

I.- ESPAÑA

DOS REGULACIONES ORGANICAS DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *La Ley de 20 de diciembre de 1952 y el Reglamento de 9 de enero de 1953; la delegación legislativa para regular la contratación en la esfera institucional.* 2. *Defectos de técnica legislativa; digresión sobre este tema.*—II. EL NUEVO CAPÍTULO V DE LA LEY DE ADMINISTRACIÓN Y CONTABILIDAD DEL ESTADO: 1. *En relación con la suspensión, reforma y técnica de esta Ley.* 2. *Estructura del nuevo capítulo V y consecuencias dogmáticas sobre el contrato administrativo.* 3. *Las incapacidades para ser contratista; posibles efectos; incapacidades e incompatibilidades; la derogación del sistema de subasta en quiebra del antiguo artículo 51.* 4. *Sistemas de contratación: a) El principio de contratista interpuesto y la ejecución por gestión directa. b) Los tipos de contratación. c) El principio de subasta.* 5. *Análisis de los supuestos legitimadores del procedimiento de concurso.* 6. *Idem de la contratación por concierto directo.* 7. *En especial, el sistema de destajos.* 8. *Normas accesorias.*—III. EL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES: 1. *La posición fundamental frente a los contratos de la Administración: negación de la teoría del contrato administrativo; crítica.* 2. *Sistemas de contratación.* 3. *Perfección, formalización y cumplimiento de los contratos locales; el ius variandi; la revisión de precios.* 4. *Resolución, rescisión, denuncia; ¿ejecutoriedad a favor del contratista?* 5. *Garantías del contratista; imposición del principio ultra vires.*

I

1.—En el corto espacio de menos de dos meses se han promulgado sendas regulaciones de la contratación administrativa que revisten una importancia extraordinaria por cubrir la totalidad de los ámbitos administrativos central y local. Como a la vez una cláusula expresa de autorización ha abierto el campo para una reglamentación de la materia en lo que se refiere a la Administración institucional, podemos bien decir que estamos en presencia de un propósito de regulación orgánica completa llamado a tener, por consiguiente, una importancia decisiva.

La ordenación de la contratación administrativa en la esfera de la Administración central ha sido llevada a cabo por la Ley de 20 de diciembre de 1952, que ha dado nueva redacción al capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado (el texto legislativo dice

«de la Hacienda pública») de 1.º de julio de 1911, relativo a los contratos para la ejecución de obras y servicios públicos (1).

Por su parte, la ordenación de la contratación en la esfera de las Administraciones locales se ha realizado mediante el Decreto de 9 de enero de 1953, que ha aprobado el «Reglamento de contratación de las Corporaciones locales», dictado en ejecución de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 (2).

La misma Ley citada de 20 de diciembre de 1952 ha otorgado en su artículo 2.º, autorización al Consejo de Ministros para dictar la reglamentación especial con destino a las Administraciones autónomas, para lo cual no señala otros criterios que dos: se tratará, en primer lugar, de una «adaptación de los preceptos de esta Ley», o sea del nuevo capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, y, en segundo lugar, deberá tener «presentes las particularidades de cada una de ellas [de tales Administraciones] en orden al normal funcionamiento de los servicios a su cargo». La autorización legislativa es, pues, de la máxima amplitud.

2.—La trascendencia del propósito legislativo y su carácter orgánico y total debería haber impuesto, por de pronto, una unidad de criterio en la regulación de la materia; luego, una madurez doctrinal con relación al problema; por último, una clara discriminación de las finalidades a lograr. Una vez más, todas estas exigencias de técnica legislativa, que se unifican en realidad en los dos principios de unidad de sistema y de rigor técnico, han sido sólo medianamente atendidas. El mismo propósito legislativo debe ser celebrado, desde luego, por la doctrina administrativista. Su realización, sin embargo, sólo con reparos de cierta importancia podría merecer la misma aceptación.

Difícilmente podría encontrarse otro ejemplo en que tan claramente nuestra Administración haya revelado la deficiencia que acusa respecto a su técnica legislativa, en amplio sentido. En menos de un mes han salido de sus manos dos regulaciones orgánicas de una importancia extraordinaria sobre el mismo tema, y en tal ocasión lo ha hecho mediante criterios, no ya unificados, sino en muchos puntos positivamente contrarios.

La antinomia creo que tiene en esta ocasión la máxima amplitud. En uno de los cuerpos legales se parte de una noción dogmática determinada del contrato administrativo; en otro, de la opuesta. El rigor técnico que, incluso con afán excesivo, luce en una de las regulaciones contrasta sobremanera con la notable imperfección visible en la otra. Finalmente, y aparte de aquella diferencia de concepción general, en el or-

(1) Publicada en el «B. O. del Estado» del día 24 de diciembre de 1952.

(2) Este Reglamento ha sido publicado por el «B. O. del Estado» del día 13 de febrero de 1953.

den simple de las soluciones materiales supuestos idénticos encuentran en uno y otro caso calificaciones y consecuencias distintas y hasta contradictorias. Aclaremos que en ningún caso estas discrepancias están justificadas en la peculiaridad de los distintos órdenes administrativos a que respectivamente una y otra regulación se destinan. Se trata de una contradicción pura y simple, sin lenitivos.

Una primera meditación, por consecuencia, sin entrar todavía en el fondo del tema: la necesidad evidente de que nuestra Administración se ponga de acuerdo consigo misma. En concreto, la oportunidad de establecer un procedimiento de legiferación que con criterios unitarios pueda directamente responsabilizarse en tan grave tarea. Si aprovechamos esta misma experiencia para tratar de recoger algún criterio respecto a este problema saldría a primer plano el dato de la superioridad técnica, que, una vez más, y sin perjuicio de la tara dogmática, grave en mi opinión, que la aqueja, la regulación de la esfera local manifiesta respecto a la de la esfera central. Sigue acusándose, pues, la discrepancia entre los dos regímenes administrativos, que, como se sabe, llega en nuestro derecho incluso a los puntos claves: por ejemplo, frente a la negación de la responsabilidad civil del Estado, la afirmación plena de esta responsabilidad para las Administraciones locales; frente a la restricción de garantías jurisdiccionales en la esfera central, que no comprenden la base misma de la garantía administrativa que es el recurso equívocamente llamado objetivo, y que, por otra parte, priva de protección jurisdiccional a sus propios funcionarios, frente a esto, la plenitud de garantías jurisdiccionales en el ámbito de la Administración local. Si seguimos comparando las regulaciones paralelas que la Administración central y la Administración local tienen en nuestro Derecho casi siempre llegaremos al mismo resultado. Las regulaciones referentes a la Administración central revelan muy agudamente el casuismo de soluciones determinado en buena parte por los oportunismos de cada día, cuya ordenación sistemática encuentra normalmente una resistencia por parte de las propias organizaciones burocráticas, que no sólo suelen ser contrarias a la rectificación de prácticas y hábitos, sino que también han acomodado ya sus posibilidades de actuación práctica a los resquicios y a las mismas deficiencias legales, tanto como a sus preceptos más regulares, y temen en definitiva que cada cambio pueda alterar de alguna manera su economía de posibilidades de hecho, su margen real de actuación. Las regulaciones de la Administración local, por el contrario, por lo mismo que dictadas mediante un órgano que no sólo no es una Administración local sino que gobierna y tutela a éstas, han podido acomodarse a una técnica «planificada» más expedita. Por eso suelen ser construcciones racionales que rara vez reflejan las resultantes de la dinámica de las burocracias. La experiencia es de primer orden, con vistas a una

concepción administrativa y a las técnicas propias de una reorganización de la misma.

La adopción del esquema elemental de mando *Staff and line* en nuestra organización, y en concreto en nuestra técnica de legiferación, se revela con ello ineludible. Aludimos a la separación entre órganos activos y de planeamiento, que, como se sabe, procede de la experiencia militar, tan sensible al valor eficacia (3), y que se ha elevado a dogma de la organización administrativa (4). Acaso la adopción de este nombre a la moda, o el usual en nuestra patria de «gabinetes técnicos» (5), tuviese la virtud de revitalizar una institución concebida y nacida para esto, pero víctima quizá, como todas las aristocracias, de su propio prestigio histórico: el Consejo de Estado, verdadero «Gabinete técnico central» (6) especializado en los propios problemas estructurales, orgánicos y jurídicos de la Administración. Particularmente en la generalidad de los

(3) El sistema de *Staff* o de Estado Mayor procede, como es sabido, del Ejército prusiano, de donde, a finales del siglo pasado, lo tomaron como ejemplo la generalidad de los Ejércitos europeos. Vid. E. CANEVARI, *Lo stato maggiore germanico*, 3.ª edición, Verona, 1942, con datos interesantes, aunque obra elemental. La distinción entre mando de línea (*line*) y Estado Mayor es hoy una de las claves de la organización militar, sin la cual serían inconcebibles las guerras modernas, con su fabulosa complejidad de elementos.

(4) A partir del ejemplo militar, el sistema de *Staff and line* fué propuesto para la Administración en general, tanto de empresas privadas como de intereses públicos, por la conocida obra de Henri FAYOL *Administration industrielle et générale*, París, 1920, uno de los tratados clásicos de la técnica de la organización y de la racionalización de empresas. Esta obra desarrolla su principal influencia en los países anglosajones, que es donde ya el esquema va a ser teorizado y aplicado para la Administración pública. Pueden verse amplias referencias en L. D. WHITE, *Introduction to the Study of Public Administration*, 3.ª ed., 5.ª impresión, New York, 1951, págs. 25 y ss.: él mismo adopta el esquema en su exposición de la organización administrativa; vid. sobre el sistema de *Staff*, en particular, págs. 57 y ss. Vid. también, para la experiencia británica, también sobre el mismo esquema, J. R. SIMPSON, *O and M in British Government Departments*, en «Revue Internationale des Sciences Administratives», 1952, págs. 187 y ss. La cuestión está aludida generalmente en la mayoría de los trabajos de racionalización administrativa, con mayor o menor conciencia. Vid., por ejemplo (la bibliografía es extensísima), el trabajo de J. F. FUEYO en esta REVISTA, núm. 5, págs. 61 y ss.; E. HIJMANS, *Government structure engineering*, en el mismo número citado de la «Revue International des S. A.», págs. 204 y ss., y en particular, pág. 211; G. ARDANT, *Téchnique de 'Etat*, París, 1953, págs. 62 y ss.

(5) Un eco de esta tendencia general dentro de nuestra patria está en la proliferación de los famosos «gabinetes técnicos», cuya más alta expresión esté acaso en las «Secretarías Generales» de Ministerios, en vías de generalización; es curioso que, sin embargo, este sistema no haya merecido comentarios especiales, ni siquiera desde el ángulo fundamental de la innovación que representan en nuestra clásica estructura departamental. Bien podemos decir, por lo que ahora interesa, que las técnicas de planeamiento general y de racionalización organizativa específica no han granado ni medianamente en nuestra Administración pública, tan necesitada de ellas, por lo demás.

(6) Cfr. N. M. PEARSON, *A General Administrative Staff to aid the President*, en «Public Administration Review», 1944, pág. 127. No es casualidad que el Consejo de Estado, como figura histórica, haya sido la obra del militar Napoleón.

países donde la institución existe, la misión de unificar y tecnificar la actividad legislativa y reglamentaria le ha sido precisamente atribuida (7). Pero esta consideración nos llevaría muy lejos y a un tema distinto del que ahora tratamos: al tema de la necesaria, radical y urgente reforma del Consejo de Estado en nuestra patria.

II

1.—La Ley de 20 de diciembre de 1952 hace exposición en su preámbulo de cómo el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado fué suspendido por el Decreto-ley de 22 de octubre de 1936, con ocasión de las circunstancias de nuestra Guerra, dándose a sí misma la significación de un restablecimiento de vigencia de este capítulo, con las modificaciones que las nuevas circunstancias imponen.

Podía fácilmente abrirse polémica sobre esta afirmación del preámbulo de la Ley de que la suspensión del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad acordada por el Decreto-ley de 22 de octubre de 1936 ha debido entenderse eficaz hasta este momento. En el propio seno de nuestra Administración se entendía que tal Decreto-ley había perdido su razón de vigencia con la desaparición de las circunstancias excepcionales (nuestra Guerra civil, «la organización *transitoria* del nuevo Estado español»), en el propio lenguaje de su parte dispositiva) que expresamente le habían dado motivo. Está hecho público, en los tomos publicados que resumen la doctrina de sus consultas, que ésta había llegado a ser la tesis mantenida por el Consejo de Estado (8). Es ocasión, sin embargo, más que de desenterrar muertos, de congratularse sinceramente de que, por lo menos, esta grave incertidumbre sobre la aplicación de normas tan fundamentales para la vida administrativa se haya resuelto, cerrándose con ello la posibilidad de una discrecionalidad pura, sin criterios siquiera, en esta materia. Permítasenos decir únicamente que, en realidad, esta posición del preámbulo no sólo no está luego reflejada en el articulado, sino más bien lo contrario, pues: 1.º, la parte dispositiva de la Ley dice «el texto del capítulo V de la Ley de

(7) Vid. sobre esto la vivaz y aguda exposición del MARQUÉS DE LAS MARISMAS, *La institución del Consejo de Estado en la actualidad*, en el núm. 1 de esta REVISTA.

(8) Vid. Consejo de Estado, *Reconstrucción de doctrina legal 1940-1943*, Madrid, 1944, pág. 37, doctrina de las consultas 138, 140, 141 y 142, en las que ya en 1941 se hace preceptiva la aplicación de las normas del capítulo V. *Idem 1943-1945*, págs. 50-51, consultas 944, 975, 994 y 1.000. *Idem 1945-1946*, págs. 84-86, consultas 1.637, 1.914, 1.964, etc. *Idem 1946-1947*, págs. 9 y 47-48, consultas 2.185, 2.530, 2.649, 2.656 y 2.661. *Idem 1947-1948*, págs. 17-18 y 52-54, consultas 2.946, 3.115, 3.117, 3.171, 3.172, 3.174, 3.185, 3.315, 3.360, 3.522, 3.523, 3.525 y 3.708. *Idem 1948-1949*, págs. 54-55, 56 y 67-68, consultas 3.801, 3.861, 3.883, 4.092, etc.

