

LOS CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS DE LA ADMINISTRACION

Ponencia general por MAURICE-ANDRE FLAMME

Profesor Agregado de la Enseñanza Superior. Encargado de Curso en la Universidad libre de Bruselas.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—CAPÍTULO PRIMERO.—Los modos de adjudicación de los contratos de Obras Públicas.—*Sección primera:* Regímenes que no tienen establecido procedimiento.—*Sección segunda:* Regímenes que tienen establecido procedimiento. 1) Procedimientos establecidos que implican una competencia vinculada en cuanto a su campo de aplicación. I. Países con procedimiento único. II. Sistemas dualistas. III. Países con múltiples procedimientos.—CAPÍTULO SEGUNDO. El principio de la concurrencia ilimitada y sus alteraciones.—CAPÍTULO TERCERO. La elección del adjudicatario. *Sección primera:* Designación automática. *Sección segunda:* Elección discrecional. A) La lucha contra las rebajas excesivas. B) Los conciertos previos.—CAPÍTULO CUARTO. Primeras conclusiones y proyecto de reforma del estatuto de los contratos públicos.—CAPÍTULO QUINTO. De los recursos jurisdiccionales que garantizan la regularidad de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Cuestión núm. 11).—CAPÍTULO SEXTO. De la ejecución de los contratos. *Sección primera:* De la situación jurídica de los subcontratistas respecto de la Administración.—*Sección segunda:* Del poder de la Administración de modificar unilateralmente las condiciones del contrato.—*Sección tercera:* Garantías financieras, financiamiento y prefinanciamiento de las obras.—*Sección cuarta:* Control y recepción de las obras (Cuestión núm. 14 b).—*Sección quinta:* La revisión de los precios en caso de alteración de las condiciones económicas generales (Cuestión número 14, c).—*Sección sexta:* Las obras complementarias (Cuestión núm. 14, c).—CAPÍTULO SÉPTIMO. El contencioso de la ejecución de los contratos. *Sección primera:* De los recursos gubernativos ordinarios (Cuestión núm. 16). *Sección segunda:* Del arbitraje (Cuestión núm. 17). *Sección tercera:* Jurisdicciones competentes y derecho aplicable.—CONCLUSIONES.—ADDENDUM.

INTRODUCCIÓN.

1. El Instituto Internacional de Ciencias Administrativas ha dirigido a sus Estados-Miembros un Cuestionario relativo a ciertos aspectos de los *Contratos de Obras Públicas*, preparado por las Secciones nacionales belga y holandesa, revisado y completado en la «Round Table» celebrada en Oxford del 11 al 15 de julio de 1955, que comprende 17 cuestiones particulares y cuatro posibles soluciones a título de conclusión.

Las respuestas recibidas son numerosas, interesantes, y algunas de ellas particularmente detalladas, haciendo así posible un estudio comparativo

muy útil, y al mismo tiempo permitiendo encontrar en alguna manera la coincidencia en una materia que se nota en evolución siguiendo una tendencia general, a saber, la normalización y el mejoramiento de las relaciones entre la autoridad adjudicadora y el adjudicatario, persona privada.

Estas respuestas nos han llegado de los países siguientes :

Alemania federal, Australia (Commonwealth), Austria, Bélgica, Chile, Costa de Oro, Dinamarca, Egipto, España, Francia, Gran Bretaña, Gran Ducado de Luxemburgo, Haití, Honduras, Italia, Noruega, Países Bajos, Puerto Rico, Portugal, Siria, Turquía, Unión Surafricana (Ministerios y Ferrocarriles), Uruguay, Vietnam y Yugoslavia.

El presente informe tratará de presentar una síntesis de estas numerosas respuestas, siguiendo, en tanto que sea posible, el cuestionario punto por punto, para extraer a continuación una primera serie de conclusiones.

CAPITULO PRIMERO

LOS MODOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS (1)

SECCION PRIMERA

Regímenes que no tienen establecido procedimiento.

2. En algunos países —como Haití, Puerto Rico, Irlanda, Finlandia, Inglaterra y sus dominios— se deja el máximo de competencia discrecional a los agentes encargados de celebrar los contratos; estos agentes pueden elegir libremente el titular del contrato y llevar a cabo discrecionalmente

(1) Nosotros agrupamos bajo este título las respuestas a las cinco primeras cuestiones y a la 7.^a, es decir,

- 1.^a ¿Existe en vuestro país obligación de proceder a la conclusión de los contratos de obras públicas por vía de adjudicación? ¿Esta obligación está condicionada por el importe de los costes ofrecidos?
- 2.^a Si esta obligación existe, ¿cómo está regulada?
- 3.^a Si esta obligación no existe, ¿la competencia de los agentes públicos encargados de celebrar los contratos es completamente discrecional? Si así ocurre, ¿cómo está organizado el control de los agentes responsables?
- 4.^a ¿Existe, en la práctica, una distinción muy neta entre los contratos públicos concluidos por vía de adjudicación y los contratos concluidos sin adjudicación? En otros términos, si una autoridad pública se dirige a un número restringido de contratistas para conocer sus condiciones, y sin dar a esta iniciativa publicidad, ¿hay adjudicación?
- 5.^a Si esta distinción se hace, ¿existen formas intermedias?
- 7.^a ¿Las modalidades de adjudicación de los contratos son las mismas para el Estado, las autoridades regionales, los organismos públicos, etc.?

la consulta de contratistas, es decir, el sondeo del mercado económico que debe preceder y esclarecer su elección.

Sin embargo, si no existe ninguna obligación de recurrir a la adjudicación, no se podría concluir por esto que los agentes públicos gozan en la materia de un poder de apreciación absolutamente discrecional. Estos agentes están sometidos a «prácticas administrativas» muy arraigadas, a las cuales no podrían sustraerse sin exponerse a las críticas de sus superiores jerárquicos o de la opinión pública. Bien que se tratase, en fin, del temor de una interpelación al Ministro interesado, reglas presupuestarias, y aun del control ejercido por el Ministro de Hacienda, o por una «Cour de Comptes», o hasta por un juez (2). He aquí frenos serios al pretendido poder discrecional de los agentes antes citados de elegir a su guisa entre los modos de conclusión de los contratos.

Por eso, la adjudicación pública es, en la casi generalidad de los países enjuiciados, el modo más ordinariamente seguido para la ejecución de las obras de alguna importancia, aunque no exista una obligación estricta y formal de recurrir a este procedimiento.

Así la garantía de una buena e imparcial adjudicación de los contratos es, en estos países, buscada en el ejercicio de un control interno, jerárquico, sobre la libre elección por el agente administrativo de su contratante.

3. En FINLANDIA: Si la legislación finesa no contiene ninguna disposición relativa a la adjudicación, se ha desenvuelto, sin embargo, poco a poco, una costumbre de acuerdo en sus grandes líneas al procedimiento de adjudicación, y cuyos principios son, de otra parte, seguidos tanto para los contratos privados como para los del Estado (3).

El procedimiento de derecho común es la adjudicación pública, pero solamente sobre llamada restringida a la concurrencia, en el sentido de que una petición escrita del precio a tanto alzado es dirigida a ciertos contratistas (4) cuya competencia es notoria.

En casos excepcionales (importancia mínima del contrato, urgencia, especialidad de la obra, trabajos suplementarios inseparables del proyecto principal), es autorizada la contratación directa, sin sujetarse a ningún procedimiento, pero realizando siempre que sea posible negociaciones directas con varios contratistas.

4. En GRAN BRETAÑA: En el siglo XVIII, las obras de utilidad pública

(2) Este último pudiendo incluso perseguir el resarcimiento de los gastos hechos de una manera «no razonable».

(3) El gran número y la importancia de las obras adjudicadas desde la última guerra han incitado, sin embargo, a los Poderes públicos a preparar, en colaboración con las organizaciones profesionales, instrucciones unificadas generales. La elaboración de esta reglamentación oficial estaría a punto de ser terminada.

(4) La Administración debe consultar a un número mínimo de contratistas (cinco e incluso diez si se trata de obras de edificación) y principalmente a los que están domiciliados en la localidad del dueño de la obra.

eran construídas en Inglaterra por los ingenieros que las concebían; preparaban el proyecto en sus grandes líneas y las ejecutaban directamente con ayuda de mano de obra reclutada en el mismo lugar. Hasta el siglo XIX no apareció el contratista de obras en el sentido que lo entendemos hoy, y el sistema consistente en hacer ejecutar las obras en virtud de contratos públicos se desarrolló sobre todo de 1840 a 1860, en virtud del extraordinario desenvolvimiento de los ferrocarriles en esta época.

No existe ninguna obligación de organizar un concurso previo, y especialmente ninguna obligación:

- de publicar, por conducto general, el anuncio del concurso, el cual es facultativo anunciarlo en los periódicos;
- de avisar individualmente a un cierto número de concursantes;
- de prever y respetar un plazo tanto entre la publicación y el concurso como entre éste y la aprobación del contrato (5).

En la realidad, sin embargo, y sobre todo antes de 1939, los departamentos ministeriales recurrían regularmente a la adjudicación pública abierta a todos, al menos para las obras poco importantes o relativamente sencillas.

Para las obras muy importantes o de carácter técnico elevado, estos mismos departamentos adoptan más bien el método llamado «invitation to tender», consistente en llamar a licitar empresas previamente seleccionadas y cuyas listas son regularmente tenidas al día (6).

En cuanto las colectividades locales, no gozan de una entera libertad en la elección del modo de otorgar sus contratos.

De una parte, en efecto, la autoridad central ora limita la posibilidad por los poderes locales, de ejecutar sus obras directamente, exigiendo de sus servicios técnicos que entren en concurrencia con las empresas privadas en condiciones idénticas y que presenten una oferta al menos tan baja como la de todo concurrente idóneo (7), ora impone —con un fin de economía (8)— una concurrencia amplia y no limitada a una lista de contratistas de obras seleccionados.

De otra parte, el cuidado de evitar toda sospecha de parcialidad en la elección de sus contratantes ha llevado a la mayor parte de las autoridades locales a prever en sus Reglamentos la mayor publicidad. Estos «standing

(5) Véase Michel QUANCARD, *L'adjudication des marchés publics de travaux et de fournitures*, pág. 17 (Sirey, 1945).

(6) A la vez añadiendo empresas nuevas que han hecho sus pruebas y desplazando ciertas empresas de una categoría a otra. (Véase sobre estas cuestiones el informe presentado por «The Federation of Civil Engineering Contractors» al reciente Congreso de la Federación Internacional de la Construcción y Obras Públicas, que se ha celebrado en París los días 1 y 2 de octubre de 1954.)

(7) «Memorandum sent to local authorities by the Ministry of Health», en noviembre de 1946.

(8) Sobre todo cuando se trata de obras subvencionadas, tales la construcción de carreteras, parcialmente financiadas por el «Roand Fund» (nuestro Fondos de Rutas).

orders» no son, sin embargo, más que reglas puramente locales que varían según las regiones y que no se sabría erigir en sistema (9).

Se notará, no obstante, que el Consejo de una autoridad local puede siempre autorizar una excepción a la aplicación del Reglamento en vigor, en este caso los contratistas perjudicados son privados de todo recurso (10).

SECCION SEGUNDA

Regímenes que tienen establecidos procedimientos

5. El rasgo común de estos regímenes es la organización —por vía legal o reglamentaria— de procedimientos de adjudicación que se imponen a los agentes encargados de celebrar los contratos y restringen pues, en mayor o menor medida, los poderes de estos agentes. Nosotros distinguiremos entre ellos según que los textos legales reglamenten solamente el mecanismo de los procedimientos así instituidos, o bien, además, sus dominios de aplicación respectivos.

§ 1. *Procedimientos establecidos, pero de utilización discrecional.*

6. Estos regímenes se caracterizan por :

- la libertad dejada a los agentes administrativos de utilizar o no los procedimientos establecidos reglamentariamente;
- la obligación para estos mismos agentes, desde que han decidido utilizar uno de estos procedimientos, de observar escrupulosamente la reglamentación que le concierne;
- la flexibilidad de estos procedimientos, particularmente por lo que respecta a la elección del contratista.

7. PAÍSES BAJOS.—El art. 33 de la Ley de Contabilidad del Estado erige la adjudicación pública en regla obligatoria para todo contrato (11) cuyo valor exceda de 2.500 florines; en la práctica, esta regla es, sin embargo, eliminada en provecho de la adjudicación restringida, a la cual se recurre (12) sistemáticamente, apoyándose en el mismo artículo 33, que

(9) La elaboración de estos «standing orders» está prescrita por el artículo 266 de la «Local Government Act» de 1933.

(10) Muy recientemente, el «London Country Council» (institución administrativa que corresponde a la «Ville de Paris») ha instituido un nuevo sistema que suprime la necesidad de adjudicación: el contratista es elegido —directamente— antes incluso que los planos sean trazados y colabora en un pie de igualdad con el ingeniero-consejero y el arquitecto en todas las etapas de la preparación del proyecto y de la ejecución de las obras (*Daily Telegraph*, 5 y 6 de agosto de 1953).

(11) Que se tratase de obras encargadas por el Estado mismo o por otros poderes públicos, desde el momento que éstos se benefician de los subsidios del Estado.

(12) En efecto, la Administración holandesa justifica su actitud por la considera-

autoriza las derogaciones al principio, por Decreto real motivado, «sea para una serie determinada de casos similares, sea para casos particulares».

De una manera general, se trata entonces de casos de urgencia, de circunstancias que no permiten dar una descripción suficientemente precisa de la obra a ejecutar o de trabajos que requieren conocimientos y aptitudes que la Administración no espera encontrar más que en uno solo o en un número muy reducido de candidatos. Este sistema funciona hasta ahora de manera satisfactoria: para frenar la tendencia a derogar excesivamente la regla de la adjudicación pública, una disposición especial subordina todo acuerdo directo o sobre llamada restringida, a la aprobación previa del Ministro interesado.

Una reglamentación análoga es aplicable a los Municipios y la misma evolución se nota en la adjudicación de sus contratos. En efecto, si la Ley municipal (art. 176) establece la regla de la adjudicación pública, admite igualmente derogaciones en los casos en que, «por razones particulares, el interés del Municipio exige recurrir al procedimiento del convenio directo», mediando una decisión del Consejo municipal (13), aprobada por la autoridad de tutela, la Diputación permanente (art. 228).

8. ALEMANIA FEDERAL.—Es al terminar el siglo último (1885) cuando se manifestaron por primera vez en Alemania los esfuerzos de los medios oficiales y profesionales para establecer un Reglamento-tipo para las adjudicaciones. En diversos momentos (antes de 1914 y en 1921), el Reichstag rechazó un proyecto de ley tendente a que las adjudicaciones fueran reguladas por una ley del Imperio. Una «Comisión de las Adjudicaciones del Reich» fué, sin embargo, encargada de establecer las bases de un procedimiento uniforme para las adjudicaciones de obras, para el Estado y para las provincias (Länder) del Reich, y puso a punto, en 1926, una reglamentación tipo para la adjudicación de trabajos de construcción, llamada V. O. B. (14), cuya primera parte regula el procedimiento de publicación de la puesta en adjudicación de la obra.

Modificado después de 1945 por la Comisión de adjudicaciones de la República federal, este documento es el fruto de una estrecha colaboración entre los representantes de la Administración y los delegados de las organizaciones profesionales de contratistas de obras. No tiene, sin embargo, ningún valor legal y, según una Sentencia de la Corte suprema (15),

ción de que el recurso a la adjudicación pública favorece las «ententes previas» entre los licitadores; también la adjudicación pública está en vía de desaparición en beneficio de la adjudicación restringida y, excepcionalmente, del concierto directo.

(13) El artículo 50 de la ley prohíbe también al Consejo municipal reunirse en Comité secreto para deliberar o tomar decisiones en materia de contratos convenidos directamente.

(14) «Verdingungsordnung für Bauleistungen».

(15) Citada sin referencia por el informe —del cual copiamos este resumen histórico— presentado por la «Hauptverband der Deutschen Bauindustrie» al Congreso

no vincula a las partes más que en virtud de una decisión tomada por el dueño de la obra, en los límites de sus derechos y en el territorio de su jurisdicción.

En realidad, la V. O. B. ha sido adoptada por todos los Ministerios y por todas las administraciones del Estado federal y los Länder, en virtud de Decretos que hacen su aplicación obligatoria.

Sobre la base de esta V. O. B., la Administración goza de la facultad discrecional

- sea de utilizar uno de los procedimientos establecidos reglamentariamente, es decir, la adjudicación pública (öffentliche Ausschreibung) y la adjudicación restringida (beschränkte Ausschreibung).
- sea de tratar fuera de todo procedimiento reglamentario, es decir, libremente (freihändige Vergabung).

A primera vista parecería ser de otra manera, pues la V. O. B. comienza por establecer el principio de que la adjudicación pública es la regla. La misma V. O. B. se apresura, sin embargo, a prever excepciones, las cuales, además de su carácter únicamente a título de ejemplo, señalan la hipótesis —de una notable y buscada imprecisión— en que «por razones especiales, una adjudicación pública, y aun restringida, aparece como indeseable» (16), esta restricción es suficiente por sí sola a hacer inútil la regla de la adjudicación pública y a conferirle un carácter exclusivamente facultativo.

9. GRECIA.—El sistema adoptado en Grecia se caracteriza

- por la sencillez aparente, siendo la adjudicación pública (17) el único procedimiento establecido, regla de derecho común;
- por los múltiples aspectos que reviste, en la realidad, este procedimiento;
- por el poder discrecional de que goza la Administración en la elección de estas diversas modalidades, la ley autorizando al poder público dueño de la obra a adoptar, mediante decisión especial motivada, una cualquiera de las formas de adjudicación enumeradas después, cualquiera que sea la naturaleza de las obras y cualquiera que sea el valor de las mismas.

Habiendo hecho esta última e importante reserva, las diversas modalidades de adjudicación de los contratos son las siguientes:

1.º el acuerdo directo es autorizado para las obras y suministros de un valor inferior a 670 dólares;

de la «Fédération Internationale du Bâtiment et des Travaux Publics» (París, 1 de octubre de 1954).

(16) «Unzweckmässig», literalmente «no apropiado al fin perseguido» (V. O. B., parte A, art. 3).

(17) El término «adjudicación restringida» no es apenas empleado; en la realidad, sin embargo, los contratos públicos no son confiados en Grecia más que a los contratistas o a las sociedades que poseen el certificado legal de contratista.

- 2.º para las obras de edificación de un valor comprendido entre 670 y 8.350 dólares, así como para las obras de ingeniería civil de un valor comprendido entre 670 y 25.000 dólares, la regla es la adjudicación limitada, en la cual es declarado adjudicatario el licitador que habiendo consentido la rebaja es el que más se aproxima a la media aritmética de las rebajas consentidas por el conjunto de los concurrentes, siendo hechas las ofertas de otra parte sobre la base de un presupuesto elaborado por el dueño de la obra. En esta clase de adjudicación, que no se aplica más que a las obras de poca importancia y cuyo objeto esencial es frenar una concurrencia anormal, se puede pues decir que es la suerte quien designa al adjudicatario.
- 3.º para los trabajos de edificación de un valor comprendido entre 8.350 y 100.000 dólares, y para las obras de ingeniería civil, de un valor comprendido entre 25.000 y 100.000 dólares, la adjudicación se hace sobre la base de un presupuesto cuantitativo y de una relación de precios preparado por los servicios técnicos del dueño de la obra; esta relación es detallada y los concursantes deben inscribir en ella los precios unitarios que ellos proponen para las diferentes obras; como las cantidades son inscritas en el presupuesto, la obra es automáticamente adjudicada a la empresa que presenta la oferta más baja;
- 4.º una modalidad ligeramente diferente de la precedente significa el control de las ofertas: es la adjudicación-controlada, en la que el postor debe enviar una relación de precios unitarios. Si la oferta es retenida para examen por el Comité de adjudicación (18), el licitador está eventualmente obligado a justificar detalladamente sus precios unitarios. En efecto, este Comité invita a los postores y a las demás personas interesadas a una sesión pública, y si no queda satisfecho de las explicaciones que le dan—especialmente si una oferta es considerada anormal o no razonable—, puede rechazarla y pasar al examen de la oferta siguiente, y así a continuación. En este sistema, que goza de gran favor en Grecia, la obra es adjudicada al postor que ha presentado la oferta más baja, a condición, sin embargo, de que esta oferta haya sido juzgada honesta y razonable por el Comité de adjudicación;
- 5.º en otro sistema, llamado «adjudicación normal», los licitadores proponen precios unitarios de las obras o una rebaja sobre una relación de precios unitarios establecida por la Administración, pero de una parte esta rebaja se limita a un cierto porcentaje (19), de otra los precios unitarios excesivos o demasiado bajos traen consigo la repulsa de la oferta considerada;
- 6.º en cuanto a los contratos muy importantes, cuyo valor sea superior a

(18) Este Comité debe, según la ley, estar formado por dos funcionarios de los servicios técnicos del Ministerio de Obras Públicas y de un representante de las organizaciones profesionales de los contratistas de obras.

(19) 15 por 100.

los 100.000 dólares, son objeto de contratos con gastos controlados; la concurrencia juega en este caso sobre el porcentaje pedido por las empresas para gastos generales y beneficios, y es el licitador que pide el menor porcentaje quien es declarado adjudicatario. Este sistema se combina frecuentemente con una «régie intéressée»; el contratista asume la responsabilidad de no rebasar para el conjunto de las obras un cierto precio de coste límite, o un determinado total de gastos; más allá de esta suma, el adjudicatario no cobra ya de porcentaje a título de costes generales y de beneficios o bien no recibe ya más que una parte del porcentaje convenido inicialmente; en determinados casos, incluso se fija un límite más allá del cual el contratista toma a su cargo una parte de los gastos.

10. En SUIZA, igualmente, la Administración federal goza de un auténtico poder discrecional en la elección del modo de adjudicación de los contratos.

En efecto, según el Decreto del Consejo Federal de 4 de marzo de 1924, las adjudicaciones de obras y de contratos de suministro de un valor superior a ciertas cantidades (20), no tienen lugar por «concursos», que por regla general y por esta expresión es preciso entender tanto los concursos públicos como los concursos restringidos.

A pesar de esta gran laxitud que le es dejada de celebrar los contratos directamente, sin sujetarse a reglas, incluso por encima de las cantidades fijadas, la administración federal no ha recurrido a ello más que raramente y solamente, según parece, cuando se trata de suministros de artículos patentados o cuando los resultados de un concurso no han sido satisfactorios en cuanto a los precios ofrecidos. Es incluso particularmente sintomático que la administración suiza demuestra una viva repugnancia a invocar la excusa clásica de la urgencia para tratar directamente; juzga, en efecto, este criterio demasiado elástico y susceptible de entrañar abusos; impone así una severa disciplina en la preparación y también en la ejecución de sus programas (21).

En la realidad, pues, la regla generalmente seguida es el concurso público. Este procedimiento parece, sin embargo, en sensible regresión desde 1939, época a partir de la cual la mayor parte de las obras de la Confederación atendían a la defensa nacional.

Cuidadosa de no establecer dos regímenes distintos, uno para el sector militar y otro para el sector civil, la Dirección de las Construcciones ha mantenido desde entonces las adjudicaciones bajo el régimen del concurso restringido, en el cual la publicidad se suprime y el campo de la concurrencia se deja a la apreciación de la Administración. Para dirigir sus in-

(20) 15.000 francos, 6.000 ó 4.000 francos, según se trate de trabajos para nivelar terrenos y de albañilería, o de carpintería y ebanistería, o de otros trabajos.

(21) A. DE GRAND'RY, *Les adjudications et Marchés pour le compte de l'Etat en Belgique, en Suisse et en France*, tomo II, pág. 47.

vitaciones, la Administración tiene en cuenta ante todo el reparto regional de los contratistas de obras y convoca en primer lugar a los que están domiciliados en un radio de 20 ó de 50 kms. —según la importancia del trabajo— del lugar de la obra, a continuación a todos los que lo han pedido.

11. DINAMARCA.—La regulación legal de los contratos es muy reciente. Encuentra su fuente en las reglas internas de la organización profesional, establecidas hacia 1920 por las empresas más importantes para impedir una concurrencia perjudicial. Como estas reglas parecían en contradicción con la Ley sobre el Control de los Precios promulgada en 1937, el Gobierno danés creó en 1943 una Comisión encargada de investigar los métodos generalmente aplicados en materia de adjudicación restringida. El informe presentado en 1945 permitió establecer un sistema legal que entró en vigor en 1950.

El concierto directo, procedimiento no regulado, no implicando ninguna formalidad, continúa siendo posible, pero solamente en un cierto número de casos (trabajos menudos de conservación o reparaciones, etc...).

La administración danesa escoge libremente entre la adjudicación pública o la adjudicación restringida, el cuidado de obtener la mejor ejecución por el mejor precio es suficiente a justificar la ausencia de adjudicación pública.

Al igual que Suiza, el régimen danés de adjudicación de contratos se caracteriza por una estrecha colaboración de la organización profesional y de la Administración.

Este régimen prevé, en efecto :

- el registro obligatorio, en una oficina establecida por la organización profesional, de todas las ofertas de un importe superior a cinco mil coronas danesas, con el fin de hacer conocer a cada postor cuáles serán sus posibles competidores;
- la obligación de comprender en cada oferta un determinado porcentaje (22) destinado a cubrir los gastos realizados por las otras empresas para la preparación de sus ofertas (23); esta suma es pagada en la oficina de la organización profesional por la empresa declarada adjudicataria y repartida a continuación por esta oficina entre los licitadores, en proporción a los salarios pagados por las empresas durante el año precedente y referente a las obras iniciadas por adjudicaciones públicas; en cuanto al importe de las cantidades pagadas por plazos a título de las adjudicaciones restringidas, se reparte sobre una base de igualdad, entre las firmas no adjudicatarias, a ex-

(22) Los módulos son regresivos; van del 2 por 100 al 0,8 por 100 para la parte de las obras que exceda de 1.500.000 coronas danesas.

(23) Antes de cada adjudicación, la Asociación dirige a la autoridad adjudicadora un aviso manifestando que las deudas estarán comprendidas en el importe de las ofertas.

cepción, sin embargo, de aquellas cuya oferta excede en más del 25 por 100 la oferta más baja (24);

- La posibilidad para la organización profesional de organizar en su seno una adjudicación previa, con el propósito de eliminar las ofertas no razonables y de tomar, si llega el caso, las medidas de reserva necesarias; esta facultad es, sin embargo, suprimida, si el dueño de la obra se compromete por escrito a no confiar la realización del contrato a una empresa de la que la Asociación pediría la exclusión (25) por ofrecimiento demasiado bajo en los cinco días que siguen a la apertura de las plicas; en este caso, en efecto, la Asociación debe dirigir a la Administración una declaración llamada de adjudicación, por la cual garantiza dejar llegar las ofertas directamente a la autoridad adjudicadora, sin que sea entablada ninguna discusión previa sobre el precio.

§ 2.- *Procedimientos establecidos que implican una competencia vinculada en cuanto a su campo de aplicación.*

I. PAÍSES CON PROCEDIMIENTO ÚNICO.

12. En Bélgica, Chile, España, Honduras, Noruega, y en el Vietnam, no existe, en efecto, ningún procedimiento intermedio, reglamentariamente establecido, entre el concierto directo, modalidad de Derecho privado, y la adjudicación pública, único modo de adjudicación del Derecho público.

Los sistemas en vigor en Bélgica y en España merecen algunas consideraciones.

13. BÉLGICA conoce el sistema más sencillo, menos perfecto y también el más rígido que exista.

En efecto, el único modo de adjudicación de los contratos de suministros y obras del Estado que está establecido por la ley es la adjudicación pública, y ésta en los términos mismos del art. 21 (26) de la Ley orgánica sobre la contabilidad del Estado de 15 de mayo de 1846.

No puede ser derogada esta regla y recurrirse al concierto directo, más que en un determinado número de hipótesis, limitativamente enumeradas por el art. 22 de la misma Ley, y que corresponden:

- a) o bien a la poca importancia pecuniaria del contrato.

(24) La parte de estas empresas es entregada a la Administración dueña de la obra.

(25) Si la Administración rehusa excluir una oferta juzgada demasiado baja por la Asociación, la diferencia es resuelta por un tribunal arbitral.

(26) «Todos los contratos a nombre del Estado son hechos con concurrencia, publicidad y a tanto alzado, salvo las excepciones establecidas por las leyes o enumeradas por el artículo siguiente.»

b) o bien a la naturaleza del objeto del contrato, cuando parece incompatible con el procedimiento de adjudicación; se trata entonces:

- 1.º o de objetos cuyo poseedor es único, o cuyo pedido se impone a los titulares de patentes de invención o de introducción;
- 2.º o de obras u objetos de arte y de precisión;
- 3.º o de objetos que interesa comprar en el mismo lugar de su producción;
- 4.º o también de suministros y de obras que solo son hechas a título de ensayo;

c) o bien las circunstancias especiales de la celebración del contrato en la que la obligación de emplear el procedimiento de adjudicación pública ofrecería ventajas más que dudosas, y aún inconvenientes ciertos; ocurre así:

- 1.º cuando el secreto debe envolver las operaciones del Gobierno;
- 2.º cuando los intentos de adjudicación resultan infructuosos, es decir, que ninguna oferta ha sido presentada o que los precios ofrecidos han sido juzgados inaceptables;
- 3.º cuando los trabajos se hacen necesarios por circunstancias imprevistas y su urgencia (27) evidente no permite retrasar la conclusión del contrato haciéndole sufrir los plazos de adjudicación.

La práctica administrativa ha establecido —fuera de los textos legales o reglamentarios, y aun a veces en oposición inconsciente con ellos— diversos grados en la concurrencia que significa el procedimiento de la adjudicación pública.

Es así que en el Departamento de Obras Públicas se distingue (28) al lado de las adjudicaciones de tipo clásico —llamadas del modelo A (29), las del modelo B, igualmente anunciadas por los órganos de publicidad habituales, pero con ocasión de las cuales la Administración invita además —y directamente— a licitar a ciertos contratistas (30). Las empresas constructoras invitadas directamente a licitar son elegidas con cordura, pero se concibe que la Administración goce en esta elección de un poder de apreciación discrecional, puesto que esta elección se efectúa, en definitiva, al margen de la publicidad normal y además de ésta. Esta práctica no podría pues ser considerada como una violación del principio de igualdad de los licitadores. Recurriendo a ella, la Administración testimonia simplemente

(27) El Consejo de Estado se reconoce competente para comprobar la realidad de la urgencia así invocada (véanse los «arrêts» Cohesma, 10 agosto 1951; Journ. Trib., 1952, pág. 575, y Peeters, 9 julio 1954, núm. 3.587).

(28) Circular T. P. núm. 512 de 5 de junio de 1942.

(29) La publicidad es asegurada por anuncios que se insertan en el Boletín de adjudicaciones y en la prensa profesional; los concurrentes pueden adquirir el pliego especial de condiciones, las medidas y los planos.

(30) Este modelo B no es aplicado más que si las obras proyectadas son o demasiado poco importantes o demasiado urgentes para justificar o permitir la redacción y la impresión de un pliego especial de condiciones.

el interés que tiene en la participación de determinados contratistas de obras en la adjudicación proyectada.

Un tercer modelo, llamado modelo C, se denomina «adjudicación restringida»: la Administración se dirige exclusivamente a aquellos contratistas previa y discrecionalmente admitidos a licitar y les comunica directamente los documentos necesarios para la confección de sus ofertas.

En la realidad, no obstante, la expresión «adjudicación restringida» es empleada con abuso; este modo es ignorado por el legislador de 1846 y no puede pensarse que la Administración pueda recurrir libremente como si se tratase de una simple variante de la adjudicación pública, no puede utilizarlo más que en los casos especiales limitativamente enumerados por el artículo 22 de la Ley de Contabilidad (31). Derogando incontestablemente la regla de la concurrencia ilimitada establecida por el art. 21 de esta misma Ley, la pretendida «adjudicación restringida» no es, pues, en Bélgica, otra cosa más que un procedimiento de concierto directo (32).

En cuanto a las provincias y a los municipios, ninguna ley les impone la obligación de recurrir a la adjudicación pública.

En la realidad, sin embargo, algunos Reglamentos provinciales se inspiran en el régimen legal impuesto al Estado, y para los Municipios, la jurisprudencia administrativa es claramente favorable al principio de la adjudicación pública, los contratos concertados directamente, en adelante, serán la excepción. Numerosas circulares ministeriales ordenan recurrir a la adjudicación y hacer preceder a ésta de la suficiente publicidad. La falta de publicidad, y aun la ausencia de adjudicación, sin constituir una causa de nulidad, significan muy frecuentemente que la autoridad de tutela rehuse dar la aprobación.

Una reciente circular del Ministro del Interior recuerda, muy a propósito, que las reglas que presiden la gestión de los fondos públicos exigen que el compromiso de gastos, para todas las obras y suministros de alguna importancia, tenga lugar con publicidad y que el Gobierno, así como las diputaciones permanentes de los consejos provinciales, están autorizados por la ley (33) para oponerse a los actos de gestión de los municipios y asociaciones de municipios que se consideraran contrarios al interés general. No puede ser derogado este procedimiento, precisa la circular antes citada, más que en casos debidamente justificados, en razón especialmente de la poca importancia de las obras o de su extrema urgencia.

(31) Esta situación —puramente empírica— existe igualmente en Noruega, donde la adjudicación restringida no es posible más que en los casos en que la Administración tuviera fundamento para contratar directamente. Es una aplicación del principio «quien puede lo más, puede lo menos».

(32) Cons. Es. 11 dic. 1953, Sotec, núm. 2.983, Rec. Jur. Dr. Adm., 1954, pág. 46; sería preciso más bien aproximar la «adjudicación restringida» belga al procedimiento francés de concurso (*infra*, 23).

(33) Artículos 76, 81, 86 y 87 de la ley municipal; artículo 12 de la ley de 1.º de marzo de 1922.

Notemos, sin embargo, que el reparto insólito de estas circulares hace dudar de su eficacia. Los municipios emplean de otra parte el subterfugio siguiente: confían directamente al empresario de su elección un contrato de poca importancia, y después le encargan obras suplementarias cuya valor sobrepasa varias veces el del encargo primitivo.

14. En ESPAÑA, puede ser derogada la regla de la adjudicación pública (34) en todos los casos enumerados limitativamente por el art. 57 de la Ley de Contabilidad.

