

Instituto García Oviedo

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

JOSE LUIS RIVERO YSERN

TITULO IV

Del contrato de suministro

CAPITULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

7. A los efectos de la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento, se considerará contrato de suministro de bienes muebles por la Administración Pública alguna de las siguientes características:

1.º El empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que se defina con exactitud al tiempo de celebrarse el contrato, estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.

2.º Los bienes se refirieran a bienes consumibles o de fácil

TITULOS PUBLICADOS

1. Estudios dedicados al profesor García Oviedo.
Vol. I. Derecho Administrativo.
Vol. II. Derecho Social.
2. El principio de coordinación en la organización administrativa, por *José Ortiz Díaz*.
3. Algo sobre el precario administrativo municipal, por *Cirilo Martín Retortillo*.
4. Problemas actuales de Régimen Local, por *Eduardo García de Enterría*.
5. La recepción del recurso contencioso administrativo en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, por *Juan Antonio Carrillo Salcedo*.
6. La inalienabilidad del dominio público, por *Manuel Francisco Clavero Arévalo*.
7. La materia contenciosa laboral, por *Manuel Alonso Olea*.
8. El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones, por *Sebastián Martín-Retortillo Baquer*.
9. Eficacia general del convenio colectivo, por *Miguel Rodríguez-Piñero*.
10. De las administraciones autónomas de las aguas públicas, por *Sebastián Martín-Retortillo Baquer*.
11. La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del Suelo y Legislación Hipotecaria), por *Antonio Gutiérrez Ballesteros*.
12. El Auxiliar Asociado, por *Miguel Rodríguez-Piñero*.
13. Dos métodos en el estudio de la Administración Pública, por *Fernando Garrido Falla*.
14. La reclamación administrativa previa, por *Manuel Alonso Olea*.
15. El mito de la Administración prusiana, por *Alejandro Nieto*.
16. La novación ilícita del contrato de trabajo, por *José Cabrera Bazán*.
17. Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español, por *José Ramón Parada Vázquez*.
18. Lo económico-administrativo: historia y ámbito, por *Pedro Luis Serrera Contreras*.
19. La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador, por *Alfredo Montoya Melgar*.
20. La titularidad y el ejercicio del interés colectivo en las relaciones colectivas de trabajo, por *José Cabrera Bazán*.

5764

357.412

X

JOSE LUIS RIVERO YSERN

El Contrato Administrativo de Suministro

EDICIONES DEL INSTITUTO GARCÍA OVIEDO
UNIVERSIDAD DE SEVILLA
N.º 40 - 1976



R. 956



© José Luis Rivero e Inst. García Oviedo
Edita: Inst. García Oviedo
Imprime: Esc. Gráfica Salesiana
Cubierta: José M.º Armengol
Depósito Legal: SE-53-1976
I.S.B.N.: 84-7405-003-0

INDICE

INTRODUCCION

CAPÍTULO I

PRECEDENTES HISTORICOS.

I. CONSIDERACIONES GENERALES	1
II. TRANSFERENCIAS COACTIVAS Y LIBERTAD CONTRACTUAL EN LA GENESIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO	2
A. LA PRESTACIÓN MUNICIPAL DE SUMINISTRO: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA	2
B. LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL MUNICIPIO Y LOS VECINOS EN ORDEN AL SUMINISTRO MILITAR	5
a. <i>Concepto</i>	5
b. <i>Quiebras al carácter contractual de estas relaciones</i> ...	7
C. DISTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO MILITAR CON FIGURAS AFINES	9
a. <i>Contrato de suministro y expropiación forzosa</i>	9
b. <i>Contrato de suministro y requisita</i>	9
c. <i>Calificación jurídica</i>	10