Administración y Contabilidad de la Hacienda pública... *queda sustituido* por el que a continuación se expresa»; es decir, que más que de un restablecimiento de vigencia con modificaciones se trata de una sustitución legal; 2.º la nueva redacción dada al artículo 66 viene a recoger en rigor toda la tesis de fondo que sostuvo el Consejo de Estado: la suspensión «por causa de guerra, epidemia oficialmente declarada, revolución o grave alteración de orden público» no afecta más que a las «adquisiciones, suministros, obras y servicios reglamentarios y urgentes, *directa e inmediatamente relacionados con dicho acontecimiento*»; es decir, que en modo alguno puede estimarse que una suspensión de observancia del capítulo V pueda implicar sin más una discrecionalidad abstracta y absoluta de la Administración en todo su campo de actuación en la materia; pero, además, 3.º, respecto al cese de esta suspensión, el nuevo texto legal recoge íntegramente la posición señalada: «Esta suspensión subsistirá exclusivamente en tanto persistan las circunstancias excepcionales que la hayan motivado», suprimiendo, por tanto, la necesidad de un restablecimiento expreso de vigencia, que ha sido el punto débil que la redacción anterior ofrecía, aunque en rigor no hubiera debido serlo para una interpretación constructiva y justa.

Tiene también una significación positiva esta reforma del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad en el extremo que hace relación a la anunciada y proyectada reforma total de esta Ley. El citado Decreto-ley de 22 de octubre de 1936 suspendía no sólo el capítulo V, sino también «*cuantos preceptos de la Ley fueran incompatibles con la organización transitoria del nuevo Estado español*». Esta fórmula, en su amplitud, suscitaba aún más inconvenientes, por cuanto no se indica, por una parte, a qué preceptos alcanza esa tal incompatibilidad, ni tampoco el momento en el cual la incompatibilidad debe entenderse que ha cesado. El texto literal de este precepto ofrecía de esta manera una tal amplitud de inconvenientes y unas posibilidades de desorganización tan notorias, que frente a él sólo cupo el rigor de una posición firme, que es la que en la práctica se ha impuesto, con mayor o menor fortuna de hecho, pero sin discrepancias en el orden teórico: estimar que todo su significado se refería a las circunstancias extraordinarias de nuestra guerra de Liberación y que en modo alguno puede ser invocado para justificar prácticas fuera de la Ley con posterioridad a este acontecimiento. Sin embargo, la mera existencia de este precepto ha bastado para quebrantar duramente el prestigio debido a Ley tan capital para la vida administrativa del Estado. Bien puede decirse que como resultado de esa hipotética incompatibilidad, que el legislador no se ha molestado en contradecir luego, se ha acusado una falta de respeto por parte de nuestra burocracia hacia dicha Ley, de lo que, a falta de nuevos criterios de organización establecidos, no podemos más que lamentarnos.

La Ley de Administración y Contabilidad podrá o no ser adecuada a

los tiempos que corren (mi opinión es, desde luego, que no). Lo que no es admisible es que esta consideración pueda jugar para otorgar una patente de corso frente a sus preceptos. Si en algún sentido debe jugar tal argumento, será simplemente para dar ocasión a un nuevo texto legislativo. Esta fué la vía que anunció la Orden de 8 de marzo de 1941, al designar una Comisión para que estudiara una reforma total en su conjunto de la Ley de Administración y Contabilidad, pero es el caso que estamos esperando todavía el resultado de deliberación tan prolija y extensa. Es significativo, sin embargo, que, abandonando esta vía de la reforma íntegra de la norma fundamental sobre contabilidad del Estado, el legislador haya iniciado el camino de las reformas parciales. La Ley de 18 de diciembre de 1950 dió nueva redacción a los artículos 32, 33 y 34 de la vieja Ley, en materia de Presupuestos. Ahora esta nueva Ley que comentamos, de 20 de diciembre de 1952, sustituye todo un capítulo. Uno y otro retoque al viejo texto, aunque sea sólo por el hecho capital de que está pendiente la reforma total de la Ley (y nuestra vida administrativa está cada día postulándola), deben ser entendidos como circunstanciales, carácter que resulta también de sus propios contenidos, más deudos, según parece, a la atención de necesidades inmediatas que instauradores de sistemas objetivos y permanentes.

Finalmente, desde el punto de vista formal, el nuevo capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad presenta bastantes debilidades en punto a expresión legislativa que no han de dejar de contrastar con el resto del articulado de la Ley en que va a insertarse. Por de pronto, y desde un punto de vista de conjunto, el haber seguido el sistema de números bis (arts. 58 y 60) en el articulado, parece criticable, tanto más cuanto que en este caso concreto tan fácil hubiera sido prescindir del mismo ante la presencia de otros artículos puramente enunciativos (arts. 47, 61, etc.).

2.—La nueva Ley ha respetado la estructura del anterior capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad, que estaba dominada, más que por el propósito de una regulación sustantiva de la contratación administrativa, por el de establecer garantías formales para la aprobación de gastos con motivo de la ejecución de obras y de servicios públicos. Fruto de esta concepción es la regulación preponderante de las «formas» o sistemas de contratación con relación a su contenido. Este respeto a tal limitación es criticable, a mi juicio, puesto que se ha reincidido de esta manera en la parquedad de ordenación jurídica en materia tan capital para la vida de la Administración como es la de su contratación con terceras personas. Como consecuencia de esta posición inicial se ha insistido en la concepción que el contrato administrativo merecía para nuestro anterior derecho, según la cual esta figura, aunque singularizada por su objeto y procedimiento, no tenía en el momento de su re-

gulación de fondo particularidades sobre el puro contrato civil, por lo mismo que: 1.º Las normas sobre contratación administrativa se presentan con el carácter puro y simple de *ius singularis* o, incluso más, de *privilegios*, en el sentido de que sólo se aplican como excepciones de las normas de Derecho común (9), que son, por su parte, las aplicables como verdadero cuerpo normativo general al cual habrá que referir todo lo no previsto específicamente (sin que se admita, según el texto legal, extensión analógica de sus propios principios informativos) por aquellas normas especiales administrativas (art. 65, antes art. 60, p. 3.º). 2.º Pero es que, además, si bien se analiza, resulta que esas normas específicas de la contratación administrativa no son en rigor tales normas en el sentido de partes integrantes del Derecho objetivo; las únicas disposiciones de fondo que contiene el nuevo capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad son meras remisiones a pliegos de condiciones a insertar en los respectivos contratos (arts. 61 y 62), y este mismo carácter de pliegos de condiciones que han de insertarse, salvo particularidades o condiciones especiales, en cada instrumento contractual acordado por la Administración, tienen en general las disposiciones administrativas específicas sobre la materia; lo cual quiere decir que toda la regulación de fondo del contrato administrativo es construida en nuestro Derecho al amparo del principio civil de autonomía dispositiva (artículos 1.091 y 1.255 del Código civil), principio que se aprovecha para insertar en el seno de cada contrato en particular, y como «estipulaciones contractuales» o «pliegos de condiciones», todas las especialidades propias del contrato administrativo; la importancia de esta construcción, sobre la que nuestro Derecho positivo viene insistiendo desde las primeras regulaciones de la contratación en el siglo XIX, es extraordinaria, pues implica que en rigor no existe un cuerpo de normas propiamente tales aplicable al fondo de la contratación administrativa, que falta, por lo tanto un verdadero *Derecho objetivo*, jugando como tal, en virtud de lo indicado en el número anterior, el Derecho de la contratación privada (10); esto es más de lamentar cuanto que la jurisprudencia, a dife-

(9) Sobre el sentido de la subsidiaridad del Derecho común respecto a derecho singular y a privilegios, vid. Federico de CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., 1949, págs. 102 y ss. El art. 65 de la Ley que glosamos presenta incluso formalmente una redacción análoga a la del art. 13 del Código civil. «Las disposiciones y normas del Derecho común serán aplicables, como derecho supletorio, para resolver las cuestiones que no puedan ser decididas por aplicación directa de los preceptos del presente capítulo y de las disposiciones complementarias de la contratación administrativa».

Sobre el valor de subsidiaridad del Código civil, según art. 13 del Código civil, vid. también Federico de CASTRO, op. cit., págs. 261 y ss. Examinó más detenidamente estos extremos en mi trabajo *La sustantividad del contrato administrativo en Derecho español*, que aparecerá próximamente.

(10) Me remito a mi trabajo citado en la nota anterior, donde desarrollo extensamente este argumento. Aparte de la razón de fondo apuntada en el texto, cfr., para la negación del carácter de Derecho objetivo de los pliegos de condiciones generales,

rencia de lo hecho en Francia, no ha suplido este enormé vano legal.

Hemos de decir que no se justifica, a nuestro modo de ver, haber insistido en la estructura de la regulación anterior por el argumento de que desde el punto de vista financiero, que es el propio de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, el punto capital es el de la forma: forma de los contratos, forma en cuanto a garantías con respecto al acuerdo de los gastos, respecto a su misma extensión o cuantía. Este argumento ha venido repitiéndose para justificar la parcialidad de la regulación contenida en la Ley de Administración y Contabilidad, pero su debilidad es manifiesta. A la Hacienda no sólo le interesa el modo de adoptar válidamente sus compromisos, sino también, y tan principalmente por lo menos, el *contenido* de estos compromisos en sí mismos. Las garantías de la Hacienda no deben aplicarse, por otra parte, sólo respecto a los funcionarios que ordenan los gastos, sino también respecto a los contratantes que han de lucrarse con estos gastos y que por su misma disposición económica tienden siempre con normalidad a la obtención de un mayor beneficio a costa del otro contratante, es decir, del propio Tesoro. Recordar que una regulación contractual de fondo es siempre ordenada íntegramente a un interés patrimonial puede parecer perogrullesco, pero merece la pena de insistir en ello para lamentar que la oportunidad de esta Ley no se hubiese utilizado más generosamente.

3.—Presenta el nuevo capítulo V una primera novedad, la de establecer una incapacidad específica para ser contratista de la Administración, materia hasta ahora remitida a los Reglamentos y pliegos especiales. Las causas de incapacidad que se formulan gozan en general de precedentes uniformes en nuestra legislación; están, por tanto, acreditadas y presentan una justificación fácil. Hay, sin embargo, una causa de incapacidad incluida en el nuevo artículo 48, núm. 4, que merece un comentario especial; el texto legal define así esta incapacidad: «haber dado lugar, por causa de la que se le declare culpable [sic], a la resolución de cualquier contrato celebrado con el Estado, con las Administraciones locales o con Administraciones autónomas». Permitaseme que me pronuncie en contra de esta novedad, que juzgo peligrosísima para la suerte práctica de nuestra contratación administrativa. El incumplimiento de un contrato administrativo tiene, desde luego, siempre algo de infracción pública en cuanto que entorpece el normal desenvolvimiento del servicio público. Acepto, por tanto, que hay algo más que una mera falta patrimonial, pero no basta el punto de que sin discriminación espe-

G. TREVES, *Observazioni sui capitolati generali per i contratti delle pubbliche amministrazioni*, en «Archivio di Diritto Pubblico», 1938, págs. 91 y ss.; E. SILVESTRI, *L'attività interna della Amministrazione*, Milano, 1950, págs. 245 y ss., y allí citados.

cial se tome base en este incumplimiento para la declaración de una incapacidad absoluta y permanente para toda ulterior contratación administrativa. La reacción es tan extremada, que parece fácil profetizar que el resultado práctico de este precepto será paradójicamente el de una ampliación de la benevolencia por parte de la Administración con respecto a sus contratistas. Ocurre lo mismo, como es bien sabido, en cuanto se sobrepasa un punto óptimo que la prudencia dicta para el establecimiento y definición de las sanciones; recuérdese, pues que ha sido experiencia generalizada y reciente el caso de la extensión de la pena de muerte a los delitos de abastecimientos: el resultado fué la impunidad del mercado ilegal. Me atrevo a prever, como digo, un resultado parecido en este caso; cualquier ingeniero, por ejemplo, en el caso de las obras públicas, se llamará a la benignidad para impedir que una falta desprovista de otro valor y de otras consecuencia que las puramente patrimoniales implique como reacción para el contratista su anatematización definitiva, su exclusión permanente del mundo de los contratistas públicos, e incluso, en tantas ocasiones, el desmonte definitivo de su negocio. Es en realidad una pena de infamia, no susceptible, además, según el texto, de purgación, remisión o indulto, o prescripción. Claro que hay a la vista un facilísimo fraude para excluir tan duro resultado: la simple transformación nominal de las empresas. En todo caso, la eficacia será negativa.

Es discutible que dentro de la limitación a que la Ley, según vimos en el apartado anterior, se ha acogido haya sido oportuna al entrar a regular esta materia tan concreta, hasta ahora de rango reglamentario. Ahora bien, si cabría observar en todo caso que ya que la Ley ha tocado el problema de la capacidad para ser contratista de la Administración debería haber completado su regulación abordando también el tema de las incapacidades relativas o incompatibilidades, como ha hecho el Reglamento de la contratación local. Esta materia hubiese encontrado en la Ley de Administración y Contabilidad del Estado incluso una mayor oportunidad que la de las incapacidades abstractas y generales, pues es parte característica de las garantías para el manejo y gestión de los fondos públicos, que es el tema común de la Ley. Por otra parte, bueno hubiera sido despejar en esta importante materia la incertidumbre que respecto al régimen de incompatibilidades de autoridades y funcionarios se suscita en nuestro Derecho, análogamente a como antes sobre la vigencia efectiva del mismo capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad, por la existencia del Decreto de 25 de septiembre de 1936, no expresamente derogado, que dice: «Quedan en suspenso las incompatibilidades señaladas por las leyes para el desempeño de cargos públicos que lleven aneja autoridad y los de funciones gubernativas.»