Estos casos son los que se encuentran en las otras legislaciones (urgencia, poca importancia financiera (35), etc.); pero se notará que la nueva Ley de Contabilidad (de 20 de diciembre de 1952) ha añadido trece casos a los cinco que admitía la Ley anterior de 1.º de julio de 1911. Existe, pues, en este país una incontestable evolución hacia una todavía mayor flexibilidad.

- En fin, la ejecución directa por la Administración misma es admitida:
- si el importe de las obras no excede de 250.000 pesetas;
 - o si la Administración tiene montados establecimientos técnicos o industriales aptos para la realización de la totalidad de las obras proyectadas;
 - o bien cuando la Administración, sin tener tales establecimientos, posee elementos auxiliares que pueden ser empleados en las obras de que se trata, por lo que se puede esperar una economía de al menos un 20 por 100 del importe del presupuesto, o una mayor rapidez en la ejecución.

La nueva Ley de 20 de diciembre de 1952 además ha multiplicado los casos en que tiene lugar la adjudicación de los contratos por concurso, es decir, sin necesitar de subasta. Según esta modalidad —que no es más que una variante del acuerdo directo—, un particular redacta y presenta el proyecto, que a continuación es publicado por la Administración, con el fin de atraer el mayor número posible de licitadores; éstos mejoran entonces técnica o financieramente el proyecto inicial, y en el caso en que el adjudicatario no es el autor del proyecto, su valor les será indemnizado por quien contrate con la Administración.

Los contratos de las corporaciones locales se rigen por disposiciones análogas (36), salvo que las Provincias y los Municipios tienen además la facultad de recurrir a la fórmula mixta del sistema llamado concurso-subasta, que permite una selección previa para limitar la subasta a los licitadores más solventes: en una primera fase, se elimina a los candidatos que no reúnen las condiciones exigidas en el anuncio del contrato, y en la segunda fase, se le adjudica a un licitador que, desde el punto de vista económico, ofrece las mayores ventajas a la corporación local.

(34) Ley de Contabilidad de 20 de diciembre de 1952, artículo 49.

(35) Menos de 500.000 pesetas.

(36) Ley de Régimen local de 16 de diciembre de 1950, arts. 307-318, y su Reglamento de Contratación de 9 de enero de 1953.

II. SISTEMAS DUALISTAS.

15. La mayoría de los países consultados admiten —siempre además del concierto directo— la adjudicación pública y la adjudicación con llamada restringida a la concurrencia.

La regla de derecho común es —al menos en teoría— la adjudicación pública, pero este es un procedimiento asombrosamente flexible, no significando —salvo en Rumania y en Italia— ningún automatismo en la elección del titular del contrato.

En cuanto a la adjudicación restringida, que podría ser automática sin inconvenientes mayores, no lo es en realidad más que en Rumania y en Italia.

16. En el GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO. Los contratos públicos deben, según los términos del art. 36 de la Ley sobre la contabilidad del Estado de 27 de julio de 1936, tener lugar con concurrencia.

A pesar de la afirmación del principio de la concurrencia ilimitada, las condiciones establecidas para la elaboración de las ofertas no son, sin embargo, enviadas más que a los contratistas que reúnen determinadas condiciones, tales como la posesión de una autorización gubernamental de establecimiento, la inscripción en el registro y en la lista de la Cámara de Comercio, y aun la posesión de la tarjeta profesional para artesanos. Para las obras importantes, podrá incluso ser ordenada la previa agrupación (37).

La adjudicación restringida se reserva a los casos en que

- el carácter especial o la urgencia de las prestaciones proyectadas exigen capacidades técnicas y comerciales particulares;
- la administración, para elegir entre diversas posibilidades de ejecución, pide a los competidores que presenten los proyectos de su propia creación;
- la adjudicación pública no ha dado resultados satisfactorios.

Se notará que, incluso en casos de adjudicación restringida, la autoridad pública debe dirigirse a un número de contratistas que varía entre tres y siete y que debe elegir sus contratantes llamando a uno después de otro (38) a todos los contratistas de obras de nacionalidad luxemburguesa que respondan a las condiciones requeridas y que sean competentes en la especialidad en cuestión.

En cuanto al concierto directo, queda como excepcional y no se practica más que:

- para los suministros u obras suplementarias de poca importancia y difícilmente separables de una empresa principal ya adjudicada (39);

(37) Decreto de 1.º de marzo de 1948, que publica el pliego general de condiciones, art. 6.

(38) Se comparará con el sistema de rotación suizo, supra 10.

(39) Para hacer las colisiones más difíciles, el art. 8. del decreto antes citado dis-

- cuando el conjunto de las prestaciones no sobrepasa de 1.000 F. oro;
- en caso de urgencia o de depósito de una patente que se refiere a las prestaciones consideradas.

17. En el JAPÓN (40), en SUECIA (41), los contratos son objeto de un estatuto legal que establece como procedimiento de derecho común la adjudicación pública y que no autoriza la adjudicación restringida y el concierto directo, es decir, sin formalidades, más que en una serie de casos limitativamente enumerados por la ley y, por otra parte, bastante parecidos a los que están previstos en Bélgica (urgencia, falta de concurrencia, importancia mínima del contrato, etc.). Ocurría igual en CHECOSLOVAQUIA (42) y en RUMANÍA (43).

18. En el CONGO BELGA, según los términos de la Ordenanza número 34/4, de 12 de enero de 1953, sobre los Consejos de adjudicaciones, deben celebrarse por adjudicación directa, los contratos por cuenta del Gobierno y de las Ciudades» (art. 4).

Sin embargo, se hace excepción en favor del procedimiento por acuerdo directo para una serie de hipótesis desde ahora clásicas (44), cuya realidad debe, de otra parte, ser constatada por una resolución del Gobierno general o del Gobernador de la Provincia; esta decisión fija al mismo tiempo el modo de celebración del contrato: encargo directo, petición del precio o concurso.

En cuanto a la adjudicación restringida, parecerá a primera vista que no está mencionada por la ordenanza anteriormente citada. En realidad, sin embargo, a ella hace alusión el artículo 4, 2.º, que confía al Consejo de

pone muy oportunamente que «si el coste de estas prestaciones suplementarias sobrepasa la quinta parte del importe total de la obra principal, la administración que ejecuta las obras está obligada a pedir autorización especial al Ministro competente para hacer el encargo».

(40) Artículo 31 de la Ley sobre la Contabilidad pública y artículos 85 a 119 del Reglamento dictado para la ejecución de esta Ley. (YORODZA ODA, *Principes de droit administratif du Japon*, pág. 496, Sirey, 1928.)

(41) Decreto real de 6 de junio de 1952, núm. 496, «sobre los contratos del Estado».

(42) Ordenanza de 17 de diciembre de 1920.

(43) Artículo 70 y siguientes de la Ley sobre la Contabilidad pública de 31 de marzo de 1864; hay que notar, sin embargo, que el sistema rumano se caracterizaba por su rigidez, haciéndose automáticamente la atribución del contrato en favor del licitador que presentaba la oferta más baja. (Cf. Emile BORIS, *Le contentieux administratif des travaux publics d'après la législation et la jurisprudence roumaines*, págs. 212 y 216, París, 1934.)

(44) Parecidas a las que enumera el artículo 22 de la Ley sobre la Contabilidad de la metrópoli, pero comprendiendo además el caso en que la Administración de la Colonia debe realizar los suministros o las obras en lugar de los adjudicatarios fallidos y a su riesgo y ventura.

adjudicaciones (45) la misión «de proponer las personas que serán admitidas a concurrir en los casos en que se trate de obras o de suministros que no puedan sin inconveniente ser abandonados a una concurrencia ilimitada» (46).

Puede incluso preguntarse si semejante disposición deja aun intacta la regla de la adjudicación pública y si, en realidad, la ordenanza del 12 enero 1953 no deja a la administración un auténtico poder discrecional en cuanto a la elección del modo de adjudicación de los contratos. Parece, en efecto, difícil conciliar el principio de acudir obligatoriamente a la adjudicación pública, abierta a todos, con la restricción del artículo 4, 2.º, que parece autorizar la adjudicación restringida en unas condiciones puramente subjetivas.

19. En ITALIA. La reglamentación legal de la adjudicación de los contratos en la península remonta al siglo pasado (47) y, según la opinión de los especialistas (48), no ha seguido apenas la evolución de la técnica.

Al principio, el sistema normal era la adjudicación pública; la adjudicación restringida y el concierto directo (49) no eran admitidos más que en los casos previstos por las leyes y reglamentos.

Poco a poco, sin embargo, para remediar la lentitud del procedimiento de derecho común, se ha extendido, por una amplia interpretación de las disposiciones legales y reglamentarias, la práctica de la adjudicación restringida, por las ventajas de sencillez, de economía y de rapidez que significa.

Paralelamente a este éxito de la adjudicación restringida, ha aparecido también la adjudicación-concurso, reservada a las obras de una importancia particular que no pueden ser confiadas más que a empresas que disponen de una organización especial y capaces de una preparación técnica completa; después que las empresas invitadas a concurrir han establecido sus proyectos sobre las bases que le son comunicadas, así como las condiciones y los precios relativos a la ejecución, una Comisión especialmente designada examina los proyectos y elige el que considera que res-

(45) Compuestos de altos funcionarios que dirigen los servicios interesados, estos Consejos están establecidos en la sede del Gobierno general y en cada capital de provincia.

(46) Estos Consejos de adjudicaciones son, pues, una concepción parecida a la de las «Oficinas o Comisiones de admisión» francesas.

(47) Ley de 20 de marzo de 1865, núm. 2.248, sobre las obras públicas; ver también el decreto real de 18 de noviembre de 1923, núm. 2.240, sobre la contabilidad del Estado.

(48) Informe presentado por la «Associazione nazionale Costruttori Edili» al Congreso celebrado en París en 1954 por la Federación Internacional de la Edificación y las Obras Públicas.

(49) Mirado con un particular recelo por la Ley, en razón de su falta de garantías, este procedimiento de adjudicación sin formalidades no está autorizado más que en raras hipótesis; de otra parte, tradicionalmente admitidas en la mayor parte de los países.

ponde mejor a las exigencias tanto económicas como técnicas. Parece que este sistema no se ha desenvuelto apenas en la medida esperada, en razón principalmente de los gastos considerables que las empresas concurrentes deben comprometer para los estudios y la puesta a punto de su proyecto, gastos que quedarán sin contrapartida para todas las empresas cuyo proyecto se rechace (50).

Se notará con interés que la ley municipal y provincial (decreto real de 3 de marzo de 1934, núm. 388) ha impuesto a los poderes locales el sistema de adjudicación de los contratos vigente para el Estado, pues ha sido igualmente adoptada la ley de contabilidad general.

20. En YUGOESLAVIA, la adjudicación de los contratos para necesidades de los órganos del Estado y de los establecimientos públicos se hace obligatoriamente por adjudicación pública (51) —a la cual, sin embargo, no puede ser dado curso si tres ofertas al menos no han sido depositadas—, o bien

a) *por la reunión de ofertas escritas*, cuando el valor de las obras es superior a 100.000 dinars sin sobrepasar de 2.000.000 dinars.

b) *o por acuerdo directo*, si el valor de las obras no sobrepasa de 100.000 dinars o que no puedan ser ejecutadas más que por una sola organización económica determinada, o también «cuando en circunstancias excepcionales, y en interés del órgano del Estado o del establecimiento público, es necesario ejecutar las obras en el plazo más corto posible con el fin de evitar las consecuencias enojosas producidas por los fenómenos de la naturaleza o por la fuerza mayor, o bien con el fin de impedir los daños más importantes que podrían producirse si la ejecución de la obra fuera aplazada».

21. En TURQUÍA, igualmente, el procedimiento normal es la adjudicación con la oferta bajo pliego cerrado de los licitadores, con posibilidad de adjudicación restringida y por acuerdo directo en los casos excepcionales previstos por la ley núm. 2.490 de 2 de junio de 1934.

(50) El «concurso» parece, sin embargo, útil cuando se trata de edificar importantes complejos de obras, estando numerosas empresas privadas mejor equipadas que los poderes públicos para estudiar y sugerir soluciones técnicas de ejecución, a la vez más eficaces y más económicas. También convendría, como en Alemania (art. IV, párrafo 2, del V. O. B.), prever una remuneración razonable de los estudios hechos.

(51) Decreto sobre la ejecución de los presupuestos y sobre los asuntos de contabilidad de los órganos del Estado y de los establecimientos públicos, capítulo III, artículos 123 a 142, «Diario Oficial de la R. P. F. de Yugoslavia», núms. 35-955.

III.—PAÍSES CON MÚLTIPLES PROCEDIMIENTOS.

22. El solo ejemplo de esta clase nos lo ha procurado FRANCIA (52): Al comienzo del siglo XIX (decreto del 19 ventoso, año IX, ordenanza del 10 de mayo de 1829) no estaba previsto en Francia —como en Bélgica— al lado del acuerdo directo, modo no regulado, más que un solo procedimiento reglamentado: la adjudicación pública, abierta y con resultado automático.

Las ordenanzas de 4 de diciembre de 1836 y 14 de 1837, completadas por el decreto de 18 de noviembre de 1882 (artículo 3), instauraron el procedimiento de adjudicación restringida, precisando que:

«Las adjudicaciones públicas relativas a suministros, obras, transportes, explotaciones o a la fabricación que no pueden ser, sin inconveniente, abandonadas a una concurrencia ilimitada, están sometidas a restricciones que permiten no admitir más que las ofertas que provengan de personas reconocidas capaces por la Administración, a la vista de los títulos exigidos por el pliego de condiciones y previamente a la apertura de los sobres que encierran las ofertas.»

23. No siendo suficiente esta innovación para suavizar el sistema en una medida eficaz, una importante reforma ha sido realizada recientemente por el decreto de 6 de abril de 1942, cuyo objeto fué precisamente, manteniendo los dos procedimientos-tipo (contratos con y sin adjudicación), generalizar, uniformizar y disponer determinados ensayos de modalidades particulares ya establecidas por numerosas administraciones (53).

Se ha establecido así, para la adjudicación de los contratos públicos, un régimen sencillo y graduado según grados sucesivos de menos a más, desde la ausencia total de elección de la Administración hasta su libre elección, adaptado a la variedad de naturaleza y de objeto de los contratos (54).

La distribución de estas modalidades se ha realizado sobre dos principios:

1.º Se ha tenido presente la puesta en concurrencia, de una parte, para limitar aquélla cuando ha parecido que una concurrencia ilimitada podía ser inoportuna; de otra parte, para imponerla algunas veces, siempre dejando a la Administración la libre elección de su contratante;

2.º Se ha tenido también en consideración las especificaciones del trabajo en el pliego de condiciones, según la posibilidad de definir las con

(52) Egipto ha copiado —al menos, en sus grandes líneas— el sistema francés del Decreto de 16 de abril de 1942, por la Ley núm. 58 de 1953, a la que ha sustituido la Ley núm. 236 de 1954.

(53) R. BONNARD, *La passation des marchés publics*, R. D. P., 1943, pág. 151.

(54) Véase G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale des contrats administratifs*, «Juris-classeur admin.», fasc. 505, núms. 231 y ss.

una precisión tal que ellas determinan de antemano de una manera cierta las prestaciones a procurar en cuanto a su cantidad, de tal suerte que las prestaciones no pueden diferenciarse más que por su precio.

El decreto de 1942 distinguía, pues, los contratos

a) *con adjudicación*, comprendiendo, de una parte, los contratos con adjudicación pública y abierta; de otra, las dos modalidades constituídas por los contratos con adjudicación restringida y sobre coeficientes.

1.º *Contratos por adjudicación pública abierta*: caracterizados por una amplia publicidad, una concurrencia ilimitada (55), la obligación de no confiar la ejecución de la obra más que al licitador que ha presentado la oferta del precio más bajo o la rebaja más ventajosa, constituyen la regla de los contratos celebrados por el Estado, pero están en la práctica reservados a las obras y suministros de tipo corriente y de poca importancia.

2.º *La adjudicación restringida*: se caracteriza por la facultad reconocida al ministro o a su delegado de no admitir a licitar más que a las empresas admitidas por ellos después del informe de una Comisión consultiva que ha examinado los títulos de los concursantes. Toda concurrencia no debe, sin embargo, ser suprimida por la elección realizada por la Administración, y se ordena (56), a este efecto, que deben ser retenidos al menos tres licitadores.

Este procedimiento no difiere, pues, de la adjudicación ordinaria más que en lo que se refiere a la admisión de los licitadores; la designación del adjudicatario se opera automáticamente a favor del titular de la oferta más baja; esta modalidad no es, pues, en nada comparable con la «adjudicación restringida» practicada en Bélgica, la cual no es más que una variante del acuerdo directo.

3.º *Adjudicación sobre coeficientes*: es reservada en principio a las «obras que no responden a un tipo uniforme cuyas especificaciones pueden ser definidas con precisión y para las cuales la concurrencia versa a la vez sobre el precio y sobre la calidad técnica de los proyectos y de los modelos presentados» (57).

El contrato es, desde este momento, adjudicado automáticamente al autor, no ya de la oferta más baja en precio, sino de la oferta que se considera más ventajosa para la Administración, teniendo en cuenta su precio ciertamente, pero también su valor técnico, apreciado según un procedimiento matemático. El pliego de condiciones define con precisión las condiciones que deberán cumplir los proyectos y modelos, los plazos en que deberán ser presentados, las pruebas a las que serán sometidos, la

(55) Esta fórmula no es obstáculo, sin embargo, para que la Administración imponga a sus licitadores ciertas condiciones que tienen por efecto excluir a determinadas empresas y limitar, pues, de hecho, la concurrencia.

(56) Artículo 16, párrafo 2.

(57) Artículo 18.

manera de calcular y de combinar los coeficientes de calidad (58) y los coeficientes de precio que le serán atribuidos. La atribución de los coeficientes de calidad es hecha pública claramente antes de la apertura de las plizas (59), y la clasificación se realiza rápidamente, por el juego combinado de estos coeficientes con los coeficientes de precio (60).

La adjudicación sobre coeficientes es, pues, una adjudicación porque la competencia de la Administración está vinculada (61). No se podría confundir con un contrato sin formalidades por vía de concurso según proyecto, donde la Administración conserva toda su libertad.

b) *sin adjudicación*, es decir, sin formalidades.

1.º *El acuerdo directo*: aunque el legislador haya expresado la opinión de ver la publicidad y la concurrencia salvaguardadas en la medida conciliable con el negocio de que se trate (62), la Administración goza de un poder de apreciación absolutamente discrecional y puede, pues, prescindir de toda publicidad y de la menor concurrencia en las hipótesis siguientes:

- el contratante goza de un monopolio;
- el contrato reviste un carácter eminentemente técnico, o no es adjudicado más que a título de ensayo o de estudio;
- una precedente llamada a la concurrencia (63) ha sido infructuosa;
- en caso de urgencia (64), de acabar las obras a cuenta y riesgo de un adjudicatario a punto de quebrar y aun de la necesidad de guardar secretas las operaciones del Gobierno.

2.º *El concurso* (65): no significa ningún atentado a la libertad de elección de la Administración, pero se distingue del acuerdo directo por la obligación en que se encuentra el dueño de la obra, antes de designar

(58) Bajo pena de autorizar su fijación arbitraria, los coeficientes no pueden ser objeto de una evaluación puramente subjetiva, y aun afectiva, sino deben, al contrario, ser establecidos de manera matemática; si los contratos de suministro parecen prestarse cómodamente a este procedimiento, fundado sobre el valor de una muestra, se concibe difícilmente, en cambio, que el valor técnico de un proyecto de obras pueda ser objeto de una apreciación matemática. (Véase QUANCARD, *op. cit.*, pág. 206.)

(59) No es, pues, en nada comparable el procedimiento empleado en Bélgica por la Administración de las Carreteras y consistente, en las adjudicaciones de suministros de materiales para los pavimentos, en aceptar la oferta más ventajosa teniendo en consideración la calidad ofrecida, fundándose en coeficientes automáticos conocidos solamente por el dueño de la obra.

(60) Artículo 19.

(61) Véase C. E. francés, 30 de marzo de 1906, Sirey, 1908-3-87, conclusiones, Romien.

(62) Artículo 23.

(63) Que se tratase de una adjudicación pública o de un concurso.

(64) No permitiendo sufrir los plazos de un procedimiento *d'appel d'offres*.

(65) Artículo 20.

el titular del contrato, de provocar proposiciones de algunos empresarios de su elección.

El campo de aplicación de este procedimiento comprende :

- de una parte, los contratos de poca importancia (menos de 20 millones);
- de otra, los contratos para los cuales el acudir obligatoriamente a la adjudicación pública es decretado en razón, sea de urgencia, sea de la ausencia de ofertas aceptables, sea también de las dificultades aportadas al juego normal de la concurrencia por la situación del mercado o aún por la legislación sobre la organización profesional o sobre los precios.

24. Así que nosotros escribíamos en un estudio publicado en 1954 (66), el decreto del 6 de abril de 1942 parecía no ser más que el punto de partida de una importante evolución.

Al menos en lo que concierne a las obras de edificación, la tendencia actual es buscar el abaratamiento del coste de la construcción, no tanto para un contrato dado como para el conjunto de las operaciones a efectuar, con el fin de asegurar al país un número de viviendas suficientes, es decir, permitir la disminución de los precios de coste de las empresas por una mejor organización de su actividad.

También la adjudicación pública abierta vió restringirse cada vez más su campo de aplicación. La Comisión de estudio de los contratos públicos fué encargada de preparar la refundición de los textos que se refieren a los contratos públicos y fueron presentadas ciertas proposiciones (67), tendentes a distinguir :

1.º La adjudicación pública : es la adjudicación restringida actual, implicando una publicidad amplia y erigida en procedimiento de derecho común,

2.º La adjudicación privada, fórmula en principio nueva, que entraña una consulta de las empresas después de una publicidad restringida, con obligación de otorgar las obras al que hace la oferta más baja; se recurriría a ella cuando el importe del contrato es inferior a un determinado límite, cuando una adjudicación pública ha resultado infructuosa, o en caso de urgencia.

3.º El acuerdo directo, comprendiendo el concurso y el acuerdo directo en sentido propio, procedimientos que continúan invariables.

De otra parte, algunos textos, que afectan a casos particulares, no tardaron apenas en zancadillear la reforma :

(66) *Des modes de passation des marchés publics en droit comparé*, «Revue Internationale des Sciences administratives», núm. 4, de 1954, pág. 841. Nosotros hemos, de otra parte, para redactar el presente informe, aprovechado ampliamente este estudio, del que hemos tenido la satisfacción de constatar que continuaba de actualidad.

(67) Emanan de la Comisión Consultiva de los Contratos del M. R. L. (Ministerio de la Reconstrucción y de la Vivienda).

1.º El decreto núm. 52-1.067 de 19 de septiembre de 1952 ha autorizado a celebrar por concurso o por acuerdo directo los contratos relativos a la construcción de 4.000 viviendas previstas por la ley de 3 de enero de 1952;

2.º Más recientemente aún, el decreto núm. 53-846 de 18 de septiembre de 1953 ha modificado bastante profundamente la reglamentación de los contratos de los organismos de habitaciones y viviendas baratas. Mantiene el principio de la adjudicación considerado como el modo normal de llamada a la concurrencia, pero los concurrentes deberán ser previamente admitidos y podrán, de otra parte, proponer eventualmente modificaciones. El concurso es previsto igualmente cuando es necesario tener presente las soluciones o las modificaciones de tal naturaleza que la elección no dependa únicamente del precio.

En fin, durante un período de cinco años el Ministro de la Reconstrucción y de la Vivienda podrá autorizar la celebración mediante acuerdo directo con las empresas que han realizado un proyecto en unas condiciones juzgadas particularmente interesantes, con el fin de colocar —una sola vez— las disposiciones y condiciones de ejecución de este proyecto, en el marco de un precio *máximo* el más igual al precio del contrato precedente si hay lugar.

25. Estas disposiciones indican claramente en qué sentido los Poderes públicos en Francia tenían la intención de comprometerse.

Y, de hecho, un reciente decreto de 13 de marzo de 1956 ha adoptado un proyecto de la Comisión de estudio de los contratos que hace del concurso, mejor reglamentado, un procedimiento de derecho común situado en el mismo plano que la adjudicación.

En adelante, fuera de las hipótesis casi clásicas (68), en que la Administración puede contratar directamente, es decir, comenzar libremente las discusiones (69) que le pareciesen útiles, y atribuir libremente el contrato al contratista de las obras que ha elegido, los contratos del Estado pueden celebrarse, a *elección del Ministro* (70), sea por adjudicación, sea por concurso.

Los contratos por adjudicación —abierta o restringida (71)— implican obligatoriamente (art. 15):

(68) Art. 35 del Decreto; se subrayará, sin embargo, el caso de las obras cuya ejecución no puede, en razón de necesidades técnicas o de *investissements* importantes previos, ser confiada más que a un empresario determinado.

(69) La Administración queda, sin embargo, obligada (art. 34) a hacer competir, en la medida mayor posible y por todos los medios apropiados, a los empresarios capaces de realizar la prestación que debe ser objeto de tal contrato.

(70) Artículo 14.

(71) En este dominio no ha sido aportada ninguna innovación respecto al Decreto de 6 de abril de 1942.

1.º La publicidad de la apertura de las pliegos y de la atribución provisional del contrato;

2.º La atribución del contrato, si ha sido recibida al menos una oferta que responde a las condiciones de la adjudicación;

3.º La atribución del contrato al licitador que hace la oferta más baja.

En cuanto al concurso, sea abierto o restringido (72), no implica ni publicidad (art. 27) ni atribución automática del contrato al que ofrece menos (art. 28); permite incluso a la Administración, cuando tiene por equivalentes varias ofertas consideradas las más interesantes, decidir el empate pidiendo a los candidatos que presenten nuevas ofertas.

Puede igualmente haber procedido a «l'appel d'offres avec concours» cuando motivos de orden técnico, financiero o estético justifiquen búsquedas especiales (art. 29).

El concurso versa entonces

- sea sobre el establecimiento de un proyecto; en este caso, los proyectos presentados son examinados y clasificados por un Jurado;
- sea sobre la ejecución de un proyecto previamente establecido, o a la vez sobre su establecimiento y su ejecución; en estos casos, la atribución del contrato se verifica por el Ministro después de oír al Jurado (73).

(72) Si se dirige solamente a los candidatos que la Administración decide consultar.

(73) Antes de emitir su opinión, el Jurado puede que haga pedir al conjunto de los concurrentes, o a tal o cual de ellos, que haga determinadas modificaciones a sus proposiciones, sin que, sin embargo, los procedimientos y los precios propuestos por los concurrentes puedan ser divulgados en el curso de la discusión (art. 32).

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE LA CONCURRENCIA ILIMITADA Y SUS ALTERACIONES (1)

26. La eficacia de la adjudicación pública está esencialmente en función de una muy amplia llamada a la concurrencia, y ésta a su vez supone al mismo tiempo publicidad y libertad de licitar.

Del principio de publicidad no hay apenas nada que decir. Garantiza, de una parte, la realidad y la eficacia de la libre concurrencia; de otra parte, la corrección en el procedimiento. También todas las reglamentaciones preveían :

- el anuncio de la puesta en adjudicación por medio de un Boletín Oficial o de la prensa especializada, carteles anunciadores, por anuncios en la radio, y aun por anuncios enviados directamente a los empresarios susceptibles de licitar;
- la comunicación a los candidatos de los pliegos de condiciones del contrato;
- el transcurso de un número de días mínimo entre la publicación del anuncio de adjudicación y el día de la apertura de las ofertas;
- la publicidad de las operaciones de las subastas propiamente dichas.

Sólo hacen excepción en este dominio Finlandia y Suecia, en donde las ofertas son secretas y los licitadores no son invitados a asistir a la apertura de las plicas (2).

27. En cambio, en presencia del peligro que habría en tener ciega confianza en un principio teóricamente excelente, pero que tiene el riesgo de llevar a los contratos empresarios y proveedores solo de ocasión, que no tengan ninguna competencia y que posean medios materiales o financieros insuficientes, alteraciones importantes han atemperado en todos los países el principio de la concurrencia ilimitada.

Ciertas restricciones han establecido la ley, el reglamento o decisiones administrativas generales de orden interior. Se refieren principalmente a :

a) *la capacidad jurídica* de las personas físicas y morales : es así que las Sociedades deberán probar la regularidad de su constitución;

(1) Respondemos aquí a las cuestiones núms. 6 y 8.

(2) Es, desde luego, casi imposible a los empresarios rechazados comprobar si el adjudicatario no ha tenido la posibilidad de modificar su oferta después de la fecha de apertura.

b) *la solvencia*: en la mayor parte de los países todo licitador tiene que depositar una caución provisional (3), que garantiza su aceptación de ejecutar el contrato si es declarado adjudicatario; los concurrentes deben igualmente poder justificar una situación regular respecto de los diversos organismos de Seguridad social (4), así como del fisco;

c) *la honorabilidad civil y comercial*: varios países excluyen, de una parte, a los empresarios que han faltado a sus deberes patrióticos en tiempos de guerra (5); de otra parte, los quebrados (6), las personas puestas bajo consejo judicial, así como los que han cometido un crimen o delito que entrañe una pena privativa de libertad (7);

d) *el origen de los materiales utilizados, así como la nacionalidad de los concurrentes o del personal empleado*.

28. Si la antigüedad parece haber sido resueltamente antiproteccionista (8), no lo es ya el momento presente, y el régimen de las adjudicaciones públicas es regulado por casi todos de tal manera que los nacionales tienen asegurado el obtener la gran mayoría de los contratos.

En FRANCIA y en GRAN BRETAÑA no existe ninguna disposición legal o reglamentaria que prohíba a los extranjeros concurrir a las adjudicaciones públicas, pero estos dos países practican una decidida política de exclusividad nacional (9).

(3) En Bélgica, esta caución *previa* no es exigida más que a los extranjeros; una sola caución es, pues, exigida, y del adjudicatario solamente; en cuanto al riesgo de este modo corrido por la Administración belga de ver al adjudicatario escaparse en el último momento, importa subrayar que el artículo 7, G. del pliego general de condiciones de 1933 autoriza al dueño de la obra, cuando el adjudicatario no ha constituido la garantía en los diez días siguientes a la fecha de la notificación de la aprobación de su oferta, «a declarar nula la aceptación de la oferta y a hacer ejecutar, de oficio, adjudicar a la suerte o ejecutar ella misma directamente todo o parte de la obra a cuenta, riesgo y ventura del fallido» (lo mismo dispone el artículo 6 del nuevo pliego general de condiciones de 1955).

(4) Circular T. P. núm. 577/5 de 10 de abril de 1954, en Bélgica; Ley núm. 54-404 de 10 de abril de 1954, en Francia.

(5) Circular de 27 de marzo de 1945, emanada de los servicios del Primer Ministro en Bélgica.

(6) En Francia, el artículo 7 del Decreto de 6 de abril de 1942 separa de los contratos del Estado a los fallidos no rehabilitados y no admite a los individuos en estado de liquidación judicial más que a la vista de una autorización especial extendida por la autoridad ministerial (lo mismo dispone el artículo 7 del Decreto de 13 de marzo de 1956).

(7) C. G. Ch. bega, artículo 22. Cfr. C. E. francés, 12 de enero de 1912, Pillard, Rec., pág. 42.

(8) No solamente los extranjeros eran admitidos a participar en las subastas, sino que fueron introducidas cláusulas en los pliegos de condiciones de las ciudades griegas para atraerles con sensibles ventajas, tales como indemnizaciones de viaje o la dispensa del pago de derechos de aduana.

(9) Esta política ha sido considerablemente reforzada en Inglaterra por la crisis

En SUIZA (10), la Administración federal no excluye las empresas extranjeras ni de derecho ni de hecho; sin embargo, es regla establecida que las casas suizas, habiendo hecho ofertas equivalentes (11), tienen la preferencia. En cuanto a las administraciones cantonales, son numerosas (12) las que excluyen a los extranjeros.

Varios países benefician a sus nacionales de un margen de preferencia. De un 10 por 100, en Uruguay, y de un 25 por 100, en Noruega.

En ITALIA, para ser admitido a participar en las adjudicaciones organizadas por cuenta del Estado italiano, los posibles licitadores deben estar inscritos en el «Registro nacional de Contratistas de obras públicas». El artículo 4 de la ley de 30 de marzo de 1942 impone, entre las condiciones que permiten la inscripción en el Registro, el certificado de nacionalidad italiana, o un certificado de residencia de al menos diez años en Italia (13).

En la REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA, los extranjeros están excluidos de las adjudicaciones relativas a las obras de construcción. Tienen la facultad de participar en todas las otras adjudicaciones públicas, pero teóricamente solamente, pues el titular de la obra debe examinar en qué medida la elección de ciertos licitadores sería capaz de mejorar la situación económica en las regiones particularmente determinadas, y goza, de otra parte, de una competencia discrecional en el modo de otorgar los contratos.

En el BENELUX, el acuerdo de preunión firmado en Luxemburgo el 15 de octubre de 1949 (14), estipula en su artículo 6.º que los empresarios de cada uno de los tres países se beneficiarán, en materia de adjudicación pública sobre el territorio de los otros, del trato que se dé a los empresarios nacionales, y que ninguna discriminación se hará en lo que se refiere al origen de los materiales.

Esta reciprocidad resulta teórica en razón:

de 1931 y la campaña *Buy British* que se siguió; en Francia, la mayor parte de las Administraciones (Defensa nacional, Comunicaciones, etc.) han insertado en sus pliegos de condiciones cláusulas que reservan expresamente la ejecución de las obras y suministros a los nacionales.

(10) W. BURCKHARDT, *Le Droit fédéral suisse*, núms. 108 y 2.762, VI.

(11) Incluso aproximadamente iguales (art. 3, A. c. F., de 4 de marzo de 1942).

(12) Berna, Zug, Friburgo, las dos Bâle, St. Gall, Ginebra, etc.; la ordenanza cantonal de Zúrich de febrero de 1906 permite incluso limitar el campo de las adjudicaciones al territorio del cantón (el Consejo de Estado francés juzga ilícitas las cláusulas de este género, 2 de enero de 1935, *Astay, Rec.*, pág. 5).

(13) Sin embargo, en virtud del artículo 3, párrafo primero del Tratado de Establecimiento y Trabajo concluido el 29 de septiembre de 1938 entre Italia y Bélgica, los súbditos de cada uno de estos dos países están colocados en un plano de completa igualdad en lo que concierne al ejercicio de toda actividad de carácter económico.

