad de la Administración pública. Si ésta no tuviera el recurso técnico de la intercambiabilidad de las figuras contractuales, se produciría su estancamiento, con la consiguiente incidencia sobre el funcionamiento de sus servicios y órganos. Tenemos así un supuesto más que añadir a la larga serie de ellos, en los que la experiencia, la misma rutina y práctica de los órganos administrativos buscan salidas ante un conjunto de normas, cuya independencia parece justifica la separación total de la materia regulada, cuando la realidad prueba que su conexión es imprescindible.

La elaboración de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares

La primera pregunta que surge sobre ellos es la de qué órgano administrativo debe ser su autor. Ni la Ley de Contratos del Estado ni las disposiciones específicas (véase como muestra el Decreto de 4 de abril de 1974) dan una respuesta clara; sólo es la interpretación y la lógica deductiva las que nos dicen o pueden decirnos algo sobre el particular. Aquí también tenemos que referirnos a la idea de «expediente», mencionada en los artículos 24 y siguientes de dicha Ley. Una cosa es que «el órgano de contratación competente», como dice ese artículo 24, acuerde abrir «la adjudicación» previa aprobación del indicado pliego, y otra muy distinta que la elaboración se haga por el mismo órgano. El artículo 20 nos ofrece una pista, con una terminología muy típica dentro de este muestrario de imprecisiones que vamos destacando, diciendo que «a todo contrato de obras procederán las siguientes actuaciones administrativas... 2. Redacción y aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares». Por lo dicho anteriormente, conocemos ya el órgano que aprueba, pero continuamos ignorando quién es el que ha de redactarle. Es obvio de que tal operación es una «actuación administrativa», pero ¿de quién? He aquí otro interrogante, y buena prueba de cómo las normas se desenvuelven en sus precisiones en el terreno de los altos niveles y de las grandes alturas. La ausencia de previsiones de más bajo nivel puede suscitar problemas en una etapa como la presente, en la que tanto proliferan las reformas y reorganizaciones de la Administración pública. Siguiendo con la lógica, lo ideal sería que tal redacción del pliego tuviese un punto de partida común para todos los Departamentos, o al menos dentro de cada Departamento ministerial. No es así en la mayoría de los casos: si existiera un órgano central —ya servicio o Subdirección General—, o cualquier otro nivel superior encargado de ello (órgano central encargado de la contratación a nivel de estas «actuaciones administrativas» previas). Al no haberlo, en la práctica resulta que de estas actuaciones son obra de órganos inferiores (a veces, a nivel de sección) que se encuentran entre la espada y la pared, dado que, por otra parte, tienen otras funciones —y no la exclusiva de contratar—, y por otro, su intervención no hará más que retrasar el mismo procedimiento contractual.

La única razón reside en esas relaciones in'erorgánicas y de prestigio, con tanto, peso dentro de la Administración; si una Asesoría Jurídica deberá intervenir más tarde para poner «objecciones» no se comprende bien por qué su actuación no puede ser anterior, dado que si el pliego tiene eminente carácter jurídico, parece que el órgano más idóneo para su elaboración es la citada Asesoría, bien aislada bien conjuntamente con el órgano específicamente consagrado

a la contratación, existente generalmente en todos los Departamentos ministeriales. Se acumulan, pues, órganos en el *iter* contractual y se busca simultáneamente, la mayor celeridad. En lugar de ir por el camino de la reducción de órganos participantes, se va por el absurdo de elevar su número, por lo que una vez más se demuestra las singulares razones del modo de actuar administrativo. ¿A quién habrá que imputar los posibles retrasos en la contratación? Porque la mayor paradoja es que al anterior absurdo, se añade un precepto expreso, que desconociéndole, impone la celeridad adecuada. Es en el artículo 20, último párrafo donde se dispone:

«La Administración realizará las actuaciones preparatorias con la antelación precisa, a fin de que estén, estimadas en la fecha prevista para la celebración del contrato y consiguiente iniciación de los trabajos con arreglo a los planes o programas correspondiente.»

Mandatos normativos como los de «se elaborarán...», empiezan por diluirse por la misma Administración, en su creciente y compleja organización para luego exigirse por la misma, como el ejecutor que levanta la espada de Damocles sobre el órgano de rango inferior que todo lo más que puede hacer, es «proponer» o más bien «proponer a su inmediato jefe» que será de donde realmente parta la verdadera proposición al órgano de contratación, asimismo verdaderamente competente. En la práctica, será ese órgano el encargado de hacer todo, y por lo tanto de «preparar la base» sobre la que se irán acumulando todas las actuaciones accesorias, que nunca podrán marcarse como tan principales como aquellas, ya que a la postre serán añadidos. Otra novedad «práctica» frente a la pureza normativa.

