

I. - COMENTARIOS MONOGRAFICOS

UNA SENTENCIA INTERESANTE SOBRE LA MORA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

SUMARIO: I. Dos sentencias sobre revisión de precios.—II. Morosidad según la Sala 4.ª III. La legislación sobre revisión de precios.—IV. Criterio discrepante de la propia Sala 4.ª. V. Criterio de la Sala 3.ª—VI. Doctrina del Consejo de Estado.—VII. El «ius variandi». VIII. Especial relieve del plazo.

I. DOS SENTENCIAS SOBRE REVISIÓN DE PRECIO.

La Sala 4.ª del Tribunal Supremo, con fecha 26 de enero de 1962, dicta sentencia en el proceso contencioso-administrativo promovido por la Sociedad adjudicataria de un lote de mantas por el Ministerio del Ejército, quien denegó la revisión de dicho contrato por estimar que había incurrido en mora la empresa suministradora.

La sentencia en cuestión revoca la resolución ministerial impugnada, estimando el recurso por cuanto no hubo mora al no haber existido la *interpellatio debitoria*, razona con meticulosidad y esmero su criterio aferrado a lo que ella denomina doctrina civilística.

Ciertamente que dicha sentencia no es la que inicia esta posición extraña, que somete los contratos administrativos a fórmulas civilísticas, con lo que se desvirtúan las características sustanciales y específicas de los contratos de suministros que la Administración pública otorga. Antes que ésta, la propia Sala había dictado sentencia de 31 de marzo de 1958, referida también a un suministro de telas al Ejército. En esta sentencia, tras confesar y reconocer que «no está definida la mora en las disposiciones administrativas reguladoras de la contrata y habida cuenta de la remisión a las reglas de derecho común formuladas en la condición 33 del pliego de condiciones», pasa seguidamente a razonar la revocación del acuerdo de la Administración denegando la revisión solicitada, aplicando lo preceptuado en el artículo 1.100 del Código Civil, párrafo 1.º (1).

(1) Sobre la sustantividad del contrato administrativo, vid. PEQUIGNOT, *Teorie generale du contrat administratif*; R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*.

FERNÁNDEZ DE VELASCO puso de relieve cómo el servicio o la obra pública no son tanto el objeto cuanto el fin del contrato administrativo, ya que, en realidad, aquél está constituido propiamente por la prestación o conjunto de prestaciones a que el contrato da lugar; ob. cit., pág. 81.

II. MOROSIDAD SEGÚN LA SALA 4.ª

Fué esta sentencia de 31 de marzo de 1958 la que aborda por vez primera la posibilidad de la revisión de precios en los contratos de suministro, en los que, por cierto, el elemento tiempo, el *plazo* de entrega, tiene un mayor relieve, indiscutiblemente, que en los demás contratos, tanto de derecho civil como administrativo puedan celebrarse (2).

Los contratos de suministro, se celebran, para que la Administración adquiera en el día fijado, como término de la prestación, aquellas cosas, aquellos artículos que necesita para el desenvolvimiento de su actividad, y que en ocasiones exige con inexorable firmeza el propio servicio público. Mas no lo ha entendido así la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, y en el principal Considerando de esta sentencia de 31 de marzo de 1958 establece la doctrina siguiente:

«Es evidente en el concepto técnico-jurídico de la mora del deudor, no es el mero retardo el único elemento integrante de la misma, sino que es necesario que las causas de tal retardo sean imputables al obligado, y, además, el requerimiento o exigencia del acreedor—en este caso la Administración—, que, con arreglo al párrafo primero del artículo 110 del Código Civil, fija el «*dies ad quem*» solamente a partir del cual comienza legalmente la mora, salvo las excepciones que a la necesidad de tal intimidación, por parte del acreedor, señalan los párrafos siguientes del mencionado artículo».

Insiste el otro Considerando en que no aparece en la ley ni en las normas de contratación correspondiente, precepto o acuerdo alguno que de un modo expreso—como exige el número 1.º del citado artículo del Código—declare eliminado este requisito y añade:

«No comprobándose tampoco de la materia o circunstancia de la obligación que la designación de época fuese el motivo determinante de establecer aquella, es incuestionable que sin la oportuna denuncia o requerimiento de los Organismos administrativos encargados de la recepción de las entregas, no pudo legalmente haber mora de la Sociedad adjudicataria; y aparece claro en el expediente que lejos de llevar a cabo la aludida «*interpellatio debitoria*», la Administración admitió sin reparo ni objeción alguna las diversas entregas, no tomando ninguna medida y, finalmente, devolvió la fianza que había constituido».