(14) Doc. parlam. Cámara belga, 16 de noviembre de 1951, núm. 17; Ley de 4 de abril de 1952, *Monitor* del 15 de junio de 1952.

- de una parte, del sistema de adjudicaciones en vigor en los Países Bajos donde, prevaleciendo del artículo 33 de la ley sobre la contabilidad del Estado, la mayor parte de los poderes públicos practican la adjudicación restringida, y aun el procedimiento de concierto directo, lo que les permite eliminar casi sistemáticamente a las empresas extranjeras, incluso belgas;
- de otra parte, de la situación creada en Bélgica por la institución de la «Asociación de Empresarios» y por la exigencia, impuesta por el decreto-ley de 3 de febrero de 1947 (16), de la posesión de la nacionalidad belga de los adjudicatarios de obras públicas (17).

En BÉLGICA, la defensa de la industria nacional —respecto de los países que no son miembros del Benelux— está regulada por el decreto real núm. 204 de 1 de octubre de 1935, en virtud del cual las administraciones subordinadas, tanto como los Departamentos ministeriales, los establecimientos públicos y los organismos subvencionados, deben comunicar a la «Comisión Permanente Consultiva» —establecida en el Ministerio de Asuntos Económicos—, a los diez días de su fecha, los contratos que impliquen la designación de un adjudicatario o subadjudicatario de nacionalidad extranjera, el suministro o la utilización de productos o materiales de origen extranjero. Encargada de determinar si puede y en qué medida existir un interés para preferir la fabricación extranjera a la nacional, esta Comisión es de este modo obligada a establecer la balanza de las ventajas y de las desventajas de cada oferta y puede evidentemente recomendar declarar adjudicatario a licitador distinto del que ha presentado la oferta más baja, para favorecer la industria nacional (18). El Ministro competente dispone de treinta días, después de la opinión de la Comisión Permanente, para oponerse, a la ejecución del contrato: la falta de oposición en este plazo permite a las partes pasar a la ejecución.

En el CONGO BELGA, en fin, el Estado belga no podría, en virtud del Acta general de Berlín (art. 5) y de la Convención de Saint-Germain-en-Laye, descartar «a priori», por una disposición legislativa o reglamentaria, las ofertas de extranjeros, ni incluso beneficiar a los nacionales de un margen de favor, ni aun subordinar la validez de las ofertas extranjeras a unas condiciones de forma o de fondo a las que las ofertas belgas no estarían sujetas.

Sin embargo, una vez efectuada la apertura de las pliegos, el Estado belga recobra su entera libertad de acción para elegir su contratante, por-

(15) Esta reciprocidad existía ya entre Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo en virtud del artículo 3 de la Convención de 25 de julio de 1921, que establece una Unión Económica entre los dos países.

(16) Artículo primero.

(17) El Ministro competente puede, sin embargo, derogar esta condición.

(18) La Comisión en general beneficia a los empresarios nacionales de un *handicap* de precio (10 por 100 habitualmente) a costa de los concurrentes extranjeros.

que el estatuto de los contratos de la Colonia no establece ni la atribución automática de la obra al que ofrece más barato ni la necesidad de motivar la desposesión de este último.

e) *La protección del título de contratista de obras.*

29. Es así como en GRECIA la ejecución de las obras públicas es siempre confiada a empresarios o sociedades que poseen el certificado legal de contratistas de obras, que hace fe de su aptitud para ejecutar obras de la importancia de las puestas en adjudicación.

En SUIZA, un decreto federal ha establecido el título de contratista reconociendo y protegiendo los exámenes de maestría y el certificado de capacidad; solamente los diplomados pueden ser inscritos en un registro profesional oficial, condición requerida en numerosos cantones para obtener la adjudicación de obras públicas (19).

En FRANCIA, en fin, el decreto de 6 de abril de 1942 (20), relativo a los contratos del Estado, marcaba ya una tendencia a exigir a los candidatos a la adjudicación la prueba de su pertenencia a una profesión hábil a efectuar las obras y suministros proyectados.

El Ministro de la Reconstrucción y de la Vivienda se ha visto obligado (21) a recomendar a las otras administraciones públicas la consulta de la tarjeta de calificación por la Organización profesional, en el momento de sus adjudicaciones, habiendo precisado, sin embargo, que esta consulta no significa atentado a la libertad de elección de la Administración, sino que tiende simplemente a informarse sobre la capacidad profesional de los candidatos. Esta práctica administrativa, hace notar Maxime Mignon (22), está evidentemente inspirada en el cuidado por evitar candidatos de fantasía que no teniendo ninguna calificación profesional y que arriesgan, por esto mismo, bien aceptar un precio anormalmente bajo que entraña, en la mayoría de los casos, la quiebra de la empresa y la detención de los trabajos o de los suministros, bien de incitar imperiosamente al adjudicatario a prestaciones de calidad mediocre o fraudulentas.

f) *La selección previa de los empresarios de obras públicas.*

(19) Véase, sobre la institución de este diploma de maestría, el informe de la Comisión de Estudio de los precios del Departamento federal de Economía pública, dedicado a *La concurrence dans le secteur de la construction, et plus spécialement en matière d'adjudication de travaux publics* (Berná, 1953).

(20) «Para ser admitido a presentar plicas u ofertas, los contratistas de obras o proveedores deberán justificar que pertenecen a una de las profesiones competentes para las obras o los suministros considerados: que están regularmente inscritos en el Comité de Organización correspondiente, si existe, y que están en regla con él.»

(21) Por el protocolo de 3 de noviembre de 1949 (J. O. 2 diciembre 1949) establecido entre el Ministerio de la Reconstrucción y de la Vivienda y el organismo profesional de calificación y clasificación de la edificación y de las actividades anexas.

(22) *La technique juridique de l'adjudication*, «Actualité Juridique», 1954, I, página 85.

30. No hay que confundir la aceptación previa con la llamada restringida a la concurrencia (23).

En este último caso, la selección es especial para cada contrato y la Administración goza de un poder de tal manera discrecional en la designación de los candidatos a consultar, que todo control serio resulta imposible.

Al contrario, la aceptación previa es una medida de orden general consistente en la limitación, según criterios preestablecidos y objetivos, del número de concurrentes a unas categorías que justifican calidades y capacidades particulares :

En 1937 fué instituído en ITALIA el «Registro nacional de Contratistas de obras públicas»; no eran inscritos por especialidades y categorías financieras más que los empresarios que habían sido objeto de un examen favorable por parte de un «Comité central» compuesto de funcionarios y de representantes de la organización profesional; la inscripción en el Repertorio dispensa de procurarse numerosos certificados exigidos para participar en las adjudicaciones públicas; sólo los inscritos pueden ser consultados en el momento de las adjudicaciones restringidas. Desde la caída del régimen fascista, el sistema de selección previa no es ya aplicado : esperando su reforma, su papel lo cumplen unas «listas provisionales de empresarios de confianza» preparadas unilateralmente por la Administración.

En INGLATERRA, igualmente, los Ministerios interesados preparan listas de empresarios que responden a unas exigencias técnicas y financieras determinadas. Se notará que para figurar en estas listas los empresarios deben dar seguridades, de una parte, de que ellos no comunicarán el importe de su oferta a nadie fuera de la autoridad adjudicadora; de otra parte, que no establecerán el importe de su oferta en función de un acuerdo previo entre los concurrentes. Este nuevo procedimiento es evidentemente el resultado del informe de la Comisión de Monopolios y Prácticas restrictivas, informe que siguió a una encuesta sobre la tendencia de los empresarios a consultarse y a presentar un precio convenido para la obra proyectada.

31. Tres países, hasta hoy —al menos, que nosotros sepamos—, han adoptado un sistema de aceptación previa. Son :

A. La COSTA DE ORO, donde los empresarios son inscritos en un registro preparado por el Ministerio de Obras Públicas, por clases financieras y categorías de obras, y en donde no reciben más que los documentos relativos a las obras que caben en la clase y categoría en las que han sido colocados.

B. En CHILE existe la misma repartición en clases y categorías, pero ninguna coordinación existe entre los diversos poderes públicos que tienen cada uno su registro, con la consecuencia de que un empresario ex-

(23) Infra § 42 y 43.

cluido —por incompetencia o mala calidad de sus trabajos, por ejemplo— por tal institución pública puede muy bien verse mantenido por el registro de otra.

C. **BÉLGICA** parece ser actualmente el único país (24) que ha puesto a punto un sistema perfecto de selección previa de la concurrencia (25).

Desde el decreto-ley de 3 de febrero de 1947 (y el decreto de ejecución promulgado por el Regente el 29 de marzo siguiente), el Estado, así como la mayor parte de los poderes públicos (26), subordina la atribución de los contratos de cierta importancia (27) a la posesión de una clasificación especial y previa, establecida por el Ministro de Obras Públicas, sobre el informe de una Comisión de aceptación compuesta de altos funcionarios y delegados de la organización profesional y presidida por un magistrado.

Para formular su informe, esta Comisión tiene en cuenta la capacidad técnica y financiera de quien pide la inscripción, sus medios de ejecución en material y personal cualificado, los informes que pueda aportar, su probidad comercial, etc., y propone eventualmente su inscripción en el registro de los empresarios admitidos, de una parte, en la categoría o subcategoría que responde a su especialidad (28), de otra, en la clase que corresponde a la importancia financiera (29) de las obras que parece ha de comprometerse a hacer.

Conviene notar:

1.º que la competencia de la citada Comisión es puramente consultiva; el Ministro no está obligado a seguir sus opiniones;

2.º que la clasificación, aunque calificada de previa, no es, sin embargo, requerida desde el momento del depósito de las ofertas, sino sola-

(24) En el Gran Ducado de Luxemburgo, el artículo 6 del Decreto ministerial de 1.º de marzo de 1948, que publica el pliego general de condiciones, declara que «si se trata de obras importantes, la aceptación previa de los concurrentes podrá ser ordenada», pero parece que se trata aquí de una selección especial del contrato considerado.

(25) Todavía este sistema no concierne más que a los contratos de obras públicas y no a los contratos de suministro; no hay que confundir la «aceptación» practicada en Bélgica con la aceptación —de puro derecho privado ésta— que deben poseer los empresarios holandeses, conforme a los acuerdos concluidos entre sus organizadores y los comerciantes de materiales de construcción, aceptación sin la cual es imposible, en los Países Bajos, procurarse los materiales necesarios.

(26) Las colectividades locales, la Sociedad nacional de los Ferrocarriles belgas, la de Ferrocarriles vecinales, la Sociedad nacional de distribución de agua, las de Habitaciones y viviendas baratas, las cooperativas de Seguros mutuos y, en general, todo organismo paraestatal que recibe subsidios del Estado.

(27) 300.000 francos como mínimo (Decreto real de 23 de junio de 1952).

(28) Obras de caminos (alcantarillado, distribución de agua, etc.) o hidráulicas, dragados o de edificación.

(29) En cada categoría o subcategoría, los contratistas admitidos son repartidos en ocho clases, según que el importe de las obras que le han correspondido es inferior a 1, 3, 6, 15, 30, 50 y 75 millones o más.

mente en el momento de otorgarse el contrato, lo que perjudica a la eficacia del sistema, principalmente en razón de

3.º que la facultad de que goza el Ministro de derogar, por decreto motivado —formado según informe, también motivado, de la Comisión—, la regla de la clasificación y de confiar el contrato a un empresario no clasificado;

4.º que sanciones muy graves (modificación de la clasificación, retirada de la clasificación, e incluso exclusión de los contratos públicos), pueden ser decididas por el Ministro (30) previo informe motivado de la Comisión, respecto de los empresarios que resulten poco competentes.

Señalemos, en fin, que en PORTUGAL la Cámara Corporativa ha sugerido al Gobierno la adopción de un proyecto de decreto-ley sobre «las condiciones de admisión a las adjudicaciones de obras públicas» (31).

Este proyecto está, en sus grandes líneas, calcado sobre el sistema belga. Destacaremos, sin embargo :

1.º que para obtener el *título* de empresario de obras públicas, el solicitante debe pedir un certificado de inscripción a su asociación patronal;

2.º la decisión acordando o rehusando el título debe ser motivada;

3.º que está previsto un doble procedimiento de recurso, de una parte, ante la Comisión de inscripción misma; de otra, ante el Ministro de Obras Públicas.

(30) Desgraciadamente, sin que sea obligado a motivar sus decisiones; una proposición de Ley presentada el 24 de junio de 1954 en la oficina de la Cámara de Representantes (Doc. parlam. 117, núm. 1) tiende a establecer garantías casi jurisdiccionales en favor de los contratistas que han sido objeto de sanciones.

(31) Véase el anexo al informe presentado por el señor ANTONIO PEDROSA PIRES DE LIMA y publicado en las páginas 200 y siguientes del tomo 55 de *Le Droit des marchés administratifs de travaux et de fournitures* (Instituto Belga de Ciencias Administrativas, Sesión 1954-1955).

CAPITULO III

LA ELECCIÓN DE ADJUDICATARIO.

SECCION PRIMERA

Designación automática.

32. Son sobre todo los países latinos los que prefieren el automatismo en el procedimiento.

En FRANCIA (1), se ha visto, todos los contratos «con adjudicación» (se trate de adjudicación pública abierta o simplemente restringida, o aun según coeficientes) se caracterizan por el automatismo de la designación del adjudicatario en la persona de quien ofrece más bajo.

El reciente decreto de 13 de marzo de 1956 no ha hecho ninguna modificación a este principio (artículo 15, 3.º), pero se sabe que ha elevado el concurso al rango de procedimiento de derecho común en el mismo plano que la adjudicación, con total libertad para el Ministro de acudir a uno u otro de estos dos procedimientos.

Ahora bien, en la hipótesis de concurso, después de haber eliminado las ofertas no conformes, la Administración «elige libremente la oferta que juzga más interesante, teniendo en cuenta el precio de las prestaciones, su coste de utilización, su valor técnico, las garantías profesionales y financieras presentadas por cada uno de los candidatos y el plazo de ejecución» (2).

En ESPAÑA, el procedimiento de «subasta pública» implica la atribución automática del contrato a quien haga la oferta más baja. el cual posee, pues, un derecho a que se le adjudique el contrato (ley de 20 de diciembre de 1952, arts. 49 y 52; Reglamento de Contratación de la Administración local de 9 de enero de 1953, arts. 13 y 14).

Solamente en determinados casos concretos (imposibilidad de fijar previamente el precio, presentación de proyectos por los concurrentes, contratos que exigen garantías especiales de parte de los licitadores) la Administración puede, de manera discrecional, adjudicar el contrato al lici-

(1) Y en el Vietnam.

(2) Artículo 28: el Ministro puede decidir qué otras consideraciones se tendrán en cuenta, pero en este caso deberán haber sido especificadas en el anuncio del concurso.

tador que le parece más conveniente. Es el sistema de «concurso» (artículos 54 y 55 de la ley de 20 de diciembre de 1952; arts. 15 y 37 del Reglamento de 9 de enero de 1953).

En GRECIA, el estatuto de los contratos ha adoptado sin restricción el principio del automatismo (3), aunque dándole una coloración original en el caso de adjudicación «con control» y, sobre todo, en el de la «adjudicación limitada».

En esta última hipótesis, en efecto, el método adoptado se separa sensiblemente de los sistemas clásicos y puede ser descrito como sigue:

La Comisión de adjudicación dispone de un sobre que contiene nueve boletines, llevando cada uno un número del 4 al 12. Inmediatamente después de abrir el sobre que contiene las ofertas, tres de estos boletines son sacados a la suerte y sus cantidades sumadas para establecer la media: la cifra obtenida constituye el límite provisional de la rebaja, y toda rebaja superior al triplo de esta cifra entraña irrevocablemente la eliminación de la oferta correspondiente.

Se calcula a continuación la media del conjunto de las rebajas correspondientes a las ofertas no eliminadas; después se establece la media aritmética de la cifra obtenida y de la del límite provisional; esta nueva media que constituye el límite definitivo en el sentido de que el adjudicatario será el concurrente que se le aproxime más, bien por exceso o por defecto.

Un ejemplo hará comprender mejor este curioso procedimiento.

Supongamos el depósito de seis ofertas, correspondiendo a las rebajas siguientes:

Empresa A	...	10 %
» B	...	12 %
» C	...	24 %
» D	...	8 %
» E	...	8 %
» F	...	9 %

Supongamos que al sacar a suerte los tres boletines haya dado las cifras 5, 7 y 10, el límite provisional de rebaja será de

$$\frac{5 + 7 + 10}{3} \text{ o sea } 7,33 \%$$

El licitador C se encuentra excluido «ipso facto», porque su rebaja (24 %) sobrepasa el triplo del límite provisional ($7,33 \times 3 = 22 \%$).

(3) Es preciso, sin embargo —si se trata de una adjudicación abierta— que un concurrente no venga en las cuarenta y ocho horas a ofrecer un 5 por 100, al menos, de rebaja; como este procedimiento puede repetirse dos veces, es solamente la oferta más baja presentada la tercera vez la que será definitiva.

La media aritmética de las rebajas de las ofertas no eliminadas es de

$$\frac{10 + 12 + 8 + 5 + 8}{5}, \text{ o sea } 8,6 \%$$

La media aritmética de esta cifra y del límite provisional es de

$$\frac{8,6 + 7,33}{2}, \text{ o sea, aproximando, } 7,97 \%$$

Las dos ofertas D y F se aproximan igualmente, es la suerte la que decidirá cuál será finalmente aceptada.

En ITALIA la oferta que implica el precio más bajo tiene la preferencia absoluta, y la única facultad de que goza la Administración, si vacila en contratar con el interesado, es pedirle aclaraciones y rehusar eventualmente aprobar el resultado de la adjudicación; para rehusar esta aprobación la Administración goza de un poder discrecional (4).

Sin embargo, la plaga de rebajas excesivas, que reaparece en cada una de las crisis de la industria de la construcción, preocupa en este punto a la Administración italiana, que esta resuelta, primero, a fijar las rebajas máximas; después, ante la mediocre eficacia de este procedimiento (5), a recurrir a un sistema nuevo, llamado de las *medias*, que no hace sino presentar grandes analogías con el sistema griego.

Por una circular núm. 6.855 de 6 de diciembre de 1955 (6), el Ministro de Obras Públicas ha decidido someter las adjudicaciones públicas a los dos criterios siguientes:

- 1.º formación de la media aritmética de los porcentajes de rebaja de aquellas ofertas que contienen una rebaja superior a la rebaja mínima;
- 2.º introducción de un factor extraño a esta media y destinado a jugar un papel regulador.

El procedimiento adoptado puede resumirse como sigue:

- 1.º En dos boletines secretos introducidos en dos sobres distintos y numerados, y que contienen la indicación precisa de las obras, la Administración (en el caso, el «Ingegnere capo») establece el valor de la rebaja mínima para la admisibilidad de las ofertas y el aumento a aportar a la media de las ofertas admisibles.

(4) Como en todos los países de otra parte.

(5) Abocaba, en efecto, a aumentar los gastos del Estado. Esta es la razón por la cual el principio de la limitación de las rebajas fué rechazado en Francia, hacia 1934, después de una consulta de los funcionarios competentes y de las organizaciones profesionales de contratistas.

(6) Publicada por «El Monitor de las Obras Públicas y de la Edificación» del 19 de mayo de 1956, pág. 29.

2.º Los sobres que contienen los elementos anteriores están cerrados y lacrados.

En el día y a la hora señalada para el concurso, todas las ofertas secretas llegadas dentro del plazo son reunidas y numeradas. El concurso queda así abierto; se procede primero a abrir el sobre que contiene el boletín secreto relativo a la rebaja mínima aceptada, que es comunicada a los presentes.

Se procede a continuación a abrir los sobres que contienen las ofertas presentadas por los licitadores y se declara al mismo tiempo admisibles al concurso solamente las ofertas superiores o iguales al límite indicado en el boletín relativo a la rebaja mínima.

La otras ofertas son declaradas inadmisibles.

En el caso en que todas las ofertas son declaradas inadmisibles, el concurso es anulado y el segundo sobre no debe ser abierto.

En el caso en que una sola oferta es declarada admisible, las obras son adjudicadas a la empresa que la ha presentado.

También en este segundo caso el segundo sobre no es abierto.

En cambio, si varias ofertas son declaradas admisibles, el presidente del concurso calcula en la misma sesión la media aritmética de los porcentajes de rebaja de las ofertas aceptadas y la comunica a los licitadores presentes.

A continuación, el director del concurso procede a abrir el sobre que contiene el aumento a aportar a la media de la rebaja. Comunica a los licitadores presentes este aumento, que añade a la media de las ofertas admitidas y declara adjudicataria a la firma que ha ofrecido la rebaja más próxima por defecto a la cantidad así obtenida.

Un ejemplo esclarecerá este procedimiento.

En el caso en que la Administración (el «Ingegnere capo») ha prefijado en los boletines secretos :

a) 2,50 p. c. rebaja mínima;

b) 2 p. c. aumento a aportar a la media de rebaja de las ofertas admisibles.

1.º Se da lectura de la rebaja mínima : 2,50 p. c.

2.º Se da lectura de las diferentes ofertas de rebaja : 0,5 p. c.; 7 p. c.; 9,50 p. c.; 1,75 p. c.; 15 p. c.; 6,50 p. c.; 3,75 p. c.; 13,20 p. c.; 1,95 p. c.; 2,40 p. c.

3.º A medida que las ofertas siguientes son declaradas inadmisibles : 0,5 p. c.; 1,75 p. c.; 1,95 p. c.; 2,40 p. c.

4.º Se calcula la media aritmética de las ofertas : 7 p. c.; 9,50 p. c.; 8 p. c.; 15 p. c.; 6,50 p. c.; 3,75 p. c.; 13,20 p. c.

$$\frac{62,95}{7} = 8,99$$

5.º Esta cifra es comunicada a los asistentes.

6.º Se da lectura del aumento a aportar a la media de las ofertas admitidas: 2 p. c.

7.º Se efectúa la suma de la media de

Ofertas admitidas	8,99
Con el aumento	2,00
	10,99

8.º La empresa que ha ofrecido la rebaja de 9,50 p. c. es declarada adjudicataria del contrato.

En TURQUÍA, la ley núm. 2.490 de 2 de junio de 1934 (7) prevé que cuando todas las ofertas han sido examinadas y comparadas por la «Comisión de adjudicación», ésta atribuye automáticamente el contrato al licitador que ha propuesto el precio más bajo.

En DINAMARCA, si la Administración hace su elección de manera discrecional cuando se trata de contratos por adjudicación pública, en cambio está obligada a aceptar la oferta más baja en el caso de adjudicaciones restringidas (8).

La cosa es lógica si se piensa que, en esta segunda hipótesis, la porción de concurrentes no comprende —por definición— más que empresarios y proveedores previamente seleccionados, que ofrecen, pues, todas las garantías de solvencia y competencia, y que los precios ofrecidos deben bastar a desempatar.

33. En BÉLGICA parece que el problema del «derecho del más bajo licitador» ha suscitado la más viva controversia.

Antes de la creación del Consejo de Estado (9), era imposible (10) a los empresarios excluidos pedir a los tribunales civiles la anulación de la decisión por la que la autoridad adjudicadora confiaba el contrato a un concurrente peor clasificado.

Los interesados habían acostumbrado reclamar los daños y perjuicios por inejecución por el Estado de sus obligaciones contractuales, defendiendo la tesis de que la puesta en adjudicación constituirá una oferta obligatoria para la Administración, oferta cuya aceptación se efectuaba automáticamente por la apertura de las plicas, y como consecuencia, la conclusión del contrato en beneficio del titular de la proposición más baja.

Situado sobre este terreno, el debate judicial debía necesariamente resultar en provecho de la Administración. El contrato de obras públicas supone, en efecto, el «intuitus personae» en la figura de su titular, y el anun-

(7) Ley que constituye un verdadero «Código» de los contratos públicos.

(8) A menos, sin embargo, que una reserva —siempre incluida en los contratos de la Defensa nacional o del Building Service— venga a salvaguardar el poder discrecional de la Administración.

(9) Ley de 23 de diciembre de 1946.

(10) En virtud del principio constitucional de la separación de poderes.

cio de la puesta en adjudicación de las obras por medio de la publicidad no constituye, desde luego, más que una llamada a la concurrencia, una simple proposición de contratar que no vincula nunca a la persona pública que ha recurrido a ella.

Los tribunales civiles repetidamente han proclamado: «la llamada a la concurrencia —se lee en una sentencia de la «Cour d'appel de Liège» (11)—, la publicidad de la oferta, el sistema de a tanto alzado, que son de naturaleza a asegurar a la adjudicación las mejores condiciones posibles, no entrañan nunca la necesidad de elegir, tal como pretende el demandante (es decir, la elección automática del que ha hecho la oferta más baja); la reunión de la triple circunstancia alegada más arriba debe permitir al Ministro hacer por cuenta del Estado la mejor elección entre numerosos concurrentes que la publicidad ha reunido. El criterio de este alto funcionario no será necesariamente el mínimo del precio pedido, sino muchas otras consideraciones inherentes tanto a la personalidad de los concurrentes como a las condiciones por ellos ofrecidas para la obra a adjudicar. El verdadero interés del Estado es obtener un trabajo bien hecho, en todas las condiciones de seguridad, de buena ejecución, de duración, y esto al precio más favorable. La teoría del empresario desposeído expondría al Estado a verse ligado por anticipado con un aventurero, un insolvente o un incapaz desde el momento en que este último hubiera tenido la precaución de ofrecer el precio más bajo».

Sin embargo, la atribución al Consejo de Estado —por la ley de 23 de diciembre de 1946, art. 9— del poder de anular las decisiones administrativas que violan disposiciones legales o reglamentarias ha modificado completamente la situación anterior.

Fundándose en el artículo 97 del decreto real de 10 de diciembre de 1868 (12), el cual subordina la formación definitiva del contrato a la aprobación del Ministro, así como en la interpretación literal del artículo 4 del Pliego general de Obligaciones del Estado de 1933 (13), el Estado reivindicaba el poder de apreciar discrecionalmente el carácter eventualmente *más ventajoso* de una oferta distinta de la *más baja* y deducía que la autorización del Consejo de Ministros no era requerida más que en la hipótesis en que su elección no se hacía ni según la oferta más baja ni según la oferta considerada más ventajosa.

El Consejo de Estado (14) no ha cesado de condenar esta tesis, cuya adopción hubiera privado a los concurrentes de toda garantía y autorizado

(11) 5 de enero de 1933, Jur. Liège, pág. 41.

(12) Que publica el Reglamento general sobre la Contabilidad pública.

(13) Que estipulaba que «cuando una obra es confiada a un licitador distinto del que ha presentado el precio más ventajoso, tal elección debe ser autorizada o ratificada por el Consejo de Ministros o, en caso de urgencia, por el Primer Ministro».

(14) Arrêt Cobesma, núm. 1.034, de 10 de agosto de 1951 («Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'Etat», 1952, pág. 86).

el más peligroso arbitrio en razón de la imposibilidad de distinguir la oferta «más ventajosa» por criterios objetivos.

En cambio, el Consejo de Estado ha hecho suya la opinión de una parte de la doctrina (15) según la cual el automatismo del procedimiento deriva :

- de la economía misma de la adjudicación pública;
- de los trabajos preparatorios de la ley sobre la contabilidad pública de 15 de mayo de 1846, inspirada en las ordenanzas francesas de 4 de diciembre de 1836 y 31 de mayo de 1838;
- del artículo 95 del decreto real de 10 de diciembre de 1868, en que, según sus términos «cuando varios licitadores han propuesto el precio más bajo y están presentes, son invitados a depositar inmediatamente nuevas ofertas, escritas, de rebaja; si esta segunda prueba deja subsistir una paridad de precio, o si uno de los licitadores que ha ofrecido más bajo está ausente, se procederá, en la misma sesión, a echarlo a suerte».
- de la institución de la clasificación previa de los empresarios, que garantiza al Estado contra el riesgo de tratar con empresarios inexpertos e insolventes.

El «arrêt Bruncau» (16) ha decidido, en efecto, que :

1. Ninguna disposición legal o reglamentaria obliga al Estado a designar automáticamente como adjudicatario al licitador cuya oferta, redactada en cifras, es la más baja.

2. El artículo 21 de la ley de 15 de mayo de 1846 especialmente si rige en regla la adjudicación pública abierta e implica por ello mismo ante la igualdad entre los licitadores como la concurrencia propiamente dicha, no obliga al Estado a preferir «al licitador que ha propuesto el precio que según su redacción en cifras es el más bajo, si la oferta de este licitador no es, en realidad, más ventajosa que la de otros licitadores».

3.º El artículo 95 del decreto real de 10 de diciembre de 1868 no contradice y no podría contradecir el artículo 21 precitado; no se refiere más que a una hipótesis particular —la paridad de los precios ofrecidos—, y sería vano querer deducir —«a contrario sensu»— una regla de carácter general; a tesis del derecho absoluto del licitador que ha hecho la oferta más baja y ser preferido se opondría, de otra parte, al poder del Ministro (art. 95, *in fine*», y 97) de no aprobar el resultado provisional de las operaciones de adjudicación.

Importa, sin embargo, subrayar cuantos «arrêts» del Consejo de Estado alguna incorporan en la práctica la enseñanza de la doctrina. Si los «arrêts» antes citados rechazan la tesis del derecho del licitador que hace la oferta más baja a la atribución automática del contrato, han denegado igualmente a la Administración la facultad de separar discrecionalmente a quien

(15) Véase FLAMME, *Les Marchés de l'Administration*, núms. 121 y ss.

(16) Núm. 3.772, de 29 de octubre de 1954, («Rec. jur. dr. adm.», 1955, pág. 37.

hace la oferta más baja. Esto último beneficia de hecho, sobre todo si posee la clasificación requerida, de una verdadera presunción de competencia técnica y de capacidad financiera, presunción que no puede ser destruída más que por la prueba en contrario procurada por el poder público adjudicador. Dicho de otro modo: la Administración deberá motivar respecto del Consejo de Estado su decisión de desechar al licitador que presenta la oferta más baja, y el Consejo no vacila en controlar tanto la pertinencia como la exactitud de los motivos alegados.

La existencia de este control jurisdiccional lleva, pues, a los licitadores rechazados garantías serias y aboca en la práctica a reconocer al licitador que hace la oferta más baja el derecho de no verse rechazar sin justas razones.

De otra parte, estas garantías están aún aumentadas desde la adopción (17) por el decreto real de 5 de octubre de 1955, orgánico de los contratos del Estado, de una disposición (art. 35) en la que, según sus términos:

«Cuando la Administración adjudica un contrato, debe adjudicarlo al licitador que ha presentado la oferta *efectivamente más baja*. Para la determinación de la oferta más baja, la Administración debe tener en cuenta los precios ofrecidos y otros elementos *calculables* que vendrán de manera cierta a aumentar los desembolsos que deberán ser hechos por la Administración.»

SECCION SEGUNDA

Elección discrecional.

34. No hay, por el contrario, ningún automatismo en la elección del adjudicatario, y la Administración goza en este dominio de un poder de apreciación discrecional (18) en todos los países nórdicos (Suecia, Finlandia, Noruega), en el Japón, en Austria, Alemania, Yugoslavia, Haití, Siria, Unión Sud-Africana, Chile, así como

a) en el GRAN-DUCADO DE LUXEMBURGO, donde la elección definitiva del adjudicatario está regida por los artículos 32 y 33 del decreto ministerial de 1.º de marzo de 1948, que contiene la publicación del pliego general de condiciones.

Después de una primera clasificación basada en el precio, las ofertas menos altas que se tienen en cuenta para la adjudicación serán objeto

(17) Sobre la sugestión misma del Consejo de Estado.

(18) Aun una vez, sin embargo, la autoridad adjudicadora debe lo más frecuentemente justificar su decisión de rechazar a quien hace la oferta más baja cerca de la autoridad superior, en Australia, el *Auditor general* o el *Public Accounts Committee*. en Gran Bretaña, igualmente el Auditor general, funcionario oficial del Parlamento, que puede informar al Parlamento si la elección le parece contraria al interés general.

de un examen minucioso destinado a establecer si los precios que proponen están en relación con las obras proyectadas.

Un precio no satisface esta condición si, deducidos todos los gastos, no queda ya al licitador un beneficio normal. El precio debe permitir la ejecución del proyecto sin que el licitador, para evitar pérdidas, sea tentado de defraudar la calidad de la ejecución o de los materiales empleados, o a tratar de evitar estas pérdidas pagando salarios insuficientes.

Si el precio total de una oferta parece sospechoso a la Administración o es discutido por un licitador o una organización profesional de contratistas de obras, el oferente es invitado a presentar sin tardanza los detalles de su análisis de los precios y su oferta será rechazada si no responde a esta invitación en un plazo conveniente o si los justificantes presentados no son suficientes a probar lo bien fundado de sus precios (19).

El precio menos alto, él solo, no decide, pues, la elección del adjudicatario. Las ofertas que no satisfacen las condiciones del pliego de obligaciones y aquellas cuyos precios son considerados sospechosos son eliminadas.

De otra parte, la elección del adjudicador solo podrá realizarse entre los licitadores que posean una autorización gubernamental de establecimiento y cuya competencia, experiencia y capacidades técnicas y financieras, los medios de organización de la empresa en utillaje, material y personal cualificado, así como la probidad comercial, ofrezcan todas las garantías de buena ejecución en los plazos previstos.

Entre los licitadores que responden a estas condiciones, la elección se hace *en principio* sobre el que ha presentado la oferta más baja.

b) en los PAÍSES BAJOS, donde el contrato es atribuido al licitador cuya oferta parece más aceptable, sin que el adjudicador deba motivar su elección. La solvencia, la honorabilidad y la capacidad de los licitadores son tomados en consideración después de (20) la apertura de las ofertas e intervienen, pues, en la elección del adjudicatario, pero el que ha hecho la oferta más baja es raramente rechazado.

c) en el CONGO BELGA, los «Consejos de las adjudicaciones» están particularmente encargados de proponer el adjudicatario a la autoridad competente, justificando eventualmente la preferencia hecha a la oferta aceptada cuando ésta no es la más favorable desde el punto de vista del precio (21).

(19) Hay que notar que puede recurrirse a un perito a petición, sea del licitador del que la Administración trata así de rechazar la oferta, sea de la organización profesional que ha constatado el resultado de una adjudicación.

(20) Incluso en caso de adjudicación restringida, la oferta más baja es generalmente la más aceptable porque en principio la solvencia, la honorabilidad y la capacidad de los concurrentes son examinadas *previamente* a la invitación a licitar.