La centralización, dentro de cada Departamento, en la preparación de esta clase de pliegos será fácilmente viable, dado que la otra clase del pliego, como es el de las cláusulas administrativas generales, es «competencia» del Gobierno (artículo 15, párr. 2.º), por lo que se está pensando en que el pliego de cláusulas particulares sea el de cada Departamento, aunque este sentido tampoco es claro, al establecerse cierta relación con cada contrato en particular (véase, como muestra, el artículo 2.º del Decreto 1005/1974, de 4 de abril). Tal como está la situación legal actual, es concebible tanto un contrato con su correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares como un pliego de tal clase, de ámbito ministerial o departamental. Desde el primer ángulo se subrayan las particularidades de cada contrato, sobre lo que había que preguntarse bastante (hasta qué punto no se complica con exceso el procedimiento contractual), mientras que desde el segundo, se eliminan tales excesos, y se acelera la tramitación de los contratos administrativos (una de sus cláusulas sería la contemplada, y sería la prevista en el artículo 13 del Decreto citado de 4 de abril de 1974).

Ordenamiento contractual común y Ordenamientos singulares

La proliferación de normas a que nos hemos referido en un apartado anterior, ocasiona dudas en la interpretación sobre la prioridad o superior jerarquía de cada una de ellas, lo que puede tener graves consecuencias en la práctica. Manejemos un supuesto: la prioridad o preferencia del Decreto, ya citado, 1005/1974, de 4 de abril, y la vigente Ley de Contratos del Estado, texto articulado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

Si atendemos al rango externo y formal de cada una de esas normas tendríamos que inclinarnos para la siguiente solución: predominio del texto legal sobre el del Decreto. Sin embargo, si profundizamos un poco más obtendremos otra conclusión, como es la de que se deduce del artículo 1.º de este Decreto, que imperativamente establece su aplicación para los «Contratos de asistencia que se celebren por la Administración del Estado y sus Organismos autónomos, con empresas consultoras o de servicios», admitiendo sólo una aplicación supletoria o subsidiaria de «la Legislación de Contratos del Estado..., en especial, los referentes al contrato de obras».

Del anterior criterio es evidente que el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, se impone preferentemente en la regulación de los contratos administrativos que contempla. El tema no tendría otras consecuencias que las de la aplicación de una norma determinada si no fuera porque dicha norma no se limita a regular *ex novo* y *ex toto*, sino que como muchísimas normas especiales la regulación especial es, a veces, más limitativa que la general. Tenemos el caso de los supuestos de contratación directa. El artículo 9.º del Decreto, salvo en una modificación cuantitativa, reproduce con ligeros retoques gramaticales el artículo 37 de la Ley de Contratos. Dicha modificación, así como la redacción suscitan dos problemas: 1.º) Resulta que mientras, según la Ley, todos los contratos de obras inferiores a cinco millones de pesetas pueden ser objeto de la indicada contratación para el Decreto lo serán únicamente aquellos contratos de asistencia de cuantía inferior a tres millones. ¿Cuál ha sido la razón legal para esta reducción? Aparentemente una muy simple, como es la de que los contratos de asistencia, aun siendo contratos de obras, en virtud de la remisión hecha en el artículo 1.º del Decreto, se tratarán de obras de menos relieve, tanto material como económico, que las que comúnmente suele considerarse como «obras públicas». Ahora bien, esta es una razón aparential, dado que la nueva realidad económica, así como las nuevas actividades administrativas en el campo de la planificación económica, nos ofrecen la posibilidad de ver concertadas asistencias técnicas, con empresas consultoras o de servicios, por elevados presupuestos económicos, que nada tienen que envidiar a los de las más clásicas «obras públicas». Si esto es así, puede suceder que una previsión legal hecha en función de una mayor flexibilidad contractual, desaparezca por