D.	TRANSFERENCIAS COACTIVAS Y CONTRATO DE SUMINISTRO: EL PROCESO DE ADMINISTRATIVIZACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE SUMINISTRO	12
III.	REGIMEN JURIDICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO	15
A.	INTRODUCCIÓN	15
B.	CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NATURALEZA DEL CONTRATO COMPETENCIA JURISDICCIONAL	17
a.	<i>Contrato administrativo y jurisdicción contenciosa: consideraciones generales</i>	17
b.	<i>Contrato de suministro y jurisdicción contencioso administrativa</i>	19
c.	<i>Contrato de suministro entre particulares y jurisdicción contencioso administrativa</i>	24
C.	FORMAS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO	26
a.	<i>Contratos de suministro a la Administración militar.</i>	26
b.	<i>Contratos de suministro a la Beneficencia pública</i> ...	27
c.	<i>Otros supuestos</i>	28
D.	PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO	29
a.	<i>Consideraciones generales</i>	29
b.	<i>La prerrogativa de interpretación unilateral del contrato por la Administración</i>	30
1.	<i>Origen y fundamento de este poder</i>	30
2.	<i>Alcance de la interpretación</i>	32
3.	<i>Criterios de interpretación</i>	35
c.	<i>El «ius variandi» de la Administración en el contrato administrativo de suministro</i>	37
1.	<i>Concepto y alcance del «ius variandi»</i>	37
2.	<i>Su aplicación al contrato administrativo de suministro</i>	39
d.	<i>El poder sancionador de la Administración en el contrato administrativo de suministro</i>	40
e.	<i>La facultad rescisoria de la Administración en el contrato de suministro</i>	43
E.	EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO	47

a.	<i>El principio de riesgo y ventura en la contratación administrativa</i>	47	
b.	<i>El principio de riesgo y ventura en el contrato administrativo de suministro</i>	49	
1.	<i>El sometimiento del contrato administrativo de suministro a este principio</i>	49	
2.	<i>La fuerza mayor y la autonomía de la voluntad como moderadores del principio de riesgo y ventura.</i>	53	
IV.	CONCLUSIONES	54	
CAPÍTULO II			
LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DESDE LA PERSPECTIVA IUSPRIVATISTA: SU PROYECCION EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO			59
I.	CONSIDERACIONES PREVIAS	59	
II.	POSICIONES DE LA DOCTRINA IUSPRIVATISTA SOBRE LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO	60	
A.	TEORÍAS QUE NIEGAN LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO DE SUMINISTRO	60	
a.	<i>Exposición</i>	60	
b.	<i>Crítica</i>	61	
B.	TEORÍAS QUE CONCIBEN EL CONTRATO DE SUMINISTROS COMO UNA PLURALIDAD DE CONTRATOS	62	
a.	<i>El acuerdo fundamental como contrato preliminar</i> ...	63	
1.	<i>Exposición</i>	63	
2.	<i>Crítica</i>	64	
b.	<i>El acuerdo fundamental como contrato normativo</i> ...	65	
1.	<i>Exposición</i>	65	
2.	<i>Crítica</i>	66	
c.	<i>El acuerdo fundamental como contrato de coordinación</i>	67	
1.	<i>Exposición</i>	67	
2.	<i>Crítica</i>	67	

C. EL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO CATEGORÍA JURÍDICA UNITARIA Y AUTÓNOMA: DELIMITACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO FRENTE A FIGURAS JURÍDICAS AFINES	68
a. <i>Contrato de suministro y arrendamiento de obra</i> ...	68
b. <i>Contrato de suministro y compraventa</i>	70
1. <i>El contrato de suministro como modalidad de la compraventa</i>	71
2. <i>Criterios de distinción y sustantivadores del contrato de suministro</i>	72
2.1. <i>Criterio objetivo</i>	72
2.2. <i>Criterio subjetivo</i>	74
2.3. <i>Criterio causal</i>	75
D. DEFINICIÓN PROPUESTA	76
E. LA DOGMÁTICA DEL CONCEPTO EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO	77
CONCLUSIONES	79
CAPÍTULO III	
ADQUISICION DE BIENES MUEBLES POR LA ADMINISTRACION PUBLICA Y CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO; CONCEPTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO	83
I. INTRODUCCION	83
II. LA ADQUISICION DE BIENES MUEBLES EN LA LEY DE BASES DEL PATRIMONIO DEL ESTADO	86
A. AMBITO	86
B. RÉGIMEN JURÍDICO	87
III. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO Y ADQUISICION DE BIENES MUEBLES EN LA LEY DE BASES DE CONTRATOS DEL ESTADO	88
A. INTRODUCCIÓN	88
B. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN JURÍDICA UNITARIA DEL CONTRATO DE SUMINISTRO	89
C. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO Y CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE BIENES MUEBLES	89