(21) Ordenanza núm. 344 de 12 de enero de 1953, sobre los «Consejos de adjudicación».

d) en GRAN BRETAÑA (21*), donde prevalece la opinión de que la comparación de las ofertas implica consideraciones técnicas cuya apreciación compete esencialmente al ingeniero responsable del proyecto. También este último parece el mejor preparado para juzgar de los precios: instruido por su experiencia personal, está en mejores condiciones que nadie para deducir de los resultados de la adjudicación comparables una noción precisa de los precios económicamente razonables aplicables a las diferentes clases de obras. Sería, desde luego, inoportuno adoptar la regla de aplicación cómoda, pero demasiado rápida, que consiste en aceptar en todos los casos la oferta más baja.

Al contrario, al menos en la hipótesis de una adjudicación pública abierta, se tiene en cuenta, además del precio, la situación de la empresa desde el punto de vista comercial,

— la experiencia adquirida por ella en la clase de obras de que se trate.

— de sus posibilidades en el caso de que se otorgue el contrato.

En el caso de una adjudicación restringida, las informaciones relativas a los diversos puntos arriba citados son evidentemente tomadas antes de enviar las invitaciones a licitar y, en estas condiciones, los precios ofrecidos pueden —pero no necesariamente— constituir el criterio de la elección definitiva (22).

e) en SUIZA, donde la administración adjudicadora elige libremente entre los licitadores, apreciando sus ofertas como se explica a continuación en el párrafo 2, teniendo en cuenta las garantías de buena realización y de regularidad que presenta, así como de la satisfacción que han dado por las obras o suministros anteriores, teniendo en cuenta a las diferentes regiones del país y asegurando una rotación equitativa entre los concurrentes».

«La adjudicación tiene lugar a precios que, habiendo dado la calidad de la obra o suministro a ejecutar y vistos los precios y condiciones de la mano de obra corrientes en la época y lugar donde ejerce el empresario, responden a la prestación que éste, trabajando racionalmente, debe hacer bajo forma de materia, de trabajo y costes, a sus riesgos y al justo beneficio que puede pretender» (23).

Esta disposición muestra que la elección del adjudicatario es hecha en lo que cabe poco automáticamente por consideraciones de orden económico (rotación entre los concurrentes, repartición regional); la influencia de estas últimas está, sin embargo, limitada por una institución que confiere su originalidad al sistema suizo, a saber: *l'offre de base*, remitida por las organizaciones profesionales de contratistas de obras.

(21*) Y también en Australia y en el Canadá.

(22) Informe presentado al Congreso de París (1954) de la Federación Internacional de la Edificación y de las Obras Públicas por «The Federation of Civil Engineering Contractors».

(23) Párrafo 3, párrafos 1 y 2, del Decreto del Consejo federal de 4 de marzo de 1924.

Con el fin de determinar el justo precio al cual hace alusión el párrafo 3 de la A. C. F. de 4 de marzo de 1924, la administración adjudicadora pone, en efecto, todos los documentos del contrato a la disposición de la oficina de cálculo de la organización profesional interesada, cuyo presupuesto denominado *offre de bas* va a jugar un papel regulador de los precios tanto más importante en cuanto que el poder público dueño de la obra lo admite como criterio de comparación y le reconoce por eso mismo un valor oficial.

Si los precios de la asociación profesional parecen justificados, el contrato es en general adjudicado a uno o a varios licitadores cuyas ofertas no se separan notablemente de estos precios (24).

En cambio, si se encuentra entre las ofertas una sensiblemente inferior al precio establecido por la asociación profesional y que la Administración se propone precisamente tomar esta oferta en consideración, la Administración debe previamente, de una parte, pedir a su autor cálculos tan detallados como los procurados por la asociación, y de otra parte, poner a esta última en condiciones de justificar sus precios (25).

Como lo precisa una circular de 1925 (26), la Administración no puede, más allá de un cierto porcentaje, separarse de la *offre de base* sin haber previamente provocado una discusión de los precios entre la asociación y el empresario que ha licitado sensiblemente más bajo que ella. Este último rehusará a veces —bastante raramente, es verdad— a justificar su precio particularmente ventajoso (27) por circunstancias especiales (28), en este caso la asociación profesional está obligada a someterse.

* * *

35. Conviene comparar el problema de la designación de adjudicatario —automática o discrecional— con el de la preocupación, cada vez más acentuada en numerosos países, de contener una fatal carrera a la rebaja, eliminando las ofertas anormalmente bajas y con el problema de los acuerdos previos entre licitadores.

(24) Idem, párrafo 6; la adjudicación se hará, pues, en general, en el grupo central de ofertas: las estadísticas muestran, en efecto, que la media aritmética de las ofertas se sitúa ligeramente encima (10 por 100) de la oferta base y muy raramente debajo (cf. A. DE GRAND'RY, *Les Adjudications et marchés pour le compte de l'Etat en Suisse*, pág. 55).

(25) Párrafo 5.

(26) Citada por A. de GRAND'RY, op. cit., pág. 53.

(27) Sobre el prejuicio claramente desfavorable a las ofertas demasiado bajas que se puede constatar en Suiza, véase DREYER, *Marchés de travaux publics*, pág. 103.

(28) Por ejemplo, porque dispone del material necesario en la proximidad del lugar elegido para las obras.

A. *La lucha contra las rebajas excesivas.*

Esta preocupación no ha nacido hoy, así lo testimonia una carta dirigida el 17 de julio de 1683 por Vauban al Marqués de Louvois, Ministro de la Guerra :

«Hay algunas obras de los últimos años que no están terminadas y que no terminarán nunca, y todo eso, Monseñor, por la confusión que causan rebajas que se hacen en vuestras obras, pues es cierto que todos estos incumplimientos de contratos, faltas de palabra y renovación de adjudicaciones no sirven más que a atraeros como contratistas a todos los miserables que no saben a dónde dar con sus cuerpos, los bribones y los ignorantes, y a hacer huir a todos los que tienen dinero y que son capaces de realizar una obra. Yo digo más, que retrasan y encarecen considerablemente las obras, que son más que muy malas, pues estas rebajas y contratos baratos tan buscados son imaginarios, en cuanto que hace lo mismo un empresario que pierde que un hombre que se ahoga, que se coge a todo lo que puede; ahora bien, cogerse a todo lo que se puede en el caso del empresario, es no pagar en casa del comerciante en donde se provee de material, mal pagar a los obreros que emplea, bribonear lo que puede, no tener más que los peores porque se dan a mejor contrato que los otros, emplear los peores materiales, embrollar todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello.

.....

»Basta, Monseñor, para haceros ver la imperfección de esta conducta; abandonadla, pues, y, en el nombre de Dios, restableced la buena fe; dad el premio a quien cumpla con su deber, éste será siempre el mejor contrato que vos podréis encontrar.

»No hagáis ya contratos anuales, sino por tales y tales obras; y, en una palabra, sed fiel en la ejecución de vuestra parte como vos pretendéis que el contratista lo sea en la suya, pero, sobre todo, no aceptéis nunca empresario que no sea solvente e inteligente; es la única manera de estar bien servido; gastando de otra manera, vos no veréis nunca el fin de las obras, que os costarán la cuarta o la tercera parte más de lo que valdrán, os darán mil disgustos a vos y a los que se mezclen y así vos y ellos no seréis más que la víctima.»

En la mayor parte de los países (29), la reglamentación de los contratos públicos ordena rechazar las ofertas que implican precios desproporcionados en relación a la clase de la obra pedida, y que hacen dudar de una ejecución cuidadosa de la obra.

(29) Finlandia, Dinamarca, Alemania, Austria, Suiza, Gran Ducado de Luxemburgo, Italia y Grecia; Francia, Bélgica y los Países Bajos son excepción.

Nosotros hemos ya descrito (30) el sistema de las *medias* tal como es practicado especialmente en Italia y en Grecia.

No se ha dejado de objetar que semejante sistema tiende a transformar las adjudicaciones en juego de azar, incitando a las empresas a establecer sus ofertas sobre presunciones y probabilidades y no sobre un estudio objetivo y preciso del trabajo a realizar. En la realidad, sin embargo, el sistema de las *medias* se ha revelado eficaz para contener la tendencia desmedida a la rebaja, y parece que la media de las ofertas, atemperada por la toma de consideración de la cifra propuesta por la Administración, representa, con una aproximación satisfactoria, el precio justo.

Incluso a veces se establece (31) que los precios ofrecidos deben tener en cuenta un beneficio normal.

Bien entendido, es lícito a los autores de ofertas a primera vista no razonables justificar los precios unitarios que han servido de base al establecimiento de su oferta, y esto, a veces, a continuación de la intervención de la organización profesional interesada, cuidadosa de impedir las rebajas excesivas.

Es así, particularmente :

1.º en DINAMARCA, donde la asociación profesional tiene derecho a organiar (32) en su seno una adjudicación previa para asegurar que ninguna oferta demasiado baja será presentada. En el curso de una reunión de los licitadores, la empresa o las empresas que han hecho las ofertas más bajas tienen la facultad de someter sus estimaciones a un control severo destinado a descubrir los posibles errores; después de la discusión, la exclusión puede ser decidida por mayoría de dos tercios.

2.º en GRECIA, donde uno de los sistemas de adjudicación más empleados (33) apunta precisamente a frenar una concurrencia anormal sometiendo las ofertas más bajas al control de un «Comité de adjudicación» (34), ante el que sus autores son llamados a justificar sus precios unitarios por partidas detalladas bajo pena de verse rechazar sin recurso.

3.º en el GRAN-DUCADO DE LUXEMBURGO, donde las asociaciones profesionales gozan de un derecho de intervención cuando los poderes públicos se proponen adjudicar una obra a unos precios que reducen considerablemente, y aun anulan el beneficio normal al contratista; en este caso, la Administración gran-ducal hace examinar el expediente por una

(30) Supra 32.

(31) En Alemania (par. 25 del V. O. B.), en Suiza (par. 3, párrafo 2, de la A. C. F., de 4 de marzo de 1924) y en el Gran Ducado de Luxemburgo.

(32) Salvo si el poder público dueño de la obra se ha comprometido a rechazar a todo licitador cuya asociación pediría la exclusión por oferta demasiado baja en un plazo de cinco días a partir de la fecha de la apertura de las pliegos.

(33) La adjudicación «con control».

(34) Que comprende, además de los funcionarios, un representante de la organización profesional de contratistas de obras.

«Comisión de ofertas», que transmite su informe al Ministro interesado para que éste decida.

4.º y, sobre todo, en SUIZA, donde, más que en otra parte, las asociaciones profesionales están en condiciones de influir en gran medida el precio de las ofertas.

Se constata, en efecto, un corporativismo acentuado (35), favorecido por una disciplina profesional sin igual (36) y por la política practicada por los poderes públicos en favor de las artes y oficios (37).

No existe, en el sector de la construcción, precio del contrato propiamente dicho, y los precios se forman necesariamente según el coste de la producción. Ahora bien, en razón del carácter particular del producto de la actividad en la construcción, y de esta misma actividad, el coste de producción varía profundamente y da a la formación de los precios una base a la que falta a la vez estabilidad y uniformidad. A esta consideración se añade que numerosos empresarios --en Suiza como en otras partes-- no están apenas en condiciones de determinar por ellos mismos su coste de producción (38). En estas condiciones, desde que la concurrencia se hace más dura, no puede dejar de crear una situación peligrosa, y este estado de cosas explica que la mayor parte de las asociaciones de contratistas de obras se están esforzando para influir la formación de los precios asignando a los diversos factores del coste tipos uniformes, pero que tienden, sin embargo, a la larga, a fijarse en un nivel que permite a las empresas que trabajan en las condiciones menos favorables cubrir sus gastos.

El medio más eficaz de que disponen las asociaciones para llegar a la unificación de los precios reside, evidentemente, en el cálculo en común del precio de cada oferta. Esta operación puede ciertamente consistir en una simple toma de contacto de los licitadores entre sí que les permita informarse sobre el precio, quedando cada uno libre de adaptar o de no adaptar sus precios a los de los otros concurrentes. Sin embargo, las asociaciones más importantes (39) han establecido un sistema de anuncio obligatorio; sus miembros están obligados a anunciar su oferta cuando la importancia del trabajo sobrepasa un mínimo fijado, y cualquiera que sea la importancia del trabajo si es encargado por los poderes públicos; si varios licitadores se anuncian así, la asociación organiza una reunión en-

(35) Se consultará con provecho el notable informe que la Comisión de estudio de los precios del Departamento federal de economía pública ha dedicado en 1953 a *La concurrence dans le secteur de la construction et plus spécialement en matière d'adjudication de travaux publics*.

(36) Sin embargo, es más relajada en la Suiza francesa.

(37) Reconocimiento y protección de los exámenes de maestría y del certificado de aptitud.

(38) Solamente una ínfima minoría ha acostumbrado a calcular el precio de coste efectivo, una vez una obra terminada.

(39) Grupo de empresarios suizos de obras públicas, Asociación de Contratistas de Obras de Bâle, etc.

tre los interesados y los precios son ajustados (40) según decisiones tomadas en una mayoría determinada.

Otro método de cálculo en común de los precios consiste en la intervención de oficinas de cálculo que funcionan en el seno de las grandes asociaciones y que establecen ellas mismas las ofertas, en las que los miembros no tienen ya más que poner su firma.

Si se considera, además,

— que las asociaciones, muy a menudo, han llegado a hacer declarar la exclusión por los poderes públicos de empresas no afiliadas,

— las restricciones hechas a la concurrencia en el plano territorial (41)

— y, sobre todo, la práctica de la *offre de base*,

se comprende sin dificultad que las asociaciones profesionales suizas pueden luchar victoriosamente contra las rebajas excesivas.

B. Los conciertos previos.

36. Nosotros llamamos así los acuerdos establecidos previamente entre varios licitadores a la presentación de sus ofertas y que tienden a aumentar los precios, a obtener la abstención de determinados concurrentes, o además a reservar el contrato a uno de ellos gracias a una participación puramente ficticia y a unas subastas artificialmente aumentadas de sus colegas.

En BÉLGICA, estos conciertos son ilícitos según el derecho civil (42), pero escapan a toda sanción penal.

Sin embargo, los empresarios que recurrían a conciertos ilícitos son responsables administrativamente porque se les podría reprochar su «falta de probidad comercial» y oponerles el artículo 6.º del decreto-ley de 3 de febrero de 1947, que regula la aceptación de los empresarios, con la con-

(40) Existen así varias clases de precios calculados en común:

— El precio base, que sirve de referencia tanto para el licitador como para el poder público adjudicador,

— los precios mínimos, que constituyen una lista inferior que no puede rebasarse, pero que deja al licitador total libertad para establecer precios más altos,

— los precios únicos, que obligan a todos los licitadores a hacer una oferta a un único y mismo precio (práctica corriente en materia de ofertas llamadas «colectivas», es decir, establecidas por un grupo de licitadores o por la asociación).

(41) Numerosas administraciones que han aceptado comprometerse a adjudicar las obras exclusiva o preferentemente a los empresarios de la región o de la localidad.

(42) Con esta consecuencia, que es imposible llevar ante los tribunales a las partes de estas alianzas, que rehusarían entregar la bonificación prometida después de haber logrado el negocio gracias a la abstención o a la complacencia de sus concurrentes.

secuencia de su exclusión, sea temporal, sea definitiva, de los contratos del Estado.

Exceptuamos, sin embargo, determinados conciertos —por otra parte, tolerados por la Administración belga— en virtud de los cuales cada adherente aumenta el importe de su oferta en un porcentaje idéntico, porcentaje que es inmediatamente entregado por el adjudicatario a sus contrincantes, que lo reparten entre ellos para cubrir sus gastos de estudio.

Existe en el seno de las grandes organizaciones profesionales de contratistas de obras las «Cajas de compensación para estudios». El reglamento interior de estas Cajas prevé en general que para las obras públicas de una importancia que sobrepasa un determinado mínimo, cada miembro que desee licitar debe advertir a la Caja al menos ocho días antes de la apertura de las pliegos. El empresario declarado adjudicatario ingresa en la Caja, durante la ejecución de las obras, una cantidad que se eleva a un ciento por ciento —fijado previamente— del importe de la oferta; esta cantidad se reparte a continuación entre todos los licitadores que han dado su nombre antes de la adjudicación y que se clasifican entre los licitadores comprendidos en la mitad de los concurrentes que han presentado los precios más bajos.

Es en DINAMARCA donde ha sido establecido el sistema más favorable, porque indemniza progresivamente al empresario de todos sus gastos y trabajos realizados para las adjudicaciones.

Los empresarios están cubiertos de manera equitativa para el riesgo de la adjudicación (43) por disposiciones introducidas por el Estado en el Pliego nacional de Condiciones. En virtud de estas disposiciones, la indemnización, que es concedida a los que no han presentado la oferta más baja, es calculada en un tanto por ciento del importe del proyecto y es otorgada a los empresarios que más se aproximan al precio más bajo.

En HOLANDA, el problema de los conciertos previos está particularmente en el orden del día, en virtud de una reciente sentencia del «Hoge Raad» (44). En vista de la adjudicación de la construcción de un hospicio en Myderecht, seis empresarios se pusieron de acuerdo para aumentar sus ofertas de una cantidad de 47.350 florines, cantidad que sería a continuación entregada por el adjudicatario a sus contrincantes para ser repartida entre ellos. El asunto fué divulgado, los interesados fueron procesados el 3 de junio de 1952 ante el tribunal correccional de Utrecht apoyándose en el artículo 1.º del «Prijsvormigsbesluit» (45).

El tribunal admitió el argumento de defensa adoptado por los incul-

(43) Entendemos por tal los gastos correspondientes a la compra de los planos y los pliegos de condiciones, así como a los estudios y al cálculo de los precios.

(44) Véase *L'entrepreneur général*, septiembre 1953.

(45) Según este artículo, los precios de las mercancías y servicios de todo género deben ser establecidos de manera que respondan a las exigencias del interés general, lo que implica que los precios pedidos sean razonables.

pados (46) y les absolvió por la razón de que no se podía deducir de las circunstancias que la firma G. y S. había licitado por un importe más elevado que el razonable. La firma adjudicataria fué, sin embargo, condenada en apelación —y su recurso en casación fué rechazado el 31 de marzo de 1953— por haber establecido su precio en oposición con el «Prijsvormigsbesluit» y, por tanto, de una manera no conforme al interés general (47).

Esta sentencia ha causado un profundo estupor en los medios de los contratistas en Holanda, donde la práctica de los «conciertos previos» había siempre —y legalmente se creía— sido tan floreciente que los reglamentos de estos conciertos eran redactados por las organizaciones profesionales locales mismas (48) y que estas convenciones perseguían, a la vista y conociéndolo la Administración, un doble fin: de una parte, indemnizar a los licitadores cuyas ofertas no han sido aceptadas; de otra parte, impedir el envilecimiento del precio en periodos de concurrencia aguda (49).

Para legalizar la situación actual, un proyecto de reglamento de las adjudicaciones está actualmente en estudio, que prevé «la indemnización de los gastos de licitación» bajo la forma de un suplemento que el dueño de la obra aplicaría a los importes de las ofertas para ser repartido —sea por el adjudicatario, sea por la Administración misma— entre los empresarios rechazados (50).

En SUIZA, los empresarios practican igualmente la «coalición» como medio para salvaguardar sus intereses, en particular contra el alza desmedida de los precios provocada por concurrentes sin experiencia o malévolos (51).

Entre los aspectos que reviste esta auto-protección, destacamos:

(46) Los contratistas de obras alegaban la absoluta necesidad de recurrir a la alianza previa, único medio eficaz de recuperar los gastos de licitación sin aumentar —añadían— el precio de la obra.

(47) Los otros cinco empresarios han sido absueltos.

(48) Véase el semanario belga *De Bouwkroniek* de 12 de julio de 1953.

(49) El mecanismo de estas alianzas es generalmente el siguiente: se convoca antes del depósito de las ofertas a todos los que desearían obtener una misma obra, y en el curso de esta reunión convienen una cantidad a distribuir por el adjudicatario a los otros licitadores. A veces, incluso se procede a una especie de adjudicación preliminar; si se comprueba que quien hace la oferta más baja la hace manifiestamente demasiado baja, vista la gran diferencia de precio con sus compañeros, se le da ocasión de mejorar su precio o de retirarse; esta modificación del precio debe, sin embargo, operarse según un procedimiento preestablecido y, para evitar todo abuso, una parte importante de este aumento debe ser repartida entre los otros concurrentes.

(50) Al menos, los que las ofertas se aproximarían suficientemente a la oferta aceptada.

(51) G. DREYER, *Les marchés de travaux publics et la procédure des soumissions*, Estnavayer, abril 1938, págs. 96 y ss.

1.º El simple concierto previo entre licitadores, sin ningún carácter contractual y que no dispone de ninguna organización;

2.º Las asociaciones de licitadores, que imponen a sus miembros la obligación de anunciar sus ofertas a los órganos de la asociación y de participar en una reunión de interesados con el fin de establecer en común las bases de una oferta normal (52);

3.º Los «cartels» de sumisión, que imponen a sus adherentes, no solamente la obligación de anunciar su participación en una adjudicación y de discutir en una asamblea común previa, sino también la de someterse a las decisiones tomadas y de respetar un precio determinado (53).

Bien que una reglamentación legal de los «cartels» —en lo penal, en lo civil o en el plano administrativo— haya sido frecuentemente reclamada, Suiza se ha abstenido hasta ahora de toda intervención en este dominio (54), y el tribunal federal ha mantenido el principio de la libertad de formación de los «cartels» (55), la existencia de estos últimos no constituye en sí, para las empresas que no participan, una violencia de la libertad de comercio o de industria, y la sola circunstancia de ejercer una influencia reguladora sobre la formación de los precios en una rama determinada, no constituyendo un hecho ilícito o contrario a las buenas costumbres (56).

Sin embargo, como toda coalición —revista la forma de un «cartel» o de una asociación profesional— puede presentar para la autoridad adjudicadora un grave inconveniente —el de un alza exagerada e injustificada de los precios—, la Administración suiza rechaza controlando minuciosamente las ofertas colectivas (57) y haciendo uso de la facultad, que le per-

(52) Estas asociaciones de licitadores se confunden generalmente con las organizaciones profesionales, que poseen «oficinas de cálculo» que rinden grandes servicios a sus miembros.

(53) El «cartel de soumission» se caracteriza como una reunión de licitadores independientes de la misma rama, libremente unidos por un contrato, para eliminar o al menos reducir los abusos de la concurrencia en las adjudicaciones de obras o de suministros; se distingue por eso de los «trusts», cuyos miembros han perdido su independencia económica y financiera; su fin no es nunca eliminar el procedimiento de adjudicación pública en tanto que fenómeno económico, sino sanear el régimen y disminuir los abusos (G. DREYER, op. cit., pág. 99).

(54) Ninguna disposición autoriza al Estado suizo a intervenir directamente para reclamar la nulidad de un contrato de «cartel» (G. DREYER, op. cit., pág. 100).

(55) *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*, 22, pág. 183; 32, II, 368; 52, II, 324.

(56) Los «cartels», en efecto, no eliminan necesariamente la libre concurrencia; su fin es más bien sustituir una economía normal a la anarquía que reina demasiado frecuentemente en el mercado.

(57) Las asociaciones profesionales tienen, en Suiza, el derecho de presentar ofertas colectivas que, aunque constituyen una alianza previa de los licitadores, frecuentemente son incluso favorecidas por cuanto en este sentido son posiblemente tomadas en consideración.

tenece en virtud de su obligación de asegurar el funcionamiento regular de los servicios públicos y de salvaguardar el interés general, de eliminar las ofertas que revelan la existencia de un concierto ilícito entre concurrentes.

Hay concierto ilícito entre licitadores desde que éstos tratan de elevar el nivel de los precios artificialmente y sin que nada venga a justificar esta medida (58); es preciso aún que los autores de la oferta colectiva hayan tratado de inducir a error a la Administración, presentándole como normales ofertas manifiestamente exageradas (59).

En FRANCIA, conviene citar particularmente el decreto núm. 53.704 de 9 de agosto de 1953 (J. O., 10 de agosto de 1953), relativo al mantenimiento o al restablecimiento de la libre concurrencia industrial o comercial.

Apuntando a las «acciones concertadas», el decreto establece el principio de la prohibición de todas las prácticas que contrarian el pleno ejercicio de la concurrencia, oponiéndose a la baja de los precios de coste o de los precios de venta (60). Escapan, sin embargo, a esta prohibición las prácticas que resultan de la aplicación de un texto legislativo o reglamentario o las de cuyos autores pueden justificar que ellas tienen como efecto el mejoramiento del mercado o el desenvolvimiento del progreso económico (61).

Nosotros concluiremos de estas observaciones que la práctica que consiste en aumentar las ofertas en un tanto por ciento idéntico, a continuación repartido entre los concurrentes de mala suerte para cubrirles de sus gastos de estudio no es criticable porque no encarece los precios ofrecidos y que, a falta de este sistema, los concurrentes rechazados se verán en la obligación de tener en cuenta estos costes en sus gastos generales y de aumentar, por tanto, sus pretensiones en las adjudicaciones subsiguientes.

* * *

37. ¿Quid si un licitador propone otra solución técnica que la propuesta como *base del contrato por la Administración*? (9.ª cuestión, b).

Salvo en YUGOSLAVIA (62), y fuera del caso de una adjudicación-

(58) Es preciso, pues, que estas ofertas sean capaces de causar un daño a la Administración exigiendo un precio desproporcionado a las prestaciones prometidas.

(59) Tal es igualmente la opinión del Tribunal del Imperio alemán en una sentencia de 1920, citada por S. DREYER, op. cit., pág. 103.

(60) Las infracciones son sometidas a una *Comisión técnica de las alianzas*, con sede en el Ministerio de Asuntos Económicos, y siguiendo su opinión el Ministro, puede trasladar el expediente al Juzgado para la aplicación, especialmente, del art. 419 del Código penal (relativo al delito de coalición).

(61) Comparar con civ. Lieja, 23 diciembre 1922, confirmado en apelación, Lieja, 25 julio 1923, J. T., 1953, pág. 65.

(62) Donde todo licitador puede presentar, además de la oferta obligatoria conforme a las condiciones del pliego de condiciones, una oferta «alternativa» conteniendo su propio proyecto y su documentación técnica.

concurso (en donde las soluciones técnicas propuestas varían forzosamente), las «variantes» (63) no son tomadas en consideración más que si tal posibilidad está expresamente prevista por el pliego de condiciones.

Si este último nada dice a este respecto, se concibe que la Administración no pueda adjudicar el contrato más que sobre la base de la solución que ella ha preconizado. No puede, pues, autorizar al adjudicatario a ejecutar la obra ni según la variante de la cual él sería el autor (64), ni según la que había propuesto un concurrente rechazado (65). En derecho estricto, no puede más que renunciar a dar a continuación la primera adjudicación y organizar una nueva sobre la base del proyecto que ha obtenido sus preferencias.

(63) Es el nombre, generalmente, dado a las soluciones suplementarias dadas por los concurrentes a los problemas técnicos presentados por la obra proyectada.

(64) La Administración usa, por tanto, de un rodeo que no es sino falsear el sistema de la adjudicación pública: este rodeo consiste en aprobar la oferta conforme al pliego de condiciones, después ordenar —pero solamente en curso de ejecución— modificaciones al proyecto primitivo, modificaciones que coinciden —sin duda— con la modificación precisamente sugerida por el adjudicatario. Vemos aquí una violación característica del principio de igualdad de los licitadores. Comparar M. MICNON, *La technique juridique de l'adjudication*, A. J., 1954, Doctrina, pág. 103.

(65) Compárese C. E. fr. 12 febrero 1863, Rec., pág. 124.

CAPITULO IV

PRIMERAS CONCLUSIONES Y PROYECTOS DE REFORMA DEL ESTATUTO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

38. Se sabe que dos vías están abiertas a los poderes públicos cuando desean asegurarse la colaboración de los particulares para la ejecución de los contratos de suministros o de obras.

La primera deja a la Administración la facultad de hacer lo que un simple particular hace de ordinario en caso parecido, es decir, de pesar las ventajas y los inconvenientes ofrecidos por cada uno de los concurrentes y de tratar con aquel en favor del cual se inclina la balanza: es el procedimiento de acuerdo directo.

La segunda limita en una medida importante la libertad de apreciación de la Administración y le obliga en principio, si persevera en su intención de contratar, a celebrar el contrato con el concurrente que ofrece más barato: es la adjudicación pública.

Se puede definir ésta como que es «el procedimiento unilateral y previo a la conclusión de un contrato que permite a la Administración, para asegurar el funcionamiento de un servicio público, recurrir, en las formas legales y reglamentarias, a la colaboración a tanto alzado de una empresa privada, designada después de una llamada pública a la concurrencia —en principio ilimitada—, llamada que tiene por efecto conferir automáticamente al titular de la oferta regular más baja —llamado adjudicatario provisional— el derecho a la atribución definitiva del contrato, derecho, sin embargo, subordinado a la aprobación del órgano administrativo competente, la que sólo produce el vínculo contractual» (1).

Esta definición destaca las constantes de la adjudicación pública, pero se engañaría analizando ésta como el modo de otorgamiento de los contratos con publicidad, concurrencia y a tanto alzado. Un contrato por acuerdo directo es también a tanto alzado y puede también ser hecho con concurrencia y publicidad: racionalmente, debe incluso serlo cada vez que la fuerza de las cosas no se opone a ello. Es porque el solo criterio de distinción entre los dos procedimientos tradicionales de celebración de los contratos es la posibilidad o imposibilidad de elegir libremente el contratante, es decir, el automatismo o la ausencia de automatismo del procedimiento.

(1) Véase FLAMME, *Los contratos de la Administración*, núm. 55.

Esta afirmación debe, sin embargo, ser matizada en razón de la práctica seguida en numerosos países (2), donde el acudir al procedimiento de la adjudicación pública no significa nunca la atribución automática del contrato a quien hace la oferta más baja.

39. Esta práctica, que se explica por el cuidado de remediar, al menos parcialmente, los inconvenientes de la adjudicación pública, conviene examinar brevemente los argumentos que han sido formulados a favor y en contra de este procedimiento, y la incidencia de las críticas emitidas sobre las soluciones finalmente adoptadas o que están a punto de serlo.

Se comprende fácilmente que la importancia de las obras públicas haya hecho deseable, en casi todos los países, que fuese determinada una técnica jurídica que asegurara a la vez las condiciones financieras más favorables a los fondos públicos y la elección de un contratante separado de toda coalición tanto como de toda negligencia, inconsciente o culpable, de parte de los funcionarios públicos (4).

El Estado, en una concepción liberal, es considerado, ante todo, como el prudente administrador de los fondos públicos. Era, pues, normal que los legisladores del siglo XIX —burgueses economizadores— hayan visto en la adjudicación pública el procedimiento que garantizaba mejor las finanzas contra los precios excesivos, el interés administrativo de una buena ejecución de las obras públicas les parecía secundario en relación con el interés financiero del Tesoro, y la búsqueda del menor precio entrañaba necesariamente el acudir a la adjudicación pública, así como la atribución automática de la obra a quien ofrecía hacerla por menos precio.

Hoy, sin embargo, parece prevalecer la opinión de que las ventajas financieras de la adjudicación pública habían sido sensiblemente sobrestimadas y, en todo caso, que están lejos de ser tan decisivas como en el siglo XIX.

40. ¿Cuáles son, pues, las críticas más frecuentemente dirigidas a este modo de otorgar los contratos?

1.º Su inferioridad derivaba de la imposibilidad de elegir libremente entre los concurrentes, cuando es unánimemente admitido que el elemento «precio» no es siempre el único a tomar en consideración (5), y que, al lado de éste, hay otros criterios muy frecuentemente olvidados, tales como la aptitud o la experiencia de los empresarios, su probidad comercial, sus medios técnicos y financieros, su fidelidad a los compromisos contraídos, etc.;

(2) Supra 34.

(3) Incluso en la antigüedad; véase, para Grecia, DARESTE, *Les Travaux publics chez les Grecs* (Annales Assoc. Etudes grecques, 1877, pág. 107), y para Roma, MOMMSEN y MARQUARDT, *Manual de antigüedades romanas*, tomos IV, pág. 133, y X, pág. 108.

(4) Maxime MIGNON, *La Technique juridique de l'adjudication*, Actualité Juridique, edición Obras, 1954, Doctrina, pág. 85.

(5) La búsqueda sistemática del precio más bajo lleva al envilecimiento de los precios y, como consecuencia, al riesgo de provocar una ejecución defectuosa de la obra.

2.º Su mecanismo sería responsable de las coaliciones de empresarios y debería en todo caso ser censurado en los periodos (6) en que la masa de obras a ejecutar en el país excede de las posibilidades de los empresarios; en esta hipótesis, escribe el profesor WALINE (7), las condiciones de la concurrencia ya no existen, y la conservación de la adjudicación pública aboca casi inevitablemente en los conciertos previos entre empresarios que se reparten los contratos;

3.º La adjudicación pública pierde su interés en periodos de tasación general de los precios de los materiales y salarios y de limitación de los beneficios;

4.º Obstaculiza una organización racional de la industria de la construcción; obliga, en efecto, a las empresas a dispersar sus esfuerzos y a multiplicar sus estudios de anteproyectos, provocando así el aumento de sus gastos generales; se opone a la cooperación de los arquitectos y de los empresarios, la cual, para ser verdaderamente eficaz, debe comenzar desde el estudio de los proyectos (8).

5.º El modo de otorgar los contratos por vía de adjudicación es muy lento, y de esta manera perjudicial, tanto a los intereses de los adjudicatarios como a los de la Administración.

41. Estas críticas son para la mayoría muy oportunas; explican la hostilidad no oculta que algunos sostienen respecto a la adjudicación pública; esta es, sin embargo, considerada en general como preferible al acuerdo directo, el cual cuesta más caro a los ojos de la opinión pública, confía al arbitrio la elección de los contratantes del Estado y ofrece a los funcionarios tentaciones irresistibles (10).

Un compromiso se imponía, pues, entre estas dos tendencias —difícilmente conciliables—, y la solución fué encontrada, ora en la supresión del automatismo tradicional, ora en el arreglo del procedimiento de adju-

(6) Tal el periodo de reconstrucción después de una guerra, que ha acumulado las devastaciones y detenido durante varios años al equipamiento normal del país.

(7) *Manuel élémentaire de droit administratif*, pág. 406.