Siguiendo la trayectoria de esta sentencia, la más reciente de 26 de enero de 1962, revoca el acuerdo dictado por el Ministerio del Ejército, conformándose con el dictamen del Consejo de Estado, que denegó la revisión, por entender que la Sociedad suministradora de las mantas había incurrido en morosidad al no haberlas entregado en el plazo fi-

(2) HEDEMANN declara que los contratos de suministro sucesivo tienen en la práctica una gran importancia. La cuestión jurídica más importante que plantean estos contratos está en si el retraso en la entrega de un lote faculta al acreedor para extender su pretensión resolutoria a la totalidad del contrato de suministro. *Derecho de obligaciones*, vol. III. Traductor SANTOS BRIZ, Edit. «Revista de Derecho Privado», Madrid, pág. 182.

jado en el contrato. Reproduce esta nueva sentencia los argumentos de que la Administración recibió gran parte del material de suministro dentro del plazo señalado y poco después de vencido el término contractual, y añade que:

«recibió el resto, sin sanción, reparo ni objeción alguna, procediéndose normalmente al pago y devolviéndose a la empresa suministradora la totalidad de la fianza prestada, dándose, por consiguiente, el contrato por cumplido y terminado, de modo que su consumación plena y voluntaria, sin el menor asomo de *compelitio*, ni ejercicio de acciones *empti-venditi*, por ningún lado, no es posible se aprecie de otra manera que como el más lógico y normal cumplimiento y consiguiente extinción de la obligación; y por ello sería contradecir el desarrollo de la perfecta consumación, la surgencia, *a posteriori*, de la denuncia, apreciación y aplicación de una mora que jamás se tuvo en cuenta ni perturbó el desarrollo de la ejecución contractual, en contra de la indudable aceptación tácita de su cumplimiento con todas sus consecuencias, reflejada en los actos propios de la Administración y a lo que ésta debe atenerse, lo que impide esgrimir ahora respecto al perfecto y total cumplimiento y extensión, la tesis de una mora afectante del derecho legal a la revisión».

Ambas sentencias deducen de una actitud tolerante de la Administración, fruto en cierto modo de la mecánica de la actuación administrativa, una consecuencia onerosa en extremo para la propia Administración. Esta, resignada, no promueve sanciones por el incumplimiento del contrato dentro del plazo fijado y aceptado por el contratista, sin reserva de ningún género, pero además como consecuencia de ese aquietamiento, se premia al contratista que incumple el contrato, reconociéndole el derecho a la revisión de precio del contrato incumplido. Se olvida que la Administración lo que busca en todo momento es que la obra o el suministro contratado se realice dentro del término fijado o de sus prórrogas y por eso prescinde en la generalidad de los casos de suscitar la incidencia de rescisión del contrato, de aplicar sanciones, por cuanto todo esto implica una operación sumamente compleja, difícil y siempre dilatoria.

Cierto que la Administración no había ejercitado acciones *empti-venditi*, pero ¿se ha pensado la dilación que esto supone? La jerarquización de la actividad administrativa y la diversidad de Organismos impone para una determinación de esta índole, complejos y dilatorios trámites, hasta que el representante en juicio de la Administración, pueda plantear en vía judicial estas acciones que, como antes decimos, alargaría desmesuradamente la realización del objetivo principal del contrato. También en la vida administrativa rige el principio de economía procesal, pero sin que en ningún caso el optar por soluciones prácticas, pueda determinar que en aquellos contratos en que la prestación no se hizo dentro del término pactado, se favorezca al que incumplió la prestación por haber incurrido en morosidad, es decir, por no haberla realizado en el término fijado, con la consiguiente sanción económica, al obligarle a

satisfacer el importe de la revisión de precio establecida en favor de los contratistas que realizan su prestación dentro de término (3).

En el caso de autos se trataba del suministro de unas mantas. La Administración fija la fecha de entrega de éstas, y si dentro de dicho plazo no se efectúa, es indudable que hubo morosidad. ¿Cómo puede decirse que no consta que la designación de la época de entrega «fuese el motivo determinante de establecer aquélla»? Al fijar esa fecha, la Administración, con perfecto conocimiento de la mecánica interna de lo que supone recepción de la mercadería, su distribución por el ámbito nacional, es indudable que tuvo en cuenta las exigencias del servicio público al fijar dicha fecha, bien por la incorporación de nuevas quintas, bien por la demanda de los parques o de las unidades desplazadas en zonas montañosas, etc. Lo que es indudable es que la fecha no pudo quedar nunca al criterio subjetivo y particularísimo del contratista, que al presentar su proposición aceptaba el realizarlo dentro del término que la Administración señalaba por esas imperiosas exigencias del interés público, conjugado con la serie de operaciones internas que la actividad administrativa supone en casos determinados, supuesto totalmente diferente del contrato civil, en el que opera de modo autónomo y libérrimo la voluntad individual (4).

(3) El deudor se constituye en mora cuando no hace efectiva a su debido tiempo la prestación.

Por regla general—dice Von TUHR—la mora no comienza con los efectos desfavorables que tiene para el deudor, a partir del momento en que vence el crédito, precisamente, sino cuando el acreedor da a entender por medio de la *intimación* al deudor que desea que la prestación se haga efectiva. *Tratado de las obligaciones*, trad. W. ROCES, Madrid, 1934, tomo II, pág. 112.

La *intimación* (*interpellatio*) es el requerimiento hecho por el acreedor al deudor para que efectúe la prestación vencida. Lo fundamenta este autor diciendo que «de este modo se evita la crueldad que podría significar para el deudor el dejar en el aire, sin que él lo conociese con toda certeza, el momento de cumplimiento de sus obligaciones».