Lo anterior sería meramente una omisión. Lo que es una innovación expresa de la nueva Ley es el haber suprimido la regulación de la «subasta en quiebra», de que antes trataba el artículo 51. La Ley de Admi-

nistración y Contabilidad había tomado en préstamo la regulación del supuesto del Derecho procesal, concretamente en nuestro derecho del artículo 1.513 de la Ley de Enjuiciamiento civil: el rematante que no formaliza el contrato, no sólo pierde su fianza provisional o de licitación, sino que también queda responsable de la disminución del precio que en el ulterior remate se consiga, de las costas y de los perjuicios. Esta reacción frente a ofertas ficticias que tienden meramente a «quebrar» la licitación, sin intención real de cumplir, era una solución sana, sancionada además por la procedencia «común» de sus términos; no era, pues, un exceso de rigor propio del Derecho público, un régimen «exorbitante del Derecho común» que nada aconsejase suprimir (11). No se explica, por tanto, cuál ha podido ser el motivo de la efectiva supresión que la nueva Ley ha realizado, que tampoco casa con el rigor frente al contratista que, como hemos visto, pretende agudizar.

4.—La nueva Ley respeta los antiguos sistemas de contratación, respectivamente subasta, concurso y concierto directo, y concluye, igual también que la anterior redacción, regulando la ejecución directa de las obras y servicios por la propia Administración.

a) Frente a la opinión bastante común de que esta última previsión de los supuestos de ejecución directa no presenta significación en el sistema propiamente contractual de la Administración, afirmamos, por el contrario, que la alusión es de primer orden respecto a la calificación conjunta del sistema contractual mismo. En la anterior redacción de la Ley el artículo 56 configuraba este supuesto de la ejecución por gestión directa como una suerte de *ultima ratio* respecto a la realización de las obras y servicios, actuable por eso típicamente en los casos de contratos fallidos o imposibles, aparte de otros supuestos limitadísimos y excepcionales. Se definía con ello un principio general que dominaba la organización administrativa: el principio del *contratista interpuesto* (12), según el cual era obligatorio para la Administración servirse precisamente de contratistas privados en la ejecución de obras públicas, en la provisión de muebles o suministros (13) y, en general, en la realización de

(11) La construcción dogmática de la institución ha sido muy cuestionada. Vid. S. SATTA, *La rivendita forzosa*, Milano, 1933.

(12) Cfr. Consejo de Estado, *Recopilación de doctrina legal 1948-1949*, cit., pág. 82.

(13) No será preciso recordar que el llamado contrato administrativo de suministro no presenta identidad de objeto y de naturaleza con el contrato civil de este nombre. Es en realidad toda adquisición de bienes muebles, con naturaleza las más de las veces de compraventa simple. Cfr. E. DESGRANGES, *Définition du marché de fourniture*, en «Revue de Droit Public», 1942, págs. 210 y ss.; G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, París, 1945, págs. 46-47. Para nuestro derecho, aunque sin superar del todo el equívoco del nombre. R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, 2.ª ed., por J. GASCÓN Y MARÍN y E. LEIRA, Madrid, 1945, págs. 204 y ss.; F. ALBI, *Los contratos municipales*, Valencia, 1944, págs. 29 y ss.

todos los servicios públicos de naturaleza industrial. La generalidad del principio se afirmaba no sólo por virtud de esta norma, sino también a través de la legislación especial de servicios públicos que imponía el carácter preceptivo del sistema de concesión en la explotación de los de naturaleza industrial (ferrocarriles típicamente), y hasta para el aprovechamiento de ciertas pertenencias del dominio público (minas, aprovechamientos industriales de las aguas). La raíz liberal de esta concepción es conocida: desconfianza de la capacidad industrial de la Administración, reserva de esta esfera de acción íntegramente a la llamada iniciativa privada (libertad de comercio), consideración de la actividad pública como supletoria de la actividad de los súbditos. He aquí cómo, en definitiva, la referencia del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado al sistema de ejecución directa de las obras y servicios tenía una intención directa de primer orden, como que acertaba a definir la totalidad del sistema de contratación, su lugar en la organización administrativa y la amplitud misma de su esfera de acción reservada.

En la regulación nueva este principio del contratista interpuesto sufre una quiebra considerable. La presunción sigue todavía jugando a favor del sistema contractual: la ejecución directa por la propia Administración ha de justificarse en causas excepcionales tasadas previamente. El problema está luego en la valoración de estas causas de excepción. Aparentemente el nuevo artículo 58 ha reducido los supuestos de ejecución directa al disminuir a dos las excepciones legitimadoras del sistema, que eran seis en el anterior artículo 56. Sin embargo, bajo esta apariencia la realidad es otra. Los seis casos del antiguo artículo 56 referían supuestos muy concretos de naturaleza excepcional dentro del marco real de la actuación administrativa en obras y servicios; que fueran tantos casos (aparte de la confusión de calificación a que más adelante nos referiremos) era una consecuencia del carácter concretísimo de los supuestos, que los hacía verdaderamente singulares, y excepcionales por consecuencia. La previsión de dos simples casos en la nueva redacción está hecha con ánimo opuesto: ya no se trata propiamente de una tasa concreta de excepciones singulares, sino de la definición de un doble supuesto pensado y definido en términos de generalidad. Los supuestos son excepcionales, desde luego, en el sentido de que deben producirse expresamente para legitimar la salida de la solución normal, que sigue siendo, como se dijo, la del contrato necesario, pero su enunciación refiere por sí misma otro sistema general alternativo y no una *relaxatio* casuística del imperio de una ley general que dominase la totalidad de la situación. He aquí concretamente la expresión legal en la justificación del sistema de ejecución por gestión directa: «1.º Que la Administración tenga montados establecimientos técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la totalidad de la obra o servicio de que se

trate. 2.º Que aun cuando la Administración no cuente con establecimientos técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la totalidad de la obra o servicio, posea elementos auxiliares que se puedan emplear en ella, tan importantes que sea de presumir, razonándolo adecuadamente, que mediante tal empleo se logrará una economía no inferior al 20 por 100 del importe del presupuesto de la obra o servicio, o una mayor celeridad en su ejecución.» Este segundo supuesto no presenta novedad realmente, pues se trata de un caso ya introducido en el antiguo artículo 56 por el Real Decreto-ley de 23 de agosto de 1924 (ratificado por D. de 30 de mayo de 1931 y Ley de 9 de septiembre de 1931, art. 2.º), aunque sin la coletilla «o una mayor celeridad en su ejecución», añadida ahora, y que amplía, como es notorio, el carácter puramente estimativo de la excepción. El problema está planteado con el primer supuesto. Según él, la Administración puede efectivamente montar por sí misma toda suerte de empresas o establecimientos técnicos con la seguridad de que realizarán la totalidad de las obras y servicios que puedan razonablemente ser acometidos por ellos. La ejecución por gestión directa deja de ser excepcional en este sentido: en cuanto se cumpla el requisito de orden material de que la Administración cuente con elementos para realizar la obra o servicio de que se trate la consecuencia de esta realización será completamente normal. Depende, pues, de un mero *factum*, para cuya manifestación, además, tampoco se limita, ni mínimamente, la facultad de los administradores; es decir, la Administración puede comenzar por adquirir los medios técnicos precisos, y a continuación, meramente por el hecho de esta pertenencia, ejecutar directamente cualquier obra.

Pueden desdeñarse, si se quiere, las concepciones liberales en que se basaba el imperio del principio del contratista interpuesto. En todo caso, las objeciones al nuevo sistema que se instaura serían posibles, si ya no por principios dogmáticos de aquel tenor, sí por razones intrínsecas al propio orden administrativo, quizá por tanto más de tener en cuenta. Estableciendo la posibilidad normal de gestión directa por el sistema dicho, la Ley está abogando en el orden de la actividad industrial de la Administración, por un sistema de organización absolutamente inidóneo: por el sistema llamado de la «empresa interna» o «propia», es decir, organización sin carácter empresarial propiamente tal, inserta en la ordinaria jerarquía burocrática, sin personalidad jurídica, sometida a la contabilidad pública (14). La crítica liberal era justa en tildar de ineficaz, en el orden industrial, a organizaciones de este tipo. Toda la actividad que la Administración contemporánea ha ido asumiendo en este terreno ha partido precisamente de este hecho para adoptar organizaciones em-

(14) Vid. J. L. VILLAR PALASI, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en el núm. 3 de esta REVISTA, diciembre 1950, págs. 76 y ss., en especial págs. 90-94.

presariales más expeditas, tomadas de la misma realidad económica e imantadas hacia la eficiencia (15). Ahora bien, estas organizaciones no son las que podrán beneficiarse de las facilidades otorgadas por el precepto que comentamos, pues el dato de su autonomía y, jurídicamente, el de su personalidad impone precisamente el sistema de contrato con la Administración que pretenda utilizar sus servicios, lo que cae fuera del supuesto de derecho de la gestión propia o directa. El precepto sería justo si comprendiese sólo a aquellos establecimientos industriales de la Administración que, aun sin personalidad jurídica o patrimonial separada, están organizados por normas permanentes en cuanto respondiendo a necesidades específicas y singulares, con una organización perfectamente especializada y responsabilizada, tales, por ejemplo, Arsenales, Parques, Maestranzas, Secciones de publicaciones, etc. (16); pero esta exigencia de que se trate de establecimientos previamente creados y organizados por normas permanentes no sólo no consta, sino que curiosamente, como hemos de ver, el precepto que en este sentido figuraba, en efecto, en el antiguo artículo 56 dentro de los supuestos de la ejecución directa ha sido desplazado en la nueva redacción entre los supuestos de contrato por concierto directo, con lo que queda claro que el precepto del artículo 58 sólo ha de favorecer a las organizaciones improvisadas en cada caso y en cuya eficiencia es del todo legítimo dudar (17).

b) El hecho de que la nueva Ley se limite a repetir los tipos o figuras de contratación que ofrecía la Ley anterior es un defecto de otro tipo, es un defecto de omisión. Aquí se aprecian de bulto las consecuencias de la falta de un criterio común en las dos regulaciones, central y local, que comentamos, tal como al comienzo referíamos. Una importante aportación de la legislación local que no ha hecho más que desarrollar el Reglamento de 9 de enero último, es la consagración del sistema llamado de concurso-subasta (18), que no es más que un procedimiento de selección

(15) Vid. el núm. 3 citado de esta REVISTA, monográfico sobre esta materia, *passim*. Haciendo una frase se ha dicho que el capitalismo ha sido vencido, pero, como Grecia, ha dictado su ley al vencedor: el Estado ha tenido que copiar las técnicas capitalistas.

(16) Esto sin perjuicio de la oportunidad de una racionalización de las publicaciones administrativas, hoy dispersas, a través de un organismo central, como es común en la generalidad de los países, tal por ejemplo, el conocido «Stationary Office» inglés.

(17) Dentro del criterio que sigue el texto, la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 limita a los Municipios la prestación de servicios municipales por el procedimiento de gestión directa a casos limitados, imponiendo para todos los demás servicios de naturaleza industrial, y como norma, la prestación a través de organizaciones empresariales (arts. 172 y ss.).

(18) El concepto aparece, según creo, en el art. 61 del Reglamento de 8 de septiembre de 1939, dictado en ejecución de la Ley de 19 de abril de 1939, sobre viviendas protegidas. La legislación de Régimen local lo toma ya en las bases de 17 de julio de 1945 (base 54); de donde pasa a la Ley articulada de 16 de diciembre de 1950, artículos 307 y 309.

previa de licitadores para limitar entre ellos la subasta según la mejor postura económica, fórmula técnica verdaderamente progresiva, regulada además en el nuevo Reglamento con un positivo acierto. Las exigencias de garantía técnica de los constructores quedan perfectamente a cubierto, en contra de lo que ocurre en la subasta ordinaria; a la vez la depuración objetiva del precio a través de la licitación por la mejor postura económica se asegura igualmente, conservando, por tanto, las ventajas clásicas de la subasta y sorteando los inconvenientes del concurso simple, en que tantas veces es forzoso valorar sobre un único plano los factores heterogéneos de baratura, garantías técnicas, etc. Nada más oportuno que trasplantar el sistema a la regulación de los contratos de la Administración central, y nada más fácil. En no haberlo hecho ciframos un motivo más de crítica a la Ley de 20 de diciembre de 1952.

c) Entre todos los sistemas de contratación, la nueva Ley de Administración y Contabilidad establece la subasta como sistema tipo (artículo 49), siguiendo la tradición uniforme de nuestro derecho, que últimamente, sin embargo, había sido afectada de tal suerte, y como consecuencia de la tesis de la permanente suspensión del capítulo V, que había reducido la subasta a sistema excepcional y residuario. Nos referimos al reciente Reglamento de Contratación administrativa para el Ministerio de Comercio, aprobado por Orden de 13 de marzo de 1952, que comienza regulando, en primer lugar, «las adquisiciones y contratación de obras y servicios *por gestión directa*» (quiere decir por concierto directo), continúa con «la adquisición y contratación de obras y servicios *por concurso*», y ya al final, tras estas precisiones, concluye con «las adquisiciones y contratación de obras y servicios *por subasta pública*», que se inicia de esta manera: «las adquisiciones por subasta pública serán acordadas por la Junta de Compras» (art. 38); es decir, no sólo la subasta sería el último sistema entre todos, sino que su entrada en juego se reserva a un previo juicio de conveniencia en cada caso, libremente, quiero decir sin criterios tasados (19). En otros casos, una cierta enemistad hacia el concepto mismo de la subasta se había manifestado, algo puerilmente, en la adopción de expresiones distintas, como por ejemplo la de «pública concurrencia» visible en disposiciones que queremos no citar por expreso.