(8) Véase supra 4, la solución adoptada por la ciudad de Londres. «La adjudicación pública, declara M. MICNON (op. cit., pág. 36), es artificial, pues la Administración decide unilateralmente los métodos, planos, la elección de los materiales; se priva del beneficio que una discusión con el proveedor o el contratista de obras le reportaría, tanto en la concepción como en la ejecución, mejor advertido normalmente del progreso de la técnica de su especialidad y de la situación del mercado.»

(9) En el curso de una discusión parlamentaria, el Ministro francés de la Reconstrucción y del Urbanismo, CLAUDIUS-PETIT, hizo esta declaración desprovista de artificios: «Yo no entablaré un debate sobre las adjudicaciones. Es, estoy convencido, un sistema detestable. Pero existe, y es la ley» (Consejo de la República, 23 de enero de 1951, Debates parlamentarios, pág. 142).

(10) Así, a los ojos de un ponente general de la Comisión de Finanzas del antiguo Senado francés, los acuerdos directos son siempre «criticables y sospechosos» (25 de junio de 1934, M. Marcel REGNIER, *Doc. parl.*, pág. 741, anexo núm. 413).

dicación y principalmente de su regla más característica, la llamada a la concurrencia.

Nosotros hemos ya enumerado más arriba (11) varias limitaciones que habían sido llevadas al principio de la concurrencia ilimitada.

42. En la realidad, sin embargo, la restricción más grave consiste ciertamente en el desenvolvimiento de la práctica de la *adjudicación restringida* que permite no admitir más que las ofertas que emanen de personas reconocidas capaces por la administración dueña de la obra, a la vista de los títulos exigidos por el pliego de condiciones y previamente a la apertura de las pliegos que contienen las posturas.

Lo que es grave, en realidad, no es tanto la limitación del número de concurrentes a unas categorías que justifican cualidades y capacidades especiales, sino el arbitrio reconocido a la Administración en la puesta en marcha de la adjudicación restringida, que escapa prácticamente a todo control serio.

En FRANCIA, en caso de adjudicación restringida, las ofertas son presentadas en dos sobres: el primero contiene la petición de admisión, es decir, la declaración expresa de la intención del abajo firmante de tomar parte en la adjudicación, sus referencias, un certificado atestiguando el depósito de una caución provisional, etc., y, en fin, un segundo sobre, cerrado también, donde se encuentra la oferta. Interviene entonces una Oficina de adjudicación llamada también «Comisión de admisión», representando al servicio adjudicador, y cuya misión esencial consiste, después de haber abierto el primer sobre, en examinar los títulos de los candidatos. después acordar discrecionalmente la lista de los que de entre ellos son admitidos a licitar, de los que entonces se abrirá el segundo sobre.

Bien que la sustitución de este organismo (12) al representante ordinario de la Administración se explica por el cuidado de dar a los empresarios una mayor confianza en la regularidad de las operaciones (13), es sorprendente constatar cuán pocas garantías son ofrecidas a los candidatos desgraciados contra una eventual exclusión.

Además del amplio poder de apreciación que el Consejo de Estado (14) reconoce a la Comisión de Administración, ésta no está obligada ni a llamar ni a oír a los concurrentes que excluye (15) ni a motivar sus decisiones (16).

(11) Núm. 27.

(12) Compuesto de altos funcionarios y de uno o varios técnicos encargados de vigilar la ejecución del contrato.

(13) GEORGIN, *Cours de droit administratif*, III, pág. 254.

(14) 24 de julio de 1908, Giraud, Rsc., pág. 814; 24 enero 1919, Soc. franç. des Asphaltes, pág. 763.

(15) Id. 6 julio 1949, Commune de Pleissac, pág. 352.

(16) Id. 6 de junio de 1934, Martinsche, pág. 1583.

Varios países (17) y numerosas administraciones francesas (18) han establecido además las «*listas permanentes de admisibilidad*», que no hacen, en suma, más que generalizar y simplificar el procedimiento de adjudicación restringida; lo generalizan situando todas las adjudicaciones que a ellas se refieren bajo el régimen de admisión previa al depósito de las ofertas y la simplifican estableciendo una sola y misma formalidad de selección de los concurrentes para toda una serie de adjudicaciones.

Inútil decir que la elaboración y la puesta al día de estas listas —por vía de adición o de supresión— están por encima del poder discrecional de la autoridad adjudicadora.

* * *

43. Las consideraciones que preceden han permitido creemos nosotros, aislar con suficiente precisión el problema a resolver: se trata, en suma, de conciliar elementos tan opuestos como:

- el cuidado primordial de asegurar una ejecución cuidada de los contratos públicos;
- la búsqueda del menor precio;
- la necesidad de favorecer una amplia concurrencia, siempre evitando una nefasta tendencia a la rebaja perjudicial en definitiva al mismo contribuyente;
- la necesidad de una reglamentación suficientemente flexible para que pueda adaptarse a todas las circunstancias y, principalmente, a las exigencias crecientes de la técnica;
- el establecimiento de recursos jurisdiccionales susceptibles de garantizar a los licitadores tanto la regularidad de las operaciones como la imparcialidad de la elección realizada por la Administración.

Ninguno de los sistemas que hemos descrito antes parece perfecto, y se comprende que la reforma de los modos de otorgar los contratos del Estado esté en el orden del día en numerosos países.

En ITALIA, la reglamentación legal de la adjudicación pública, que remonta al siglo XIX, es considerada como rebasada por la evolución de la técnica, y esta situación justifica la evolución actual que tiende a dar el primer lugar a la adjudicación restringida, gracias a una amplia interpretación de los textos en rigor.

En GRAN BRETAÑA, por sugerencia del Ministro de Obras, el Instituto Real de Arquitectos Británicos, la Institución Real de Aparejadores y la Federación Nacional de Constructores han constituido en 1953 un Comité encargado de estudiar la reforma de las normas en vigor. El informe fué presentado en marzo de 1954 y su principal recomendación es cier-

(17) Entre ellos, la Gran Bretaña.

(18) Los P. T. T., el Departamento del Sena, la ciudad de París, etc. (véase GEORGIN, op. cit., pág. 257).

tamente la que se refiere al principio de la adjudicación restringida; «nosotros no encontramos, declara, ningún argumento en favor de la adjudicación pública abierta a todos y expresamos el punto de vista que, cuando se llama a la concurrencia, es esencial que, para cada contrato, esta concurrencia sea limitada a empresas cuidadosamente seleccionadas; la adjudicación pública abierta a todos no puede más que entrañar un mal trabajo e impone a la industria una pérdida de tiempo, de dinero y de esfuerzos en la preparación de las ofertas, etc.; no es más que por la concurrencia entre empresarios seleccionados, que el dueño de la obra puede esperar recibir un trabajo bien hecho, realizado por un constructor que, habiendo obtenido el contrato a un precio razonable, está en condiciones de asegurar una buena calidad del trabajo y la voluntad de hacerlo».

En GRECIA, la adjudicación «con control» (19) de los precios unitarios parece satisfacer desde su institución en 1952; ha sido, sin embargo, manifestado el deseo, tanto por la Administración como por los medios profesionales de que los licitadores excluidos puedan tener recurso a un Comité de Apelación o a un Consejo técnico capaz de dictar un juicio definitivo e imparcial.

En PORTUGAL, además del proyecto de decreto-ley sobre las condiciones de admisión a las adjudicaciones de obras públicas, proyecto sugerido al Gobierno por la Organización profesional de contratistas de obras (20), se está estudiando igualmente la reforma de las normas sobre la «*encuesta administrativa*» a efectuar después de haber sido terminada la obra y antes de la restitución del depósito de garantía, destinado a salvaguardar los derechos de los acreedores del empresario. La encuesta tiende a buscar si existen créditos contra el empresario por las obras o suministros relativos al contrato.

La necesidad de una tal reforma se ha hecho sentir, a fin de proteger a la empresa bancaria en el caso en que el empresario, de acuerdo con terceros, declarar deudas ficticias.

En FRANCIA, el decreto de 13 de marzo de 1956 (21) ha introducido, lo hemos visto, una profunda reforma de la que se puede predecir que ejercerá una influencia decisiva en los países vecinos.

En SUIZA, la reforma del estatuto de los contratos está igualmente en el primer plano de las preocupaciones del Gobierno federal y de las asociaciones profesionales, particularmente después del ataque bastante fuerte de que estas últimas han sido objeto por parte de la Comisión de estudio de los precios del Departamento federal de Economía política, en su informe consagrado en 1953 a «La concurrencia en el sector de la construcción, y especialmente en materia de adjudicación de obras públicas» (22).

(19) Supra 9.

(20) Supra 31 in fine.

(21) Supra 25.

(22) El 57 suplemento de *La Vie Economique*, revista mensual publicada por el Departamento federal de la Economía Pública.

Cuidándose de generalizar las constataciones realizadas después de numerosos sondeos, este informe concluye, sin embargo,

- que las restricciones impuestas a la concurrencia por las asociaciones de empresarios han ejercido una influencia perjudicial entraîando aumentos de precio injustificados o manteniendo artificialmente los precios a un nivel durante los períodos de depresión económica (1949, por ejemplo);
- que estas asociaciones han abusado de las facultades que les da el decreto del Consejo federal de 4 de marzo de 1924, especialmente en lo que se refiere al establecimiento de las *offres de base*;
- que la aplicación del principio del precio base no se justifica apenas para determinar el precio justo, y que es, pues, necesario o restablecer del lado de la oferta las condiciones de la concurrencia (23), supuesto necesario para que la regla del precio base pueda ser aplicada, o recurrir a otros criterios que permitan determinar el precio justo.

En el estado a que actualmente han llegado las negociaciones, domina la impresión de que la A. C. F. de 4 de marzo de 1924 será conservada como está, al menos en sus grandes líneas, pero que su aplicación será modificada en dos sentidos:

a) la adjudicación pública volverá a estar de moda, los concursos restringidos no serán ya utilizados más que para obras de carácter secreto (obras militares, etc.).

b) se trataría de reemplazar la noción de «justo precio» por la de «precio más favorable para la Administración».

Esta última expresión será, sin embargo, difícilmente definida y se podría temer que semejante evolución llevase pura y simplemente a la adjudicación al más barato. Para evitar la atribución de las obras a un empresario incapaz, la Administración estaría, sin embargo, en libertad de rechazar las ofertas más bajas.

En CHILE, una Comisión compuesta de técnicos ha emprendido la elaboración de un reglamento único para todos los servicios públicos. Esta síntesis resulta difícil, sin embargo, por la multiplicidad de los reglamentos actualmente en vigor y por la inestabilidad monetaria resultante de la inflación.

BÉLGICA parece ser el primer país que haya emprendido y parcialmente

(23) Estas condiciones son:

- el establecimiento de sus ofertas por los mismos licitadores y según sus propios costes de producción;
- la utilización de los precios de las tarifas oficiales a título puramente indicativo;
- la erección de las «oficinas de cálculo» en organismos neutros e independientes.

realizado la unificación (24) de los pliegos de condiciones y de los modos de adjudicación de los contratos públicos.

El decreto real de 5 de octubre de 1955 ha establecido una reglamentación orgánica de los contratos y reemplazado los dos pliegos generales de condiciones del Estado (Obras y Suministros) de 1933 por nuevas cláusulas contractuales generales que forman el anexo permanente.

Los organismos paraestatales (25) se han visto imponer recientemente (26) la observancia del nuevo pliego general de condiciones del Estado. Están a punto de adoptar, para el otorgamiento propiamente dicho de sus contratos, disposiciones reglamentarias casi idénticas (27) a las del decreto real de 5 de octubre de 1955.

En cuanto a los poderes locales —provincias y municipios—, se verán imponer la aplicación del estatuto de los contratos del Estado como condición puesta por éste a la concesión de subsidios.

Conviene, sin embargo, notar que el decreto real de 5 de octubre de 1955 es todavía más una obra de coordinación que de modernización. Se limita a codificar el derecho y la práctica existentes, a establecer la reglamentación sobre determinados puntos, pero siempre en el cuadro de las disposiciones legales en vigor, las cuales se remontan a mediados del siglo pasado.

Esto explica que la Comisión de Reforma de la Contabilidad pública, instituida a fines de 1955, haya puesto en su orden del día la revisión de los artículos (19 a 22) de la ley de 15 de mayo de 1846 sobre la contabilidad del Estado, relativo a los contratos de obras, de suministros y de transporte.

Es todavía muy pronto para prejuzgar de la decisión final del legislador, pero desde ahora las reformas más importantes que serán propuestas pueden resumirse como sigue:

1.º mantenimiento de la adjudicación pública como regla general en el marco de la selección previa regulada por el decreto-ley de 3 de febrero de 1947 sobre la selección de los contratistas de obras,

2.º legalización de los correctivos aportados por la práctica (28) a la regla del tanto alzado,

3.º establecimiento de la adjudicación restringida como modo de otorgamiento autónomo poseyendo su dominio propio, deducido, de una par-

(24) Esta unificación es la obra de una Comisión de Normalización, compuesta de altos funcionarios y de representantes del sector privado.

(25) Tales, la Administración de Telégrafos y Teléfonos, la Sociedad Nacional de Ferrocarriles belgas, la Sociedad Nacional de Habitaciones y Viviendas baratas, etc.

(26) Por el artículo 7 de la Ley de 16 de marzo de 1954, relativa al «Control de ciertos organismos de interés público».

(27) El carácter comercial e industrial de estos organismos exige, en efecto, más flexibilidad, particularmente en la elección del modo de adjudicación, elección que resultará discrecional bajo el único control de la autoridad jerárquica o de tutela.

(28) Se trata de cláusulas de revisión.

e, sobre el de la adjudicación pública, de otra parte, sobre el del contrato por acuerdo directo,

4.º extensión del contrato sin necesidad de sujetarse a un procedimiento para permitir un mayor empleo de los procedimientos flexibles (concurso, concierto directo) cuando las condiciones del mercado económico son un obstáculo al juego regular de la concurrencia,

5.º restricción del dominio del contrato por acuerdo directo del cual son separados los casos que o no son incompatibles con toda forma de concurrencia y de publicidad o que se prestan mucho al abuso.

6.º limitación a la adjudicación pública abierta a todos de la posibilidad de derogar la regla de elección del licitador que ha ofrecido más bajo (29) e intervención, antes de toda derogación, de un organismo consultivo especializado y extraño a la Administración activa de manera a dar las máximas garantías a los licitadores rechazados.

(29) Esta restricción parece lógica. Cuando la Administración invita ella misma a los licitadores a una adjudicación restringida, no puede pretender rechazar a continuación al que ha presentado la oferta más baja invocando motivos relativos, por ejemplo, a su falta de cualificación.

CAPITULO V

DE LOS RECURSOS JURISDICCIONALES QUE GARANTIZAN LA REGULARIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

(Cuestión núm. 11)

44. Un recurso jurisdiccional es inconcebible en los países donde el procedimiento para otorgar los contratos no está regido por disposiciones legales o reglamentarias, o en los que los procedimientos están establecidos, pero resultan de utilización discrecional.

Es especialmente el caso de los países anglo-sajones (Gran-Bretaña, Australia, Canadá), de Alemania Federal, de Austria, de los Países Bajos, de Dinamarca y de Costa de Oro.

Por el contrario, estos recursos existen allí donde los procedimientos establecidos significan una competencia vinculada en cuanto a su campo de aplicación.

En dos países (Chile y Noruega) toda violación de los procedimientos reglamentarios da lugar a un recurso ante los *tribunales civiles*.

45. Todos los demás países han confiado, a semejanza de Francia, a jurisdicciones administrativas el poder de anular los actos administrativos por violación de las formas, ya substanciales, ya prescritas bajo pena de nulidad, exceso o desviación de poder.

a) En ESPAÑA, la observancia de los procedimientos reglamentados es garantizada por el recurso jurisdiccional administrativo (art. 5 de la ley de lo Contencioso administrativo, de 8 febrero 1952) ante el Tribunal Supremo y en el plazo de tres meses si se trata de contrato del Estado o de las administraciones autónomas, ante el Tribunal provincial competente y en el plazo de un mes si se trata de contratos provinciales o municipales.

b) En PORTUGAL, la infracción de las prescripciones legales sobre las adjudicaciones de obras públicas, además de la responsabilidad disciplinaria que entraña para los funcionarios, puede dar lugar a un recurso jurisdiccional ante los tribunales administrativos.

Como lo precisa el informe presentado por don Antonio Pedrosa Pires de Lima, «toda infracción a una cualquiera de las formalidades prescritas por la ley o por el reglamento para salvaguardar el interés público y garantizar la formación adecuada de la voluntad de la Administración po-

irá conducir a la anulación del acto de adjudicación. E incluso las ilegalidades eventualmente cometidas en la admisión o exclusión de los concurrentes» (1).

c) En YUGOESLAVIA, toda persona que ha tomado parte en las subastas públicas (2) y que estima que sus intereses han sido lesionados por la noobservancia del procedimiento previsto por el artículo 136 del Decreto sobre la ejecución del presupuesto, puede en un plazo de ocho días a contar del día en que los resultados de la adjudicación le han sido notificados, presentar sus «amonestaciones» al órgano del Estado o al establecimiento público que ha publicado las subastas. Debe decidirse sobre estas reclamaciones en los cinco días que siguen a su recepción. La parte que no está satisfecha de la decisión recaída puede acudir al contencioso administrativo, el cual es de la competencia de los Tribunales Supremos de las Repúblicas Populares Federadas, del Tribunal Supremo de la Región Autónoma de Voivodina y del Tribunal Supremo Federal (3).

d) En el GRAN-DUCADO DE LUXEMBURGO, la única base legal sobre la que un interesado podrá fundar su recurso es el artículo 36 de la ley sobre la contabilidad del Estado (4).

Podrá presentar este recurso ante el tribunal administrativo (Consejo de Estado, Sección de lo Contencioso) por cuanto que alega la nulidad de las operaciones de adjudicación, sea por razón de incompetencia, sea por exceso y desviación de poder o violación de la ley por parte de la Administración.

e) En GRECIA, antes de la institución del Consejo de Estado en 1929, las irregularidades cometidas en el procedimiento previo a la adjudicación de los contratos de obras públicas no eran sancionados más que por recursos administrativos ordinarios y jerárquicos, previstos y regulados por la ley.

Desde 1929 y la introducción del recurso por exceso de poder, todo licitador rechazado puede impugnar, bien los actos preparatorios, bien el acto final, tanto por los vicios propios de cada acto como por los vicios del conjunto de la operación.

f) En ITALIA, es el artículo 26 de las Leyes refundidas (5) sobre el Consejo de Estado, el que establece la competencia de esta alta jurisdicción en el contencioso de anulación.

g) El Consejo de Estado BELGA (6), como los Tribunales administra-

(1) En Turquía, únicamente las decisiones administrativas que excluyen a los licitadores de las adjudicaciones son consideradas susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado.

(2) Es preciso, en efecto, que el recurrente tenga un interés en obtener la anulación de la adjudicación.

(3) Estos tribunales comprenden Cámaras de lo contencioso-administrativo.

(4) *Supra* 16.

(5) Aprobadas por Decreto real de 26 de junio de 1924.

(6) Art. 9 de la Ley de 23 de diciembre de 1946.

tivos FRANCESES (7), conocen de los recursos de anulación dirigidos contra «les actes détachables» de los contratos de la Administración, es decir, contra los actos administrativos unilaterales que han concurrido a la formación de un contrato, tales los actos de habilitación o de aprobación, y aun la decisión propiamente dicha de la autoridad adjudicadora de celebrar el contrato.

* * *

46. Como un instrumento no vale más que por el fin que permite atender, conviene examinar cuáles serán los efectos prácticos de la anulación por la jurisdicción administrativa de un acto administrativo separable del contrato.

Si la sentencia de anulación es dictada antes de la conclusión del contrato, este último no podrá ya ser celebrado porque faltará una de las condiciones necesarias a su formación.

¿En cambio, si el contrato está ya concluído, y aun en vía de ejecución, la anulación del acto separable le significará tal ataque?

Tres informes responden afirmativamente:

1.º En ESPAÑA, la anulación de un acto separable indica la anulación del contrato cuando afecta a uno de sus elementos esenciales: común consentimiento de los contratantes, objeto, causa del contrato, forma.

2.º En PORTUGAL, la anulación del acto de adjudicación, después de un recurso fundado sobre cualquier vicio del procedimiento, entraña necesariamente la anulación del contrato celebrado en ejecución de esta adjudicación.

3.º En el GRAN-DUCADO DE LUXEMBURGO, subraya el autor del informe, «la influencia de la anulación de un acto separable del contrato sobre la validez y la ejecución de este último depende de la importancia del acto en cuestión. Por cuanto que la anulación de un acto tal quita al contrato su base jurídica, debería lógicamente quitarle toda validez, en determinados casos, con un derecho a la indemnización por daños y perjuicios para el empresario lesionado. No existe, sin embargo, jurisprudencia luxemburguesa sobre la materia».

En cambio, en otros países, como BÉGICA, FRANCIA y GRECIA, la anulación del acto separable por el Consejo de Estado deja subsistir el vínculo contractual.

47. De esto a concluir la ineficacia de la anulación por exceso de poder, no hay evidentemente más que un paso.

El Comisario del Gobierno ROMIEU hacía notar, sin embargo, ya en 1905 (8): «Nosotros no disimulamos que la anulación por exceso de poder... no tendrá algunas veces más que un carácter platónico; la Admi-

(7) Convertidos en jueces de derecho común del exceso de poder mismo desde la reforma operada por el Decreto de 30 de septiembre de 1953.

(8) Conclusiones al «arrêt Martin», 4 de agosto de 1905, Recueil Lebon, pág. 754.

nistración, en efecto, podrá regularizar luego el acto tachado de nulidad; o bien el contrato podrá subsistir entre las partes, no obstante la anulación de los actos que han servido para formarle, si los contratantes... no piden al juez del contrato o no obtienen de él la resolución de sus obligaciones recíprocas. Pero esta consecuencia no es para sorprenderos o asustaros. Sabéis bien que las anulaciones por exceso de poder no tienen, en muchos casos, más que un carácter puramente platónico: el juez del exceso de poder no tiene más que examinar si el acto administrativo impugnado debe o no ser anulado en razón del vicio de que se le acusa, no tiene que preocuparse de las consecuencias positivas o negativas de su juicio. Si la administración rehace, según las formas legales, el acto irregular en su origen, éste será el mejor homenaje rendido a vuestra decisión. Si, de otro lado, las partes no tienen la intención de prevalerse de la ilegalidad constatada, o si el juez del contrato estima que los vínculos contractuales pueden subsistir a pesar de esta irregularidad, la anulación que vosotros habéis declarado tendrá siempre por efecto declarar el derecho de no cerrar el pretorio a los ciudadanos que usan de la facultad que la ley les reconocía de censurar la ilegalidad, de formar la opinión pública y de prevenir la vuelta de las prácticas condenadas. Es eso un resultado absolutamente conforme a las tradiciones de vuestra jurisprudencia y a las necesidades de una democracia bien organizada.»

De otra parte, no hay duda de que la anulación del acto separable implica la autoridad de cosa juzgada y que el juez del contrato, una vez se le someta el asunto, tendrá que conformarse a la sentencia de anulación hecha «erga omnes» y declarar la anulación del contrato; será incapaz de dar por válido un contrato que la Alta Jurisdicción, juez natural de los actos administrativos, habrá considerado como privado de una autorización o de una aprobación regular (9).

(9) Véase en este sentido:

- la ley que crea el Consejo de Estado griego (ley núm. 3.713 de 1928, párrafo a), y el informe de la Sección nacional griega, págs. 14-15;
- para Bélgica, FLAMME, *Les marchés de l'Administration*, núm. 144;
- en Francia, A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, núm. 1.273.

CAPITULO VI

DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

SECCION PRIMERA

De la situación jurídica de los subcontratistas respecto de la Administración (10).

48. Cualquiera que sea el modo de celebración de los contratos que haya adoptado la Administración, no hay duda de que ésta ha elegido su contratante en razón de sus cualidades personales.

La cosa es evidente para los contratos celebrados directamente por la Administración; no lo es menos en el caso de una adjudicación, sea sobre llamada restringida —es decir, limitada a empresarios que han probado su capacidad técnica—, sea pública, donde la elección, a primera vista impersonal, del contratante no es operada más que con la garantía de los procedimientos protectores del interés general, y siempre bajo reserva —esencial en este tipo—, de la aprobación de la autoridad jerárquica o de tutela.

No se sabría, pues, negar que el contrato de obras públicas sea un contrato «intuitu personae», en razón de la influencia determinante que ejerce sobre la decisión de la colectividad pública dueña de la obra la confianza que le inspiren la moralidad, los recursos financieros, la competencia profesional, en resumen, la «personalidad» del contratista.

El carácter de «intuitus personae» en el adjudicatario entraña como corolario inmediato la obligación por este último de asumir en persona los compromisos que libremente ha asumido, asegurando la dirección y la vigilancia de los trabajos, bien por sí mismo, bien por un delegado aceptado por la Administración.

49. Es precisamente porque las precauciones de que esta última ha rodeado la designación del adjudicatario resultarían ilusorias si éste tiene la facultad de sustraerse a la obligación de ejecutar por sí mismo el contrato, por lo que todos los pliegos de condiciones desarrollan el principio de la ejecución personal mediante la prohibición de ceder el contrato o de traspasarlo.

Los informes de las Secciones nacionales están casi unánimes en subrayar que las cesiones y subcontratos deben ser objeto de una autoriza-

(10) 12.ª cuestión.

ión previa de la administración contratante, en defecto de la cual el adjudicatario comete una falta contractual que justifica la aplicación de sanciones tales como la rescisión o la readjudicación a la suerte de la abasta.

La doctrina enseña especialmente (11) que «incluso cuando el contrato o subordina expresamente la validez de las cesiones y traspasos al consentimiento de la Administración, la necesidad de este consentimiento no es menos cierta.»

Puede, sin embargo, preguntarse si este consentimiento no está implícito al menos en el caso de los traspasos (12).

En efecto, la *cesión*, o acto por el cual al contratante se sustituye un tercero para la ejecución total del contrato, constituye la violación más característica de la obligación de ejecución personal. Es evidente que al titular de un contrato no puede sustituirle un tercero en sus derechos y obligaciones sin el consentimiento de la Administración, que, volvámoslo decir, ha tratado con una persona determinada, de la que ha comprado la capacidad y la solvencia, y tiene, pues, fundamento para exigir que sea esta persona —y ella sola— quien asegure la ejecución prometida.

Desde luego, la prohibición de ceder el contrato sin autorización expresa no tiene ninguna necesidad de ser inscrita en el contrato: resulta de la innegable «*intuitus personae*» constatada en la persona del empresario, y el desconocimiento por este último de su obligación esencial constituye una falta grave que podría alegar la Administración para declarar la rescisión por culpa del titular del contrato.

El traspaso, o acto por el cual el contratista trata con un tercero en vista de la ejecución por éste de una fracción solamente de un elemento del contrato, es en cambio indispensable en la práctica. Numerosas son, en efecto, las partes de una obra pública que necesitan el concurso de empresas especializadas; también, si no hubiera traspasos, la Administración se vería obligada a otorgar una gran cantidad de contratos independientes para la misma obra pública. ¡Cuánto más lógica es la solución que consiste en contratar con un solo empresario, que será responsable de la dirección de la empresa, y permitirle celebrar a su vez contratos con otros!

Son, pues, necesidades de orden puramente técnico las que justifican en la materia una solución diferente de la que nosotros hemos adoptado para la cesión del contrato.

Esta última está prohibida en principio y sería necesario un texto expreso para que el adjudicatario pueda creerla autorizada.

(11) André de LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, p. 526.

(12) André de LAUBADÈRE (núm. 536) admite que el subcontrato autorizado no crea, como tampoco el subcontrato no autorizado, ningún vínculo contractual entre la Administración y el que subcontrata, siendo el único efecto de la autorización hacer el subcontrato lícito.

En cambio —y por la fuerza misma de las cosas—, la celebración de «subcontratos» por el titular del contrato está permitida, salvo cláusula en contrario. Nos inclinamos incluso a pensar que, en defecto de toda disposición precisa sobre este punto, la autorización general de la Administración debe presumirse.

51. Dicho esto —y esta constatación vale para todos los países consultados—, la autorización para «subcontratar», sea expresa o tácita, no tiene por efecto sustituir el que «sub contrata» al adjudicatario. Este último queda personal y directamente responsable de la ejecución de todas las obligaciones estipuladas en el contrato o resultantes de la ley. Soporta pues, sin recurso posible contra la Administración las consecuencias desventajosas de los «subcontratos» que ha celebrado y de los posibles fracasos de sus «subcontratistas», contra los cuales puede ejercitar las acciones que el derecho le concede.

El principio de la ejecución personal entraña el que no pueda oponerse el subcontratista a la Administración. Sin vínculo jurídico con esta última, el subcontratista no está legitimado para demandarla ni para reclamarle directamente el pago de sus obras ni para discutir los elementos de un descuento o la reglamentación de haberes, ni para impugnar de irregularidad la puesta en administración de toda la obra cuando las obras subcontratadas son en este punto solidarias de las del adjudicatario quebrado, ya que una puesta en administración parcial sería imposible.

El nuevo Pliego general de Condiciones belga (de 1955) innova, sin embargo, sobre un punto importante, reconociendo (art. 10, A) a la Administración la facultad de exigir que los subcontratantes del adjudicatario sean empresarios admitidos (13), al menos en proporción de su participación en la empresa. ¿Se puede aún pretender, en esta hipótesis, que la Administración no influya al menos la elección del subcontratante? El artículo 10 se apresura, es verdad, a añadir que «el adjudicatario queda en todos los casos el solo responsable frente al dueño de la obra». Se observará que en Francia la práctica administrativa distingue los subcontratantes no autorizados por el dueño de la obra y los subcontratantes autorizados; estos últimos podrán ser demandados directamente por la Administración (14).

Sin embargo, en Francia la afirmación de que no existe relación jurídica directa entre la administración y el subcontratista no es ya enteramente exacta desde que el decreto de 11 de mayo de 1953 (15) ha instituído un modo directo de pago de los subcontratantes autorizados.

(13) Véase supra 31; en Chile, igualmente, todos los subcontratantes deben ser conocidos de la Administración, con el fin de permitirle verificar su inscripción en el registro de empresarios.

(14) C. E. fr. 8 de marzo de 1907, Brissot, Rec., pág. 253.

(15) Relativo al «Reglamento de los contratos del Estado y de los Establecimientos públicos nacionales no sometidos a las leyes y usos del comercio».

SECCION II

Del poder de la Administración de modificar unilateralmente las condiciones del contrato.

(Cuestión núm. 13)

52. Es frecuente que la Administración imponga unilateralmente a su contratante un cambio en uno de los elementos de las estipulaciones contractuales, sea la duración del contrato, sea las condiciones de ejecución, sea el volumen o la cantidad de las prestaciones.

Los pliegos de condiciones de todos los países consultados reconocen tal poder a la Administración, sobre todo en lo que se refiere al aumento o la disminución del tamaño de las obras (16).

En semejante caso, ni que decir tiene que un tal poder reconocido a uno de los contratantes no confiere originalidad particular a los contratos de la Administración.

El problema está precisamente en saber si este poder de modificación unilateral no existe igualmente fuera y en el silencio de las disposiciones del contrato, como un elemento de la teoría y del régimen general de los contratos administrativos.

53. Nosotros creemos conveniente reproducir la opinión de algunos autores.

El profesor Marcelo Caetano justifica (17) como sigue este derecho exorbitante:

«... La Administración, en efecto, sirve el interés público y no puede sustraerse al deber de buscar siempre los mejores procedimientos técnicos y los medios materiales y jurídicos que tienden a la consecución de este objetivo.

»El contrato administrativo implica un pacto de colaboración entre una persona privada y la Administración, para la consecución del interés público bajo un aspecto determinado.

»Esta colaboración del particular con la Administración es libre e interesada. Y, acompañando la naturaleza del contrato, implica para la Administración la obligación de no disponer de los intereses que le son con-

(16) Estas modificaciones se regulan entonces por medio de descuentos en más o en menos, sobre la base de los precios unitarios por el licitador.

La obra debe ejecutarse en tanto que los cambios ordenados no sobrepasen un cierto porcentaje (10, 15, 20 y aun el 30 por 100 del importe de la obra considerada). Si la modificación pedida excede este porcentaje, es necesario el acuerdo del empresario y serán a convenir el nuevo precio y aun una indemnización. El adjudicatario puede a veces incluso pedir la rescisión del contrato.

(17) *Manuel de Droit administratif*, 3.^a ed., pág. 299.

fiados y que pretende ver realizados contractualmente, sin tener en cuenta los intereses de la otra parte contratante ligada a esta realización.

»Pero, bajo reserva de esta obligación, es propio de la actividad administrativa, por su misma naturaleza, el adaptarse a las exigencias del interés público, que debe servir. El pacto de colaboración entre la persona privada y la Administración contiene, pues, implícitamente la subordinación o la sujeción de la primera a los mismos imperativos a los cuales la segunda se encuentra sujeta.»

De aquí el poder conferido a la Administración de introducir en las disposiciones contractuales las modificaciones estrictamente exigidas por el interés público.

«Pero, como es de esencia del contrato administrativo que la sujeción del particular sea voluntaria y remunerada, a este acto del Poder que, en el ejercicio de su autoridad, afecta el equilibrio económico inicial, debe corresponder en principio la revisión de las cláusulas de remuneración, a fin de que sean restablecidas las condiciones normales del riesgo.»

54. Nosotros mismos escribíamos (18):

En derecho privado, la fuerza obligatoria del contrato (19) está garantizada de una estabilidad jurídica clara porque es la garantía necesaria de la seguridad de los negocios, sólo el «mutuus dissensus» de las partes puede modificar y aún deshacer el vínculo de derecho nacido del concurso de sus voluntades: tal es el principio de la inmutabilidad contractual.

Ahora bien, cuando la Administración pide la colaboración del sector privado para asegurar la explotación de los diversos servicios públicos, bien que se trate de conservar o de arreglar, y aun de crear los bienes indispensables a su funcionamiento, no aparece como contratante ordinario.

No hay, en efecto, materia más cambiante que la del servicio público, al cual su finalidad misma obliga a adaptarse en todas las circunstancias y en el más breve plazo a las necesidades forzosamente cambiantes de la colectividad. Por consiguiente, la Administración debe encontrarse en todo momento en condiciones de reorganizar, de «repensar» incluso el funcionamiento de sus servicios y, por tanto, de modificar la estructura, la amplitud o la concepción de los bienes que constituyen los instrumentos de su acción.