GIORCI dice que fuera de ciertas excepciones la necesidad de la *intimación* se manifiesta con explícitas disposiciones de los códigos modernos, que al dictarlas no han hecho más que conformarse con los principios de la razón y los del Derecho romano, ya que el deudor, no sin fundamento, puede esperar en la tolerancia del acreedor, y creer que no le premia el cumplimiento solícito de la obligación. *Teoría de las obligaciones*, trad. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», vol. II, pág. 90.

(4) VILLAR PALASÍ, con singular acierto, aborda este problema en los términos siguientes: en el ámbito civil se exige coetáneamente, para que surjan las consecuencias jurídicas de la mora, la existencia de una previa *intimación* de cumplimiento. Ahora bien, es ya principio inconcuso del Derecho administrativo que la mora en este campo se verifica *ex re*, no *ex persona*. Es decir, que siguiendo del principio romano del *dies interpellat pro nomine*, no precisa en modo alguno de la interposición de una *interpellatio*, para que se produzcan las consecuencias legales del retardo culpable. Ello se deduce, ante todo, de los preceptos administrativos, que al determinar la existencia necesaria de la fijación concreta de los plazos transforma al acto administrativo como un negocio fijo, es decir, en una obligación de cumplimiento para un término prefijado. *Concesión administrativa*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix».

III. LA LEGISLACIÓN SOBRE REVISIÓN DE PRECIOS.

Ciertamente que la legislación reguladora de la revisión de precios en los contratos administrativos es demasiado parca y ello ha podido motivar dudas y vacilaciones en el desarrollo de dicho procedimiento. Mas, bien considerado, el conjunto de normas que hoy regula este trámite permite mantener la especialización de los contratos administrativos en los que el elemento *plazo* tiene un especial relieve y él define la situación de morosidad en que el particular contratista puede encontrarse (5).

Según la Ley de 17 de julio de 1945, en su artículo 6.º, la revisión de precios sólo tendrá lugar cuando el contratista no haya incurrido «en morosidad al realizar las obras conforme a los plazos fijados en el contrato o en prórrogas posteriormente autorizadas». Esta Ley es la norma básica y fundamental sobre esta materia, y según el precepto mencionado surge la morosidad si la obra no se entrega «en los plazos fijados en el contrato».

La Orden de 27 de agosto de 1946, complementa la Ley de 1945, estableciendo normas para la tramitación del expediente de revisión de precios. En esta Orden ministerial se preceptúa que tal expediente será instado por el adjudicatario, «acreditando que no ha incurrido en la morosidad sancionada en el artículo 6.º de la ley», y complementando la normativa que regula el procedimiento revisor, se dicta la Orden ministerial de 27 de abril de 1948, en la que se preceptúa que la certificación que libre el Ingeniero «deberá hacer constar la falta de mora del contratista en el período de ejecución...», siendo improcedente la revisión si la falta de mora no fuera apreciada». Es decir, que esta legislación excepcional impuesta por las circunstancias de acentuada inestabilidad en el precio, básicos en esta clase de contratos, alude insistentemente a la necesidad de que la obra quede realizada «en los plazos fijados en el contrato».

Contemplaba esta legislación únicamente el contrato de ejecución de obra, por lo que fué necesario promulgar el Decreto de 19 de noviembre de 1948 para regular la revisión de precios en los «contratos de suministro». También en este Decreto especial para los suministros se dispone en su artículo 6.º que la revisión de precios sólo tendrá lugar «cuando el adjudicatario no haya incurrido en morosidad al realizar el suministro conforme a los plazos fijados en el contrato o en prórrogas posteriormente autorizadas». Luego si los suministros los efectúa el contratista después de vencidos «los plazos fijados en el contrato o en prórrogas

(5) En definitiva, tenía razón GARCÍA DE ENTERRÍA cuando nos dice que en rigor no existe un cuerpo de normas propiamente tales aplicables al fondo de la contratación administrativa: falta un verdadero derecho objetivo, juzgando como tal el mismo derecho de la contratación privada. Porque las normas referidas al contrato administrativo establecen más que nada una serie de *formas* distintas de las fijadas para los contratos civiles, diferenciación que está fundamentalmente inspirada en una desconfianza hacia la propia administración. *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en el número 10 de esta REVISTA.

posteriormente autorizadas» surge una situación de morosidad que impide la revisión de precios de tal contrato de suministro. Ello es evidente; la finalidad de la ley ahí es clara. La fijación del plazo por la Administración para recibir las cosas que le interesa adquirir es función peculiar de la Administración, que el contratista la acepta libremente, y, por tanto, el normal desarrollo de este contrato exige que la prestación se efectúe dentro del plazo fijado. La Administración conoce perfectamente la mecánica interna de los servicios; sabe cuándo las cosas contratadas han de llegar a la aplicación o utilización directa de las mismas para que el servicio o el interés público quede debidamente atendido (6).