a. <i>Concepto y delimitación</i>	89
b. <i>Régimen jurídico</i>	92
IV. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO Y CONTRATO DE ADQUISICION DE BIENES MUEBLES EN EL TEXTO ARTICULADO DE LA LEY DE PATRIMONIO DEL ESTADO	93
A. AMBITO	93
B. RÉGIMEN JURÍDICO	94
V. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO	97
A. EL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO TÍPICO	97
B. CONCEPTO Y ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO	99
a. <i>El contrato de suministro propio</i>	99
b. <i>La compraventa de bienes consumibles o deteriorables.</i>	101
c. <i>Los contratos de fabricación</i>	105
c.1. <i>«Marchés de fournitures» y «Marchés industriels» en Derecho francés</i>	105
c.2. <i>Los contratos de fabricación en Derecho español</i>	108
d. <i>Otros supuestos</i>	110
e. <i>La elaboración de bienes muebles por la propia Administración; especial referencia a los contratos celebrados entre el Instituto Nacional de Industria y los Ministerios del Ejército y Marina</i>	112
e.1. <i>Consideraciones previas</i>	112
e.2. <i>Régimen jurídico de estos contratos</i>	113
e.2.1. <i>Especial modulación del principio de riesgo y ventura y certeza del precio en estos contratos</i>	113
e.2.2. <i>Otras peculiaridades en su régimen jurídico</i>	115
e.3. <i>Consideración de los aludidos contratos como supuestos de elaboración de bienes muebles por la propia Administración</i>	116
CONCLUSIONES	118

CAPÍTULO IV

PREPARACION, ADJUDICACION Y FORMALIZACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO. LOS ORGANOS DE CONTRATACION; EL SERVICIO CENTRAL DE SUMINISTROS 121

I. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACION 121

II. EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACION Y SUS FORMAS; LA SELECCION DEL CONTRATISTA 124

A. CONTRATACION POR CONCURSO Y CONTRATACION DIRECTA. 124

a. *Supuestos que justifican la contratación directa* 124

b. *Clasificación de estos supuestos* 128

B. TRAMITACION DEL CONCURSO 129

a. *El anuncio de licitación; concepto y contenido* 129

b. *La presentación de proposiciones; documentos de preceptiva presentación* 130

1. *Documentos acreditativos de la personalidad del empresario* 131

2. *Declaraciones juradas* 132

3. *Resguardo acreditativo de la fianza provisional* ... 133

3.1. *Papel de la fianza provisional* 134

3.2. *Contratos en los que es innecesaria la prestación de fianza* 134

3.3. *Cuantía de la fianza provisional; posibilidad de un fraccionamiento de la misma* 135

3.4. *Medios de constitución de la fianza* 137

4. *Documentación acreditativa de la calificación del contratista* 138

5. *Carnet de Empresa con responsabilidad* 139

6. *Justificante del pago de la licencia fiscal del impuesto industrial* 140

c. *Tramitación del concurso y adjudicación definitiva* ... 141

C. FORMALIZACION 142

a. *Medios de formalización. Criterios generales* 142

b. *Crítica* 144

c. *Formalización y extinción del contrato administrativo de suministro* 145

III. LOS ORGANOS DE CONTRATACION 147

A. LOS JEFES DE LOS DEPARTAMENTOS MINISTERIALES COMO ORGANOS DE CONTRATACION; CARÁCTER ORIGINARIO DE SUS COMPETENCIAS 147