¿Cuál sería la flexibilidad de ésta si el titular de un contrato de obras (o de suministros) pudiera invocar la ley de su contrato para oponerse a las adaptaciones consideradas oportunas?

¿La Administración deberá, en nombre de un principio fundamental del derecho privado, inclinarse ante la actitud negativa de su contratante y dejar terminar la obra emprendida según un plan o en unas condiciones

(18) FLAMME, *Les Marchés de l'Administration*, núms. 349 a 255 (Bruselas, 1955, ediciones Bruylant).

(19) C. civ., art. 1.134: «Las convenciones legalmente constituidas tienen fuerza de ley para los que las han establecido.»

que no responden ya a las necesidades a satisfacer? Tal solución salvaguardaría ciertamente un principio, pero desdeñaría otros principios —de derecho público éstos—, a saber, la finalidad y la continuidad de los servicios públicos, los cuales implican el predominio del interés general sobre los intereses particulares.

De otra parte, si se debía admitir un instante que por el solo efecto de la conclusión de contratos de obras o de suministros, la voluntad de sus titulares pudo hacer fracasar las decisiones tomadas por la Administración en un fin incontestable de utilidad pública, el Estado sacaría pronto a conclusión de que el sistema de estos contratos es contrario al interés general y recurriría ya a la administración directa pura y simple, ya a los procedimientos de requisa.

Esta última consideración, de orden práctico sobre todo, es suficiente por sí sola a explicar la sumisión voluntaria de los contratistas de obras públicas y de suministros a las prerrogativas de los Poderes públicos. Los que contratan con la Administración son, cada día más, considerados como colaboradores en el funcionamiento de los servicios públicos; como tales, no ignoran que las convenciones de las cuales son partes no podrían impedir al Poder público el tomar en el porvenir, para la salvaguardia de los intereses públicos, todas las medidas que considerase necesarias.

De otra parte, es cierto que, contratando, la Administración no se despoja nunca de este aparato de prerrogativas que caracteriza al «Poder público»; el concurso de los particulares no ha podido enajenarle ni siquiera limitar le la competencia que el derecho positivo le reconoce al efecto de asegurar siempre la adaptación del servicio público a su fin; dicho de otra manera, el derecho de modificación unilateral de las condiciones iniciales del contrato constituye un derecho originario e inalienable de la Administración y que le pertenece «en tanto que Poder público», es decir, sin que haya necesidad de estipularlo en la convención (20).

De esta constatación capital resulta que, desconociendo o transformando las cláusulas y condiciones contractuales, la Administración, lejos de violar su contrato, ejerce su derecho porque actúa dentro de los límites de sus atribuciones. Es, de otra parte, sintomático que la jurisprudencia

(20) Comparar una reciente sentencia del Tribunal de apelación de Lieja (31 de marzo de 1949, Pas., 1950, II, 5) que, habiendo conocido de la decisión de un Consejo municipal desaprobando el pliego de condiciones en virtud del cual el demandante había sido designado adjudicatario y ordenando una nueva adjudicación sobre la base de un nuevo pliego de condiciones, declara que esta decisión... era conforme... al principio del libre ejercicio del poder que confiere a la Administración el derecho soberano de anular o de suspender los contratos administrativos de obras, sin estar obligada por las cláusulas y condiciones de los contratos. Véase igualmente A. de LAUBADÈRE *Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, R. D. P., 1954, pág. 36), para quien el verdadero fundamento de los poderes de la Administración reside en su competencia exclusiva de la organización de los servicios públicos.

cia, para calificar estas modificaciones unilaterales, emplee no el término «falta», sino el de «hecho de la Administración», y aún el de «hecho del Príncipe».

55. En fin, en su recientísimo *Tratado teórico y práctico de los contratos administrativos*, el profesor André de LAUBADÈRE enseña que :

«El poder de modificación unilateral... no puede estar lógicamente fundado más que sobre las exigencias de los servicios públicos y los cambios sobrevenidos en estas exigencias, en las necesidades del servicio o en las necesidades del mismo público. La idea general es que la Administración no debe estar indefinidamente ligada por contratos que han llegado a ser inútiles o por estipulaciones contractuales que han quedado inadecuadas a las necesidades del servicio (núm. 808).

»... Determinados contratos administrativos implican una participación directa del contratista en el funcionamiento del servicio público.

»... Sin duda una obra pública no es, propiamente hablando, un servicio público..., pero al menos las atribuciones de la Administración respecto de la obra pública han sido siempre consideradas como comparables a las que se refieren al servicio público. La Administración es la «dueña de la obra» y guarda siempre el poder de regular unilateralmente la concepción y la distribución del trabajo; conserva el dominio de la operación de la obra pública, operación de interés general como la realización de un servicio público. Aquí todavía el poder de modificación unilateral aparece como el reflejo del dominio que conserva la Administración sobre la realización de la obra pública» (núm. 809).

56. Si se considera legítima la facultad para los Poderes públicos de modificar unilateralmente las previsiones de sus contratos, queda, sin embargo, por examinar qué límites conviene fijar a un derecho tan exorbitante y cuál será su influencia sobre la situación del contratista.

De todos los informes nacionales que hemos recibido, parece destacar que la primera limitación a este derecho deriva de su mismo fundamento, es decir, de la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos por su adaptación incesante a las necesidades que hay que satisfacer. También, a menos de cometer una desviación de poder, la Administración no puede ordenar otras modificaciones que las que tienen «una causa jurídica de adaptación contractual, a saber, el servicio público».

En fin, se concibe que el poder unilateral de la Administración cesa en el límite mismo del objeto sobre el cual el empresario se ha comprometido a aportar su concurso. Resolverlo de otro modo equivaldría a sacrificar el interés legítimo del contratista y no ya solamente a colocarlo después del interés general.

No entran, pues, en el poder de la Administración más que las modificaciones, incluso radicales, de las condiciones de ejecución, porque estas modificaciones tendrán siempre alguna relación de conexión con las obra:

que son objeto del contrato y podrán realizarse en el marco del contrato sin atentar a sus bases esenciales.

57. He aquí, de otra parte, cómo el Pliego general de Obligaciones belga de 1955 (art. 42, A) define el poder unilateral de la Administración :

«Salvo para los contratos a tanto alzado absoluto, el contratista deberá realizar en las obras todas las supresiones, adiciones y cualesquiera modificaciones que la Administración juzgue conveniente ordenar, por escrito, en el curso de la realización de estas obras, y que se refieran al objeto del proyecto y que queden en los límites de éste.»

La expresión «cualquiera modificaciones» debe, a pesar de su generalidad, interpretarse a la luz de los términos «que se refieran al objeto del proyecto», los cuales excluyen el derecho para la Administración de ordenar unilateralmente modificaciones profundas y radicales que constituirían una obra nueva y extraña al proyecto adjudicado. Semejantes modificaciones aparecen generalmente como habiendo escapado a las previsiones de las partes y como de naturaleza, en todo caso, a dar al contratista una posición muy distinta de la resultante para él del proyecto primitivo; su ejecución, lejos de poder ser impuesta al titular del contrato primitivo, está subordinada a la obtención de su consentimiento en cuanto a la elaboración de un acta adicional al contrato primitivo.

Concluiremos, pues, que el poder de modificación unilateral de la Administración no escapa a toda consideración de medida: las modificaciones permitidas al dueño de la obra deben mantenerse en los límites de la operación prevista por el contrato y no podrán ir hasta alterar su fundamento hasta el punto de hacer una operación totalmente diferente.

58. Pero esto no es todo. Después de haber restringido así a sus justas proporciones el poder de modificación unilateral característico del Poder público, dueño de la obra, conviene volverse hacia el colaborador que él tiene adjunto para examinar la influencia de las modificaciones ordenadas —y supuestas lícitas— sobre la remuneración que esperaba de la ejecución del contrato.

Que él tenga derecho a ser indemnizado del perjuicio que sufre del hecho del ejercicio por la Administración de su poder de modificar, no es dudoso. En su notable y frecuentemente audaz *Teoría general del contrato administrativo*, PÉQUIGNOT ha desmontado con rara fortuna el mecanismo de lo que se ha convenido en llamar «la ecuación financiera del contrato».

Al carácter estático del contrato del derecho privado, que es del tipo de la ecuación $a = b$, se opone el dinamismo del contrato administrativo,

el cual es del tipo de la proporción: $\frac{a}{b} = \frac{a'}{b'}$, en el sentido de que si, en

el primer caso, las prestaciones a y b , contractualmente asumidas, deben quedar inmutables, en el segundo, en cambio, las prestaciones que pesan sobre las partes pueden variar (a' b') establecido que su relación se mantiene constante. El aspecto financiero presenta, pues, aquí más importan-

cia que en derecho privado; el trabajo de interpretación del juez consistirá en buscar no cuáles son las obligaciones de la Administración para constreñirla, en nombre del derecho de su contratante, sino más bien cuál es

el valor de la relación $\frac{a}{b}$ para poder restablecer siempre el equilibrio $\frac{a'}{b}$,

cuando uno de estos términos varía. Haciendo esto, el juez no falta a su deber: en efecto, él atiende a la común intención de las partes cuando busca respecto de qué remuneración el contratista ha consentido en aportar su colaboración a la Administración para el objeto que ésta había fijado en la convención; el juez considerará con razón que el titular del contrato no ha consentido las cargas de éste más que en previsión de ciertas ventajas, por el incentivo de un determinado beneficio (21).

Tal es la teoría del equilibrio financiero del contrato, teoría impregnada de equidad y que permite restablecer en favor del particular el equilibrio roto por la Administración cuando ésta pone toda su fuerza, todo su «Poder público», sobre uno de los platillos de la balanza.

SECCION TERCERA

Garantías financieras, financiamiento y prefinanciamiento de las obras.

(Cuestión núm. 14, a)

59. A. En la generalidad de los países consultados, los licitadores pueden ser obligados a constituir una *caución previa* destinada a garantizar al dueño de la obra contra la posible negativa del licitador declarado adjudicatario de ejecutar las obras.

Esta caución previa parece, sin embargo, inútil en los países donde está establecida una selección de los empresarios de obras públicas.

Es así que en Bélgica no es exigida más que a los licitadores extranjeros, y esto con el fin de evitar que las empresas extranjeras participen en las adjudicaciones con el único propósito de sondear el mercado o presentar precios de *dumping* y pueden retirarse sin ningún perjuicio si sus precios son notoriamente inferiores a los de los concurrentes belgas.

(21) Compar. trib. Anvers, 13 diciembre 1861, confirmado en apelación y, habiendo sido rechazado el recurso, cas., 19 febrero 1864 (Pas., 1864, I, 179), «licitando la obra tal como había sido reglada por el pliego de condiciones, el empresario ha podido, así como lo pretende, razonablemente, entrever la posibilidad de operar unas ganancias que debían, según sus cálculos, derivar de obras suprimidas, y legítimamente contar en estos provechos para compensar las eventuales pérdidas a sufrir; son estos derechos adquiridos que son derivados, por consiguiente, de hechos de los que el Estado es responsable».

En cuanto al adjudicatario definitivo, debe depositar, bien personalmente, bien con la intervención de un tercero (22), una caución en metálico o en títulos, a más tardar en un determinado plazo después de su designación.

Esta caución está destinada a garantizar la buena ejecución de la obra. La mayor parte de los países prevén su reembolso por mitades, la primera a la recepción provisional y a continuación, después de la recepción definitiva de las obras.

Añadamos que frecuentemente se hace un *descuento* del 10 por 100 sobre los plazos pagados al empresario. Se trata de un verdadero complemento de garantía que repite la caución y parece, desde luego, difícilmente justificable.

60. B. Todos los países conocen, parece, el principio fundamental de la contabilidad pública en virtud del cual los pagos no pueden ser realizados más que sobre justificación de un servicio realizado. De lo que resulta que, en ausencia de estipulación contraria, la regla es el pago único después de la terminación de las obras (23).

Sin embargo, es muy probable que una interpretación rigurosa de este principio hubiese hecho correr el riesgo a la Administración, en el caso de grandes obras públicas que se realizan durante varios años, de no encontrar empresario disponiendo de recursos bastante considerables para atender tanto tiempo su arreglo cuando la realización de las obras habría necesitado la inversión de grandes fondos (materiales, utillaje, salarios, gastos generales, etc.).

Evidentemente, la Administración no habría dejado de sufrir la repercusión de las dificultades de tesorería del empresario bajo la forma de aumento de precios del contrato, y esta consideración le ha incitado a conciliar la regla fundamental antes citada con una entrega más rápida y más regular de las cantidades debidas a sus contratantes en razón de los servicios realizados, aunque fuesen parciales.

En lugar de no ver en un contrato dado más que un todo indivisible, un servicio único, cuya sola ejecución total puede justificar el pago, la solución consiste en la división, que resulta ficticia, de dicho contrato en una serie de trozos de obras parciales susceptibles de ser pagados uno a uno por medio de entrega de cantidades a cuenta, y esto sin esperar ya al término de la obra (24).

(22) Generalmente, un organismo bancario o una sociedad reconocida de garantía colectiva.

(23) Ocurre así en todos los países consultados, salvo en Francia (infra 62) y en Noruega, donde los anticipos —de otra parte, recuperables sobre las primeras partes de la obra realizada— pueden ser acordados hasta un tercio del coste total de la obra.

(24) Estas entregas a cuenta son pagadas periódicamente a medida que avanzan las obras, lo más frecuentemente mensualmente, a la vista de los justificantes presentados por el contratista, comprobados y aprobados por el ingeniero u otro delegado de la Administración encargado de la vigilancia de las obras.

61. Es lo que expresa, en BÉLGICA, el artículo 20 de la ley de 15 de mayo de 1946 sobre la contabilidad del Estado cuando dispone que «ningún contrato, ninguna convención para obras y suministros puede estipular la entrega de cantidades a cuenta más que para un servicio hecho y aceptado». Este artículo prohíbe, pues, los anticipos, pero autoriza el pago de cantidades a plazos siempre que su importe no sobrepase al valor de las obras que han sido realizadas y debidamente aceptadas en la fecha del pago.

Ya hacia mediados del siglo XIX, los poderes públicos han usado de la facultad que les daba la ley sobre la contabilidad para estipular en los contratos el pago de cantidades a cuenta. Estas fueron, naturalmente, primero reservadas a las obras ejecutadas. Fué preciso rendirse pronto a la evidencia; incluso la práctica de la entrega de cantidades a cuenta sobre las obras ejecutadas no había resuelto el problema del prefinanciamiento de los contratos de la Administración. Antes de poder justificar un «servicio hecho», incluso parcial, los industriales están en efecto obligados a exponer gastos considerables a causa de los medios técnicos muy caros que deben ser empleados previamente a la ejecución de numerosas obras.

La sola necesidad para el empresario de aprovisionar sus depósitos con materiales le obliga a realizar importantes desembolsos, a pedir prestado a los bancos a interés elevado. Era de interés para la Administración evitar al empresario la necesidad de contratar empréstitos a largo plazo y le asegura el pago, sin esperar demasiado, de al menos una parte de las cantidades que destinaba particularmente a este aprovisionamiento.

Esto explica la interpretación extensiva de la regla del «pago después del servicio hecho», que ha conducido :

1.º A la asimilación de los materiales depositados en el almacén a las obras ejecutadas; su admisión al pago de una determinada cuota de su valor no disminuye de otra parte nunca la responsabilidad del empresario, que conserva la custodia, los riesgos y la propiedad;

2.º Al pago de las obras que son el objeto del contrato, antes de ponerlas en su sitio, de una construcción en fábrica, tales como puentes metálicos, las maquinarias de las presas, etc.; los pagos parciales a los cuales da lugar su fabricación están subordinados al control ejercido en la fábrica por los agentes de la Administración.

Al leer el texto del nuevo C. G. Ch., parece que esta evolución se encuentra lejos de haber terminado; la Comisión de normalización ha estimado, de otra parte, que los términos «servicio hecho» no deben ser interpretados únicamente en el sentido de obras o de suministros en sentido estricto, sino que pueden extenderse a prestaciones de estudios, de otra parte, a veces muy importantes y costosas, levantamiento de planos, salarios, etc.

En realidad, cada una de las hipótesis anteriores, se separa completamente de la regla del servicio hecho (25) y las pretendidas entregas a cuenta

(25) Véase G. JÉZE (op. cit., pág. 725): «Para calmar los escrúpulos de los encargados de la contabilidad pública, se ha llamado entregas a cuenta las entregas de fon-

son verdaderos anticipos abonados en razón de prestaciones que, si no presentan todos los caracteres de un «servicio hecho» definitivamente adquirido por el poder público dueño de la obra, han sido, sin embargo, efectuadas en vista de la ejecución del contrato y sin las cuales esta ejecución hubiera sido imposible.

62. En FRANCIA, desde hace mucho tiempo, preocupaba la molesta influencia sobre el coste de los contratos del carácter, por demasiado anticuado, de la legislación sobre la contabilidad pública.

Desde 1938 había sido establecido un régimen de anticipos y de entregas a cuenta, pero que se había revelado imperfecto en razón de la limitación de su aplicación —en lo que se refiere a las entregas a cuenta—, a las prestaciones susceptibles de una transferencia de propiedad a la Administración.

La experiencia había demostrado la necesidad de mejorar todavía el financiamiento —y aún el prefinanciamiento— administrativo de los contratos, obligando sin duda así al Estado a efectuar desembolsos a un ritmo más rápido, pero permitiendo también librar créditos bancarios y provocar un notable abaratamiento del precio contractual en concurrencia con el importe de las cargas financieras que el industrial habría soportado si hubiera asegurado, por sus propios medios, los fondos necesarios a la ejecución del contrato.

Por eso el legislador ha adoptado recientemente una noción muy sencilla conforme a la cual el anticipo corresponderá de ahora en adelante a una entrega de fondos por un servicio a hacer y la entrega a cuenta a una entrega de fondos por un servicio en curso de ejecución, teniendo tanto la una como la otra un carácter provisional con la consecuencia de que el beneficiario queda deudor hasta la terminación del contrato.

Dicho esto, el decreto núm. 53-405, de 11 de mayo de 1953 (26), establece innovaciones sobre los puntos siguientes:

a) Unifica el sistema de las entregas a cuenta y los anticipos, y lo extiende a todas las administraciones del Estado, mientras que hace poco estaba limitado a los contratos celebrados por ciertos departamentos ministeriales;

b) En materia de anticipos, además de los casos ya enumerados en los decretos anteriores (realización de instalaciones, compra, encargo o fabricación de materiales, máquinas o utillajes necesarios para la ejecución de las obras, compra o encargo de materiales, materias primas destinadas a la realización de las obras; empleo en el depósito de materiales de obras públicas de valor considerable, etc.), el nuevo decreto:

1.º cubre el conjunto de los casos susceptibles de dar derecho al pago

dos de la Administración. Es la teoría de las entregas a cuenta sobre materiales provisionados.»

(26) J. O., 12 de mayo de 1953, «relativo a la regulación de los contratos del Estado y de los Establecimientos públicos nacionales no sometidos a las leyes y usos del comercio» (ver todavía la Instrucción de 17 de junio de 1953, J. O. junio 1953).

de anticipos, ofreciendo la facultad a las administraciones de acordar anticipos para todas las categorías de gastos previos importantes (tales como compras de patentes, gastos de estudios, etc.) no susceptibles de ser enumerados «a priori» y que la empresa debe comprometer para ejecutar el contrato;

2.º permite acordar anticipos de partida, sea sobre salarios y cargas sociales, sea para hacer frente a los desembolsos ocasionados por la realización de una u otra de las operaciones preparatorias a la ejecución del contrato;

c) Sin embargo, diversas medidas son estudiadas para limitar la entrega de los anticipos cuya concesión es siempre facultativa; además de los justificantes (controlados por la Administración) que debe presentar el titular y de la obligación que tiene de constituir una garantía personal y solidaria, cada anticipo es ajustado a un límite fijado en función, sea del precio contractual, sea, lo más frecuentemente, según el valor de las prestaciones para la adquisición de las cuales los anticipos son acordados. Añadamos que el importe total de los anticipos entregados a título de un contrato determinado no puede sobrepasar el 60 por 100 del importe inicial del contrato;

d) En materia de entregas a cuenta, el decreto amplía considerablemente el dominio de las prestaciones que dan derecho a ellas.

En efecto, además de las entregas hechas a medida que se van ejecutando las obras o aprovisionamientos previstos en el contrato, las entregas a cuenta podrán en adelante ser acordadas a título, de una parte, de los aprovisionamientos realizados, en la medida en que estos aprovisionamientos han sido adquiridos por el titular y efectivamente pagados por él; de otra parte, de los salarios entregados cuando se trata de contratos en los cuales el titular aporta principalmente la mano de obra;

e) Las medidas estudiadas para mejorar y reforzar el financiamiento administrativo de los contratos son completadas por disposiciones referentes a los subcontratistas que, bajo ciertas condiciones (el acuerdo del titular del contrato, la autorización dada por la Administración, el mantenimiento de la responsabilidad del empresario principal, etc.), podrán obtener directamente del dueño de la obra el saldo de las cuentas de las obras y suministros de los que han asegurado la ejecución.

SECCION CUARTA

Control y recepción de las obras.

(Cuestión núm. 14, b)

63. La mayoría de los informes subrayan la gran dependencia del ad-judicatario respecto al funcionario dirigente; reproducimos a continuación un pasaje de la obra que hemos dedicado a los «Contratos de la Administra-

ción» (núms. 280-281), pasaje relativo a los poderes de dirección y de control de que dispone la Administración.

«Si parece necesario que tenga la Administración la colaboración de un particular para dirigir debidamente una obra de utilidad pública, no es menos verdad que el Estado (27) queda garante de la ejecución idónea del servicio público respecto de la colectividad y asume, en definitiva, la responsabilidad de la seguridad pública que una ejecución inhábil de la obra proyectada puede comprometer.

»Esta responsabilidad que no puede eludir, el Estado procura atenuarla haciendo actuar poderes exorbitantes que le permitan un control realmente eficaz sobre todos los elementos que concurren a la realización de la obra proyectada. También se ha podido pretender, no sin razón, que los poderes de dirección, de control y de vigilancia pertenecen a la Administración como poderes originarios, inalienables e imprescriptibles. Lejos de ser de naturaleza contractual, derivan del fin mismo perseguido, pues, según la fórmula feliz de PEQUIGNOT (28), no son más que una «reacción de la idea de servicio público sobre el contrato» y traducen en realidad el poder público mismo.

»Esto explica la subordinación estrecha del adjudicatario respecto de la Administración que se inmiscuye de manera constante, pero lícita, en la ejecución por medio de sus agentes. El contratista no es más que un colaborador totalmente extraño a la dirección propiamente dicha de la obra. Esta pertenece a la Administración, que es verdaderamente el ingeniero cuya acción de control y de vigilancia se ejerce ciertamente sin interrupción, pero cuya misión esencial es dar al titular del contrato, bajo la forma de órdenes de servicio, las innumerables órdenes que necesita todo proyecto de obras públicas.

»Se trata especialmente de asegurar la puntual observancia de los pliegos de condiciones, la comunicación de los planos, la prosecución regular de las obras por el control de la actividad del personal del adjudicatario, la conformidad de los materiales empleados a las prescripciones del contrato, el respeto de los plazos de ejecución y, en fin, «last but not least», incluso fuera de las previsiones del pliego de condiciones, la adaptación constante a las exigencias del servicio de las prestaciones estipuladas en el contrato.»

* * *

64. La Administración no procede a la recepción de las obras más que después de haberle hecho sufrir, a costa del empresario, las verificaciones y pruebas previstas por el pliego especial de las obligaciones; sólo son susceptibles de recepción las obras ejecutadas conforme a las cláusulas y condiciones del proyecto, que satisfacen las reglas del arte y de la bue-

(27) O no importa qué persona pública dueña de la obra.

(28) Op. cit., pág. 308.

na construcción y en las que no han sido empleados materiales de desecho.

Casi todas las reglamentaciones descomponen las operaciones de recepción en dos etapas —las recepciones provisionales y definitivas— separadas una de la otra por un plazo de garantía y a veces seguidas (en Bélgica y en Francia, por ejemplo) de un período de prueba (29) durante el cual el empresario deberá responder de los vicios graves de construcción que hayan alterado gravemente la solidez de un edificio o de una gran obra de naturaleza inmobiliaria.

SECCION QUINTA

La revisión de los precios en caso de alteración de las condiciones económicas generales.

(Cuestión núm. 14, c)

65. Es preciso no confundir el problema aquí propuesto con el de la adaptación de los contratos a las fluctuaciones de los precios de los materiales, de los salarios, de las cargas sociales, etc.

En efecto, en una época en que la inestabilidad económica resulta un estado endémico, las incesantes variaciones de los salarios, de las cargas sociales y de las cotizaciones de las materias primas debían necesariamente tener por efecto multiplicar en graves proporciones los riesgos a los cuales están expuestos los empresarios como consecuencia de la naturaleza necesariamente de contrato a tanto alzado de los contratos que están empujados a concluir con los Poderes públicos.

No hubiera sido apenas equitativo hacerles soportar todos los riesgos de las fluctuaciones que, en un régimen de economía dirigida, son no solo frecuentemente autorizados sino impuestos por el Estado mismo. Semejante solución no sería incluso oportuna, pues, a falta por la Administración de prever las cláusulas de ajuste, los contratistas deberían recurrir a prácticas demasiado especulativas, que consisten en prever en sus ofertas márgenes de seguridad a veces excesivos y así susceptibles de sobrepasar lo que los Poderes públicos habrían debido acordarles admitiendo el principio de cláusulas de revisión cuidadosamente establecidas.

También la gran mayoría de los Poderes públicos de todos los países consultados han insertado en sus contratos «*cláusulas de revisión*» que regulan las consecuencias de las variaciones, de los salarios y de las cargas sociales, así como las fluctuaciones del precio de los materiales.

En los países donde, como en Bélgica, los contratos del Estado revisiten un carácter *obligatoriamente a tanto alzado* (30) se podría quizá obje-

(29) Diez años en Bélgica y en Francia, arts. 1.792 y 2.270 del Código civil.

(30) Artículo 21 de la Ley sobre la contabilidad, «*todos los contratos a nombre del Estado son hechos con concurrencia, publicidad y a tanto alzado...*».

tar que el tanto alzado se concilia mal con la inserción casi generalizada en los pliegos de condiciones de las llamadas cláusulas de revisión.

No es inútil, a este respecto, subrayar que en el seno de la Comisión de Normalización (31), encargada de elaborar en Bélgica un Pliego Nacional de Condiciones, los adversarios de las cláusulas de revisión no han dejado de oponer el artículo 21 de la ley de 15 de mayo de 1846, pero que la mayoría de los miembros —comprendidos los representantes del departamento de Obras Públicas— han considerado necesario interpretar la noción de tanto alzado contenida en el citado artículo 21, a la luz de las circunstancias económicas actuales, con la consecuencia de que sólo los riesgos de orden técnico deben ser asumidos por el empresario mientras que él debe poder cubrirse contractualmente contra los riesgos de orden exclusivamente económico, a fin de que sea descartado del contrato todo elemento de especulación perjudicial a los intereses mismos del Tesoro.

* * *

66. La cuestión propuesta en el núm. 14, letra c) corresponde más bien a otro problema, conocido en la doctrina bajo el nombre de *«teoría de la imprevisión»*, construcción pretoriana del Consejo de Estado francés (32), que supone la supervenencia, durante la ejecución de contratos a largo plazo, de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios, de naturaleza económica, que modifican las condiciones.

PÉQUIGNOT (33) define así esta teoría :

«Cuando circunstancias imprevistas en el momento de la conclusión del contrato vienen a trastornar la economía y la alteración así realizada, sin hacer la ejecución absolutamente imposible, la hace difícil y onerosa más allá de lo que las partes habían podido razonablemente prever, en fin, cuando el déficit de la operación, sobrepasando los límites del riesgo normal que corre a cuenta de todo contratante, toma un carácter anormal y excepcional, entonces el contratante de la Administración tiene el derecho de pedirle que venga en su ayuda, de repartir con él el riesgo extraordinario y de abonarle una indemnización calculada en función del déficit sufrido y de todas las circunstancias del asunto.»

La aplicación de esta teoría (34) está subordinada en Francia a la reunión de varias condiciones :

1.ª el carácter excepcional e imprevisible del acontecimiento alegado;

(31) Supra 43.

(32) Véase el célebre «arrêt Gaz de Bordeaux», 30 de marzo de 1916, Sirey, 1916-3-17.

(33) *Théorie générale des contrats administratifs*, pág. 502.

(34) Que se justifica generalmente por consideraciones fundadas en la equidad, la ley de continuidad de los servicios públicos y en el cuidado de la Administración de seguir una «política realista» en sus relaciones con los particulares de los que se asegura el concurso.

- 2.ª el acontecimiento excepcional debe ser independiente de la voluntad de las partes;
- 3.ª ha de haber alterado la economía del contrato;
- 4.ª esta modificación debe, sin embargo, presentar un carácter temporal;
- 5.ª el contratista víctima del suceso excepcional no puede haber interrumpido el servicio.

En la gran mayoría de los países consultados la doctrina y la jurisprudencia se muestran hostiles a la teoría de la imprevisión, invocando especialmente la fuerza obligatoria y la intangibilidad de los contratos, así como la imposibilidad para los tribunales civiles de modificar una convención libremente celebrada.

En BÉLGICA, sin embargo, la Administración se ha visto a veces obligada a aplicar la teoría de la imprevisión y a practicar —sin darle, no obstante, su verdadero nombre— un sistema rechazado, sin embargo, por la casi totalidad de la jurisprudencia.

Desde la estabilización, después de la desvalorización del franco en 1926 y en 1935, el Gobierno decidió intervenir en favor de quienes contrataban con el Estado. Siempre defendiéndose, recurrió a la noción de imprevisión en numerosos casos de esta clase, y esto de una manera muy semejante a la práctica seguida en Francia porque subordinó su ayuda financiera, a la vez, a la prueba de que la empresa estaba forzada a la quiebra y a la condición de que la ayuda procurada no le constituiría un beneficio.

Durante la última guerra de 1940-45 igualmente las profundas alteraciones provocadas por las circunstancias militares y económicas obligaron al Estado a soportar una parte importante, si no la totalidad de las pérdidas sufridas por los titulares de contratos de obras o de suministros concluidos antes del conflicto. Ante la imposibilidad —tanto material como moral— de exigir a los contratistas de obras y proveedores que cumplieren, costase lo que costase (es decir, lo más frecuentemente hasta la ruina), sus obligaciones en las condiciones iniciales de sus contratos, y por el cuidado de asegurar la continuación regular de las obras indispensables a la vida económica de la nación, la Administración decidió —pero de nuevo sin invocar la imprevisión (35)— proceder a la revisión de precios por medio de actas adicionales a los contratos e indemnizar a sus contratantes sobre la base de una fórmula matemática y de tanto por ciento que permitiría calcular la obligación extracontractual teniendo en cuenta principalmente las fluctuaciones de los salarios, los precios de los materiales, las tarifas de transportes, los gastos generales y aun la disminución de rendimiento de la mano de obra.

(35) En realidad, es de la imprevisión de lo que se trataba, pero en lugar de ver pesar sobre ella la presión de una indemnización acordada por el juez, la Administración ha preferido tomar la delantera en presencia de la violenta presión ejercida por la coyuntura económica y política.

En ESPAÑA (36), la base del contrato administrativo reside en la idea de reciprocidad, de equilibrio de contraprestaciones, con la consecuencia de que cuando circunstancias excepcionales de fluctuación de los precios colocan a una de las partes en una situación notoriamente injusta, el Derecho debe restablecer el equilibrio.

El Derecho administrativo español es tradicionalmente «reversionista». Cuando las repercusiones de la primera guerra mundial sobre los precios interiores alteraron sensiblemente los contratos administrativos, el legislador dictó diversas disposiciones introduciendo la revisión de los precios, entre ellas el Decreto de 31 de mayo de 1927.

Esta revisión de los contratos administrativos ha sido considerada indispensable para no arruinar a los adjudicatarios ni interrumpir los servicios públicos o comprometer las obras en curso.

Más recientemente, la legislación sobre la revisión de los precios de los contratos administrativos (37) fué promulgada «para procurar el equilibrio económico necesario a todo negocio con fines remuneratorios recíprocos» (38).

Estas disposiciones, dice una sentencia de 14 de noviembre de 1953, obedecen a un principio de equidad social y de justicia distributiva.

En POLONIA, el artículo 269 del Código de las obligaciones de 1934 reconocía la imprevisión como una institución orgánica del derecho de obligaciones. Su aplicación estaha, sin embargo, subordinada a condiciones rigurosas: era preciso acontecimientos excepcionales, una ejecución que chocase contra dificultades excesivas, o bien la amenaza de una pérdida exorbitante; no solamente los acontecimientos, sino también sus efectos debían ser imprevisibles. Además, la aplicación de esta teoría era siempre facultativa para el juez, tomando en consideración los intereses de las dos partes.

En ITALIA, fundándose en el artículo 1.224 del nuevo Código civil de 1942 (39), los tribunales consideran normalmente que la imposibilidad de ejecución comienza allí donde termina la diligencia razonable; si la ejecución de una obligación exige sacrificios que no consentiría un buen padre de familia, es considerada legalmente imposible. Por eso la doctrina apoya la imprevisión sobre la equidad, estimando anormal todo ejercicio de un derecho contractual que, naturalmente, causaría la ruina e incluso el empobrecimiento muy grave del deudor.

Según los términos del artículo 1.467 del Código civil, en todo contrato

(36) Ver el informe de los profesores L. LÓPEZ RODÓ y Aurelio GUAITA.

(37) Ley de 17 de julio de 1945 para la Administración central y los Decretos de 31 de octubre de 1946 y de 9 de enero de 1953 (regulación de los contratos públicos locales) para las Corporaciones locales.

(38) Según el comentario de una Sentencia de 5 de junio de 1951 de la Corte Suprema.

(39) «La diligencia que debe ser aportada a la ejecución de la obligación es siempre la de un buen padre de familia.»

de ejecución continuada o periódica, y aun de ejecución diferida, la parte cuya prestación resulta excesivamente onerosa, por causa de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, puede pedir la rescisión del contrato, a condición de que la agravación de sus cargas no pueda ser considerada como un riesgo normal; el contratante puede, sin embargo, evitar la rescisión ofreciendo un reajuste equitativo de las cláusulas contractuales.