Hay en todos estos contratos, además de las cláusulas exorbitantes, otras meramente estimulantes, de que la prestación se efectúe, precisamente dentro de la fecha fijada como límite; mas la aplicación y desarrollo de estas cláusulas de estímulo implica en la generalidad de los casos trámites dilatorios, la incoación de un nuevo expediente para la aplicación de las sanciones o cláusulas penales establecidas al efecto, y ciertamente que no es eso lo que interesa en la generalidad de los casos. El fin principal del contrato es la adquisición de las cosas u objetos del compromiso, y ello aconseja, en la generalidad de los casos, prescindir de trámites dilatorios para una sanción que, aparte de las nuevas diligencias burocráticas, implicarían retraso en la recepción de las cosas contratadas.

No se olvide que el desarrollo de esas cláusulas estimulantes que permiten imponer sanciones e incluso llegar a la rescisión del contrato, son meramente «potestativas», constituyen ciertamente un privilegio de la Administración, quien puede o no aplicarlas, quien puede hacer uso de ellas mediante el expediente especial que para tal efecto se regula en los pliegos de condiciones o en los Reglamentos—diversos y heterogéneos—de los distintos ramos de la Administración. Pero el no hacer uso de esas normas facultativas no altera la situación de morosidad que se produce invariablemente si la prestación no se efectúa dentro de las fechas tope fijadas en los contratos o en las prórrogas que puedan obtenerse conforme a las normas vigentes (7).

Distinta es la cuestión que en algún caso se ha suscitado en relación a la prórroga o modificación del contrato en cuestión. La alteración del

(6) Por eso, en los contratos administrativos se ha entendido desde antiguo que no era necesaria la intimidación del acreedor para que la mora exista, estimándolos, por tanto, comprendidos en el número 2, del párrafo 2.º del artículo 1.100 del Código Civil. Los suministros administrativos, más que otros contratos de la Administración, son auténticas operaciones a plazo fijo, determinado por imperativo de la mecánica administrativa por el órgano de la Administración que lo formaliza y cuyo plazo acepta el licitador, y no puede estar pendiente la Administración de la fecha del vencimiento para en su caso hacer nuevo requerimiento, que aun admitiendo estuviera exento de formalidad supone una nueva tarea y cierta complicación en la mecánica funcional administrativa.

(7) Se considera mora pretérita no susceptible de convalidación cuando la obra o prestación no es genérica, sino específica en cada unidad de tiempo. Por eso es vicioso el subterfugio de considerar ha existido una prórroga tácita cuando la Administración no pone en juego las sanciones o medidas estimulantes, bien por tolerancias, bien por imperativos de la realidad.

volumen de obra contratada no siempre determina ampliación del plazo. Sobre este extremo se ha pronunciado reiteradas veces la Sala 4.^a con singular acierto. Queda por dilucidar en algún caso la llamada «prórroga tácita» que, aun cuando en principio no es admisible en los contratos administrativos, en cambio, cuando los hechos debidamente contrastados en el expediente administrativo ponen de relieve una actuación continuada de los propios Organos administrativos, fuera ya del término fijado para la prestación, con una colaboración técnica con el propio contratista, en algún caso excepcional, se ha definido esta situación como de prórroga tácita válida para que dicho contratista pueda instar la revisión del precio de dicha contrata (8).

De todas formas, el carácter excepcional de estas normas exige suma cautela y prudencia para configurar esta situación que no siempre puede vincular a la Administración ni aun siquiera porque algún agente de ella haya continuado su colaboración más o menos técnica y más o menos oficiosa, con el contratista obligado a la realización de la obra o a la prestación del suministro, y cuando por generosidad y por sentido práctico no aplicó las sanciones que seguramente el pliego de condiciones consentía.

IV. CRITERIO DISCREPANTE DE LA PROPIA SALA 4.^a

Lo curioso del caso es que la propia Sala 4.^a ha dictado una sentencia entre las fechas de las dos antes anotadas, concretamente el 15 de enero de 1960, que al desestimar el recurso de apelación contra la del Tribunal Provincial de Albacete la confirma aceptando los Considerandos de la misma, en los que precisamente se acepta la tesis administrativista en orden a la morosidad en los contratos administrativos.

Con motivo de la contrata de obras para la construcción del Internado benéfico Provincial, solicitó la revisión de precios que la Diputación denegó principalmente por estimar que el contratista había incurrido en mora en la entrega de la obra. Contra este acuerdo se promueve recurso contencioso-administrativo que el Tribunal Provincial desestima en sentencia perfectamente elaborada, en uno de cuyos Considerandos expone que, tratándose de obras públicas contratadas por Corporaciones locales, según el Reglamento de 9 de enero de 1953, tales contratos serán inalterables a partir del perfeccionamiento y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que la sirvan de base, sin que el contratista pueda verificar alteración de precios o indemnización, si bien el artículo 57, con carácter excepcional, admite la posibilidad de

(8) Distingue VILLAR PALASÍ la llamada mora pretérita convalidada: tiene lugar en los supuestos en que se señale un ritmo de desarrollo de la obra por unidades genéricas con relación a unidades de tiempo (metros cúbicos de desmonte, etc.), en uno de esos plazos hubo incumplimiento, pero luego fué recuperado en los períodos siguientes; la sentencia de 1 de junio de 1920 resolvió un caso de mora convalidada en que se rescindió con pérdida de fianza la contrata por retraso durante plazos parciales, pero que luego compensó en los sucesivos períodos sin causar perjuicio a la Administración.