Sólo el hecho de la imposición de la regla general de la subasta para la contratación administrativa, reaccionando, por una parte, frente a esa tendencia indicada, y por otra, frente al principio de discrecionalidad plena que imperaba según la tesis de la suspensión durante esta época del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad, merece desde luego los plácemes más objetivos. La regla de la subasta es

(19) Cfr. también el art. 4.º de este Reglamento: «En los casos de duda respecto al sistema de adquisición o contratación a seguir, la Junta de Compras señalará el procedimiento que ha de seguirse».

algo más que una regla de desconfianza para los administradores, o, más técnicamente, algo más que una norma de garantía del recto empleo de los fondos públicos. Es también la fórmula más económica para la propia Administración, por lo mismo que en la licitación se depuran los precios hasta el límite a través de la competencia entre las empresas contratistas (20). Se ha notado además que no sólo es la desconfianza ante la honestidad de los funcionarios lo que aconseja el sistema, sino también la legítima desconfianza ante la capacidad comercial de que, aun animados de los mejores deseos, puedan estar dotados. Consagra, por último, y de esto apenas si se ha tenido conciencia cuando se han ensalzado las cómodas soluciones de discrecionalidad, consagra la subasta el igual derecho que asiste a todos los ciudadanos de lucrarse lícitamente con la contratación pública, abonada con fondos comunes, oponiéndose a la existencia de monopolios de hecho en los proveedores públicos, peligrosos siempre, y desde este ángulo inmoraes, aun en el supuesto normal de honestidad de los administradores.

5.—Establecido cuándo procede contratar y el sistema de contratación ordinario en este caso, la Ley entra luego en la regulación de los sistemas excepcionales de contratación, respectivamente concurso y concierto directo. En general esta regulación parece estar presidida por un criterio de generosidad; la vieja tendencia restrictiva deja paso a una mayor amplitud en la admisión de estas formas excepcionales de contratar. Me apresuro a decir que tal tendencia está justificada. No es lógico sacrificar a un dogma general y a un criterio de pura garantía, es decir, en buena parte negativo, la eficaz gestión de los servicios públicos. Toda exigencia de eficacia en esta gestión debe estar rigurosamente correspondida en el sistema contractual. Si la idea misma del contrato administrativo y su instrumentación concreta responde precisamente a este principio de eficacia en la Administración, sería incongruente que la Administración fuera a encontrar un obstáculo rígido a su labor, ya que no en la regulación de fondo, en la simple regulación procedimental de sus contratos. Ahora bien, quizá no todos los casos establecidos en la nueva Ley como legitimadores de estos sistemas excepcionales hayan sido contrastados cuidadosamente a este respecto. La objeción alcanza también a la misma técnica con que tales casos están configurados, que es, en general, deficiente.

(20) El argumento de la existencia de maquinaciones entre los posibles interesados para aumentar el tipo en beneficio común, válido en general frente a las subastas judiciales, no suele serlo frente a las subastas de contratos públicos, por la razón de que la oferta común de estos contratos llama precisamente a empresas especializadas, existiendo incluso un mercado especial de estas empresas que se neutraliza por el propio interés empresarial de cada una. Esta circunstancia no se cumple en las subastas judiciales, donde se trata de ventas casuísticas y ocasionales cuya adquisición no está organizada en mercado, ni da lugar a empresas objetivamente especializadas.

Comenzando el análisis por los supuestos legitimadores del procedimiento de concurso, nos encontramos con que, por de pronto, los cinco casos establecidos en el antiguo artículo 52 se han elevado ahora a ocho en el actual artículo 54. Las tres innovaciones son las numeradas en los núms. 5, 6 y 8. El núm. 5 (contratos «relativos a la formación de los proyectos y anteproyectos de obras y servicios determinados que han de servir de base en su día para realizarlos») podía haberse comprendido sin esfuerzo, o, si se hubiese querido, con una ligera especificación, en el número anterior, que hasta ahora había cobijado el supuesto sin dificultad («los que se refieren a proyectos, modelos o condiciones técnicas no establecidos previamente por la Administración y que hayan de presentar los licitadores»). El núm. 6 establece un nuevo caso: contratos «para la realización de los cuales facilite la Administración medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas», supuesto específico de exigencia de garantías en el contratista que, como tal, está comprendido perfectamente en el supuesto genérico de esta exigencia definido tradicionalmente como causa de concurso, que es ahora el núm. 8 del mismo artículo 54; estamos, pues, ante un precepto innecesario. Finalmente, el núm. 8 establece el sistema de concurso para aquellos contratos «que hayan de disfrutar de subvención del Estado, así como los de explotación y arrendamiento en régimen de monopolio». En esta fórmula parece contemplarse el caso de la concesión, bien en sus fórmulas clásicas de dominio público y de explotación de servicio público, bien en su nueva expresión de concesiones industriales (21), supuestos que hasta ahora habían estado fuera de los modos de contratación del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado para ordenarse en virtud de las normas especiales propias de cada una de las respectivas materias, las cuales establecen precisamente la fórmula de «proyectos en competencia», que exactamente perfilada en nuestra legislación, permitía cumplir sin dificultades los fines perseguidos. La inclusión de este caso entre las normas de contratación de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado parece, por este motivo, inoportuna, pues, o bien no viene a añadir nada nuevo, o bien si se entiende que efectivamente viene a añadirlo el criterio general que para la resolución de los concursos establece el artículo 55 puede originar alguna innecesaria contradicción con esas normas especiales sobre proyectos en competencia, mucho más matizadas en relación con las especialidades de sus respectivas materias. No es mi opinión esta última, es decir, que deba entenderse que este precepto afecta de algún modo a las normas especiales de concesiones, y por eso la objeción válida al mismo es la primera. Por último, en cuanto se trate de arrendamiento de explotaciones, y no propiamente de concesiones en

(21) Vid. J. L. VILLAR PALASI, *op. cit.*, págs. 66-67.

el esquema clásico, la necesidad del concurso podía venir por los números 3.º y 4.º del mismo artículo 54, como en efecto se ha venido entendiendo sin dificultad hasta ahora, haciendo innecesario, por tanto, una precisión especial.

6.—Más importancia tiene en la nueva regulación la determinación de supuestos legitimadores del procedimiento de contratación por concierto directo. Nada menos que dieciocho casos están formulados en el nuevo artículo 57 de la Ley, enumeración que no puede menos de chocar con los cinco tradicionales que venían englobados en el anterior artículo 55. Trece casos nuevos, por lo tanto, han sido generosamente incluidos en este supuesto lógicamente excepcional de la contratación por concierto directo, excepcional tanto por la vertiente de la Administración, como, según hemos observado, por la de los eventuales contratistas, que en este caso se han de ver discriminados entre todos los posibles oferentes sin causa invocable frente a éstos. De estas trece innovaciones las hay, como no podía ser menos, claramente justificadas y las hay de más dudosa justificación. Correlativamente, el análisis es el siguiente:

El núm. 3.º del artículo 57 contempla el supuesto de contratos «en que por sus circunstancias excepcionales... no convenga promover concurrencia en la oferta». Debo confesar que no llego a hacerme cargo bien de esta hipótesis, en qué casos y por qué motivos pueda llegar esta razón de conveniencia, teniendo en cuenta que no se trata de la reserva por motivos de seguridad nacional, caso previsto en otro número.

El núm. 6.º («transporte de personas, material y efectos para los servicios de cualquier ramo de la Administración pública cuando aquéllos hayan de realizarse por empresas que tengan tarifas especialmente aprobadas») está, desde luego, claramente justificado, aunque quizá pudiese entrar sin gran dificultad en el caso genérico de la imposibilidad de promover concurrencia. Es de notar que este supuesto estaba en la anterior redacción entre los de gestión directa por la propia Administración, antiguo artículo 56, núm. 4, lugar claramente asistemático de donde la Ley actual lo ha sacado acertadamente.

Igualmente el número siguiente 7.º («los de compra de artículos sometidos a tasa o distribución de consumo respecto de los cuales no sea posible, por dicha circunstancia, promover licitación»), aunque respecto de este caso deba recordarse que las tasas son siempre precios máximos, existiendo libertad, desde luego, por parte de los suministradores para rebajarlos a su costa en el comercio. Por lo demás, la tasa no suprime la diversidad de empresas, como el monopolio, respecto a las cuales el diverso volumen de negocio pasa a ser uno de los elementos primordiales del beneficio. Finalmente, este mismo dato de la diversidad de empresas hace que los respectivos productos, aun tasados, sean muy distintos en calidad. La exclusión de licitación no está, pues, justificada.

El núm. 8.º, que hace referencia «a la ejecución o reparación de obras u objetos que, previo dictamen, sean declarados de notorio carácter artístico», justificaría más bien, evidentemente, la fórmula del concurso que la del concierto directo, pues el concurso no es, en realidad, sobre este otro sistema más que una amplificación de oferta que no coarta la libre discrecionalidad administrativa para adjudicar el contrato a cualquiera, y por tanto, al que *a priori* hubiese sido el elegido en la fórmula de concierto directo si es que efectivamente su excelencia hubiese quedado justificada dentro del concurso.

El núm. 9.º («suministro de materiales o efectos cuando sea declarada la uniformidad de utilización de aquéllos por acuerdo del Consejo de Ministros, siempre que la adopción del tipo de material o efecto de que se trate se haya hecho previa e indispensablemente en virtud de subasta o concurso») es, a poco que se medite, equivoco, pues: si se refiere, como parece, al caso de petición de unidades sobre proyectos aprobados en el concurso o subasta, no es en realidad un caso de concierto directo, sino pura y simplemente un caso de ejecución del contrato adjudicado por concurso o subasta; si se refiere al encargo sobre un tipo previamente establecido de una serie de unidades, entonces debe decirse que la fórmula de concierto directo no está justificada, pues es un hecho que un mismo tipo puede ser realizado, salvo motivos excepcionales, por más de un fabricante, y con calidades y precios distintos, tal por ejemplo, el caso del mobiliario escolar. La oportunidad del concierto directo para estos supuestos en general, sin discriminarlos de aquellos en que únicamente un productor pudiese realizar el modelo de que se trate, debe de ser, desde luego, rechazada.

El núm. 10.º («adquisición de efectos y productos comprendidos en alguno de los monopolios del Estado») es pura y simplemente una innecesaria redundancia del núm. 2.º (contratos «sobre las cosas de que haya un solo productor o poseedor de las mismas»).

El núm. 11.º, que alude a la adquisición y acondicionamiento de los edificios diplomáticos en el extranjero, puede, desde luego, justificarse siempre que se trate precisamente de adquisiciones en territorio extranjero, precisión que no se formula; y aun en este caso, se confundiría con el número siguiente.

El núm. 12.º ofrece la más clara y sorprendente de las contradicciones de la Ley, reflejo de aquella falta de técnica antes aludida. En efecto, este núm. 12.º del artículo 57 («adquisición de cosas y las de ejecución de obras o servicios que hayan de realizarse necesariamente en el extranjero») es una pura y simple repetición del núm. 1.º del artículo 54 («los que versen sobre compra de cosas o realización de obras o servicios que hayan de tener lugar precisamente en el extranjero»), con la dificultad de que este último refiere el supuesto a la forma de contratación por concurso, y aquel otro a la de contratación por concierto directo. La

contradicción no puede ser más flagrante, y una vez constatada, evitaremos sobre ella todo otro comentario. Permítase sólo una observación: cómo esta antinomia es índice de la generosidad con que muchos de los casos de concierto directo han sido configurados. La justificación opera desde luego, a mi juicio, a favor de la primera solución, es decir, de la forma del concurso, que es además la que cuenta con precedentes en la legislación antigua, dentro y fuera de la propia Ley de Administración y Contabilidad del Estado.

El núm. 13.º consagra la forma de concierto directo en la contratación central por razón de la cuantía, que se establece en quinientas mil pesetas. Como fórmula general y sin otras precisiones, esta excepción no me parece justa, máxime cuando no se ofrece tampoco garantía frente al fraccionamiento de los gastos, como se hace en la legislación local en este caso, permitiendo entrar por este portillo cuantías globales mucho más elevadas. Si una excepción a la norma de la subasta o del concurso hubiese sido oportuna por razón de la cuantía debía de haberse matizado cuidadosamente, imponiendo, por ejemplo, en el caso de las obras públicas el sistema forzoso de los destajos a que luego nos referiremos, teniendo en cuenta que dentro de la nueva Ley este sistema es puramente facultativo; prohibiendo la aplicación en los casos de servicios o suministros permanentes cuyos créditos anuales no excediesen de esa cifra, etc.

El núm. 14.º enuncia el siguiente supuesto: contratos «relativos a obras, servicios, adquisición y suministros que, anunciados a subasta o concurso, no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores; o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles; o porque, habiendo sido adjudicado, el rematante no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo las condiciones del contrato, siempre que se realicen con arreglo a los mismos precios y condiciones anunciados, a no ser que por la Administración se acuerde sacarlos nuevamente a licitación en las condiciones que en cada caso se establezcan». Si la solución puede estar justificada para el caso de subasta o concurso desiertos, puesto que en definitiva la Administración obtiene el beneficio de contratar a precios que el mercado, a través de la falta de oferta, ha revelado poco económicos para los contratantes, no lo está ni mucho menos en el otro supuesto, que es el de licitación en quiebra, ya referido. Esto es claro, ya que, habiéndose suprimido, por una parte, injustificadamente como hemos dicho, para este rematante rebelde las sanciones que establecía la anterior redacción del capítulo V, antiguo artículo 51, es facilísimo trastocar cualquier licitación mediante la interposición de una oferta ficticia que a continuación va a cambiar el sistema hacia el régimen de concierto directo; la única garantía de que esto no llegue efectivamente a ocurrir está en la fianza provisional, pero esto, más que impedir la operación, lo que hace es darla un coste cono-

cido; y, por otra parte, cuando tal rematante no formaliza su contrato, de no haber seguido el sistema de derecho común, que era, como vimos, el que recogía el antiguo artículo 51, lo lógico hubiera sido la adjudicación al licitador que le hubiese seguido en proposición más ventajosa, que siempre será inferior a los precios del proyecto, produciéndose, por tanto, una positiva ventaja sobre la fórmula que este precepto ahora consagra.