En materia de contratos de adjudicación, el artículo 1.664 prevé la sola revisión del contrato en provecho del acreedor, y la somete a la prueba de la existencia de factores imprevisibles.

Sin embargo (40), en lo que se refiere especialmente a los contratos de suministros y de obras públicas, un régimen especial había sido introducido por el legislador italiano desde antes del nuevo Código civil de 1942: comparables a la ley belga de 11 de octubre de 1919, leyes especiales habían autorizado a la Administración a consentir ciertos reajustes de las convenciones, estando la revisión subordinada a la existencia de un margen diferencial de 10 o de 20 por 100, según los casos.

También desde la entrada en vigor del Código civil de 1942 se trata exclusivamente de revisión en materia de suministros y de obras públicas, y no de elección entre revisión y resolución como en el campo de los contratos de «prestaciones periódicas».

En SUIZA (41), el artículo 373, párrafo 2, del Código de las obligaciones relativo al contrato de empresa, establece que «si la ejecución de la obra a precio estipulado es impedida o resulta demasiado difícil por circunstancias extraordinarias, imposibles de prever o excluidas por las previsiones que han admitido las partes, el juez puede, en virtud de su poder de apreciación, acordar, bien un aumento del precio estipulado, bien la rescisión del contrato».

Es sintomático que el legislador suizo no haya admitido la imprevisión como causa general de extinción de las obligaciones (hubiera sido introducido en las relaciones comerciales un estado permanente de incertidumbre y de inestabilidad, favoreciendo a los malos pagadores y a la especulación), pero ha limitado su campo de aplicación al contrato de empresa. La razón está en que la ejecución de este último se extiende frecuentemente en un período bastante largo, en el curso del cual acontecimientos extraordinarios pueden modificar completamente sus bases económicas y financieras. Como esta razón es aún todavía más válida en lo que se refiere a los contratos administrativos (42), se comprende que los tribunales suizos

(40) Extraemos estas referencias de un estudio de R. WARLDMONT, *Contrats administratifs y variations monétaires en France, en Belgique et en Italie* («Rev. Int. Sc. Admin.», 1954, pág. 107).

(41) Además de los *Travaux de la semaine internationale du droit à Paris*, año 1937, consúltese sobre todo DREYER, *Les marchés de travaux publics et la procédure de soumission*, 1938, Butty y C.^a, Estavayer.

(42) En razón de los largos períodos que exige la edificación de las grandes obras de arte y del desequilibrio inicial entre partes, particularmente pronunciado.

ayan aplicado por analogía el artículo 373, párrafo 2, del Código de las obligaciones a los contratos de obras públicas (43).

La imprevisibilidad a la que hace alusión el artículo antes citado absorbe y rebasa el caso de fuerza mayor; se aplica particularmente al caso de imposibilidad relativa, es decir, desde que un acontecimiento, sin impedir de una manera absoluta la ejecución del contrato, la hace demasiado difícil y tan onerosa para el deudor, que corre el riesgo de llevarle a la ruina (44).

Desde 1933, sin embargo, la condición de ruina del deudor dejó de ser exigida (45) y los tribunales se contentaron con una «desproporción que exceda notablemente el límite de los esfuerzos y sacrificios que se puede imponer razonablemente al deudor (46).

Conviene, sin embargo, insistir sobre el hecho de que si el artículo 373, párrafo 2, permite al juez suizo rescindir el contrato, y aun rehacerlo (47), modificando los precios de las obras y de los suministros, los tribunales se han mostrado hasta aquí muy prudentes en la apreciación de los casos de imprevisión y no pronuncian más que excepcionalmente la rescisión teniendo en cuenta particularmente la voluntad del dueño de la obra y las consecuencias que tendrían para él el mantenimiento o la modificación del contrato en el sentido de un aligeramiento de las obligaciones del empresario y de un alza de los precios. Trasladada al derecho público, esta actitud todo prudencia se manifiesta en el sentido de tomar en mayor consideración por el juez las necesidades y las exigencias del interés general y en la obligación mucho más estricta del empresario de no detener las obras más que en caso de imposibilidad humanamente absoluta (48).

(43) Es, de otra parte, porque las condiciones de los pliegos de condiciones revisan frecuentemente un carácter leonino (a fuerza, en el jefe de la Administración contratante, de desear eliminar totalmente su responsabilidad por cláusulas que van hasta a excluir los casos de fuerza mayor) y a continuación de las dificultades encontradas por el ingeniero inglés BRASEY al Hauenstein y por LOUIS FAVRE al Gothar, por lo que fué introducida la disposición del artículo 373, párrafo 2 (DREYER, op. cit., pág. 48).

(44) *Recueil officiel des arrêts du tribunal fédéral*, 1948, II, pág. 246.

(45) Comparar con la Sentencia que sigue, del Tribunal Supremo húngaro, relativa a la imprevisión (reproducida sin referencia por los *Travaux de la Semaine Internationale du Droit à Paris*, tome, II, 1937): «... para que una prestación resulte económicamente imposible, no es necesario que cause una ruina considerable del deudor, sino suficiente que haya entre el valor de la prestación y su contravalor una desproporción evidente y contraria a la equidad y al comercio honrado...; incluso suficiente que uno de los contratantes obtenga una ventaja desmesurada a expensas del otro, de suerte que la reclamación de la prestación equivaldría a una explotación despiadada de una situación sobrevenida sin culpa del deudor y se presentaría, pues, como un abuso de derecho.»

(46) DREYER, op. cit., pág. 177.

(47) Es la diferencia fundamental con la teoría francesa de la imprevisión, que no permite al juez rehacer el contrato, sino solamente fijar una indemnización.

(48) Igualmente en Bélgica, el Consejo de Estado, resolviendo en lo contencioso

En GRECIA, en fin, el artículo 78 de la ley núm. 1.381 de 1944 autoriza el establecimiento por decreto de un sistema de revisión de los precios de los contratos de obras públicas, y hace así de la teoría de la imprevisión un principio de la reglamentación normal de estos contratos.

SECCION SEXTA

Las obras complementarias.

(Cuestión núm. 14, d)

67. Por regla general, las obras complementarias pueden ser ordenadas, por escrito, por la Administración dentro de ciertos límites (49) establecidos en el pliego de condiciones.

Pero las obras complementarias presentan, en nuestra opinión, problemas particularmente importantes.

a) Se sabe cuanto los encargos de obras nuevas, viniendo a añadirse al objeto inicial, vienen a sustraer a la concurrencia una gran parte de las obras y son fuente de especulaciones de parte de los empresarios y aun de colisiones entre éstos y los funcionarios. Parece, desde luego, indispensable restringir en cierta medida el poder de la Administración de hacer, sin sujetarse a ninguna formalidad, encargos complementarios a un contrato principal.

Es así que la reglamentación luxemburguesa (50) no permite el encargo directo de obras complementarias más que si éstas son de poca importancia (51) y sólo se dejan separar difícilmente de una obra principal ya adjudicada.

b) Los adjudicatarios alegan frecuentemente, para reclamar un aumento de precio, la obligación en que se han encontrado por causa de *errores* o de *lagunas* de la medida establecida por la Administración de ejecutar unas cantidades claramente superiores a sus previsiones.

La Administración —en Bélgica, por ejemplo— opone invariablemente la cláusula del pliego general de obligaciones, precisando que «las medidas y los detalles estimativos constituyen simples referencias cuya exactitud no garantiza la Administración».

Estamos, por nuestra parte, bastante inclinados a juzgar con extrema severidad la inserción en el C. G. Ch. de esta cláusula —que ha venido a

de la indemnización por perjuicio excepcional considera tanto el interés general como el de la parte recurrente.

(49) Si este límite es sobrepasado, el contratista puede exigir, bien la fijación de un nuevo precio, bien la rescisión del contrato.

(50) Art. 8 del Decreto ministerial de 1.º de marzo de 1948.

(51) Menos de un quinto del importe total de la obra principal.

er una verdadera cláusula de estilo— que prohíbe al adjudicatario elevar a menor reclamación por errores o lagunas notadas en la medida y en el detalle estimativo. En efecto, o bien los estudios y los cálculos efectuados por los servicios técnicos de la Administración lo son con la mayor minuciosidad y esta disposición resulta inútil, o bien la hipótesis contraria e demuestra la más conforme a la realidad y la cláusula antes citada constituye una garantía más bien extraña, tomada por los Poderes públicos contra sus propias insuficiencias.

Es particularmente así en materia de sondeos. Sin duda la naturaleza de las cantidades de las excavaciones son las más frecuentemente dadas a título de simples referencias; no impide, sin embargo, que estén anunciadas como siendo el resultado de sondeos realizados por la Administración que el detalle de estos resultados se encuentre generalmente consignado en la medida. Siendo tales las circunstancias, el empresario puede creer normalmente que estos sondeos han tenido lugar realmente, sino también que ellos han sido hechos con todo el cuidado necesario. Sólo con esta condición el dueño de la obra puede, tanto en equidad como en derecho, precalarse del carácter a tanto alzado del contrato, tanto más cuanto que es prácticamente imposible a los licitadores comprobar las operaciones de la Administración durante el breve lapso de tiempo que separa el día de la publicación del pliego de condiciones del de la adjudicación.

En INGLATERRA (52), los especialistas piensan con razón que los presupuestos cuantitativos constituyen el único medio de provocar ofertas comparables.

Se emplea un método normalizado para la preparación de los presupuestos cuantitativos.

El aparejador (Quantity Surveyor) describe las obras en los presupuestos cuantitativos, conforme a los planos establecidos por el arquitecto, y reduce las cantidades según las prescripciones del método normalizado de la medida. Resulta que los presupuestos cuantitativos ofrecen a los licitadores una descripción cualitativa y cuantitativa del trabajo a realizar en unos términos conocidos y comprendidos por toda la industria. Según los términos del contrato, el empresario debe realizar «las obras según las indicaciones de los planos y tal como son descritas o mostradas expresamente en el presupuesto cuantitativo»; todo error en la descripción o en la estimación de las cantidades, o toda omisión de artículo en el presupuesto deberá ser rectificado y considerado como una modificación. El dueño de la obra garantiza que los presupuestos han sido preparados conforme a los principios del método normalizado de la medida.

Por eso, en efecto, el dueño de la obra es responsable de las cantidades, pues el precio de oferta está basado únicamente sobre lo que está descrito

(52) Véase el artículo titulado *La méthode anglaise d'adjudication sur devis quantitatif*, publicado por «Le Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment» de 19 de mayo de 1956, pág. 29.

o se muestra en los presupuestos cuantitativos. En el caso de un litigio cualquiera concerniente a la cantidad del trabajo realizado, el dueño de la obra y el empresario pueden exigir, uno y otro, una nueva medida de las obras en cuestión.

El favor de que goza en Inglaterra este modo de adjudicación sobre presupuestos cuantitativos formando parte integrante de los contratos ha tomado importancia del hecho del empleo del método normalizado de la medida de las obras de edificación. Esta obra fué publicada por primera vez hace unos treinta años, después de largas negociaciones entre «The Royal Institution of Chartered Surveyors» (Instituto Real de Aparejadores) y «The National Federation of Building Trades Employers» (Federación Nacional de la Edificación); está actualmente en su cuarta edición. El método de la medida ordenada es ahora generalmente adoptado, de suerte que los elementos de los presupuestos cuantitativos son descritos y medidos no ya según la costumbre local o según un método particular, sino sobre una base uniforme. Si el aparejador (Quantity Surveyor) dispone para su trabajo de planos correctos, los presupuestos cuantitativos, preparados conforme al método normalizado, procuran a los licitadores, para la preparación de su oferta, todos los elementos necesarios concernientes a la descripción y a las cantidades de las obras. No están ya en la obligación de examinar los planos con atención minuciosa. En consecuencia, todos los contratos son estudiados sobre una misma base.

CAPITULO VII

EL CONTENCIOSO DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

SECCION PRIMERA

De los recursos gubernativos ordinarios.

(Cuestión núm. 16)

68. Importa poco que los recursos gubernativos ordinarios estén o no previstos y regulados por disposiciones legales o reglamentarias.

Todos los informes que nos han llegado confirman que en este punto no hay necesidad de un texto expreso para que el contratista pueda, antes de recurrir a la justicia, presentar un recurso gubernativo, sea ante el autor del acto por el que se considera lesionado, sea ante su superior jerárquico. Esta consecuencia es, en efecto, natural, conveniente y deseable, pues el recurso jurisdiccional es una «medida extrema que conviene evitar todo lo posible».

En varios países, sea la ley (en Grecia y en España), sea los pliegos de condiciones (en Francia y en Bélgica), hacen la aplicación de la regla llamada de la «decisión previa», subordinando la promoción de un litigo ante el juez del contrato a que se haya agotado la vía gubernativa con la decisión del Ministro de Obras Públicas. En este caso, la omisión de la reclamación previa es considerada —por la ley o por la jurisprudencia— como una excepción dilatoria del recurso contencioso.

69. Toda garantía jurisdiccional está evidentemente excluida del uso del recurso gubernativo. Nada impide, no obstante, a la Administración, cuando está comprometida en un recurso de esta clase, proceder a investigaciones destinadas a esclarecer su situación. Lejos de renunciar a su poder de decisión, se informa simplemente, y aún proporciona a sus contratantes, por una cláusula expresa del contrato, la facultad de someter los litigios pendientes a la consideración de un organismo cuya competencia e imparcialidad serán la garantía de un examen serio de las diferencias.

Así, en Bélgica como en Francia, cada una de las partes tiene la facultad de someter los litigios relativos a la ejecución de los contratos de obras públicas a un organismo administrativo independiente: en Bélgica, la Sec-

ción de lo contencioso del Comité superior de control (1), y en Francia, en cada departamento ministerial, los Comités consultivos de amigable composición (2).

Estos Comités —compuestos de magistrados, de altos funcionarios y de representantes de las organizaciones profesionales de contratistas de obras— tienen por misión buscar, en los litigios y diferencias relativos a los contratos celebrados en nombre del Estado, los elementos de equidad susceptibles de ser adoptados en vista de una solución amigable.

No se sabría subrayar bastante que estos Comités no son, bajo ningún título, jurisdicciones, ni incluso árbitros; no dan más que opiniones que no se imponen a las partes.

Lejos de limitarse al aspecto jurídico de las diferencias, pueden inspirarse en consideraciones de equidad, pero, en cambio, el Ministro no está ligado por la opinión así emitida.

En fin, el contratista ignorará siempre el contenido de la opinión del Comité; las conclusiones de este último no forman, en efecto, bajo ningún título, parte del expediente administrativo (3), y, en el caso en que el asunto deviniera contencioso, no pueden ser ni presentadas ni utilizadas delante de los tribunales.

SECCION SEGUNDA

Del arbitraje.

(Cuestión núm. 17)

70. En varios países (Australia, Austria, Portugal, Unión Sud-Africana) no existe ninguna disposición relativa a la solución por vía arbitral de los litigios originados por la ejecución de los contratos de la Administración.

En otros países (Bélgica (4), España, Yugoslavia) la ley prohíbe a la Administración tanto someterse a arbitraje como aceptar la intervención de cláusulas compromisorias en las convenciones de las cuales es parte.

En cambio, la ley prevé y organiza un procedimiento de arbitraje con ocasión de los contratos administrativos en Alemania, Chile, Dinamarca, Gran Bretaña, Grecia, Noruega, Siria, así como

A. En FRANCIA, donde la prohibición de principio para las personas públicas de comprometer admite, precisamente en materia de contratos administrativos, una importante derogación (5) prevista por la ley de 17

(1) Decretos reales de 30 de octubre de 1910 y 21 de diciembre de 1932.

(2) Decretos de 24 de diciembre de 1907 y de 11 de mayo de 1953 (art. 56).

(3) El dictamen del Comité es un documento de orden interior y confidencial.

(4) Artículos 283 y 1.004 del Código de Procedimiento civil.

(5) Promulgada, a pesar de un dictamen desfavorable del Consejo de Estado, des

le abril de 1906, cuyo artículo 69 autoriza al Estado, los departamentos y los municipios a comprometer, pero solamente para «la liquidación de sus gastos de obras públicas y de suministros».

Hagamos notar que esta ley ha quedado casi sin aplicación porque establece simplemente el principio del arbitraje, sin regular el procedimiento, y que para ser realmente eficaz el acudir al arbitraje debe ser posible no solamente cuando los contratos son ejecutados, sino también, y sobre todo, para las disputas sobrevenidas durante el curso de la empresa.

B. En ITALIA, donde todas las diferencias entre la Administración y el adjudicatario, *tanto durante la ejecución como al fin del contrato*, y cualquiera que sea su naturaleza —técnica, administrativa o jurídica (6)—, son deferidas, conforme a las disposiciones del Código del procedimiento civil y al artículo 349 de la ley de 1865 sobre las obras públicas, a un colegio de cinco árbitros nombrados de la manera siguiente: dos por el presidente del Consejo de Estado entre los miembros de esta alta jurisdicción, otros dos por el presidente del Consejo Superior de Obras Públicas entre los miembros técnicos efectivos de este Consejo, y un quinto por el presidente del Tribunal de Apelación de Roma entre los consejeros. Estos árbitros deben decidir según derecho, y sus decisiones son susceptibles de un recurso a los tribunales ordinarios y ante el Tribunal de Apelación.

C. En los PAÍSES-BAJOS (7), el Código civil no contiene muchas disposiciones útiles en materia de contratos de obra y, por consecuencia, otras numerosas reglas (C. G. Ch.) han debido ser dictadas en el campo de la construcción sobre la base del sentimiento general de la justicia. Por eso los litigios relativos a los contratos de obra han debido ser sometidos a expertos más bien que al juez ordinario, que no conocía los pliegos generales de condiciones.

Tal procedimiento puede tener lugar de dos maneras: por la opinión obligatoria o por el arbitraje.

En la primera hipótesis, las partes se comprometen a no ejercitar recursos jurídicos para el arreglo de los posibles litigios, sino atenerse a la opinión que será emitida por una Comisión de expertos. Una cláusula de este género completará, pues, eventualmente, el contrato. Si, a pesar de todo una de las partes no se conforma a la opinión obligatoria, la otra parte deberá exigir la ejecución mediante una acción civil ante el tribunal. Este no se pronunciará sobre la equidad de la opinión, y por regla general impondrá la ejecución a la parte contraria, salvo si estima que la opinión

pues de un experimento de arbitraje que pareció dió buen resulta, con ocasión de los contratos celebrados cuando la Exposición de 1900.

(6) Cuando en Dinamarca, por ejemplo, se admite que el arbitraje sea prohibido si la diferencia es total o principalmente de orden jurídico.

(7) En razón de la importancia tomada por el arbitraje en los Países Bajos, reproducimos aquí fielmente una parte del informe presentado por M. H. K. DUHOUX, Director adjunto para la vivienda en Rotterdam.

no ha sido emitida en las condiciones que deberían razonablemente presidir el examen del litigio, o que comporta decisiones a las cuales personas de buena fe no pueden lógicamente llegar a concluir.

Las partes interesadas pueden igualmente convenir recurrir al arbitraje en caso de litigio. El artículo 620 del Código de procedimiento civil permite someter al arbitraje las diferencias «de que se dispone libremente» (es decir, que no tienen por objeto derechos que ponen en juego el orden público, tales como existe en el derecho de familia y de las personas). Las partes tienen la facultad de adoptar el sistema del arbitraje cuando un litigio se ha producido, y a este efecto deben celebrar un compromiso por escrito, pero pueden igualmente decidir por una «cláusula compromisoria» —antes incluso que una diferencia se presente— someter al arbitraje todos los posibles litigios. En el compromiso o en la cláusula compromisoria las disposiciones pueden estar previstas a propósito del procedimiento y las reglas según las cuales será juzgado particularmente según «las reglas del derecho» o «según la equidad» (8). Sin embargo, incluso en este último caso, se prohíbe separarse del derecho imperativo o de orden público, y como el artículo 1.378 del Código civil, que dispone, que «cuando los términos de una convención son formales no puede ser modificada por interpretación» es de orden público, los árbitros están vinculados por todas las disposiciones explícitas del pliego de condiciones. La decisión arbitral puede ser más sucinta que el fallo de un tribunal, pues es suficiente indicar el resultado final, las conclusiones y los motivos. En el caso en que una de las partes no se conformara con la decisión, se puede pedir al Presidente del Tribunal una «orden de ejecución («*een fiat executie*), que da a la decisión fuerza obligatoria. Esta instancia al Presidente sólo significa que es intentada una acción civil. En efecto, el Presidente examina no ya el fondo del asunto, sino únicamente su aspecto formal, y no puede rehusar la orden de ejecución más que si las formas prescritas por el artículo 642 del Código de procedimiento civil no han sido observadas. En fin, los artículos 646 y 647 del Código prevén el procedimiento de revisión (ante el tribunal u otros árbitros), pero nunca se hace uso de esta facultad por los litigantes en el campo de la construcción.

Excepción hecha del C. G. Ch. del Cuerpo de Ingenieros, que regula la decisión obligatoria de manera particular, todos los pliegos generales de obligaciones imitan el modo de arreglo de los litigios previsto por el «Consejo de arbitraje para las Empresas de Construcción de Holanda». Según como ha sido convenido, una Comisión generalmente compuesta de tres miembros de este Consejo emite una opinión obligatoria o toma una decisión arbitral. La diferencia no reside más que en la fuerza ejecutoria. El Consejo de Dirección de la Industria de la Edificación, la Federación de Arquitectos Holandeses y la Asociación de Ingenieros de

(8) En el campo de la edificación, el arbitraje se hace siempre según la equidad (*als goede maen, naar billijkheid*).

Delft designan cada uno un número determinado de miembros del Consejo de Arbitraje, entre los cuales, en caso de litigio, las partes en pleito, de común acuerdo, o el Presidente del Consejo, eligen los tres miembros (en un solo caso, un miembro) de la Comisión. El Secretario del Consejo es un jurista que asume al mismo tiempo las funciones de Secretario de cada Comisión. La C. G. Ch. del Waterstaat prescribe la opinión obligatoria en todos los casos, pero el del Ministerio de la Reconstrucción y de la Vivienda permite también recurrir al arbitraje.

Bien que el arreglo de los litigios por peritos ofrece ventajas, no es preciso perder de vista las dificultades que pueden entrañar en los asuntos relativos a la construcción el arbitraje o la opinión que emana de ingenieros, arquitectos y empresarios que no poseen conocimientos jurídicos suficientes. En efecto, salvo en las diferencias de carácter puramente técnico (por ejemplo, a propósito de la calidad de los materiales de construcción), se presentan frecuentemente cuestiones de derecho a las cuales los miembros no juristas dan una solución basada sobre sentimientos de equidad demasiado subjetivos. Existen, sin embargo, también inconvenientes en someter los litigios de orden técnico bien al arbitraje o bien al juicio de los tribunales, pues es imposible establecer una distinción muy neta. Por esta razón, el Rijkswaterstaat ha decidido que las Comisiones consultivas en materia de litigios en los cuales este servicio está interesado deben siempre estar presididas por un jurista. Esta disposición parece lógica; es realizable por el hecho de que el Consejo de Arbitraje tiene, además de sus miembros ordinarios designados por las instancias antes citadas, algunos juristas, «miembros extraordinarios».

SECCION TERCERA

Jurisdicciones competentes y derecho aplicable.

(Cuestión núm. 15)

71. En tres países solamente el contencioso de la ejecución de los contratos de obras públicas es de la competencia de tribunales administrativos. Se trata de Francia, de España y de Portugal. Si los tribunales administrativos se inspiran en las reglas escritas del Código civil, no están, sin embargo, obligados, y el derecho de los contratos administrativos, no codificado, es en primer lugar una creación jurisprudencial.

En los demás países, e incluso en los que, como en Bélgica, el contencioso de la formación de los contratos pertenece a jurisdicciones administrativas, los litigios nacidos de la ejecución o inejecución de los contratos de la Administración son de la competencia de los tribunales civiles.

Sería, sin embargo, un gran error concluir que el derecho aplicable

es el derecho civil tal como rige los contratos celebrados entre simples particulares.

La Administración no sabría aparecer en las relaciones contractuales que establece con los particulares, con un fin de utilidad pública, como un contratante ordinario. Se presenta en el contrato con todos sus atributos de «Poder público», de los que no puede, de otra parte, desasirse, y que las cláusulas draconianas de los pliegos de condiciones tienen por única misión recordar a todos que las crean (9).

En resumen, si el contrato sufre una especie de mutación cuando pasa del derecho privado al derecho público, eso depende no de la voluntad misma de la Administración, dueña de la obra, sino de circunstancias exteriores a las dos partes y a las cuales las dos deben someterse.

Estas circunstancias exteriores a las partes, y en alguna medida trascendentes al contrato, se resumen todas en la noción de utilidad pública o de interés general.

Ciertamente, la fórmula que consistía en reconocer en el «servicio público» la razón de ser de las particularidades del derecho administrativo y la medida de su campo de aplicación parece en el presente superada por los hechos; los autores más eminentes están acordes sobre la imposibilidad de descubrir el criterio del derecho administrativo. No impide, sin embargo, que la actividad de las colectividades públicas es y será siempre regida por reglas jurídicas especiales, porque en el cumplimiento de su tareas consideran —y están obligadas a considerar— su actividad de manera diferente a la de los particulares. Estos últimos buscan satisfacer intereses forzosamente egoístas e iguales, por lo que sería vano, desde luego, favorecer los unos en detrimento a veces de los otros. Semejante igualdad entre las partes resultaría un contrasentido cuando una de ellas persigue la satisfacción de intereses —juzgados «a priori» esenciales— de la comunidad, porque desdeñaría una jerarquía incontestable entre los fines apuntados.

Esta situación de hecho se traducirá necesariamente en un conjunto de procedimientos especiales del derecho administrativo, destinados a asegurar en todas las circunstancias la preeminencia del interés general.

La doctrina y la jurisprudencia francesas han acostumbrado hacer depender el carácter administrativo de un contrato de la estipulación por la persona pública de «cláusulas exorbitantes» del derecho común, es decir, de disposiciones «que tienen por objeto conferir a las partes derechos o poner a su cargo obligaciones extrañas por su naturaleza a las que son susceptibles de ser libremente consentidas por cualquiera en el marco de las leyes civiles y mercantiles».

Ahora bien, estas cláusulas —que solamente poderosas consideracio-

(9) «Incluso en sus relaciones contractuales, dice René MARCQ (*La responsabilité de la puissance publique*, pág. 302), el Estado no abdica su poder y se puede decir que, en un cierto sentido, las obligaciones por él asumidas son siempre potestativas.»

nes de interés general extrañas a las relaciones de particular a particular han podido inspirar— las descubrimos incluso en los países en que, como en Bélgica, los contratos de la Administración son pretendidamente regidos por el solo derecho civil.

72. Estas cláusulas conciernen :

A. *La estrecha dependencia del adjudicatario respecto de la persona administrativa dueña de la obra.*

La colaboración de los particulares que se aseguran los Poderes públicos para satisfacer las necesidades de la colectividad no exonera a dichos Poderes de su responsabilidad moral, pecuniaria o política en caso de ejecución defectuosa de las obras proyectadas.

También la Administración ejerce sobre sus contratantes un triple poder de dirección, de control y de vigilancia, poder que aparece como un atributo originario e inseparable del «Poder público» y su origen no debe ser buscado en el contrato.

Si el empresario se ve llevar así la mayor parte de la iniciativa que le dejaba el derecho privado, hasta el punto de que la jurisprudencia más reciente reconocía al adjudicatario de obras públicas la cualidad de un comisionado de la Administración, conviene observar en seguida que tal subordinación entraña importantes consecuencias, particularmente en cuanto al valor de la recepción provisional (10) y, sobre todo, a la extensión de la responsabilidad, fuertemente atenuada sin duda, del contratante de la Administración, se tratase de la garantía decenal (11) o de la que nosotros llamaremos de los «daños específicos de obras públicas» (12).

B. *Los medios de acción inherentes al «Poder público» contratante.*

Es por las «órdenes de servicio», órdenes escritas manifestando al titu-

(10) Considerar la recepción provisional como una simple «puesta en prueba» que reserva todos los derechos de la Administración sería olvidar la incesante vigilancia de que ha sido objeto el adjudicatario, así como su estrecha subordinación respecto de los funcionarios dirigentes armados de un poder absoluto de intervención y control.

(11) Artículos 1.892 y 2.270 del Código civil belga; los procedimientos especiales de ejecución de las obras públicas y el papel preponderante de la Administración (que es su propio ingeniero y su propio arquitecto) en su concepción y en su dirección explican que los titulares hayan restringido, en una medida muy sensible —y, sobre todo, en lo que concierne a los vicios del plano y del suelo—, la responsabilidad de los contratistas.

(12) Corresponden, en derecho civil, a las «cargas específicas de la vecindad»; no pueden cargarse al empresario, en razón precisamente del monopolio de la iniciativa que se ha reservado la Administración en la concepción y dirección de las obras, así como de la preeminencia del interés general en vista del cual los poderes públicos deciden la ejecución de determinadas obras, cualesquiera que sean los riesgos de daños susceptibles de ser así causados a los particulares.

Más aún que sus compañeros comprometidos por vínculos de contratos de obras privadas, el contratista de obras públicas asume una obligación de medio y no una obligación de resultado.

lar del contrato los deseos del dueño de la obra, como se manifiesta esencialmente la estrecha dependencia del adjudicatario.

Estas órdenes de servicio son, en efecto, ejecutivas por sí mismas en el sentido de que «su provisión es debida» y que el empresario, lejos de poder pretender la protección previa del juez, debe, si quiere impugnar su fondo, obedecer primero y reclamar después.

Estos procedimientos propios de la Administración, y conocidos con el nombre de «privilegios de la decisión ejecutiva y previa», tienen su origen en la necesidad de asegurar, cueste lo que cueste, la «continuidad del servicio público» y, por tanto, pueden ejercitarse incluso en ausencia de toda estipulación expresa.

Por muy exorbitantes del derecho común que parezcan estos privilegios, resultarían, sin embargo, ineficaces si no se acompañaban en el representate de la Administración de un poder casi ilimitado de adaptar las obligaciones de su contratante a las cambiantes necesidades de la colectividad.

La finalidad misma de la actividad administrativa exige de los Poderes públicos que estén en todo momento en condiciones de hacer frente a las necesidades sociales, económicas y aun políticas que se presentan súbitamente, modificando si es preciso la amplitud o la concepción de los bienes que constituyen los instrumentos de su acción. Ninguna ley contractual puede, en nombre de intereses privados, contrarrestar esta «disponibilidad permanente» de la Administración (13), bajo pena de hacer perder a ésta la flexibilidad, la maleabilidad indispensable a su misión.

Todavía más, esto no es porque esta «mutabilidad» de los contratos de la Administración sea objeto de varias disposiciones de los pliegos de condiciones que le confieren un carácter contractual. En realidad, el poder de modificación unilateral de que gozan las personas administrativas le es también inherente a su cualidad de «Poder público» y puede ejercitarse en ausencia de todo texto.

C. *La gama de «medidas de oficio» por las cuales la Administración puede sancionar las faltas de cumplimiento de sus contratantes.*

Las sanciones de derecho privado, que consisten esencialmente en la ejecución por equivalente bajo forma de daños y perjuicios y que están dominadas por el principio de que nadie puede hacerse justicia a sí mismo, son totalmente ineficaces en derecho público, donde el interés general exige de manera particularmente imperiosa la ejecución puntual y

(13) Véase en el *arrêt* del Tribunal de apelación de Lieja de 31 de marzo de 1949, Pas., 1950, II, 5, este resultando significativo: «... incluso frente a un verdadero adjudicatario, esta decisión del Consejo municipal era conforme... al principio de libre ejercicio del poder que confiere a la Administración el derecho soberano de anular o de suspender los contratos administrativos de obras, sin ser obligada por las cláusulas y condiciones de los contratos...» No se sabría declarar mejor que la Administración es un contratante poco ordinario. ¿Se puede hablar todavía de contrato?

en «natura» de las obligaciones asumidas por el colaborador de la Administración.

También esta última toma dentro de la finalidad misma de su acción —y no en las cláusulas del contrato— todo un arsenal de sanciones (14) que aplica al adjudicatario que incurre en faltas sin intervención previa de un juez y que crea un desequilibrio tanto más flagrante entre las partes que, por justificados que puedan estar sus agravios, el empresario se ve rehusar, en nombre del principio de la continuidad del servicio público, el derecho de suspender las obras, y que este mismo principio entraña la imposibilidad de ejecución forzosa contra los Poderes públicos.

73. En fin, constatemos que el fin de utilidad pública perseguido por la ejecución de los contratos de obras no tiene por única consecuencia someter al empresario a servidumbres especiales, ignoradas en el derecho privado.

Respecto de casi todos los servicios públicos se ha formado, en efecto, una clientela de empresarios especializados en un género de obras habitualmente pedidas por la Administración. Esta abandona cada día más su actitud de desconfianza respecto de los empresarios, hasta hace poco aún considerados como extraños y tratados hoy como sus verdaderos colaboradores para la creación y el funcionamiento de los instrumentos de su acción.

Se sigue que es a veces necesario restringir los derechos de quienes contratan con la Administración, desde el momento en que el funcionamiento de los servicios públicos lo exige, es preciso en determinados casos poner reparos incluso cuando las reglas de derecho civil no lo autorizan (15). «La Administración, declara el Comisario del Gobierno, LATOURNERIE (16), está obligada con su contratante de una manera más estricta para el caso en que la extensión de las obligaciones del contratante por las necesidades del servicio público causaría a éste un perjuicio anormal, que no podía razonablemente prever en el momento en que el contrato ha sido concluido.»

Así, el contrato de obras públicas no es ya un simple accidente de la concurrencia, sino la expresión de una colaboración establecida en la línea de una cierta finalidad, a saber, la coordinación de la actividad administrativa y de la actividad comercial para la creación o el perfeccionamiento de un servicio público.

(14) Particularmente la puesta en administración, la rescisión por daños y la adjudicación por daños y perjuicios del contratista fallido.

(15) Ya en su obra consagrada al *Derecho público romano*, t. IV, pág. 148, del *Manual de las antigüedades romanas*, MOMMSEN y MARCQUARDT insistían sobre la facultad de que gozaba el Senado de mantener a un particular en las obligaciones de no importa qué obra, en tanto que la revisión de los contratos era diferida; pero la experiencia muestra, se apresuran a añadir, que «los particulares aceptan en los contratos con el Estado condiciones distintas a las que aceptan en los contratos con los particulares, porque pueden contar con más seguridad para una ejecución equitativa del contrato».