B. ORGANOS DE CONTRATACION CON COMPETENCIAS DELEGADAS. 148

a. *Procedimiento formal de la delegación* 148

b. *Las Juntas de compras* 151

1. *Competencias de las Juntas de compras* 152

2. *Clases de Juntas de compras* 154

3. *Composición de las Juntas de compras* 155

C. EL SERVICIO CENTRAL DE SUMINISTROS 156

a. *Consideraciones previas; el creciente proceso de intervención de la actividad administrativa y sus consecuencias en el marco de la contratación de suministros* 156

b. *El Servicio Central de Suministros* 158

1. *Antecedentes del Servicio* 158

2. *Aspecto funcional; relaciones entre el Servicio Central de Suministros y las Juntas de Compras.* 160

3. *Valoración y futuro del Servicio Central de Suministros* 164

4. *El Servicio Central de Suministros en relación con los Organismos Autónomos* 166

CONCLUSIONES 168

CAPÍTULO V

LA EJECUCION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO: LA TEORIA DE LOS RIESGOS 171

I. INTRODUCCION 171

II. EL RIESGO EN LA CONTRATACION DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO: SUPUESTOS DE PERDIDA O DETERIORO DE LOS BIENES OBJETO DEL SUMINISTRO. 172

A. PRINCIPIO GENERAL 172

B. LA MORA DE LA ADMINISTRACION; REQUISITOS Y EFECTOS DE LA MORA ACCIPIENDI 176

C.	SUPUESTOS DE PAGO MEDIANTE ABONOS A CUENTA CONTRA ENTREGA O FABRICACIÓN DE LOS BIENES SUMINISTRADOS ...	179
III.	SUPUESTOS DE ALTERACION DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO ...	182
A.	INTRODUCCIÓN ...	182
B.	SUPUESTOS DE ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO CON BASE EN EL MISMO. EL IUS VARIANDI DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO ...	183
a.	<i>Consideraciones previas</i> ...	183
b.	<i>La modificación del contrato administrativo de suministro</i> ...	184
c.	<i>La suspensión temporal del contrato</i> ...	186
d.	<i>La suspensión definitiva del contrato</i> ...	187
C.	SUPUESTOS DE ALTERACIÓN DEL CONTRATO DE ORIGEN EXTRA CONTRACTUAL ...	189
a.	<i>Introducción</i> ...	189
b.	<i>Los principios informadores de la contratación administrativa</i> ...	189
1.	<i>Los principios informadores de nuestra contratación tradicional; el principio del riesgo y ventura.</i>	190
2.	<i>Los nuevos principios informadores de la contratación administrativa; hacia un nuevo planteamiento del principio de riesgo y ventura</i> ...	191
D.	LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN ...	193
a.	<i>Concepto y fundamento</i> ...	193
b.	<i>Requisitos para su aplicación y consecuencias</i> ...	195
c.	<i>La revisión de precios</i> ...	198
1.	<i>La teoría de la imprevisión y la revisión de precios</i> ...	198
2.	<i>Régimen jurídico de la revisión de precios en nuestro derecho</i> ...	199
3.	<i>La revisión de precios en el contrato administrativo de suministro</i> ...	200
3.1.	<i>Antecedentes</i> ...	201
3.2.	<i>Situación actual</i> ...	202
3.3.	<i>Nuestra postura</i> ...	203
3.3.a.	<i>Principio general</i> ...	203

3.3.b.	<i>La revisión de precios en el contrato de suministro «propio»</i> ...	204
3.3.c.	<i>La revisión de precios en el suministro de bienes consumibles o deteriorables</i> ...	207
3.3.d.	<i>La revisión de precios en los contratos de fabricación</i> ...	209
E.	EL «FACTUM PRINCIPIS» ...	211
a.	<i>Concepto y requisitos para su existencia</i> ...	212
b.	<i>Efectos: Fundamento y alcance de la obligación de indemnizar</i> ...	213
	CONCLUSIONES ...	220
	CONCLUSIONES GENERALES ...	223
	BIBLIOGRAFIA CONSULTADA ...	235

PROLOGO

El primer acierto del libro que prologamos es, sin duda, el tema de que trata, tan importante como ausente en la bibliografía jurídico administrativa española.