El núm. 15.º dice así: «Ejecución de obras y servicios que se realicen en los Parques, Arsenales, aeródromos y, en general, en los establecimientos industriales o fabriles del Estado, pero no la adquisición de primeras materias para dichas obras y servicios». Este supuesto, al igual que el del núm. 6.º, según hemos notado, estaba incluido en la anterior redacción dentro de los casos de ejecución por administración o por gestión directa; concretamente, en el núm. 6.º del antiguo artículo 56. Ya en la exposición de motivos de la Ley que comentamos se hace notar que en la anterior redacción no existía una distinción precisa entre los supuestos de concierto directo y de ejecución por Administración, señalando como una de las características de la nueva regulación que introduce la de un discernimiento claro de estos supuestos. Si en el caso del núm. 6.º de este artículo, ya examinado más atrás, el criterio estaba aplicado rectamente, ciertas dudas presenta, sin embargo, este otro caso concreto. Para saber si la ejecución de obras y servicios por Parques, Arsenales, etcétera, está en el supuesto de ejecución por administración o en el de concierto directo hay que acudir forzosamente a un dato formal que es el de la personalidad jurídica de estos establecimientos industriales. En el caso de Parques, Arsenales, maestranzas, etc., esta personalidad jurídica independiente no existe, y, por tanto, el supuesto estaba perfectamente calificado en la Ley anterior de ejecución por gestión directa o por administración. Aun cuando existan en tal caso trasposos de cuenta con objeto de abonar las obras o servicios prestados por estos establecimientos, esto es simplemente un movimiento de fondos puramente interno, pero no llega a ser el precio de un contrato, porque no existe posibilidad jurídica de contratar entre dependencias distintas de un mismo organismo que presenta en conjunto una personalidad común. Nos hemos referido a esta norma más atrás, al tratar de los supuestos de ejecución por gestión directa; por cierto que queda claro que la Ley no discrimina en nada, contra su intención, entre este núm. 15.º del artículo 57, que remite al sistema de concierto directo, y el núm. 1.º del artículo 58, que incluye el caso entre la ejecución por administración o gestión directa; no sólo no los discrimina de la única forma que sería posible, es decir, por el dato de la personalidad jurídica de los respectivos establecimientos fabriles, sino que precisamente todos los ejemplos que propone el supuesto legal que comentamos, dentro del concierto directo, son ejemplos de establecimientos a los que falta esa personalidad («Par-

ques, Arsenalas, aeródromos») y cuyo lugar propio, por consiguiente, hubiese sido, como hemos dicho, el del artículo 58, que regula los casos de gestión directa.

Ahora bien, el precepto contiene una cláusula general a la que es preciso dar sentido, al referirse no sólo a esos establecimientos concretos, sino «en general [a] los establecimientos industriales o fabriles del Estado». Para poder aplicar el concepto de que se trata, concierto directo, insistimos en que tales establecimientos deben contar con el dato formal de una personalidad jurídica separada de la del Estado. Ocurre que esta personalidad jurídica puede ser a su vez o pública o privada, empresas públicas *stricto sensu* o anónimas administrativas (22). El privilegio del concierto directo con la Administración sólo alcanza a las primeras, es decir, a las empresas públicas, o establecimientos públicos industriales, no a las segundas, precisamente porque en su actuación externa están sometidas al derecho común, parificadas con las demás empresas privadas, y no podrían tener, sin una ley que directamente lo hubiese determinado (23) un privilegio público de esta naturaleza (24). Hay además otra razón para concluir que a estas empresas administrativas *iure privato* no alcanza el principio de contratar con la Administración sin la regla común de la licitación, y es la propia finalidad a que, según nuestro derecho, se debe su existencia legal, que es justamente la de suplir el retraimiento de la actividad privada en ciertas actividades industriales; la interpretación contraria excedería hasta tal punto esta finalidad constitutiva que se trataría precisamente de determinar un retraimiento de las demás empresas privadas en vez de suplir el que efectivamente se hubiera manifestado en realidad. Claro es que, si no las empresas mercantiles administrativas propiamente tales, sí puede beneficiarse del sistema de concierto directo, en virtud de lo dicho, el establecimiento público de que ellas dependen, el Instituto Nacional de Industria, que ya no es una empresa privada, sino una entidad pura de Derecho público. Toda la interpretación que se postula no implica, en el orden práctico, otra cosa que imponer un *iter* procedimental algo más largo: el Estado puede contratar directamente con el I. N. I., y éste, en un segundo momento, según sus normas orgánicas, ceder el encargo a una empresa filial. Pero esta vuelta es algo más que un engaño y presenta por sí misma una significación sustantiva, en el propio orden práctico.

(22) Vid. J. L. VILLAR PALASI, *op. cit.*, págs. 76 y ss.

(23) Es el caso de la Empresa Nacional Bazán, a quien por la propia Ley constitutiva de 11 de mayo de 1942 se encomienda la realización de los programas navales en ejecución de la cual el Decreto de 8 de noviembre de 1946 aprobó el contrato que ha de regir sus relaciones con la Marina.

(24) Es sabido que las ventajas de que tales empresas disfrutan en nuestro Derecho positivo no son expresión de poderes de imperio propiamente tales, sino simples dispensas o protecciones en el orden de los medios de fomento. Cfr. VILLAR PALASI, *op. cit.*, pág. 109.

en cuanto que los gestores del I. N. I. son agentes públicos, ordenados por consiguiente en su actuación hacia el bien público, en tanto que los gestores de sus empresas privadas son simples empresarios industriales, establecidos en régimen puro de derecho privado y cuya norma de actuación es el egoísmo empresarial, diferencia en la que la Administración, como contratante, puede encontrar una notoria garantía (25).

El núm. 16.º es nuevo y contempla el siguiente supuesto: «Reparaciones menores u ordinarias que exijan los desperfectos o deterioros procedentes del uso natural de los elementos de aquellas obras y servicios públicos cuya prestación tenga carácter permanente o de continuidad, y sean indispensables para su conservación.» La delimitación del caso no es, desde luego, clara, y en esta imprecisión se encierra su crítica. Ya que se ha adoptado en el núm. 13.º, de este artículo, como hemos visto, el sistema de concierto directo para las adquisiciones o ejecuciones de obras o servicios que no excedan de quinientas mil pesetas parece que, sin esfuerzo, este supuesto hubiera de comprender el que ahora se define en este número 16.º, en tanto que se habla de reparaciones «menores u ordinarias». La precisión del caso, tras de aquel otro, permite, sin embargo, aceptar que estas reparaciones menores puedan exceder, en efecto, de aquella cifra de medio millón de pesetas. Esta aplicación sería, desde luego, a mi juicio, abusiva, y sólo su posibilidad ahunda en contra de la oportunidad de este precepto.

El núm. 17.º contempla un caso concretísimo y específicamente determinado: «obras de instalación y montaje de los aparatos de faros y de todas las señales marítimas en general, así como los servicios de embarcación y de abastecimiento de los mismos». La especificación es quizá demasiado a favor de un organismo concreto, y por eso los casos comprendidos en la fórmula legal distan todos de tener una justificación cumplida. Si los servicios de embarcación y de abastecimiento de los faros podían, en efecto, merecer una excepción de esta índole, no encuentra tan clara justificación, a mi modo de ver, el caso de las instalaciones y montajes de aparatos, cuyo modo normal, según el sistema común, parece que debería ser el concurso, sin que se vea clara la razón en contra. Un argumento *ad hominem* puede ser aducido para probar que la

(25) Es de suponer, sin embargo, que el concierto directo con empresas del I. N. I., aun a través de éste, y salvo en el caso de seguridad nacional (comprendido en otro número de este art. 57, el 5.º, ya tradicional), haya de ser excepcional en la práctica. Pues, desde el ángulo del interés del servicio público, puede resultar que estas empresas harían en una licitación pública ofertas más ventajosas que las particulares, o no las harían: si lo primero, en nada les perjudica el sistema común; si lo segundo, la ausencia de este sistema perjudicaría notoriamente a los intereses de la Administración, que es decir los de la comunidad. La política de protección a estas empresas, justificada desde luego en tantos motivos, de los que honradamente me declaro partícipe, debe buscarse a través de otras vías, pero no por ésta de la bonificación de sus contratos, capaz de teñir de irrealidad todo su sistema de explotación y de costos y rendimientos económicos.

oportunidad de este precepto no es claramente general y objetiva: la Ley habla sólo de señales «marítimas» pero no de aerofaros o demás señales de balizamiento aéreo, cuya instalación y montaje técnicamente son, sin embargo, no sólo sensiblemente análogas, sino, en muchos casos, como es notorio, iguales; no obstante, en este supuesto deberá acudir a las normas comunes de la subasta y del concurso.

El núm. 18.º, último de esta larga relación, incluye también otra novedad al permitir el concierto directo «para continuar la ejecución de las obras o servicios que, habiendo sido concertados previa subasta o concurso, quede interrumpido su cumplimiento por resolución o rescisión con el mismo requisito e igual salvedad expresados en el apartado número 14.º». Como entre las condiciones necesarias para esta adjudicación libre está la de servir de base los precios del contrato anterior, la solución parece acertada, puesto que en definitiva tales precios están ya depurados tanto a través de una licitación como por el fracaso de un contratista previo que normalmente habrá sido debida a lo ajustado de tales precios.

7.—Una novedad de la Ley es la de abordar el sistema de la contratación por destajos, refiriéndolo a este tipo de contratación que acabamos de examinar, que es el del concierto directo. El sistema de destajos estaba en la anterior redacción referido a las obras ejecutadas directamente por la Administración y había tenido en concreto una regulación especial dentro del Ministerio de Obras Públicas.

El núm. 1.º del antiguo artículo 56 admitía la ejecución por administración de las obras que no excediesen de 50.000 pesetas en su total importe. La Ley de 22 de marzo de 1934 extendió este límite para el Ministerio de Obras Públicas a 250.000 pesetas (elevado más tarde hasta 500.000 pesetas por Decreto de 23 de noviembre de 1945), siempre que se tratase de obras urgentes, aconsejando la utilización para esta ejecución llamada directa del sistema de destajos, cuya regulación fundamental era la del Decreto de 16 de febrero de 1932 e Instrucción de 27 de febrero del mismo año. Recientemente refundidas, con otras disposiciones particulares, en el Decreto orgánico de 28 de diciembre de 1951 e Instrucción de 2 de octubre de 1952; esto aparte de disposiciones que igualmente han establecido ampliaciones de cuantía y normas especiales de procedimiento, siempre refiriéndose a obras particulares y concretas (26). Este sistema de ejecución mediante destajos, aunque referido a la ejecución por administración, implicaba normalmente la adjudicación mediante licitación pública, cuestión que analizaremos enseguida.

(26) Se tiende a elevar la cuantía de los presupuestos de obra susceptibles de realizarse por destajos a 1.000.000 de pesetas. Así, D. de 28 de septiembre de 1951, para las obras del ferrocarril Zamora-La Coruña; D. de 29 de febrero de 1952, para las obras de enlace de líneas ferroviarias en Reus, etc.

El sistema ha probado ciertas ventajas, de las que inicialmente son, por lo pronto, referibles las que proporciona la reducción de trámites de licitación, la posibilidad de adelantar rápidamente la conclusión de obras divisibles en tramos, una dirección más efectiva de la obra por los técnicos de la Administración, etc. Al lado de esto, el sistema presenta también inconvenientes respecto al sistema de contratación ordinaria, de los cuales acaso el fundamental sea el de la exclusión para el destajista de las consecuencias del principio de riesgo y ventura, remitiendo la responsabilidad conjunta de la obra a la propia Administración, ya que se trata en realidad, no de una prestación de resultado propiamente tal (*locatio operis*, obras a tanto alzado), sino de una prestación de actividad (*locatio operarum*), aun cuando a través del sistema de contratación por equipo, análogo a la contratación de trabajo en cuadrilla (art. 18 de la Ley de Contrato de trabajo de 26 de enero de 1944), que evita la relación directa con el personal. Justamente esta peculiaridad era la que permitía su inclusión dentro del sistema de ejecución por administración o por gestión directa: se contrata en rigor el equipo del contratista, aunque sea en bloque, pero no la obra alzada propiamente tal, y la remuneración se fija por referencia al rendimiento en obra, según los cuadros de precios, aplicación que suscita la confusión con el contrato de obra; el sistema, incluso con el mismo término «destajos», es perfectamente conocido en la contratación de trabajo (arts. 5.º, 38, 39, 40, 41, de la Ley de Contrato de trabajo citada; sección 5.ª del capítulo IV de la Reglamentación Nacional del Trabajo en Construcción y Obras Públicas vigente, de 11 de abril de 1946).

La primera novedad que contiene la nueva Ley es la de desplazar este supuesto de la ejecución por el sistema de destajos desde el tipo de ejecución por administración al tipo contratación por concierto directo; así lo establece expresamente el nuevo artículo 59. Esta novedad es francamente condenable; se trata de una rectificación que no tiene justificación posible, puesto que ni siquiera es interción de la Ley el abrir paso a la adjudicación directa y sin licitación de todos los destajos. Los redactores de la Ley han pensado, según nos revela la Exposición de motivos, que existe una contradicción entre la calificación dogmática «ejecución por administración o por gestión directa» y el hecho de que se contratasen luego los tramos diversos de las obras, y han resuelto la supuesta antinomia a favor de este último término, contratación. Ahora bien, este argumento no tiene consistencia jurídica. Es perfectamente congruente la ejecución por administración con el sistema de contratar a destajos, por lo mismo que es perfectamente posible la ejecución por administración y el contrato del personal que ha de hacer las obras. El contrato de obra se refiere a un objeto singular, que es la obra en su conjunto; la contratación por destajos, a otro objeto distinto, que es el equipo técnico del contratista, sirviéndose del cual la Administración es la que ejecuta la

obra en su conjunto, que queda bajo su responsabilidad. En todo caso, aunque estas precisiones aparezcan como un poco sutiles, si bien jurídicamente indubitables, lo que no está justificado en modo alguno es la inclusión del sistema de destajos dentro del régimen de la contratación por concierto directo, puesto que lo que con toda seguridad no es el contrato de destajos es un contrato concertado siempre directamente. Nos referimos a la legislación y práctica actuales, que la nueva Ley no parece que ha querido alterar en este punto, según las cuales los destajos, en cuanto excedan de 50.000 pesetas, se adjudican mediante pública licitación; concepto sustancialmente opuesto al tipo contractual en que quiere incluirse, concierto directo. La exposición de motivos dice expresamente que se encaja el sistema de destajos dentro del tipo «de la contratación concertada directamente *con o sin concurrencia en las ofertas*, según la cuantía de las obras a que se ha de referir». Cuantía que ante el silencio de la Ley sobre el caso hay que referir a la legislación especial de destajos, a que remite, que, como hemos notado, impone la licitación a partir de las 50.000 pesetas. Ahora bien, decir concierto directo «con concurrencia en la oferta» es decir «círculo cuadrado» y, en definitiva, contradecir absolutamente el significado de tal tipo contractual, según el propio articulado de la Ley («quedan exceptuados de las solemnidades de contrato y concurso [que son los supuestos legales de concurrencia en la oferta] y pueden ser concertados directamente por la Administración»: art. 57).