una sencilla modificación reglamentaria, pensada por causa tan rudimentaria como la expuesta. Sin embargo, subsiste el interrogante de la aplicación supletoria de la Ley de Contratos del Estado, por cuanto para los potenciales contratistas resulta más beneficiosa la previsión legal. Cabría decir que también para la misma Administración pública, al ser evidente que se amplían considerablemente las posibilidades de la contratación directa por la misma. Si rigiera la lógica y la unidad de criterios en la interpretación y aplicación coordinada de los distintos textos normativos, la última interpretación no sería desechada por lo que a continuación indicaremos. 2.º) En el texto legal de Contratos del Estado por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, se añadió un último párrafo al que ya nos hemos referido en algún apartado anterior, al artículo 37, por el que se obliga al órgano de contratación, a consultar a tres empresas antes de realizar la adjudicación directa. El Decreto, ya citado, regulador de los contratos de asistencia, aun siendo de fecha posterior a la anterior medida, y aun cuando tipifica los distintos casos de contratación directa, no alude para nada a esa medida obligatoria de consultar a tres empresas, por lo que en seguida surge el interrogante de su aplicación. Si considerásemos que el Decreto regulador de los contratos de asistencia regula todas sus particularidades —de las cuales una podría ser ésta—, dicha medida obligatoria no tendría aplicación para los contratos de asistencia, por lo que en ellos la Administración podría contratar directamente, sin necesidad de tener que cumplir el requisito previo de consulta a tres empresas. En la práctica no es así, y por consiguiente se exige la aplicación y observancia de dicho requisito, también, para estos contratos de asistencia, planteando, creemos, la dualidad de interpretación a que nos hemos referido: ¿Por qué aplicar el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, única y exclusivamente, para la contratación directa cuando la cuantía de los contratos de asistencia sea inferior a tres millones, y no aplicar la misma posibilidad, a los que no alcancen los cinco millones, pero sean superiores a tres, de conformidad con la previsión en tal sentido de la Ley de Contratos del Estado? ¿Por qué aplicar esta última Ley, en su exigencia de consultar a tres empresas para que la contratación directa sea posible, cuando esta medida se omite expresamente en la regulación específica contenida en el Decreto? En resumen, ¿por qué aplicar distintos criterios y distintas normas y en función de qué supuestos? Si la supletoriedad de la legislación de contratos del Estado es total queda excluida automáticamente cualquier aplicación parcial; resulta sumamente mecánico aplicar en algunos casos el criterio de la disposición expresa, mientras que otros se hace recurriendo a la omisión, ya que nos parece evidente que en este último caso hay un intento normativo de aplicación exclusiva, ya que si en el artículo 9 al enumerar las distintas hipótesis de contratación directa se hace una reproducción casi literal del precepto legal que los regula, con la única variación ya señalada de rebajar de cinco millones, a tres, quiere decir para nosotros

que en el Decreto se excluye la exigencia legal tantas veces citada de la previa consulta a tres empresas, para posibilitar la contratación directa, lo que se confirma por la misma fecha de su publicación, bastante posterior, como es manifiesto, a la Ley de Revisión de la de Contratos del Estado, de 17 de marzo de 1973.

Otra manifestación de la posible compatibilidad y armonía de los distintos textos normativos en materia contractual, la tendríamos por la vía del contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares, ya que en el artículo 4.º del Decreto, tantas veces citado, de 4 de abril de 1974, enumera los extremos mínimos que debe contener dicho pliego, con tal intensidad expresiva que puede aparecer difícil la compaginación de su condición de «mínimos» con otros, que son normales y comunes en los pliegos de cláusulas administrativas particulares elaborados en el campo contractual común, planteándose el problema de la fuerza de la misma regulación específica. Al considerarse como mínimos, puede deducirse que los extremos que todo pliego en materia de contratos de asistencia, debe contener en virtud del artículo 4.º del Decreto de 4 de abril son los más importantes e imprescindibles cuando no es así, dado que alguno de ellos figuran en el pliego de cualquier otro tipo de contrato administrativo, mientras que otros extremos que aparecen contemplados en estos otros contratos no tienen ninguna referencia en el mencionado artículo y sin embargo sin ellos difícilmente podría celebrarse contrato (tales extremos podrían ser los de personas que puedan contratar, lugar de presentación de las proposiciones, tiempo de la publicación del pliego o lugar en el que se encuentre de manifiesto, etc.). Incluso en alguno de los extremos mínimos se observa fallos, en su formulación, como es el ejemplo del apartado g) del artículo 4.º que en sí mismo es incompleto, por cuanto se remite al artículo 10 de la misma disposición, pero es que, a su vez, esta remisión no es suficiente, dado que este último precepto enumera unas formas o modalidades de fianza definitiva, de manera alternativa y posibilista, ya que las que sugiere juegan subsidiariamente frente aquellas otras posibles que hayan podido elegirse, surgiendo también el problema de qué parte contratante tendrá facultad de hacer la elección. Parece que punto tan importante como es este habría exigido mayor precisión normativa, siendo la práctica la que se está encargando de introducir la solución, ya que por regla general sobre esto último se reconoce otras formas de fianza con mayor operatividad, a favor de la empresa adjudicataria (decidiéndose, pues, por la vía de la contratación en concreto, extremos que deberían haberse considerado por una norma singular que tan específicamente se ha detenido sobre otros).