La expresión clásica de «contratos de obras y servicios públicos de toda especie celebrados por una Administración pública», que ha constituido la frontera para delimitar el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en materia contractual y también el ámbito de la contratación administrativa, incluye y ha incluido siempre el contrato administrativo de suministro. La referencia tan sólo a los de obras y servicios públicos, como ha destacado nuestra mejor doctrina, hay que entenderla como equivalente al giro o tráfico administrativo y por tanto como una cláusula de estilo que asumía también al contrato de suministro. La contratación administrativa típica ha descansado sobre el tripode del contrato de obras, de gestión de servicios públicos y del contrato de suministro. La Ley de Contratos del Estado ha venido a expresar y proclamar esta idea.

Pero a la importancia doctrinal y jurídica de constituir elemento nuclear en la definición de la contratación administrativa y ser uno de los tres contratos administrativos típicos, hay que añadir la muy grande que tiene desde el punto de vista económico y social. Bastará decir en este aspecto que de los 69.362 millones de pesetas, montante total de la contratación administrativa del Estado en el año 1974, 11.524 millones de pesetas fueron destinados a la contratación de suministros.

Como tarea preliminar al examen de la figura en el Derecho administrativo, JOSÉ LUIS RIVERO ha tenido que enfrentarse con el problema de la existencia misma de esta figura contractual en el ámbito de la teoría general de los contratos y su diferenciación de otras figuras afines, principalmente del arrendamiento de obra y la compraventa. En esta parte del libro se maneja la mejor doctrina con buen criterio selectivo y meritorio rigor de técnica jurídica, llegando a la conclusión de la sustantividad del contrato de suministro en base a peculiaridades objetivas derivadas de la periodicidad en la ejecución del contrato que da lugar a un tracto sucesivo, como ha señalado el Consejo de Estado, a peculiaridades subjetivas nacidas de una exigencia del adquirente que hace que las entregas se produzcan según el ritmo de sus necesidades y sin una determinación previa y finalmente peculiaridades causales, en cuanto el factor temporal incide de tal forma en la naturaleza específica del contrato que se convierte en elemento causal del mismo.

A esta importancia doctrinal y económico-social del contrato administrativo de suministro hay que añadir la de su actualidad, que no se deriva sólo de la creciente demanda de bienes para la Administración como titular creciente de cada vez más numerosos y más expansivos servicios públicos, sino también de las regulaciones administrativas de este tipo de contrato que recientemente han aparecido en el Boletín Oficial del Estado. Así, junto a la Ley del Patrimonio del Estado que ha regulado la compraventa de bienes muebles por la Administración, excluyendo de su ámbito las adquisiciones que tengan la calificación de suministro, la vigente Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, modificada parcialmente por la Ley de 17 de marzo de 1973 y su Reglamento de aplicación de 25 de noviembre de 1975, regulan específicamente este contrato tras calificarlo como contrato administrativo típico.

JOSÉ LUIS RIVERO destaca con agudeza cómo el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado adiciona al ámbito del contrato de suministro propio la adquisición de bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso y el contrato de fabricación.

Las relaciones entre las mencionadas normativas son examinadas con acierto y rigor en el libro que prologamos. La expansión del concepto del contrato administrativo de suministro que en la Ley de Contratos del Estado se opera lleva al autor a importantes consideraciones comparativas con los «marchés industriels» en el Derecho francés.

Merece destacarse el estudio dedicado al tema del riesgo y ventura en los contratos de suministro, materia que con tanta brillantez había estudiado GARCÍA DE ENTERRÍA en relación con el contrato de obra pública. La cuestión principal radica en el silencio de la Ley de Contratos del Estado sobre la procedencia de indemnizar al contratista cuando la pérdida o deterioro de los bienes se produzcan con anterioridad a la entrega, por causa de fuerza mayor. La admisión de la solución indemnizatoria, derivada de la supletoriedad de la normativa del contrato de obras, es rechazada por JOSÉ LUIS RIVERO en base a que no se dan las razones que fundamentan la solución dada en el contrato de obras y a la dificultad de determinar si los bienes perdidos y deteriorados eran los destinados a la Administración. Creo que en este punto la comparación con las reglas del derecho privado pueden ofrecer mucha luz. Solución distinta se ofrece, sin embargo, para los contratos de fabricación por su indudable analogía con el contrato de obras. En este capítulo se contienen también importantes aplicaciones de las técnicas de la imprevisión y del hecho del príncipe a los distintos tipos legales del contrato de suministro.