una solicitud revisora cuando sobrevengan ciertos eventos de fuerza mayor; y tras estas reflexiones, en el Considerando 4.º dice:

«Que siendo estas normas de naturaleza excepcional, es evidente que sólo pueden invocarse y aplicarse cuando concurren todas y cada una de las hipótesis y circunstancias previstas en las mismas, ya que, además, es norma de elemental prudencia el proceder con toda cautela en la aplicación de tales arbitrios equitativos, como reiteradamente ha indicado nuestro más Alto Tribunal; pues la seguridad jurídica debe imponer su predominio para que se cumplan y lleven a cabo las estipulaciones libremente consentidas; la primera condición, para invocarlas y exigir las, tiene que ser, en buenos principios, la escrupulosa ejecución de cuantas obligaciones aceptó y se impuso al contratista, especialmente la de realizar la obra dentro de los plazos estipulados, dada la trascendencia que éstos tienen por sí mismos y las importantes consecuencias que se derivarían de la demora. Así el artículo 6.º de la mencionada Ley de 17 de julio de 1945, dispone que tal revisión de precios sólo tendrá lugar cuando el contratista no haya incurrido en morosidad al realizar las obras, conforme a los plazos fijados en el contrato o en las prórrogas posteriormente autorizadas; y el repetido apartado e) del artículo 57 del Reglamento de 9 de enero de 1953, dispone, igualmente, la imposibilidad de concederla cuando hubiera demora imputable a aquél en relación con los plazos señalados en el pliego de condiciones».

Coteja después la fecha en que el edificio debió hallarse concluido, y como la realidad es que fué con posterioridad a dicha fecha, confirma el acuerdo de la Diputación, que denegó la revisión de precios solicitada por el citado contratista. Este Considerando fué aceptado por la Sala 4.ª al desestimar la apelación promovida contra dicha sentencia.

V. CRITERIO DE LA SALA 3.ª

La Sala 3.ª, en cambio, ha sustentado recientemente criterio distinto, manteniendo la pureza de la doctrina llamada administrativa. Por sentencia de 13 de enero de 1962, desestima el recurso contencioso-administrativo, formulado por un contratista de obras adjudicadas por la Dirección general, que solicitaba la revisión de precios de dicho contrato. Ciertamente que se daban circunstancias distintas de las que concurrían en los casos antes relacionados, pues ahora la contrata se desarrolla con ciertas irregularidades y descuido, pero en el razonamiento de esta sentencia se recoge el dictamen denegatorio del Consejo de Estado por estimar hubo morosidad, sencillamente, al no haberse terminado las obras en el término de contrata.

Declara esta sentencia de 13 de enero de 1962:

«Que el artículo 6.º de la Ley de 17 de julio de 1945, al que se remite el segundo del Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, sólo permite la revisión de precios cuando los contratistas no hayan incurrido en morosidad al ejecutar las obras, conforme a los plazos fijados en el con-

trato o con prórrogas posteriormente autorizadas, o que estándó en trámite se resuelvan favorablemente».

Razona después que de los antecedentes del expediente se comprueba la marcha irregular de la obra para concluir afirmando que es pertinente «la denegación del beneficio de revisión de precios», porque éste supone, «como condición indispensable para su otorgamiento, la ejecución en tiempo de la contrata», lo que en este caso no ha ocurrido.

En otro Considerando refuta la alegación del recurrente de falta de imputabilidad en «la no realización en plazo de contrata», la simultaneidad de otros trabajos, que obstaculizaban el ritmo normal de aquéllos, y a la vez declara que no es motivo exculpatorio la demora durante unos meses en cuanto al abono de alguna de las certificaciones de obra, por cuanto según el artículo 41 del pliego general de condiciones, por tal hecho no podrán interrumpirse las obras ni reducirlas a menor escala que la que proporcionalmente corresponda «con arreglo al plazo en que deban terminarse».

El contratista recurrente negó que existiese tal morosidad, o en todo caso, que no dependía de él el que las obras no se hubiesen ejecutado en el plazo de contrata, mas la sentencia que anotamos declara existente la morosidad imputable al contratista y, aceptando el dictamen del Consejo de Estado, declaró no haber lugar a la revisión de precios de la citada contrata.

VI. DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO.

El Consejo de Estado, con un perfecto y acabado conocimiento de esta legislación sobre revisión de precios, cuyo carácter excepcional y circunstancial ha destacado, se ha pronunciado ya en numerosas ocasiones sobre este particular, respetando la sustantividad de los contratos administrativos, cuyos peculiares matices ha puesto de relieve, ha estimado que la Administración no está obligada a denunciar la existencia de la mora por parte del contratista, ya que ésta se produce automáticamente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.100 del Código Civil, en relación con el 6.º de la Ley de 17 de julio de 1945.