Por lo demás, la regulación que el artículo 59 hace de este sistema de destajos exige para la aplicación del mismo un acuerdo previo del Consejo de Ministros sobre concurrencia de estas dos circunstancias: primera, «que sean susceptibles de división por tramos o trozos, de tal manera que sea posible la adjudicación simultánea a los adjudicatarios de cada uno de ellos»; segunda, «que existen razones de interés público o de carácter social que aconsejan acudir a esta forma de contratación o que sea ella la más apropiada para lograr la mayor celeridad en la ejecución de la obra». Remite a continuación a las disposiciones de carácter general o particular que aplican el sistema a la ejecución de obras públicas, y prohíbe, finalmente, la corruptela, que actualmente era incluso normal, de prorrogar al adjudicatario de un tramo nuevos tramos o trozos distintos, e imponiendo, en todo caso, para estas nuevas adjudicaciones la necesidad de nuevas licitaciones, «si por razón de la cuantía de éstas [adjudicaciones] fueran necesarias». Entiendo que de esta prohibición habrá que exceptuar el caso de carga de prórroga para el destajista que como «conditio iuris» para la revisión de precios impone el art. 8.º de la Ley de 17 de julio de 1945.

8.—Vienen luego las normas de procedimiento que contienen los artículos 60 a 66 inclusive.

La audiencia del Consejo de Estado se establece para todo proyecto

de contrato cuyo importe inicial exceda de cinco millones de pesetas (ar-tes, quinientas mil), además de para la apreciación de alguno de los su-puestos de contratación excepcional. Cuando los contratos no alcancen dicha cifra, pero sí lleguen a ella por modificaciones posteriores, aparte de los incrementos de precios, también deberá oírse al Consejo de Esta-do siempre que el aumento exceda del 20 por 100 del importe de la adjudicación. Se suprime con ello el absurdo sistema del antiguo artícu-lo 58, que imponía la rescisión de los contratos que, sin llegar a las qui-nientas mil pesetas, se les hiciese exceder posteriormente de esta cifra, norma absolutamente injustificable y que, de hecho, no llegó a aplicarse. Se da competencia preceptiva también al Consejo de Estado para infor-mar en la anulación (no dice rescisión ni resolución, pero parece que estos supuestos deberá entenderse igualmente comprendidos en el pre-cepto) de todos los contratos celebrados con arreglo a las normas del ca-pítulo, cualquiera que fuese, por tanto, su cuantía. La modificación de contratos en los cuales hubiese informado igualmente el Consejo de Es-tado no podrá hacerse sin previa audiencia del mismo, según el criterio tradicional de *perpetuatio legitimationis*. Se impone el paso al Tribunal de Cuentas de todos los contratos cuyo importe inicial exceda de cinco millones de pesetas, que parecen, por tanto, los únicos en los cuales pue-de fiscalizar este órgano censor el cumplimiento de las normas financia-ras; en esta interpretación el precepto, desde luego, carece de sentido, puesto que la competencia del Tribunal de Cuentas es universal y no parece que quepa limitarla por razón de la cuantía del gasto.

Se establece luego la necesidad de que todos los contratos especifiquen las condiciones especiales técnicas y económico-administrativas por que ha de regirse la ejecución de que se trate, definiéndose, en particular, que entre estas condiciones deberá preverse la falta de cumplimiento de los contratistas y las garantías de la Administración, estableciendo, como hacía el antiguo artículo 60, el carácter ejecutivo de las disposiciones de la Administración en este orden, que ahora se concreta permitiendo la iniciación en base a las mismas de los procedimientos de apremio.

El artículo 63 recuerda que en la ejecución y venta de los bienes para hacer efectiva la responsabilidad de los contratistas y fiadores se proce-dirá conforme a lo establecido para la recaudación de tributos, rentas y créditos de la Hacienda pública, precisión innecesaria por obvia, puesto que se trata evidentemente de un especial «crédito de la Hacienda pú-blica». Se establece a continuación lo relativo a la formulación de los actos de subasta y concurso, la elevación a escritura pública de los con-tratos, que se limita ahora a los que excedan de 250.000 pesetas, o cuan-do, sin exceder de dicha cantidad, se requiera la inscripción en el Re-gistro público, o siempre que la Junta de la licitación lo considere con-veniente.

El artículo 65 repite, como notamos al comienzo, el antiguo párrafo

tercero del artículo 60, relativo a la aplicación subsidiaria del derecho común, y, finalmente, el artículo 66 regula la suspensión de las normas de todo el capítulo V por causa de guerra, epidemia, etc., innovándose el sistema en la medida que hemos hecho notar igualmente al comienzo de este estudio.

III

I.—El Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, presenta sobre el nuevo capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad particularidades más notables en el orden teórico. Redactado con una gran pulcritud, con una técnica depurada que quizá en algunos puntos resulte excesiva, no sé yo si sus redactores habrán parado mientes con exactitud en la trascendentalísima innovación que supone para nuestro Derecho administrativo. Lisa y llanamente observaremos que el Reglamento abandona en su totalidad la teoría del contrato administrativo, tal como ha sido recibida en nuestro Derecho desde los orígenes mismos del régimen administrativo hasta la actualidad, para sustituirla por una concepción que hace rigurosamente de todo contrato de la Administración, sin discriminar entre ellos, un contrato pura y simplemente privado. Cuando personalmente llegué a esta conclusión no pude evitar un fuerte sobresalto. La innovación, desde luego, es de primer orden, tanto que afecta a un punto que, según algunos autores, alcanza a caracterizar políticamente nuestro régimen administrativo en su conjunto (27).

Sabido es que toda la teoría del contrato administrativo está montada sobre una precisión de fondo: no todos los contratos que realiza la Administración son contratos administrativos, sino sólo una parte de los mismos; los demás son efectivamente contratos privados; y he aquí que justamente en el hecho simple de esta distinción contratos administrativos-contratos privados está substantivándose el concepto mismo de aquella figura. El contrato administrativo es algo distinto, en efecto, de un contrato privado, incluso de un contrato privado suscrito por la Administración. La tesis cobra pleno vigor dogmático en la llamada teoría de las cláusulas exorbitantes del derecho común, con cuya presencia se tipificaría, en efecto, la existencia de un contrato administrativo propiamente tal (28). Esta

(27) F. GARRIDO FALLA, *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, en el núm. 7 de esta REVISTA, abril, 1952, págs. 32 y ss.

(28) Cfr. J. ROUVIÈRE, *A quels signes reconnaître les contrats administratifs?*, París, 1930. G. PÉQUIGNOT, op. cit., págs. 129 y ss. La tesis está recibida en nuestro Derecho por la importante y excelente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1936, que declara característica de los contratos administrativos las «cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común que asumen la consideración de una competencia administrativa retenida... las cuales, por no hallar equivalencia en Derecho civil, donde juegan los elementos personales en plano de igualdad, sólo pertenecen al dominio de los poderes estatales, que las imponen a virtud de imperio».

excepcionalidad sobre las normas contractuales comunes, que sería lo propio del contrato administrativo, viene explicada, justificada y medida por el objeto propio de este contrato, que es típicamente el servicio público. El servicio público no puede ser abandonado por la Administración; es indeclinable para ella misma el mantener sobre él una titularidad permanente e inderogable. He aquí por qué, curiosamente, este objeto no va a poder ser un verdadero objeto contractual en sentido civil, por lo mismo que su regulación ingresaría en una estructura rígida en cuanto determinada por la ley del contrato y por la subordinación a la misma de los dos contratantes situados en un plano igual: ello atentaría contra aquél su principio propio, que es de la pertenencia exclusiva y permanente a la potestad única y libre de la Administración. Esta es la razón de que el servicio público, en cuanto requiera de algún modo ser referido en el objeto de un contrato, deba arbitrar para sí normas rigurosamente anticontractuales en sentido civil, situaciones exorbitantes del derecho común, dándose así lugar a esta singularísima figura que es el contrato administrativo.

El nuevo Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales prescinde en absoluto de esta caracterización del contrato administrativo y no exige el principio material de que su objeto sea precisamente un servicio público («obras y servicios públicos» en la formulación tradicional de nuestro derecho), ni mucho menos la caracterización estructural que implicaría la presencia en su seno de estas reglas exorbitantes. *El Reglamento regula por igual toda clase de contratos de las Administraciones locales, se refieran o no a obras y servicios públicos.* La única particularidad reservada para este caso de la contratación de obras y servicios públicos está contenida en los artículos 3.º, 4.º y 5.º, relativos a la capacidad, incapacidad e incompatibilidad para ser contratista, así como en el artículo 9.º, que contiene la tradicional prohibición de fraccionamiento de la materia de los contratos en partes o grupos. Por lo demás, la totalidad de las reglas del Reglamento, tanto las que se refieren a la determinación del sistema de contratación como las que hacen relación a la propia regulación de fondo de los respectivos contratos, han de aplicarse indiferenciadamente a todo contrato concertado por las Administraciones locales, sea cualesquiera su respectiva materia o contenido.

Esta concepción innovadora del Reglamento da satisfacción, hay que reconocerlo, a una corriente tradicional en nuestra doctrina, según la cual todos los contratos celebrados por la Administración son idénticos en el sentido de que no presentan especialidad sobre el contrato común que regula el Código civil. La especialidad jurisdiccional establecida para aquellos contratos cuyo objeto son obras y servicios públicos es vista, o como una determinación de orden práctico que no refiere ninguna particularidad dogmática de tales contratos, o, más comúnmente,

como una distinción arbitraria y sin sentido (29). Esta antigua corriente corresponde, más o menos, a su tiempo. Cuando más adelante la teoría del contrato administrativo es depurada doctrinalmente, va a persistir, sin embargo, en nuestra patria, irreductible, esta vieja tendencia (30), que llega incólume a nuestros días, si bien vestida con técnicas distintas, a través, sobre todo, de los trabajos de ALBI (31) y BALLBÉ (32). Quizá al influjo de estas últimas posiciones, con su prestigio doctrinal, sea debido que el Reglamento que comentamos haya iniciado en la historia de nuestra legislación del contrato administrativo el abandono de su posición genuina, que hasta ahora se había mantenido un poco por ciega intuición frente a tanta crítica adversa.

Mi posición personal es contraria en absoluto a esta innovación del Reglamento y a favor, por tanto, del criterio legislativo tradicional, aunque no sea esta ocasión la más propicia para detenernos en un análisis circunstanciado de los respectivos argumentos. La concepción que luce en el Reglamento es aquella elaborada según principios lógicos, según la cual «contrato» y «administrativo» son en rigor conceptos antagónicos, como no se reserve la expresión únicamente a los concertos entre Administraciones. Los supuestos tradicionales del contrato administrativo, convenios con particulares sobre obras y servicios públicos, son puros y simples contratos privados, un caso más de la llamada actuación

(29) Vid. E. DELGADO y F. ARRIAGA, *Contratos administrativos*, Madrid, 1889, página XII; A. GONZÁLEZ, *La materia contencioso-administrativa*, Madrid, 1903, pág. 370; S. ALFARO, *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1881, pág. 18; J. M. CABALLERO MONTES, *Lo contencioso-administrativo*, I, Zaragoza, 1902, pág. 144; ABELLÁ, *Contratos provinciales y municipales* (por la Redacción de «El Consultor de los Ayuntamientos»), 4.ª ed., Madrid, 1913, pág. 16.

(30) A. ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, Valladolid, 1926, pág. 588. J. M. PI y SUÑER, *Lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1928, pág. 155. J. GASCÓN y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, I, Madrid, ed. 1933, pág. 253.

(31) F. ALBI, op. cit., págs. 11 y ss. y 371 y ss. «Contratos municipales son aquellos en que una de las partes es la Administración municipal, como contratos administrativos, en general, son aquellos en que interviene la Administración pública en cualquiera de sus esferas.» La distinción entre contratos administrativos y contratos civiles de la Administración la reputa «un estado de cosas sin posible justificación científica».

(32) M. BALLBÉ, artículo *Derecho administrativo*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Barcelona, 1950, págs. 56 y ss., especialmente págs. 68 y ss. Igualmente, en *Jurisprudencia administrativa*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1947, págs. 119 y ss. En este autor operan las influencias de la doctrina italiana, a través especialmente de AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa*, Padova, 1938, y CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1942. El llamado contrato administrativo referiría una actuación de fines administrativos bajo formas privadas, «actividad administrativa de derecho privado». Vid. esta calificación expresada en la nota 57 del primer trabajo citado, y en pág. 127 de las notas de jurisprudencia citadas. Sería diferenciable frente a este tipo dogmático el de una actividad de la Administración de fines privados bajo formas también privadas, pero únicamente por su aspecto material, no por el de su régimen, tan privado como lo es aquel otro, idénticos, pues, en este punto capital.

privada de la Administración, que si es materialmente administrativa por razón de los fines últimos perseguidos, es formal y estructuralmente de derecho privado en cuanto a su régimen. La razón de mi discrepancia comienza siendo ya de método. El contrato administrativo, como todo concepto jurídico, es siempre una construcción de derecho positivo, más concretamente de efectos en el derecho positivo; de ahí que exista sólo en ordenamientos positivos y concretos, y particularmente en dos, en el francés y en el español. Cuando un concepto jurídico vive y se desenvuelve en el seno de un derecho positivo, un argumento lógico es el sustancial manejado por la escuela italiana y por BALLBÉ, afecta de suyo en modo alguno; le basta un leve quiebro para evitarse la posibilidad de todo ataque, y sería éste: efectivamente, es muy posible que en el orden puramente abstracto sea observable alguna contradicción, pero si el concepto vive como tal en su mundo propio, que es el de los efectos jurídicos, esto quiere decir simplemente dos cosas: o bien que estaremos en presencia de una ficción jurídica, o que la etiqueta en tal caso está mal empleada; es decir, que se llama convencionalmente contrato a lo que realmente no lo es, buscando la aplicación al supuesto de determinados efectos previstos para la figura normal del contrato (ficción), o más sencillamente, que se está utilizando el nombre de contrato para un supuesto que no le conviene (33). He aquí que el aparatoso ataque se resuelve llanamente en una logomaquia: llamemos a la figura, si se quiere, «concreto», en lugar de contrato, como don Miguel de UNAMUNO llamó «novela» a una novela que incumplía los cánones clásicos, con lo que evitaba la crítica que en nombre de éstos pudiera hacérsele. Porque la cuestión debe analizarse en su propio fondo, y su fondo es éste: si en efecto las reglas particulares aplicables a los llamados contratos administrativos son reglas comprensibles perfectamente en el seno del contrato, o no; si se cumplen o no verdaderas reglas exorbitantes del derecho privado, y si además esta particularidad de efectos juega orgánicamente—y no por simple excepción casuística—según una dialéctica propia (34). Desde esta pers-

(33) En mi curso *Dogmática y sistema de fines en Derecho administrativo*, que acabo de concluir en el Instituto de Estudios Políticos, he fundamentado y analizado en sus términos esta posición metodológica general.