Aunque el trabajo de JOSÉ LUIS RIVERO está referido a la Administración del Estado, su contenido es, en su mayor parte, aplicable también a los Organismos Autónomos y a las Corporaciones locales, dada la dependencia de la legislación de estas Administraciones en materia contractual de la del Estado.

En la dirección de esta tesis, en la que también colaboraron conmigo los profesores ENRIQUE RIVERO YSERN y ALFONSO PÉREZ MORENO, hemos recibido importante y preciosa ayuda de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, a través de su secretario, el abogado del Estado JOSÉ

IGNACIO MONEDERO GIL. *Especial referencia quiero hacer a los compañeros ORTIZ DÍAZ, BOQUERA OLIVER, JORDANO BAREA y PÉREZ MORENO, que conmigo constituyeron el tribunal que juzgó con la máxima calificación de sobresaliente cum laude la tesis doctoral que hoy ve, en este libro, la luz pública.*

La presentación en nuestra bibliografía jurídico-administrativa de este primer fruto investigador de JOSÉ LUIS RIVERO YSERN hay que celebrarla como una aportación al conocimiento de un importante contrato administrativo y como promesa de nuevos trabajos por el autor de este libro.

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO

CAPÍTULO PRIMERO

PRECEDENTES HISTÓRICOS

I) CONSIDERACIONES GENERALES

Nuestro estudio del contrato administrativo de suministro parte del siglo XIX.

La exclusión de un examen de etapas anteriores queda justificada si se considera que no es sino hasta ese período cuando puede hablarse en nuestro Derecho de la existencia del contrato administrativo como categoría jurídica.

La doctrina administrativista ha puesto de relieve cómo en nuestro Derecho la distinción entre el contrato administrativo y el civil es en sus orígenes de orden jurisdiccional: el contrato administrativo no es en sus comienzos sino un contrato civil del que, por diversos motivos, conoce la jurisdicción contencioso-administrativa¹.

No cabe hablar de esta manera en nuestro Derecho de la existencia de un «contrato administrativo» prácticamente hasta 1845, fecha en que se organizan los Consejos provinciales y se

1. Véase sobre este punto PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Los orígenes del contrato administrativo en Derecho español*, I. G. O., Sevilla, 1963; y MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones* (2.ª parte), I. G. O., Sevilla, 1960.

crez en el Consejo Real una sección de lo contencioso, instaurándose un sistema de «justicia administrativa».

Un estudio del contrato de suministro a la Administración, anterior a estas fechas supondría, por tanto, un trabajo de erudición —al margen del tema— y tendría, en nuestra opinión, un interés muy relativo.

En este siglo XIX vamos a analizar, en primer lugar, los contratos de suministro militar celebrados entre la Administración y los particulares en el contexto de lo que podíamos llamar «prestación municipal de suministro militar»; con ello estaremos contemplando los orígenes de la figura.

Posteriormente se estudiará la problemática jurídica del contrato, centrándonos en sus aspectos más sustanciales y procurando ofrecer del mismo un planteamiento unitario a través de sus diversas manifestaciones.

II) TRANSFERENCIAS COACTIVAS Y LIBERTAD CONTRACTUAL EN LA GENESIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DEL SUMINISTRO

A) LA PRESTACIÓN MUNICIPAL DE SUMINISTRO: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Un primer precedente del actual contrato administrativo de suministro se encuentra, en nuestra opinión, en los contratos que los vecinos de los municipios celebraban con los Ayuntamientos para el aprovisionamiento del ejército.

El servicio de aprovisionamiento militar podía llevarse a cabo de diversos modos (Instrucción del Ministerio del Ejército de 22-XII-1864).