(16) Conclusiones en C. E. fr. 9 de marzo de 1928, R. D., 1928, pág. 328.

Semejante contrato puede subsistir en razón de su extraordinaria facultad de adaptación; y si él se adapta tan fácilmente a las necesidades cambiantes de la colectividad, es precisamente porque la persecución de un fin común determina entre los contratantes un vínculo mucho más estrecho —una especie de consorcio— que simples relaciones de acreedor a deudor.

¿Se puede, en estas condiciones, hablar aún de contrato y no haría falta llegar a la elaboración—quizá inconsciente, pero cierta—de un estatuto de los contratos administrativos (17).

No osaríamos afirmarlo en el estado actual de los textos legales o reglamentarios en vigor en la mayor parte de los países consultados.

Creemos, sin embargo, poder suscribir la opinión que sitúa a la Administración fuera del Derecho civil. Nos parece vano discutir sobre la oportunidad de colocar los contratos en el número de los «contratos administrativos». Lo que parece esencial a nuestros ojos es que sean concluidos por la Administración, pues indiscutiblemente la naturaleza de las partes que intervienen es la que caracteriza y determina la naturaleza de su situación jurídica.

Asistimos, en la mayor parte de los países, a una notable interpenetración de dos derechos. Ella engendra un estatuto mixto, ciertamente salido de las normas fundamentales del Derecho civil, pero que recibe una coloración original tanto del eclipse de ciertas reglas esenciales al Derecho privado (18), como de su adaptación a las necesidades de los servicios públicos, y, en todas las circunstancias, a la preeminencia del interés general.

Así, el contratos de obras públicas viene a insertarse entre la situación puramente contractual y la situación puramente estatutaria: se definirá como siendo «un contrato celebrado entre una persona administrativa y un empresario, en virtud del cual éste se compromete, mediante un precio convenido y a tanto alzado, a construir o mantener un inmueble; este compromiso que da lugar, *ipso facto*, en razón del fin de utilidad general perseguido, a la aplicación de un estatuto legal, reglamentario o jurisprudencial, pero siempre de carácter institucional y hecho de cláusulas exorbitantes del Derecho común, las cuales vienen a modificar las reglas del De-

(17) Véase la intervención del profesor MOUREAU en la Jornada administrativa belga-holandesa en Lieja el 22 de abril de 1955: «Parece que nuestros colegas holandeses consideran que el régimen de las adjudicaciones hechas por las autoridades públicas en su país sea esencialmente de derecho privado. Por tanto, al leer los informes que nos han sido comunicados, yo no estoy plenamente convencido, al menos desde un punto de vista teórico, pues un cierto número de disposiciones de la legislación holandesa imponen la obligación de recurrir a la adjudicación pública.

¿Si esta obligación de recurrir a la adjudicación pública es impuesta a las autoridades públicas, podemos decir —pregunto— que nos encontramos todavía en un régimen de puro derecho privado? Pues, en fin, el particular siempre puede elegir entre el acuerdo directo y la adjudicación pública?

(18) Tal, la igualdad de las partes.

«hecho civil normalmente aplicables a los contratos de obra privada, tanto en el sentido de una agravación de las obligaciones del titular del contrato como en el de una mejor y equitativa comprensión de sus posibles dificultades».

CONCLUSIONES

74. 1.ª Nosotros no creemos que el *procedimiento de la adjudicación pública* merece todas las críticas que le han sido dirigidas.

Tiene incontestablemente por fin principal asegurar la lealtad de la gestión de los patrimonios administrativos; constituye un principio de alta moralidad pública que sustraía a la Administración a las sospechas de favoritismo o de corrupción, siempre simplificando su tarea y aligerando su responsabilidad.

Parece igualmente exagerado hacer su mecanismo responsable de las coaliciones de empresarios (1); es olvidar que los agentes públicos están en todos los países en posesión de un arsenal eficaz para luchar contra las coaliciones ilícitas; de una parte, en efecto, está siempre permitido a la Administración, dueña de la obra, fijar un precio límite; de otra, la autoridad competente goza siempre de la facultad discrecional de no aprobar los contratos proyectados «a fortiori» si le parecen sospechosos.

En la mayor parte de los países importa ciertamente que los procedimientos en vigor sean suavizados, pero importa todavía más que conserven o adquieran un carácter automático.

El precio ofrecido no es seguramente más que un criterio entre otros, pero corresponde a los poderes públicos atenuar el mayor inconveniente que resulta del automatismo del procedimiento—es decir, el riesgo de aceptar una oferta anormalmente baja—por la institución de una selección breve, rodeada de suficientes garantías de imparcialidad, y destinada a no poner en presencia de la Administración más que candidatos técnica y financieramente aptos a llevar a buen fin las obras proyectadas.

Con esta condición, la adjudicación pública—en suma más bien restringida que abierta a todos—puede y debe incluso llegar a ser la regla general para un servicio público.

De una parte, el abandono de este principio disminuiría peligrosamente la concurrencia; de otra, por consecuencia de las delegaciones—frecuentemente muy importantes—consentidas por los Ministros a los organismos delegados, la libre elección para acudir a una u otra modalidad de otorgación de los contratos conduciría rápidamente a abusos y al favoritismo en provecho de determinadas empresas.

(1) Parece haberse abandonado esta opinión en Holanda desde que, en una adjudicación restringida, todos los concurrentes han sido convictos de haber incorporado en sus ofertas una suma a repartir entre los licitadores rechazados (*arrêt* de la Corte Suprema de los Países Bajos de fecha 31 de marzo de 1953).

2.^a Si se ha recurrido cada día más a *la adjudicación-concurso*, es decir, a un sistema en que los licitadores deben presentar una solución técnica sobre la base de un programa elaborado por la Administración, conviene subrayar que, en opinión unánime de las empresas (2), el concurso no se justifica más que en casos excepcionales, bien que las obras a realizar sean de una técnica tal que exija la intervención de oficinas de estudios especializados, bien que las obras exijan por sí mismas una especialización indiscutible, o bien que se tratase de concepciones enteramente nuevas o de aplicación de procedimientos patentados, sea, en fin, que la ejecución de las obras imponga el empleo de un material especial.

De otra parte, el argumento de más valor que sea de naturaleza a justificar el carácter excepcional que debe conservar este tipo de adjudicación, es un argumento de hecho, un argumento de experiencia.

Se ha constatado, en efecto, que determinadas administraciones, en varios países, tenían tendencia a abusar del concurso, y que esta fórmula se traducía demasiado frecuentemente en un favoritismo, apenas disimulado, respecto de ciertas empresas o de ciertos procedimientos.

Se ha comprobado también que las administraciones públicas no vacilaban en hacer ejecutar una solución técnica interesante por una empresa distinta de la que había propuesto esta solución, y eso con la esperanza de obtener un precio mejor. Para evitar este inconveniente, las Administraciones públicas a veces han propuesto la compra de tales soluciones, pero es muy raro que la remuneración propuesta cubra los gastos de estudio hechos por las empresas.

Conviene, pues, rodear este sistema de adjudicación-concurso de un determinado número de garantías, entre las cuales retendremos las siguientes :

Desde luego, quien dice concurso dice jurado de examen de las soluciones propuestas, y es indispensable que la composición del jurado sea conocida de los concurrentes antes de la presentación de las proposiciones por las empresas. Ahora bien : ocurre muy frecuentemente que la composición del jurado no es hecha pública más que en el último momento, a veces incluso no es hecha pública del todo.

Los miembros de los jurados son hombres como todos, y es bien conocido que, incluso en el plano técnico, altas personalidades perfectamente honorables en todos los aspectos tengan concepciones opuestas a determinadas soluciones, lo que, a pesar de toda su conciencia, les llevará a descartar tal o cual solución y a falta de objetividad en determinadas circunstancias.

Es indispensable igualmente que los concurrentes eliminados tengan conocimiento de los motivos de su eliminación. Es eso, nos parece, de simple honradez.

(2) A. P. DUCRET, *Evolution des méthodes d'adjudication de travaux dans différents pays*, «Revue de la Fédération Internationale du Bâtiment et des Travaux Publics» enero 1956, pág. 10.

En suma, es preciso que las condiciones de participación a los concursos ofrezcan a los concurrentes el máximo de garantía.

3.^a Convendría generalizar el sistema que ya en varios países permite remunerar los gastos de estudio de los licitadores.

Con ocasión de las grandes obras recientemente puestas en adjudicación para la Exposición universal de 1958, en Bruselas, y particularmente los túneles, cada licitador habría destinado de 7 a 800.000 francos belgas al estudio de su proyecto.

Se reconocerá que esta práctica no es poco sana, y que la remuneración de los gastos de estudio —calquier remedio que se adopte— ampliará el campo de la concurrencia.

4.^a Se ha visto (3) cuán ineficaces se comprobaban los *recursos jurisdiccionales* —allí donde existen— de que disponen las empresas cuando son rechazadas irregularmente en una adjudicación pública.

Entre los remedios que han sido sugeridos para evitar la insuficiencia de las garantías así ofrecidas a los empresarios, citamos:

a) La obligación moral para la Administración de expresar en los hechos la sentencia del Consejo de Estado anulando la adjudicación.

b) El examen de extrema urgencia por el Consejo de Estado de los recursos presentados contra un acto administrativo unilateral emanado durante el procedimiento de adjudicación; en efecto, la mayor parte de las dificultades provienen del carácter no suspensivo del recurso y son agravadas por el intervalo (4) que separa el acto ilegal de su anulación.

La solución podría quizá consistir en la generalización de la *suspensión de la ejecución*, establecida, según nuestras noticias, por dos países solamente: Francia (5) y Yugoslavia.

En Francia, por ejemplo, los tribunales administrativos pueden ordenar que sea suspendida la ejecución de la decisión administrativa impugnada cuando esta ejecución causaría un perjuicio irreparable (6) al actor, y que los agravios alegados por éste revistan un carácter muy serio.

En Yugoslavia, por el contrario, parece que sea solamente el órgano competente para ordenar la ejecución del acto discutido quien pueda suspender la ejecución de este acto hasta la decisión definitiva del tribunal, si esta ejecución es de naturaleza a causar en el actor un perjuicio difícil-

(3) *Supra* 46 y ss.

(4) ¡La anulación se produce lo más frecuentemente cuando el contrato concluido sobre la base de la adjudicación irregular está en curso de ejecución, y aun completamente ejecutado!

(5) Artículo 9 del Decreto de 30 de septiembre de 1953, reformando el Contencioso-administrativo.

(6) El perjuicio irreparable puede ser definido como siendo el que resulta de la aparición, imputable a la ejecución de la decisión administrativa constatada, de un estado de hecho que sería prácticamente muy difícil de modificar de nuevo en el caso en que esta decisión vendría a ser ulteriormente anulada (Consejo de Estado francés, 12 de noviembre de 1938, Cámara Sindical de Constructores de Motores de Aviación).

mente reparable, y que la suspensión no sea contraria al interés público.

5.ª Más que en todo otro contrato, la ejecución de los contratos de obras públicas es, en efecto, de naturaleza a engendrar innumerables *litigios*. Es fácil descubrir la razón.

La duración de estos contratos, la intromisión constante —lícita o no— de los funcionarios dirigentes, el hecho de sobrevenir acontecimientos imprevistos, los retrasos en los pagos, multiplican las relaciones entre partes y provocan dificultades, y aun desacuerdos casi diarios, sin que sea lo más frecuentemente posible para el empresario obtener una solución conforme a sus intereses más legítimos. Se concibe, en efecto, que los que contratan con la Administración repugnan emplazar a esta última. O bien la reparación de los daños poco importantes exigiría de ellos muchos esfuerzos, mucha paciencia y mucho dinero; o bien ciertas presiones apenas veladas (7) llevan al adjudicatario a renunciar a acudir al juez para no atraerse el odio de los funcionarios interesados.

Esto explica que la mayoría de los contratantes con los poderes públicos no se atreven a sobrepasar el estadio de la instancia puramente graciosa dirigida al Ministro competente. Cuando una negativa se opone a esta instancia, no es generalmente motivada, y esta ausencia de motivación entraña consecuencias inquietantes.

¿Los que contratan con la Administración no están, en efecto —y a veces incluso intencionadamente— puestos en la imposibilidad de juzgar de lo bien fundado de las resoluciones de no aceptar opuestas a sus demandas mejor fundamentadas? Semejante silencio, muy frecuentemente sistemático, nos parece muy grave.

Primero para el recurrente. Cuando ejerce un recurso, sabe ciertamente que puede no conducir a nada, pero en este caso tiene al menos el derecho de saber por qué. Si la decisión recaída en contra de sus pretensiones no le da la razón, el demandante tiene tendencia a creer que el examen ha sido superficial, y aun parcial; no admitirá más que muy difícilmente, y solo con la boca, las explicaciones que le serán quizá procuradas oficiosamente, pero que no se leen en la decisión.

Después para el práctico, a quien es imposible dar un consejo útil. Cuando la regla es secreta, la apariencia es, en efecto, que no hay regla, y donde no hay regla no hay derecho. En la imposibilidad de prever, el práctico se verá obligado a aconsejar el recurso a ciegas.

En fin, para la Administración, porque un laconismo excesivo en la motivación y, a fortiori, la ausencia de motivación conducen a la multiplicación de los procedimientos.

Como el recurso a los tribunales no podría constituir una solución aceptable a causa de la duración del procedimiento, nosotros no vemos más que una salida: la generalización del *arbitraje* en materia de contratos de la Administración, la intervención de colegios arbitrales en los numerosos liti-

(7) Por ejemplo, en cuanto a la atribución de contratos futuros.

gios originados por éstos no pueden más que favorecer la feliz evolución constatada en las relaciones entre los poderes públicos y sus contratantes.

Esta evolución, en efecto, incontestable y nosotros no podríamos concluir mejor que reproduciendo un extracto del prefacio que Ed. PIERRE JEELDRAYERS, nuestro colega en la Universidad libre de Bruselas, ha tenido a bien escribir para nuestra obra *Los contratos de la Administración*.

«Actos corrientes de gestión en su origen, por los cuales la Administración buscaba al menor precio los bienes y los servicios de que tenían necesidad, los contratos administrativos revisten en el presente un carácter enteramente diferente. Sensiblemente idénticos en su forma, regidos aún en gran parte por disposiciones legislativas y reglamentarias tradicionales, los contratos públicos han sido investidos, se podría decir por una sustancia nueva. En el siglo XIX, la Administración se presenta como cliente de los contratistas de obras y proveedores. Sabe cuáles son las prestaciones que requiere de sus contratantes; puede en general apreciar exactamente el peso y los límites; precisa desde entonces sólo su voluntad y su concepción del buen trabajo, y, en un espíritu de sana gestión doméstica, contrata con el licitador que presenta la oferta al precio más bajo. Por su parte, el contratista de obras y el proveedor rigen su empresa o su casa de comercio en un clima de seguridad económica y financiera, reforzada aun por la euforia existente del liberalismo triunfante. Saben lo que dan o prometen. Pueden calcular sus obligaciones y sus riesgos eventuales. Someten a su eminente cliente un precio teniendo en cuenta las exigencias formuladas. Este cliente no es lo más frecuentemente más que un cliente como los otros y todo se realiza como si los servicios y los suministros fueran encargados por una empresa privada. La primera mitad del siglo XX ha trastornado esta concepción de las relaciones entre la Administración y sus contratantes. En esta época las exigencias de la administración tradicional han situado frecuentemente a los contratistas de obras y a los proveedores en una posición delicada, si no a veces crítica, y les han incitado a adoptar una posición de defensa y a erigirse en adversarios de los poderes públicos. Las alzas de los salarios y de los materiales, los azares de la coyuntura económica y financiera, las sorpresas en el estudio técnico de las obras cada día más complejas han provocado las ofertas de precios excesivos comportando una cobertura financiera contratada a tanto alzado y aproximada, las coaliciones previas entre contratistas de obras y proveedores, los defectos de ejecución y un espíritu litigioso hábil en buscar una interpretación favorable de las cláusulas hasta entonces no sujetas a controversia. La Administración, por su parte, ha agravado el clima de desconfianza, precaviéndose a veces a tortas y a locas, contra todas las hipótesis de impugnación. Al mismo tiempo en que la posición de cada uno se ponía tensa, la evolución de las técnicas creaba poco a poco dos condiciones nuevas en las relaciones entre la Administración y los empresarios. La especialización creciente de las tareas confería a determinados empresarios un quasi-monopolio para la ejecución de diversas obras, haciéndoles empresarios de obras públicas. De otra

parte, la complejidad creciente de las obras reunía alrededor del empresario un estado mayor de técnicos experimentados y de oficinas de ejecución, unos y otros mejor informados frecuentemente de las condiciones de realización de las obras públicas que las oficinas de la Administración. Situación paradójica la de estos dos contratantes irremediabilmente enfrentados el uno al otro, un empresario cuya especialización es tal que su empresa no puede subsistir más que con el favor de contratos de la Administración —una administración que no puede ya obtener, ni frecuentemente estudiar las obras que tiene por misión realizar sin el concurso de la empresa privada especializada, sólo técnicamente equipada a este fin.

»La segunda guerra mundial, soltando una avalancha de reglamentaciones económicas estatales, ha precipitado en los dos participantes una evolución, que ya se descubría anteriormente, hacia concepciones más saludables. Dueño de la reglamentación económica en vísperas de la guerra, el Estado podía, si mantenía su comportamiento tradicional, empujar a todos sus proveedores a la ruina, pero se prohibía por eso mismo obtener un concurso que le era vital. Las exigencias de la Administración variaron desde entonces. Se vió aparecer una multiplicidad y una diversificación de las cláusulas de los pliegos de condiciones, figurando en gran número de ellos las que se podrían llamar «cláusulas de asociación».

El Estado dice al empresario: «Que convenio que nosotros colaboramos a una obra determinada cuyo estudio nos pertenece en una gran parte y cuyos elementos serán decididos entre nosotros de común acuerdo. Fijando nosotros las condiciones de realización, todas las cosas quedan iguales, pero si por hecho del Príncipe o por efecto de las circunstancias estas condiciones venían a ser para nosotros más pesadas o más favorables, las revisaríamos sobre la base de elementos de apreciación y de medida que estableceremos desde ahora.»

«El clima de los contratos de la Administración se ha transformado así considerablemente. El Estado y el empresario no son ya contratantes que negocian, sino colaboradores que se encuentran.»

A D D E N D U M

En el momento en que se terminaba la impresión del informe general, el Instituto ha recibido dos nuevos informes nacionales, los del BRASIL e ISRAEL, cuyos rasgos principales, especialmente en lo que aporta un complemento de información o una derogación de las consideraciones generales recogidas en el informe general, son resumidas a continuación.

* * *

La situación descrita en los informes de estos dos países se caracteriza, de una parte para el Brasil, por el hecho de una pluralidad de sistemas de adjudicación que resultan de la situación constitucional y, de otra parte para Israel, por la ausencia de una legislación propiamente dicha en lo que se refiere a las adjudicaciones efectuadas por los departamentos centrales del Gobierno.

En el Brasil, además de la legislación federal —que regula las adjudicaciones de los «Estados Unidos del Brasil»—, existe una legislación especial para cada uno de los veinte estados, y reglamentaciones especiales para numerosos departamentos. El conjunto de estas legislaciones constituye así una vasta materia para un estudio de derecho comparado, y por esto, con razón, el señor CAIO TACITO se limita a la sola legislación federal para presentar su informe nacional para el Brasil.

En cuanto a la situación señalada en Israel, se explica por el desenvolvimiento extremadamente rápido de este país, sus necesidades inmensas y la necesidad de proceder sin tardanza a las obras más urgentes, frecuentemente con medios de azar, contentándose con una especie de Código de Reglas Administrativas elaborado por los departamentos centrales para el «Accountant General», que es en realidad un departamento del Tesoro. Notamos aquí que los establecimientos públicos, que ciertamente tienen una gran extensión y que son de gran importancia para el Estado, no están sometidos a este Código, pero están actualmente invitados cada día más a conformarse a él.

* * *

En el Brasil, los contratos celebrados por la Administración, y entrañando un gasto público, deben ser objeto de adjudicación, al menos en principio (art. 765 del Reglamento General de la Contabilidad Pública), pero puede ser derogado en los casos especiales habituales, tales como casos urgentes, contratos de poca importancia pecuniaria, o aun cuando ningún licitador se ha presentado en la puesta de adjudicación (art. 51 del Código de la Contabilidad Pública).

Según la importancia financiera del contrato, se distingue la adjudicación pública, accesible a todo licitador, y la adjudicación administrativa

que implica la llamada a los empresarios previamente inscritos en el registro del departamento. En este último caso, hay, pues, una especie de selección previa y una situación que corresponde a lo que es comúnmente denominado una adjudicación restringida.

La adjudicación es dejada a la discreción de la Administración, que puede no dar seguidamente la designación de adjudicatario, y el artículo 51 del Código de la Contabilidad prevé que la adjudicación puede ser hecha a un licitador distinto al que hace la oferta más barata si el caso está previsto en el anuncio de adjudicación y en tanto que la oferta aceptada no sobrepasa la más baja en más de un 10 por 100.

Un proyecto de ley ha sido preparado por un grupo de técnicos, con el fin de simplificar y uniformar las reglamentaciones en vigor y reemplazar así la reglamentación federal, que data de 1922.

Respondiendo a la cuestión 13.^a, el informe nacional brasileño señala que las condiciones contractuales convenidas para la ejecución de una obra no pueden ser modificadas más que por la inserción de una cláusula adicional y por consentimiento mutuo, salvo la facultad para el Poder público de establecer nuevas condiciones por un acto legislativo aplicable a los contratos en curso.

Contrariamente a lo que se ve en la generalidad de los casos, la Administración «no goza, pues, del poder de modificar unilateralmente las condiciones del contrato».

En lo que se refiere al financiamiento de las obras, la respuesta brasileña a la cuestión 14.^a no comporta ninguna notación particular. La jurisprudencia admite, sin embargo, en casos excepcionales, un reajuste de los precios del contrato por aplicación de la teoría de la imprevisión, cuando el aumento es imprevisto y «resulta insoportable».

La reglamentación de las obras suplementarias no está establecida por disposiciones legales permanentes, sino por el Pliego de Condiciones o las cláusulas contractuales.

Los litigios referentes a los contratos de obras públicas son sometidos en principio a las reglas del derecho civil; alguno puede ser complementado por disposiciones administrativas. El recurso administrativo ordinario no está establecido, pero es posible en el plano jerárquico, y el arbitraje, legalmente posible y previsto por los artículos 1.037 y 1.048 del Código civil, en la realidad no es nunca aplicado en la materia.

* * *

En Israel, las autoridades locales están sometidas, en lo que concierne a los contratos de obras públicas, a un derecho administrativo que prevé una adjudicación pública, una adjudicación restringida y un acuerdo directo. Como se dice anteriormente, los departamentos centrales del Gobierno, y en realidad los establecimientos públicos, no están sometidos a semejante obligación. Esta distinción encuentra su origen en la situación

existente en Israel en tiempos del Mandato ejercido en esta región por Inglaterra. El Estado de Israel, siendo establecido desde la cesación del Mandato, no ha encontrado delante una legislación o una reglamentación sobre los contratos de obras públicas apropiadas al grado gubernamental, y se ha inspirado aparentemente en la organización británica, dejando una amplia iniciativa a sus departamentos ministeriales, bajo controles jerárquicos similares a los encontrados en los países anglo-sajones.

Considerada bajo un ángulo práctico, parece que una organización más rígida había sido imposible en un país en extraordinaria expansión, cuando ningún control en cuanto a la competencia técnica o en cuanto al crédito financiero de las empresas, frecuentemente nuevos inmigrantes, era posible.

Ni la adjudicación ni incluso el concurso son obligatorios, pero si la adjudicación es acordada en principio, y salvo justificación a dar en el caso en que otro licitador fuera elegido, lo será a quien hace la oferta más baja.

El licitador no puede presentar una modificación técnica a la solución propuesta por la Administración. Tal oferta no sería, pues, válida.

Existe actualmente un plan que tiende a unificar la reglamentación de los contratos de obras públicas, pero parece que se estudia una codificación y una ordenación de la reglamentación para los departamentos gubernamentales y las autoridades locales, más bien que una reforma del régimen.

La Administración tiene el poder de cambiar unilateralmente las condiciones del contrato, en los límites previstos en el contrato y sin deber justificar su decisión. Generalmente los límites previstos son llevados a un 25 por 100 de las cantidades en materiales.

El cumplimiento de los procedimientos establecidos no está garantizado. De un lado, cada una de las partes tiene la facultad de actuar delante de las autoridades superiores, y de otra, la inobservancia de las reglamentaciones no significa la rescisión del contrato.

Los litigios son llevados ante la autoridad superior y, a falta de solución, ante los tribunales ordinarios. Los recursos administrativos son frecuentes, en alguna manera «sobrentendidos», como dice el informe, mientras que los casos de arbitraje son muy raros.

El contrato de obras públicas se sujeta, pues, en Israel, al derecho civil y las dos partes están situadas en el mismo pie de igualdad que las personas privadas.

LOS CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS EN LOS U. S. A. (1)

1. Por regla general, los contratos públicos de la Administración federal son objeto de una *adjudicación pública al que hace la oferta más*

(1) El informe nacional para los Estados Unidos de América ha llegado al Insti-

baja, cuyo procedimiento (anuncio, publicidad, apertura de las plicas, etcétera) es regulado, bien por las leyes, bien por los reglamentos administrativos (2).

Estos prevén excepciones (3) a la regla de la adjudicación pública; en esos casos los contratos pueden ser otorgados sin concurrencia. Pero incluso entonces las autoridades responsables están obligadas a solicitar proposiciones de varias empresas cualificadas y concluir el contrato de buena fe sobre la base de la oferta más ventajosa para el Gobierno.

La conclusión de estos «contratos negociados» (4) es, en efecto, controlada por el «Comptroller General» y por los «Comités del Congreso», y todo funcionario contratante que descarta la oferta más baja emanante de una empresa cualificada debe justificar su decisión.

Dicho esto, incluso en la adjudicación pública, el que licita más bajo no tiene ningún *derecho a la atribución del contrato*; el *interés público* determina, en primer lugar, la decisión final.

2. Incluso aparte de las excepciones limitativamente enumeradas por leyes y disposiciones reglamentarias, puede recurrirse al procedimiento llamado de *negociación* (5), en que son solamente invitadas las empresas consideradas como cualificadas para la obra proyectada. El acudir a este procedimiento intermedio debe, sin embargo, ser cuidadosamente justificado.

3. La adjudicación pública implica, en principio, una *concurrencia ilimitada*; toda empresa puede enviar una oferta.

Después de la apertura de las plicas, son rechazadas las ofertas presentadas por empresas que no poseen una cualificación técnica o financiera suficiente o que figuran en una lista de excluidos, o aun las ofertas no conformes. Se notará que las ofertas deben observar el «Buy American Act», que tiende a prevenir el suministro de mercancías de origen extranjero.

4. Aunque el procedimiento de celebración de los contratos varía de Estado a Estado y de una autoridad local a otra, el concurso es la modalidad más utilizada y, si no se prueba la necesidad de rechazar *todas las ofertas*, el contrato es atribuido «al mejor oferente», al «que hace la oferta más baja», o al «licitador responsable más bajo». Esta «responsabilidad» es apreciada en función de la experiencia del interesado, de su material,

tuto a principios de agosto. Su interés excepcional, así como la personalidad eminente de los miembros del Comité de Estudio encargado de su elaboración, hacen, sin embargo, indispensable que sea dado a conocer a los congresistas.

(2) Por ejemplo, «Armed Services Procurement Act», «Federal Property and Administrative Services Act», «Decisions of the Comptroller General of the United States» (que dirige la «General Accounting Office»), «Bid Procedures Memorandum» ((Departamento de la Marina), etc.

(3) Son las excepciones clásicas (poca importancia financiera del contrato, etc.).

(4) Estamos, pues, aquí en el dominio del acuerdo directo o, más bien, del concurso.

(5) Es una especie de adjudicación restringida.

le su organización técnica, de su reputación, de sus recursos económicos. Algunas autoridades exigen incluso una preselección de los concurrentes y limitan la competición a las empresas así elegidas.

En cuanto a los «contratos negociados», no se recurre a ellos generalmente más que en caso de urgencia, o de poca importancia del contrato, o también cuando es imposible preparar en tiempo útil planos detallados y pliego especial de condiciones.

5. Excepción hecha para el caso en que la autoridad adjudicadora invita a los concurrentes a presentar soluciones originales del problema técnico presentado por la obra proyectada, cuando un licitador presenta una solución técnica diferente de la descrita en los documentos del contrato, la Administración no puede tomar en consideración la oferta no conforme. Todo lo que puede hacer es rechazar todas las ofertas y hacer una nueva llamada a la concurrencia sobre la base de la nueva solución propuesta.

6. La facultad para la Administración de modificar unilateralmente las condiciones del contrato está consagrada por una cláusula expresa de los pliegos generales de condiciones e implica, de una parte, los cambios en los planos y las condiciones de ejecución; de otra parte, las posibilidades del encargo de obras suplementarias en el marco general del contrato. Tales cambios entrañan evidentemente una indemnización equitativa del contratante.

Este poder unilateral no llega, sin embargo, hasta autorizar a la Administración a suprimir partes sustanciales de la obra. Tal medida, constituye, en efecto, una ruptura del contrato («breach of contract») que justifica el reajuste del precio contractual de manera a compensar el aumento de los gastos generales y aumentar el beneficio del adjudicatario sobre el costo de la obra.

Los pliegos generales de condiciones aplican la teoría de las «*sujeciones imprevistas*» y, para evitar que los licitadores se cubran exageradamente contra este riesgo, hacen soportar por la Administración el riesgo del encuentro de condiciones naturales desconocidas o diferentes de las que estaban descritas por los documentos del contrato.

La eventual indemnización del adjudicatario tiene en cuenta no las condiciones naturales que el interesado ha conocido o previsto efectivamente, sino las que las investigaciones normales y razonables, efectuadas conforme a las reglas del arte y de la técnica de la construcción, habrían podido hacerle conocer o prever.

Se notará aún que, entre los acontecimientos imprevisibles que excusan a ejecución en los plazos, los pliegos de condiciones enumeran:

- Los actos del Gobierno («*faits du Prince*»);
- Los actos de otro contratante con ocasión de la ejecución de un contrato por cuenta del Gobierno;
- Las huelgas;
- Los fenómenos anormales de la naturaleza;

— Y los retrasos de subcontratantes o de proveedores, debidos a tales causas.

7. Es el adjudicatario quien debe asegurar el financiamiento del proyecto. Los anticipos están, en principio, prohibidos (6), mientras que las entregas hechas en el curso de la ejecución, a medida del avance de las obras, no pueden exceder del valor del «servicio terminado».

Una ley de 24 de agosto de 1935 («Miller Act») obliga a todo adjudicatario de un contrato federal, cuyo importe exceda de \$ 2.000, a depositar previamente :

- de una parte, una garantía de ejecución;
- de otra parte, una garantía muy elevada destinada a proteger a los subcontratantes, proveedores y obreros que han colaborado en la obra pública (7).

8. La teoría francesa de la «imprevisión» no es aplicable a los Estados Unidos, donde los precios contractuales no son revisados en caso de alteración de la situación económica general.

No se aplica de otro modo más que durante los períodos de peligro nacional y para los contratos que interesan la Defensa (8).

9. Los licitadores, no teniendo un verdadero *derecho* a que se les otorgue un contrato, les es imposible denunciar ante un tribunal la inobservancia eventual de los *procedimientos de otorgación* de los contratos establecidos reglamentariamente.

En cambio, en caso de inejecución por la Administración de sus obligaciones contractuales, el adjudicatario dispone de varios recursos.

En primera instancia, la diferencia será resuelta por el funcionario contratante (9). El adjudicatario dispone entonces de treinta días para interponer recurso ante el jefe del departamento o su representante. La mayor parte de los departamentos que hacen ejecutar obras públicas han visto la creación de verdaderos tribunales administrativos (10) llamados «Boards of Appeals» y compuestos de al menos tres juristas designados por el Gobierno.

Desde la ley de 11 de mayo de 1954 («Wunderlich legislation»), aumentando el control jurisdiccional sobre las decisiones administrativas en ma-

(6) Salvo, por ejemplo, si se trata de contratos por cuenta de la «Atomic Energy Commission».

(7) Esta disposición, que recuerda el Decreto de Pluvioso en Francia y en Bélgica, remedia la ausencia de una cláusula que permite a la Administración americana retener sobre el precio de la obra las cantidades debidas a los obreros, proveedores y subcontratantes a quienes no ha pagado el adjudicatario.

(8) Por ejemplo, «First War Powers Act», 1941.

(9) «Contracting officer».

(10) Cfr. Theodor H. HAAS, *Contract procedures for obtaining additional compensation under government construction contracts* (Fordham Law Review, vol. XXIV, núm. 4, 1955-1956, pág. 554).

eria de contratos públicos, las decisiones de un jefe de departamento —o le un «Board of Appeals» que le represente —pueden ser llevadas por el adjudicatario (11) ante la «Court of Claims» (12):

1) Si se trata de una cuestión de derecho;

2) incluso si se trata de una cuestión de hecho, pero que la decisión discutida es tachada de fraude, arbitrariedad, error manifiesto o que implica mala fe, o aún que no esté apoyada en pruebas substanciales.

10. En conclusión, la materia de los contratos de obras públicas está principalmente regida por disposiciones legales o reglamentarias interpretadas por la Administración y los tribunales.

Los U. S. A. están sometidos a los mismos derechos y a las mismas obligaciones que los particulares (13).

(11) El funcionario contratante no puede interponer recurso contra la decisión del Jefe del Departamento o del «Board of Appeals».

(12) Que posee una competencia exclusiva para los contratos que excedan de 0.000 \$; para los contratos de un importe inferior, los «United States District Courts» ejercen una competencia concurrente; en un siglo, varios miles de litigios referentes a los contratos públicos han sido así llevados ante la «Court of Claims», cuya actitud es muy simpática a los adjudicatarios (cfr. Dr. Ernest L. WILKINSON: *The United States court of claims: where Uncle Sam is always the Defendant*, 36 Amer. Bar Assoc. Jour., 89-92, 155-160 (1950).

(13) «Cuando los U. S. A. establecen relaciones contractuales, sus derechos y obligaciones son, en general, regidos por los derechos aplicables a los contratos celebrados entre personas privadas» (*Lynch v. United States*, 292, United States, 571, 579 1934).