(34) Nos oponemos aquí también a la tesis de F. GARRIDO, para el cual «el contrato administrativo supone la inicial utilización por la Administración de medios jurídicos privados para la consecución de fines públicos: puede ocurrir que no haya necesidad de romper el equilibrio clásico del contrato a lo largo de toda la vida de éste, en cuyo caso nos habremos encontrado... con intereses colectivos alcanzados a través de medios jurídicos privados: pero puede ocurrir también que se imponga a la Administración la necesidad de escapar a la disciplina contractualista, y entonces dará a la relación carácter y perfil de jurídico administrativa» (*Sobre el Derecho administrativo...*, cit., págs. 33-34). El contrato administrativo no es reductible meramente a esta reserva potencial de romper la relación puramente civil entre las partes; en tal tesis sólo aquellos contratos en que la Administración ejercita su *ius variandi*, que

pectiva, que es la obligada, la figura del contrato administrativo es in-
 inmóvil. Sin intentar en este momento un estudio demasiado deta-
 llado, nos bastará, más fácilmente, con analizar según este criterio las
 reglas contenidas en el propio Reglamento de Contratación que exami-
 namos, no obstante haber sido concebido desde la posición contraria.

Frente a la realidad, cualquier revisión conceptual que no parta
 precisamente de sus propios datos se resuelve en palabras. He aquí
 que el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, inspi-
 rado en la concepción contractualista privada de los contratos adminis-
 trativos, no sólo no ha podido reducir esta realidad a los esquemas y
 moldes de la contratación civil, sino que, por el contrario, ha implica-
 do nada menos que una extensión al supuesto tradicional de contratos
 puramente civiles de la Administración las reglas exorbitantes antes re-
 ducidas al supuesto de la contratación propiamente administrativa; es
 decir, se ha logrado efectivamente la unificación que los redactores han
 pretendido de modo abierto, pero esta unificación ha sido a costa del
 contrato civil y por el rasero irreductible que las reglas de contrato
 administrativo ofrecían. Es muy fácil, en efecto, probar este aserto a
 través del propio articulado del Reglamento:

— El artículo 11 establece que la causa de los contratos para las Cor-
 poraciones locales deberá ser el interés público; esta precisión no en-
 tra en lo que dice el Código civil, artículo 1.274, y en definitiva, se verá
 que esta inserción del principio del interés público, o, si se permite,
 del principio del servicio público, en el esquema contractual trastorna
 en realidad toda su economía de conceptos; es la solución precisamente
 del contrato administrativo típico (35).

— La interpretación de todos los contratos se realizará unilateral-
 mente por la propia Administración (art. 99).

— Los acuerdos de las Corporaciones locales en todas las incidencias
 del contrato son ejecutorios por sí mismos, sin necesidad de la pre-
 via declaración judicial, y esta ejecutoriedad es además actuable por
 la propia Administración unilateralmente en virtud de su acción de

suelen ser lógicamente los menos, serían verdaderos contratos administrativos. El con-
 trato administrativo es, por el contrario, todo un régimen orgánico que domina la
 totalidad de la relación a lo largo de todo su desarrollo, y no meramente la posibili-
 dad de irrumpir con una sola excepción en una relación privada; véase en el texto,
 más abajo, la referencia enumerativa de reglas exorbitantes que contiene el propio Re-
 glamento, negador de la tesis publicista; se comprenderá que el *ius variandi* es sim-
 plemente una entre muchas de estas reglas, y si acaso la más aparente, quizá también
 la de menos efectiva aplicación. Es interesante notar que incluso los países de *rule of
 law*, los más lejanos, pues, de la posibilidad de admitir una «administrativización» de
 los contratos, aceptan, sin embargo, el *ius variandi* de la Administración en sus con-
 tratos para promover «the public convenience or the general welfare and prosperity».
 Vid. una referencia en R. BIELSA, *Estudios de Derecho público*, I, Buenos Aires, 1950,
 pág. 623, y allí citados.

(35) Cfr. G. PÉQUIGNOT, op. cit., págs. 243 y ss.

oficio (arts. 44, 47, núm. 2.º, 52, 2 C, 53, 54, 55, 58, 63 a contrario, 64, 65, 67, 70, 71, 77, 83, 89, 93, 95, 97, 98 y 100).

— La Administración sanciona unilateralmente al contratista en virtud de su propio poder público: arts. 23, 89, 98.

— La Administración vigila y controla la propia actividad del contratista (art. 60).

— La Administración puede, en fin, modificar unilateralmente la ley del contrato: arts. 53, 54, 55 y 70.

— Se niega al contratista la *exceptio non adimpleti contractus*: artículo 56.

— Se declaran protegidos frente a todo tercero los adeudos de la Administración frente a su contratista, tanto mediante un derecho de prioridad absoluta para la persecución de bienes determinados (arts. 83, 84), como por la declaración de una inembargabilidad plena con relación a cualquier género de responsabilidad de los bienes del contratista expresamente afectados al cumplimiento del contrato con la Administración (art. 91); y esto en contra del principio de la limitación de efectos del contrato entre las partes (art. 1.257 del Código civil).

Tras esta exposición, puede preguntarse si tales reglas entran de algún modo dentro de los esquemas comunes del contrato civil. La hipótesis podría verificarse imaginando un contrato entre partes privadas acordado con cláusulas de tal tenor: ¿sería posible que un Tribunal civil lo declarase válido? Evidentemente, no, en manera alguna. Sin más amplias disquisiciones, parece claro que estamos rigurosamente en presencia de las famosas reglas exorbitantes del Derecho civil, que sólo tienen su lugar propio en el Derecho administrativo. Es curioso, sin embargo, que, comenzando con un claro prejuicio contra esta teoría, el Reglamento la haya luego extendido a los contratos de las Administraciones locales que hasta la fecha venían regulándose sin dificultad por las puras normas privadas.

Por lo demás, el Reglamento tiene conciencia de su heterodoxia dentro de nuestro Derecho administrativo: en vez de consagrar la conclusión inmediata de su postura, que sería la de una unificación jurisdiccional de los dos regímenes contractuales hasta ahora separados, se limita a eludir este importante tema mediante este precepto neutro: «Los litigios derivados de contratos en que sean parte las Corporaciones locales se entenderán siempre sometidos a los *Tribunales competentes con jurisdicción en el lugar en que las mismas tengan su sede*» (artículo 12, 1). Quiérese decir que a efectos jurisdiccionales, al menos, seguirá distinguiéndose, como hasta ahora, entre contratos administrativos y contratos civiles de las Administraciones locales. Esta diferencia, que parece meramente formal, sería perfectamente trascendente si nuestra jurisdicción contenciosa tuviese la vitalidad que tan notoriamente le falta. Por de pronto, hemos de ver cómo algún precepto expreso del Re-

glamento, por el hecho simple de esta aplicación del proceso contencioso-administrativo, deberá quedar sin posible eficacia.

2.—Un comentario corto a la regulación de los sistemas de contratación (cap. II). Es aquí donde se manifiesta la neta superioridad de este Reglamento sobre la Ley de 20 de diciembre de 1952, que hemos estudiado en el anterior apartado. Se regulan como formas típicas, además de la subasta, del concurso y del concierto directo, previstas en aquella Ley, el llamado concurso-subasta, al cual ya hemos hecho alguna referencia y que representa un positivo enriquecimiento de nuestras normas de contratación pública. El Reglamento comienza definiendo cada una de estas formas típicas de contratación, para pasar a regularlas luego por separado. En la regulación de la subasta se contienen preceptos de tipo procedimental relativos a la formulación de los pliegos de condiciones, a la publicidad de la licitación, a la licitación misma, y, en fin, a su celebración y a su formalización. En la regulación del concurso-subasta, del concurso y del concierto directo, es decir, de las formas excepcionales de contratación, se observa una notable *sindéresis* que se contrapone a las *antinomias*, *convencionalismos* y *particularismos* que se notaban en la Ley de 20 de diciembre de 1952, según hemos observado. Es de notar que supuestos que eran regulados por aquella Ley como justificativos de determinados modos de contratación pasan en este Reglamento a entrar en tipos distintos; así, la aportación de medios auxiliares por parte de la Corporación legítima el concurso-subasta o el mero concurso, pero no la ejecución directa, como en aquella Ley. Sin embargo, en algún punto se nota la influencia inmediata, no siempre beneficiosa, de aquella Ley general sobre este Reglamento; por ejemplo, en lo que se refiere a la modalidad del sistema de destajos para la ejecución de obras públicas, que se regula también dentro del tipo de concierto directo.

Es curioso que el Reglamento, sin duda dejándose llevar del excesivo prurito de pureza que le domina, guarde silencio sobre la hipótesis de ejecución por gestión directa de la propia Corporación. Ya notamos al estudiar el nuevo capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado que la ejecución por gestión directa, si evidentemente está fuera de la contratación administrativa propiamente tal, es, sin embargo, definitiva del sistema mismo de contratación hasta el punto de terminar el lugar de éste en la organización de la actividad administrativa, por lo que su mención al tratar de este tema no es precisamente inoportuna. Lamentamos por eso el criterio del Reglamento. Es de esperar que en otro de los Reglamentos locales que faltan, acaso en el de obras y servicios, se remedie este vacío, fundamental, a mi juicio, que deja en el aire la totalidad del sistema de contratación que tan minuciosamente se ha regulado.

3.—Los capítulos III y IV, relativos a perfeccionamiento y formalización del contrato, no contienen particularidad digna de ser notada, haciendo referencia a cuestiones de procedimiento sobre las que no introducen novedad estimable respecto del régimen anterior.

El capítulo V, relativo al cumplimiento del contrato, sí es merecedor de un comentario particular. Comienza con una declaración de tipo general en la que se muestra la concepción privatista que ha presidido toda la confección del Reglamento: «Los contratos serán inalterables a partir de su perfeccionamiento, y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que les sirvan de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas sólo podrán modificarse mediante nueva licitación, salvo las excepciones expresamente admitidas por los artículos siguientes» (Art. 51). Comienza por pugnar simplemente con la gravedad del principio, tan solemnemente declarado, la posibilidad admitida de excepciones. En la regulación de estas excepciones al *lex contractus* por decisión unilateral de la Administración, que en el contrato administrativo son admitidas llanamente y sin escándalo, se han visto forzados los redactores del Reglamento a una regulación en cierto modo vergonzante, y que, por otra parte, dado el espíritu restrictivo que la preside, puede afectar en muy grave medida en contra del servicio público.

El Reglamento acepta tres tipos de modificaciones impuestas por la Administración en el contrato, reguladas respectivamente en los artículos 53, 54 y 55. Son los siguientes: Primero, «variaciones de detalle que no alteran sustancialmente los pliegos de condiciones ni los precios establecidos». La expresión vergonzante, que antes hemos utilizado es aplicable claramente aquí: ¿qué quiere decir no «alterar sustancialmente» la ley del contrato? Porque los artículos 1.091 y 1.256 del Código civil no admiten siquiera el planteamiento de esta cuestión, y esto por razones de principio y no, en modo alguno, por puras razones de cantidad. Segundo, «por causas imprevisibles o inevitables o en virtud de motivos de interés público»; la mención de las causas imprevisibles o inevitables es equívoca para este supuesto (la teoría de la imprevisión juega en otro orden de razones), y debería haber bastado la invocación al interés público, contra el cual en todo caso no prevalecería el argumento de que la alteración pudo efectivamente preverse por los órganos contratantes. Ahora bien, lo grave de la regulación legal es la limitación que a continuación se señala para el ejercicio de esta facultad de modificación unilateral del contrato por la Administración: «siempre que no se altere el presupuesto por exceso o por defecto en más de la quinta parte». He aquí también las consecuencias de una posición tímida, que por otra parte no tendría posible justificación en el orden de principios en que pretende el Reglamento estar colocado. No se trata aquí tampoco de una cuestión de cantidad, ni para aceptar que el prin-

cipio cardinal del contrato propiamente tal falle íntegramente admitiendo el supuesto, ni tampoco para dejar paso a las exigencias reales del servicio público. En el contrato administrativo se acepta lisa y llanamente la posibilidad de que la Administración pueda imponer cualquier modificación y de cualquier cuantía al contrato (*sin perjuicio*, naturalmente, de los mecanismos compensadores de tipo económico que se habilitan a favor del contratista) en cuanto interese al servicio público (36); nada tiene que hacer aquí, ni ningún fin cumple, una limitación de cantidad. La solución es lógica en cuanto derivada de la indefectibilidad del poder exclusivo de la Administración sobre los servicios públicos: He aquí, sin embargo, que según la regulación del Reglamento el poder de la Administración para gobernar sus propios servicios públicos y para ser juez de las necesidades y remedios que en este orden convengan, no es un poder soberano, es un poder que puede quedar condicionado por la voluntad del simple particular, que es el contratista; más concretamente, es un poder soberano en cuanto sus determinaciones afectan sólo al 20 por 100 del presupuesto de un contrato en curso; deja de serlo en cuanto sobrepase esta cifra. Todo el progreso técnico en la materia, que consiste en sustituir el problema de *validez* por el de *inaemulación* en el ejercicio de esta facultad de la Administración para modificar sus contratos, es abandonado aquí con la vuelta a las viejas posiciones, que recuerdan en el Derecho administrativo al *nexum* del primitivo Derecho civil. Esto constituye, a mi juicio, el más grave fallo del Reglamento que comentamos, teniendo en cuenta que, como hemos notado, aquella otra prevención frente al concepto mismo del contrato administrativo resulta en la realidad infructuosa (37). Una jurisprudencia progresiva debería saltar sobre esta limita-