Son tantos ya los dictámenes emitidos sobre este particular, que nos limitaremos a enunciar alguno de ellos en los que se condensa con precisión y acierto el criterio de nuestro más Alto Organó Consultivo.

En el dictamen de 25 de junio de 1959, rechazando precisamente la alegación que hacía el contratista en su recurso de que la Administración no denunció oportunamente la mora, declara, «que ésta se produce automáticamente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.100 del Código Civil, en relación con el 6.º de la Ley de 17 de julio de 1945, ya que para la Administración la fijación de plazos es de naturaleza especial y obedece a razones de orden público, por lo que salvo las prórrogas autorizadas, la morosidad se produce automáticamente. Es decir, que no hay que denunciarla, sino que sucede lo contrario, o sea, que el contratista

debe solicitar y obtener la prórroga para no ver enervado su posible derecho de revisión de precios».

En la misma línea se pronuncia el dictamen de 29 de enero de 1959, en el que recalcando la necesidad de que no exista morosidad para poder instar la revisión de precios, dice: «Este extremo de que el contratista no haya incurrido en morosidad es tan taxativo, que exige que se acredite su puntual cumplimiento, es decir, la concesión de prórroga, toda vez que el plazo contractual se excedió y posiblemente también el ritmo de ejecución parcial, según el pliego de condiciones».

No procede la revisión de precios cuando el contratista deja transcurrir el plazo de entrega del total de la obra adjudicada, fijado en el contrato, ya que, en este caso, el contratista incurre en morosidad, dice el dictamen de 16 de abril de 1959.

Y refiriéndose concretamente a un contrato de suministro ultimado por la Administración militar mediante subasta adjudicada a determinada Sociedad limitada, se mantiene el mismo criterio en el dictamen de 5 de marzo de 1959.

VII. EL «IUS VARIANDI».

Ciertamente que la generalidad de los autores consideran el *ius variandi* de la Administración como una de las notas características de los contratos administrativos, por cuanto generalmente los pliegos de condiciones se consagra la potestad de la Administración para variar el contrato ampliando o modificando el volumen de la prestación contratada, bien en orden a la cantidad, o a la calidad de la prestación contratada. Pero este derecho más que un privilegio responde a la especial naturaleza de la actividad administrativa, que exige aprovechar todas las oportunidades para lograr las realizaciones más convenientes al interés público. A la vez, se acusa la especialidad de estos contratos por las llamadas cláusulas exorbitantes que, generalmente, figuran en ellos, por las que se consagra la facultad especialísima en favor de la Administración encaminada a imponer determinadas modificaciones en el contenido del contrato y más aún a asegurar la realización completa y a ser posible en la oportunidad pactada.

Estas cláusulas exorbitantes, como decía el maestro GARCÍA OVIEDO, obedecen a la existencia «de un interés social prevalente en las relaciones» con la Administración (9).

Ello no obstante, la *Administración-cliente*, en frase feliz de PEQUIGNOT (10), no siempre hace uso de esas relevantes atribuciones que el contratista acepta, sencillamente por imperio del sentido práctico que aconseja prescindir de toda medida dilatoria y lograr la puntual realización y efectividad del contrato, bien en el plazo fijado o si ello no fuera posible cuanto antes mejor.

(9) *Derecho administrativo*, 6.ª ed., por E. MARTÍNEZ USEROS, pág. 512.

(10) Ob. cit., pág. 12.

La primacía de la Administración en la relación con negocio jurídico bilateral se destaca en el contrato público, ello es notorio: puede rescindir el contrato porque así le conviene. Y lo sorprendente es—dice GARCÍA OVIEDO—que esta rescisión se verifica por su mera voluntad y decisión, sin intervención de los Tribunales.

Pero estas cláusulas exorbitantes no son de obligada e imperiosa aplicación; la Administración puede o no hacer uso de ellas, es una mera potestad reconocida a su favor. Si hace uso de las mismas para ello deberá ajustarse a reglas y normas específicas instruyendo nuevo expediente con inevitables trámites burocráticos que lejos de acelerar la realización del contrato lo retrasarán.

Ahora bien, el hecho de que la Administración no haga uso de la potestad que se le reconoce y que el contratista aceptó al someterse al pliego de condiciones, para la aplicación de tales cláusulas, no puede derivar nunca en una situación gravosa para la Administración; entendemos que no podrá incrementar las prestaciones dinerarias a cargo de la Administración. Si ésta actúa con benevolencia y sentido práctico y deja de aplicar las sanciones por retraso en la terminación de la obra o en la entrega de las cosas contratadas, no podrá esto determinar que ante ese tolerado incumplimiento del contrato por parte del rematante, en premio a tal proceder, pueda el contratista que incumplió su obligación, mediante la revisión de precios, alcanzar una mayor suma de la estipulada en el contrato original.