La lista, como se ve, de problemas e inconvenientes que surgen continuamente a la hora de la aplicación coordinada de los distintos textos reguladores, en materia de contratación pública, es preocupante y creemos que sobre ello debe llamarse la atención para evitar hacerla mayor, ya que como sigamos por el camino iniciado de las

particularidades corremos el riesgo de desmontar e inutilizar la generalidad de la legislación, cuya principal virtud, en su nacimiento y aparición fue la de tal oportunidad: cubrir con carácter general aquello hasta ella era objeto de múltiples normas.

Sanciones en la contratación administrativa

Es otro de los supuestos en que puede haber diferencias entre la previsión legal y la práctica contractual. Dentro de la Ley de Contratos del Estado el artículo 53 enumera las sanciones, de manera tan breve y sintética que forzosamente se impone el complemento reglamentario. A tal objeto creemos responden los artículos 158 y siguientes del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre. Se nota entre la norma legal principal y la norma reglamentaria secundaria y complementaria alguna diferencia como la siguiente:

Mientras que en el artículo 52 de la Ley hace la siguiente declaración:

«Son causas de resolución del Contrato de Obras:

1. El incumplimiento de las cláusulas contenidas en el mismo.»

El Reglamento citado, en su artículo 159, hace esta otra declaración:

«El incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato autoriza a la Administración para exigir su estricto cumplimiento o bien acordar la resolución del mismo.»

Es bien extensible la diferencia entre uno y otro texto, dado que mientras que el legal parece presuponer la concurrencia del incumplimiento de varias cláusulas, para dar por presente una causa de resolución del contrato, el reglamento parece entender que el incumplimiento de cualquiera de ellas—bastante que sólo sea una—dará lugar al juego de dicha cláusula. No obstante, esta diferencia de sentido y de alcance de cada uno de estos textos se corrige en función de otra previsión también legal, como es la que se contiene en el último párrafo de ese artículo 52:

«Reglamentariamente se definirá el régimen específico de las causas de resolución establecidas por el presente artículo.»

¿Hasta qué punto el mandato reglamentario ya transcrito está de acuerdo con esta salvedad legal?, o lo que es igual, con otras pala-

bras, ¿puede decirse que la declaración reglamentaria ha cumplido y observado el mandato legal, o no se trata más bien de un exceso por dicha vía en relación con el límite, que aunque vago y genérico, lo es impuesto por una ley? Es evidente que con el reglamento en la mano la Administración pública ve ampliadas considerablemente sus facultades discrecionales en orden a la resolución de sus contratos administrativos, ya que no es lo mismo prescribir ésta por el incumplimiento de varias cláusulas que por una de ellas, cualquiera que sea su importancia dentro del contenido del contrato. Tal como están los textos es visible la diferencia que la misma causa de resolución tiene en la esfera legal y en la reglamentaria; al parecer es suficiente que se desarrolle por vía de reglamento, la correspondiente previsión legal, para entender cumplida ésta, cualquiera que sea la redacción de aquélla, con lo que queremos decir que ha bastado que exista una disposición reglamentaria para considerar que se ha cumplido el precepto legal que se remite a dicha disposición para definir «el régimen específico de las causas de la resolución» del contrato, que en él se prevén (7).

No es de extrañar, por tanto, el juego de todas las normas especiales en materia contractual tanto en el tema de nuestro epígrafe como en el anejo de las causas de resolución del contrato. Basta con acercarse a cualquiera de tales normas, y en particular a la que nos estamos refiriendo con frecuencia como es la reguladora de los contratos de asistencia, en cuyo artículo 4.º incluye, entre los extremos que inevitablemente debe de contemplar el pliego de cláusulas administrativas particulares, a elaborar para cualquier contrato de tal clase, los relativos a:

(7) Estas diferencias sólo tienen explicación en los sistemas que carezcan de control de legalidad así como de la correspondiente nulidad ex officio de los excesos reglamentarios sobre las medidas legales; no son suficientes medidas parciales como las contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, donde por una parte se impone a los jueces la obligación de aplicar sólo las leyes y no los reglamentos, en lo que sean contrarios a ellas, así como tampoco lo previsto en la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado que si bien atribuye a la Administración una potestad reglamentaria, lo hace presuponiendo el respeto a las leyes, respeto que puede infringirse en los casos tan frecuentes de reconocimiento legal a favor de la Administración de la facultad de dictar el reglamento de ejecución o aplicación, lo que se suele aprovechar por la Administración, para ampliar o modificar el alcance de la respectiva ley. No es de extrañar por esto, que la Administración haya alterado muchas veces el sentido de unas leyes, al dictar su reglamento, lo que ha tenido alguna mención en una frase de un conocido político francés: «Se ha logrado la aprobación de la ley, pero la Administración, el ejecutivo, tiene que dictar el reglamento y veremos... cómo y cuándo lo hace», con lo que significaba la importancia práctica de la medida reglamentaria, al no haber, con posterioridad a su dictado, un cotejo o compulsas con el propósito legal. De ahí la importancia de la pregunta: ¿basta la forma reglamentaria, o además, se requerirá su conformidad con la regulación legal material, cuando esta última se remita a aquélla? Por lo que aquí decimos es obvio que para nosotros la respuesta es y debe ser negativa por lo que respecta a la primera parte de la pregunta y positiva, por lo que toca a la segunda.

«f) las penalidades por incumplimiento del plazo de ejecución de la prestación

.....

h) las causas especiales de resolución del contrato».

Si al anterior exceso reglamentario que acabamos de reseñar unimos la redacción de los apartados anteriores, la consecuencia fácilmente deducible es la de que se amplían aún más las ya comentadas facultades discrecionales de la Administración pública en aspectos tan esenciales de la Contratación Pública como son los que estamos analizando: penalidades y causas de la resolución contractual. No se comprende cómo, existiendo una regulación tan minuciosa del primero de dichos aspectos, en el Reglamento General de Contratación, donde se dedica toda una sección, artículos 137 al 141, ambos inclusive, a la regulación del cumplimiento de los plazos previstos para la ejecución del objeto del contrato. Lo mismo puede afirmarse respecto de la tipificación reglamentaria de las causas de resolución. ¿Cómo es posible imaginar que una normativa pretendida y buscadamente general y común pueda dejar olvidada u omitida alguna penalidad o causa de resolución, de algún interés y significado? ¿Hasta qué punto es posible que por normas de ramo tan inferior como pueden ser los pliegos de cláusulas administrativas particulares, prevean causas especiales?, lo que es tanto como plantearnos la eficacia que realmente puedan tener previsiones de tal tipo, ya que una cosa es que una disposición prevea la posibilidad de tales singularidades y otra muy distinta es que luego sean viables, porque esta dicotomía tiene reiterado reflejo en nuestro Ordenamiento jurídico, donde la abundancia normativa tiende a justificarse por vía casuística y de detalle, aunque el casuismo sea en la vida real después inoperante, quedándose aquél en un puro monumento literario con repercusión sólo en las recopilaciones legales (y a veces ni siquiera esto).

Sin embargo, existe ya una primera virtualidad, como es la de que las autoridades administrativas con carácter de órgano de contratación, dispongan «prima facie» de una facultad configuradora, que puede y pudiera tener gran relieve práctico, pero que de hecho no tiene por las limitaciones ya señaladas, ya que la misma contratación está sujeta a ciertos límites de celeridad, incompatibles con una meditación reflexiva por dichos órganos de qué otras causas especiales de resolución o qué otras penalidades, podían intervenir en el desarrollo del contrato. Es fácil presumir el pensamiento de tales órganos, que saldrán al paso con una remisión en bloque a la normativa ya existente—Ley de Contratos y Reglamento General de Contratación—, sobre tales aspectos, aunque insistimos, la posibilidad existe y es o puede ser un factor de perturbación para todos, incluso para los mismos órganos de contratación y por supuesto para los órganos con alguna intervención en el proceso contractual, sobre

todo en los que desempeña algún papel a su comienzo, como son los centros que proponen el contrato y para los que la existencia de normas como la del Decreto de 4 de abril de 1974, ya citadas, suscita múltiples interrogantes sobre la manera en que puedan tener algún reflejo en lo que ellos hacen y elaboran: ¿Qué causa especial de solución puede imaginar un órgano de este rango, a parte de las que ya están expresamente enunciadas en los textos, legales reglamentarios, de contratos del Estado?

V. R. VÁZQUEZ DE PRADA