(36) Debe hacerse notar que no es lo mismo principio del interés público que principio del servicio público. La idea contraria es bastante común. Recientemente la recoge GARRIDO FALLA en trabajo cit., págs. 38 y ss., en especial pág. 44 y nota 69. El principio del servicio público no es el principio «*salus populi suprema lex esto*», como ha dicho también BERCAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952. El interés público o el bien común—equivalencia que también afirma GARRIDO—es una exigencia de tipo general que es actuable en toda suerte de relaciones de Derecho; el principio del servicio público es genuinamente propio de las relaciones de Derecho administrativo. La idea del interés público es una idea general y sin matices; el principio del servicio público impone aplicaciones singulares derivadas de la especial naturaleza y organización de que se reviste la Administración pública para su actuación típica, de las exigencias particulares en el orden de su actividad. Nada menos que postulados fundamentales derivados de este principio interpretativo del servicio público, tal por ejemplo el de continuidad y regularidad de los servicios públicos, que por sí mismo explica reglas fundamentales del Derecho administrativo y que impone en este campo propio de la contratación la inaplicación de la «*exceptio non adimpleti contractus*», por ejemplo, son reglas que precisamente son remitibles sólo a esta peculiar dinamicidad del principio. La idea del interés público es, como genérica y abstracta, estática, plana.

(37) Esta posición del Reglamento está tanto más injustificada cuanto que en la

ción, pues no es admisible que un Reglamento coarte tan gravemente la posición de la Administración, esencialmente necesaria para el cumplimiento de sus fines: la limitación podría entenderse únicamente a los efectos de hacer obligatoria la modificación para el contratista, permitiéndole en los demás casos una posibilidad de separación del contrato. Tercero. Queda un único caso extremo en el cual es admisible la posibilidad de modificación del contrato por la Administración sin límite ninguno, el del artículo 55: «en casos de peligro para el orden o seguridad públicos»; no está claro si en la intención del Reglamento es un supuesto nuevo con este alcance ilimitado, o es una precisión del supuesto anterior por lo que hace a la obligación de aceptación por el contratista; permítasenos, sin embargo, la primera interpretación como exigida por las reglas más elementales del orden administrativo.

Queda regulada fuera de este capítulo una facultad, no de modificación, sino de desistimiento del contrato en su totalidad por parte de la Administración (art. 70). El afán técnico del Reglamento ha impuesto esta separación de supuestos que, a mi juicio, podían estar perfectamente unificados por sus causas como por sus efectos. Ahora bien, esta facultad de desistimiento (denuncia, dice el Reglamento) parece estar limitada en la redacción legal a dos precisas aplicaciones: o bien que la Administración desista de llevar a cabo lo que fuere objeto de la obligación contraída (no, por tanto, que intente simplemente llevarla a cabo de manera distinta), o bien que considere más conveniente asumir su ejecución directa en los casos permitidos por el artículo 311 de la Ley. Obsérvese que, por lo que hace al contrato de obra, supuesto el más general de la contratación administrativa, la Administración está más limitada por este Reglamento que lo que lo estaría por el propio Código civil, que acepta llanamente la facultad de desistimiento del *dominus operis*, sin expresión de causa (art. 1.594).

Se ratifica el principio de riesgo y ventura, aceptando los cuatro casos que el artículo 42 del Pliego general de 13 de marzo de 1903 establece como de indemnización por fuerza mayor. Es curioso que se haya incluido sistemáticamente dentro de esta misma hipótesis el derecho de revisión de precios, que se limita, sin embargo, a los aumentos «establecidos por precepto obligatorio», lo cual no es propiamente un supuesto de fuerza mayor, ni siquiera un caso de aplicación de la tesis de la imprevisión, sino precisamente una categoría dogmática propia, que es la del *hcho del Príncipe* (38), aunque, efectivamente, se trate de una

Ley de Régimen Local se define generosamente el *ius variandi* de la Administración por lo que hace a concesiones, sin que se condicione esta facultad a límites cuantitativos, que no tendrían ningún sentido: art. 163. 2.

(38) Así, el Consejo de Estado, consultas 3.725, de 3 de noviembre de 1948, y 3.935, de 14 de octubre de 1948. Vid. una amplia referencia en Consejo de Estado, *Repertorio de doctrina legal 1948-1949*, Madrid, 1950, págs. 121 y ss. y 127 y ss. Contra, F. GARRI-

excepción al principio de riesgo y ventura (39). Es de lamentar que el pormenor del Reglamento en otros aspectos haya faltado en este tan fundamental de la revisión de los precios, dando pie con su silencio a suponer que postula una bonificación total de los aumentos, en contra del principio de coparticipación que más razonablemente impera tanto en la teoría genérica de la imprevisión como en la regulación que en nuestro Derecho merece esta materia para los contratos de la Administración central (Ley de 17 de julio de 1945, arts. 2.º y 3.º).

15.—El nuevo Reglamento hace gala de un especial tecnicismo en lo referente a la materia contenida en el capítulo VI, «resolución, rescisión y denuncia de los contratos», supuestos en que se diversifica ahora el término tradicional en nuestra legislación administrativa de «rescisión».

Sin entrar de lleno en el problema sustancial a que tales términos hacen referencia por lo que hace a la extinción extraordinaria de los contratos, y recordando que en definitiva toda terminología es convencional, observaremos, por de pronto, que los redactores del Reglamento sustituyen un convencionalismo por otro, seguramente sin mayores razones. Es evidente, en primer lugar, que el concepto de denuncia es heterogéneo con los de rescisión y resolución, en cuanto que manifiesta una simple actividad (declaración de voluntad), así como estos otros un efecto; es decir, aquel concepto está en el orden de los supuestos de hecho normativos; estos otros, en el de las consecuencias jurídicas. Por lo demás, este término «denuncia» carece de perfil positivo en nuestro derecho, y el uso habitual lo equipara a lo que el artículo 1.566 del Código civil llama genéricamente «requerimiento»: la manifestación de voluntad para impedir el efecto de una reconducción tácita, o una prórroga facultativa del contrato que en otro caso actuaría por disposición legal o convencional; es, pues, una declaración obstativa, cuyos efectos positivos de finalizar el contrato proceden no por sí misma, sino por lo establecido en la ley o en el convenio sobre las circunstancias de esta extinción. En segundo lugar, bajo rescisión y resolución se entienden en nuestro Derecho civil supuestos diversificables sobre todo por las causas que determinan el fin del contrato en cada caso, reservando para el término de rescisión la extinción procedente por motivos de lesión (arts. 1.290 y s. del Código civil); ahora bien, no es éste el criterio que se ha seguido en el Reglamento, donde la rescisión, abudida sólo en el epígrafe del capítulo, no encuentra luego especial regulación, ni inclu-

do, en su reseña de esta obra del Consejo, en el núm. 5 de esta REVISTA, págs. 367-368. Me ratifico por mi parte en la posición del Consejo, aunque no sea ésta ocasión de polemizar sobre ello.

(39) Vid. mi artículo *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, en el núm. 2 de esta REVISTA, agosto 1950.

so en el caso típico de lesión superviniente del artículo 54, donde se habla de «denuncia»; en todo caso, tanto uno como otro término se caracterizan civilmente por su eficacia *ex tunc* (arts. 1.123 y 1.295), en tanto que el desligamiento del contrato administrativo suele ser de ordinario *ex nunc* (arts. 68, núm. 2, 69, núm. 2 del Reglamento, y sobre todo, Pliego general de 13 de marzo de 1903, cap. V), motivo por el cual la teoría francesa, para subrayar la diferencia, ha hablado de «resiliación» (40). En tercer lugar, y finalmente, aun siendo convencional, como se ve, el uso de los respectivos términos que hace el Reglamento, resulta que tampoco puede verse con claridad cuál es el sistema que ha seguido para clasificar los respectivos supuestos; la calificación más usual es la de resolución (cesación del contrato por incumplimiento o por imposibilidad de dar comienzo a su ejecución); el concepto denuncia se reserva para el fin del contrato por fallecimiento del contratista o por desistimiento de la Administración, o, por último, por modificación del contenido original; el término «rescisión», como hemos ya dicho, no aparece, luego de la alusión del epígrafe, por ninguna parte. Confieso que no alcanzo a ver el sistema conceptual que se ha seguido. Todo este complejo de razones me inclina personalmente a favor de la terminología tradicional, que sería clara caracterizando la rescisión administrativa en el orden de los efectos *ex nunc* (y reservando el término resolución, sólo genéricamente aludido en nuestro Derecho administrativo, a los contados casos de eficacia *ex tunc*), visto que la que se le opone no parece, ni mucho menos, tan depurada como han pretendido sus autores.

La concepción igualitaria o privatista, si se quiere, del contrato administrativo ha llevado al Reglamento a reconocer al contratista privado la misma facultad que a la Administración para declarar unilateralmente resuelto, rescindido o denunciado el contrato (art. 66). Esta sí que es una novedad de bulto en nuestra legislación. Ahora bien, la posición contraria, que reserva esta facultad únicamente a la Administración, está basada en principios sustanciales al régimen administrativo, cual es el de presunción de legitimidad de los actos administrativos, y el consiguiente de la ejecutoriedad de los mismos. El Reglamento no puede, aunque quisiera, extender este privilegio exorbitante al contratista, con lo que en realidad toda la cuestión se resuelve en sus propios preceptos en un juego de palabras: la llamada «declaración de resolución del contrato» es una mera «pretensión» de resolución que requiere el pronunciamiento expreso de la Administración o, en su defecto, de los Tribunales (art. 66, 2; art. 71, 2); es decir, que la innovación queda en nada y todo sigue igual; el contratista «solicita» la declaración de rescisión que sólo la Administración «declara». Sin em-

(40) Cfr. G. JÈZE, *Principios generales de Derecho administrativo*, trad. esp., VI. Buenos Aires, 1950, págs. 174 y ss.

bargo, el equívoco ha pasado sobre el artículo 71, que, buscando un rasero común para Administración y contratista privado, prevé que la declaración de la primera pueda quedar sin ejecución hasta que el acuerdo sea firme, así como la declaración del segundo ejecutarse «mientras se dilucida la discrepancia» con la propia Administración. No basta con que estos efectos no sean los normales y que se condicionen siempre al pronunciamiento expreso de la propia Administración, para condenar en todo caso la posibilidad de que se admitan sin escrúpulo.

5.—El capítulo V regula lo relativo a lo que llama «garantías de la contratación», expresión nueva que sustituye en el Reglamento a la tradicional de «fianza». Evidentemente, la llamada fianza en el contrato administrativo no es una fianza en el sentido del artículo 1.822 del Código civil, pero de intentar el nombre exacto debería haberse utilizado o el de afianzamiento (término genérico que en definitiva explica el uso administrativo; cfr. art. 1.402 de la Ley de Enjuiciamiento civil y art. 1.855 del Código civil), o el rigurosamente preciso de «caución». El término «garantías» me parece en exceso indiferenciado, teniendo en cuenta, por otra parte, que tampoco cubre la totalidad de efectos asignable a la llamada fianza contractual administrativa, como vamos a ver.

Contiene este capítulo una circunstanciada regulación de la materia, entre la que destaca una innovación de primer rango. Quizá precisamente por la utilización del término «garantía» el Reglamento se ha visto impulsado a regular la caución contractual desde este ángulo exclusivo, abandonando otra función principal que la caución también viene cumpliendo en el contrato administrativo, la de estimaciónalzada de responsabilidad en el sentido de una cláusula penal según el artículo 1.152 del Código civil. Esta exacta configuración de la llamada fianza cumple una función significativa dentro del contrato administrativo, ya que, afectando el cumplimiento del mismo, por definición, al servicio público, una determinación exacta de los perjuicios que a éste irroga una falta del contratista, o sería en verdad imposible o llevaría a cifras absolutamente extraordinarias; ¿cuáles son los daños y perjuicios que a la economía nacional causa, por ejemplo, un retraso en la puesta en circulación de una carretera? Se comprende la necesidad de una estimaciónalzada de daños, pues en otro caso se harían llenos de riesgo los contratos de la Administración, con la consecuencia, o bien de una ausencia de contratistas, o bien de un recargo en las cifras de oferta de importantes primas de cobertura (41). He aquí, sin embargo, que el Reglamento abandona este sistema para considerar la fianza o garantía de los contratos locales como un simple adelanto de la posible responsabi-

(41) El mismo argumento juega en otras particularidades del contrato administrativo, muchas de primer orden, según he probado en mi artículo citado en nota 39, *supra*, págs. 98 y ss.

lidad, que ya no resulta tasada, sino adecuada íntegramente al daño efectivo (arts. 83 y ss., art. 92). Creyendo quizá asegurar más ampliamente los intereses de la Administración, impone así el principio *ultra vires cautionis*, en contra del cual militan tantas razones de orden práctico, y en definitiva, el propio principio del servicio público, como hemos visto.

El capítulo VIII contiene lo referente a responsabilidad, desarrollándose ese principio de responsabilidad real en lugar del de responsabilidad a tanto alzado o *forfait*.

Y, finalmente, el último capítulo, que es el IX, contiene dos artículos sobre interpretación, a los que ya hemos aludido.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