Dice la sentencia de la Sala 4.^a de 26 de enero de 1962, en el caso del suministro incumplido, que la empresa efectuó la entrega fuera de plazo, pero sin el menor asomo de *compeditio*, ni ejercicio de las acciones *empti-venditi*; pero ¿se ha parado a pensar lo que supondría para la actividad administrativa el tener que ir a un pleito porque hubiera algún retraso? Tendencia acusadísima de los tiempos presentes es evitar litigios si las contrapuestas pretensiones de las partes pueden tener solución humana correcta, es decir, sin sacrificio, sin demasiado menoscabo de los intereses en colisión. La Administración con buen sentido jurídico huye de pleitos y sólo en casos graves y de extraordinaria importancia o trascendencia acude a ellos. Es demasiado el agobio que en los tiempos presentes pesa sobre los Organismos administrativos para tener que distraerse en preparar un pleito, acopiar datos, formular propuestas razonadas a los Organismos jerárquicos llamados a decidir sobre ello. La acción administrativa se diversifica en Organos escalonados jerárquicamente y se complementa con la colaboración de otros diversos y de ahí que procuran evitarse estos procedimientos dilatorios que terminan con la remisión de antecedentes a la Dirección general de lo Contencioso del Estado para que luego ésta decida que por el Abogado del Estado, como representante en juicio, se promuevan esas acciones judiciales a que alude la sentencia que examinamos. No interesa seguir tan tortuoso e incómodo camino.

Cierto que no se promovió la rescisión de dicho contrato. El pliego de condiciones que sirvió de base para el suministro de mantas autorizaba tal procedimiento, pero también ese camino era igualmente espinoso y

con buen sentido jurídico la Administración no lo siguió. Es que el expediente para la rescisión que obligadamente exige la normativa legal es sumamente complejo, muy laborioso o lento, y en ocasiones contraproducente, pues provoca situaciones contrarias a las que la Administración buscaba mediante el contrato incumplido; en los contratos de obras, especialmente la rescisión de una contrata inevitablemente ocasiona una gran perturbación burocrática, con un alargamiento enorme en la terminación de la contrata, por cuanto necesariamente hay que levantar acta del estado de las obras, hacer la liquidación por personal técnico en el momento que sus cometidos lo permitan de la obra ejecutada, con la recepción parcial de la misma, mas luego preparar el expediente de subasta de la obra pendiente de ejecución, etc. De ahí que se procuren evitar las rescisiones de estos contratos de no concurrir circunstancias muy cualificadas.

Se impone un principio de economía en la actividad administrativa, con el afán de lograr el objetivo principal del contrato, que no es otro que la realización de las prestaciones contratadas dentro del plazo fijado al efecto y de no ser esto posible, en la fecha más inmediata, para que la Administración pueda continuar su actividad contando con los medios buscados por tal contrato. De ahí que la Administración en muchísimos casos no haga uso de las cláusulas exorbitantes, que no imponga la rescisión de la contrata, ni ejercite las acciones judiciales que romperían la armonía mínima indispensable, con inevitables dilaciones; mas de esa conducta generosa de la Administración no puede derivar una más onerosa prestación, a virtud de un proceso de revisión de precios iniciado por quien tardíamente cumplió sus prestaciones.

Como acertadamente entiende el Consejo de Estado, el contrato administrativo tiene naturaleza de «negocio fijo», en virtud de la cual el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación del contratista esté realizada, implica—*ipso iure*—la calificación de incumplimiento a costa de este último.

La diversidad y complejidad de la acción administrativa, aun manteniendo la unidad de acción, obliga a que en el negocio jurídico intervengan Organos diversos que atienden a las distintas oportunidades en que el contrato se desenvuelve, y así ocurre que el Organo receptor de las cosas objeto del suministro se limita a la operación material de recibir esas cosas, que luego otro Organo distinto examina lo que afecta a calidades de las mismas, quedando la función decisoria a otro Organo superior, previos asesoramientos o dictámenes de los Organos consultivos. Todo esto da lugar a una serie de operaciones complejas que en la mayoría de los casos se producen con cierta lentitud y les falta la rápida y decisiva determinación que el particular puede adoptar frente a una conducta más o menos irregular del otro contratante. Por eso se consiente en muchos casos el retraso en el cumplimiento del contrato administrativo, aun cuando el rematante no haya tenido la precaución de instar prórrogas en el término de ejecución, todo con el afán de que se realicen las prestaciones contratadas, huyendo de nuevos expedientes y de enojosos liti-

gios. Pero esta condescendencia, entendemos que no puede agravar la situación de la Administración, sometiéndola a las resultancias de un proceso de revisión de precios que el Ordenamiento jurídico sólo otorga al contratista que cumplió fielmente el contrato, realizando dentro del término pactado las prestaciones a que se obligó. Los actos de mera tolerancia no engendran derecho alguno que pueda oponerse precisamente al que los consintió.

VIII. ESPECIAL RELIEVE DEL PLAZO.

Tradicionalmente ha tenido en el Derecho español una especial relevancia el plazo en los contratos administrativos. Prescindiendo de disquisiciones de tipo doctrinal, el Derecho positivo español ha consagrado de antiguo un significado relevante al término o plazo del contrato.

Toda la legislación referente a contratación administrativa, tanto la referente a la Administración local como la de los distintos Ministerios para la Administración del Estado, han venido concediendo al *plazo* una especial significación, haciendo así honor a la peculiaridad del contrato administrativo.

La Real Orden de 7 de octubre de 1882 sobre suministros de materiales para obras de Ingenieros Militares, declara: «Su majestad ha tenido a bien disponer que cuando hayan de tener lugar las subastas de que se trata, se establezca el *plazo* que aconsejan en cada caso las circunstancias de localidad, estado de los mercados, naturaleza de las obras y clase de materiales a ellas necesarios. Es decir, que el Organó administrativo, conjugando las circunstancias dichas, habrá de establecer el *plazo* para que se efectúen dichos suministros. Esta Real Orden manda a continuación «que el Comandante de Ingenieros y el Comisario de Guerra Interventor, hagan la fijación del plazo, apreciando debidamente y calculando con previsión las circunstancias que quedan indicadas y las que aconsejen su respectiva competencia y buen celo por el servicio». Todos estos factores son los que ponderan los Organos que actuando en momentos diversos, pero con una unidad y un fin único, determinan los requisitos esenciales del contrato administrativo entre ellos la fijación del plazo.

El Real Decreto de 4 de enero de 1883, que aprueba las normas para la contratación de obras y suministros por las Diputaciones y Ayuntamientos, en su artículo 7.º disponía que el anuncio de subasta, cuando por la escasa trascendencia no haya de insertar el pliego de condiciones, deberá consignar «en todo caso» la duración del contrato y la época o plazos en que hayan de verificarse los pagos o haya de prestarse el servicio o realizarse la obra que sea objeto del mismo».

Cuando a raíz de la primera guerra europea como consecuencia del elevado coste que adquirieron ciertos materiales de construcción que determinó la paralización o abandono de muchas contratas de obras públicas, se publica el Real Decreto de 23 de julio de 1918 con el fin de poner remedio a esta situación, se autorizó que los contratistas y desta-

jistas de obras de carreteras del Estado adjudicadas con anterioridad al 1 de enero de 1917, para que pudieran rescindirlas sin pérdida de fianza, pero exigía para ello que se hubieran ejecutado «por lo menos el 60 por 100 de la parte proporcional de obras correspondientes al *plazo* que lleven en ejecución. Ya el Real Decreto de 31 de marzo de 1917 autorizó como mal menor—decía su preámbulo—«la revisión dentro de los contratos actuales de sus precios unitarios...»

El pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas aprobado por Real Decreto de 13 de marzo de 1903, en su artículo 55 preceptúa: «Si llegase el término de alguno de los plazos a que se refiere el artículo 10 sin que el contratista hubiese construido las obras correspondientes, se rescindirán la contrata con pérdida de la fianza, y sin que se admita a aquél reclamación alguna, ni otro derecho que al abono de la cantidad de obra construida y de recibo.

Sólo cuando demuestre el contratista que el retraso de las obras fué producido por motivos inevitables y ofrezca cumplir su compromiso dándole prórroga del tiempo que se le había designado, podrá la Administración, si así lo tuviese por conveniente, concederle la que prudencialmente le parezca».

El precepto es terminante y no hay duda que impone especial relevancia al elemento esencial de estos contratos, cual es el *término* de ejecución de la obra.

Tal precepto ha sido reproducido literalmente por el artículo 60 del pliego de condiciones generales para la construcción de obras denominadas Construcciones Civiles a cargo del Ministerio de Instrucción Pública, que fué aprobado por Real Decreto de 4 de septiembre de 1908.

Es curioso advertir una importante modificación que el pliego de condiciones generales de 1903 estableció con relación a lo que preceptuaba el pliego de condiciones generales para contratación de obras públicas anterior, el que había sido aprobado por Real Decreto de 11 de junio de 1886, refrendado por MONTERO RÍOS. Este viejo pliego de condiciones preceptuaba en su artículo 55 que en las condiciones especiales facultativas de cada contrato se fijara el desarrollo de los trabajos, señalando plazos prudenciales para el progreso de las obras dentro del total de ejecución de las mismas. Estos plazos, decía, son obligatorios para el contratista, pero añadía que si hubiese motivo «para creer que dentro de cada uno no da a las obras el desarrollo correspondiente, el Director facultativo avisará con antelación y por escrito al contratista, dictando además las disposiciones conducentes al puntual cumplimiento de la contrata». Si a pesar de esto llegase el término de algún plazo sin que hubiese construido el contratista las obras correspondientes, procede la rescisión del contrato.

El nuevo pliego de condiciones de 13 de marzo de 1903 ha eliminado *tal formalidad*; ya no es necesario que el Director facultativo haga ninguna advertencia al contratista en orden al avance en las obras contratadas, sino que llegado el término establecido, sin que se hubiesen construido las obras correspondientes automáticamente se provoca una situa-

ción de rescisión del contrato. Como antes decimos, la Administración, en la generalidad de los casos corrientes, huye de esta medida, no hace aplicación de la cláusula exorbitante por una mera tolerancia y no puede estimarse que por esta generosa concesión la morosidad causada ha sido convalidada y haya de ser recompensada con una revisión de precios que puede ser gravemente onerosa para la Administración contratante.

C. MARTÍN-RETORTILLO,
Doctor en Derecho.