El primer sistema era el de «gestión directa». Se entendía por tal el sistema de ejecutar y distribuir las especies de suministro por los propios agentes de la Administración militar, bien adquiriendo ésta por sí misma las materias primas, bien mediante contrata.

La gestión directa se llevaba a cabo mediante la instalación de una serie de «factorías», que preceptivamente habían de existir en las capitales de distrito y en cualquier otra plaza o punto importante de guarnición. A través de estas factorías se distribuía el suministro.

El segundo de los sistemas de gestión del servicio, denominado de «precios fijos», consistía en la celebración de convenios o contratos parciales para cada localidad concreta. El contrato se adjudicaba mediante subasta, habiéndose de formalizar, en función de su cuantía, en convenio privado o escritura pública. Este sistema tendía a solventar las dificultades de la gestión directa, a la vez que lograr, mediante una completa publicidad en la contratación, ampliar la concurrencia y promover la industria en múltiples provincias.

En tercer lugar cabía la ejecución del servicio por sistema mixto. Así por ejemplo para el suministro de pan se convenía con el particular la entrega de un determinado número de raciones por cada quintal de trigo que le facilitara la Administración militar (o adquiriera él mismo, a falta de oficial del cuerpo, por cuenta de la Administración); intervenía la compra el Comisario de Guerra. Cuando el mismo contratista se avenía a distribuir los artículos, percibía una retribución proporcional a la importancia de la distribución de este suministro.

El servicio por sistema mixto se ejecutaba en las localidades donde no habían ofrecido resultados aceptables las primeras y segundas licitaciones para convenir o tratar el suministro a precios fijos.

El suministro a metálico, cuarta de las modalidades de gestión del servicio, era la más simple de todas. Tenía lugar en aquellos puntos donde las fuerzas destacadas de residencia fija fuesen poco numerosas. En estos supuestos se abonaba a la tropa residente el importe del suministro a metálico al precio de costo en el distrito, y si fuera éste insuficiente, el precio medio de los bienes objeto del suministro en la localidad respectiva.

Todas estas formas de gestión del servicio van a tener, sin embargo, una importancia práctica muy escasa; de un lado, por la propia insuficiencia de la Administración militar para ejecutar

por sí el servicio, y de otra parte, por la ineficacia de un sistema de contratación con los particulares que en forma alguna podría proveer a las necesidades de un ejército en campaña en constante movimiento y con unas necesidades crecientes día a día.

Es por ello por lo que va a utilizarse un sistema muy peculiar de gestión del servicio: el servicio de suministro militar se va a hacer *recaer* sobre los Municipios.

Al asumir el Municipio la gestión del servicio, la Administración militar podría atender a sus necesidades de aprovisionamiento con una mayor celeridad y eficacia.

Vemos así cómo las Reales Ordenes de 24 de mayo de 1815, 18 de diciembre de 1816, 15 de mayo de 1837 y 16 de septiembre de 1848, entre otras, van a hacer efectivamente recaer sobre los Municipios «la obligación de atender a las tropas en campaña, proveyéndolas de todo cuanto precisen». Esta obligación se calificará como «servicio público de inexcusable cumplimiento para todos los pueblos» (Real Orden de 9 de agosto de 1877).

Como consecuencia de estas disposiciones va a producirse una delegación de competencias de la Administración central en la local en orden a la prestación del servicio de suministro militar; el servicio de suministro militar, que no es efectivamente competencia de los Municipios², va a ser ahora desempeñado por éstos.

Esta delegación de competencias va a operar, por otra parte, de manera forzosa, de tal manera que la prestación del servicio, más que como una competencia delegada se nos presenta como una carga impuesta a los Ayuntamientos.

Esta transferencia de competencias es característica de la concepción de las funciones delegadas en el régimen local del siglo XIX. MORELL OCAÑA indica en este sentido que «las antiguas funciones delegadas de nuestras Provincias y Municipios son, desde su punto de vista jurídico-positivo, o auténticas competencias locales,

2. De hecho, no se recoge en las leyes provinciales o municipales del siglo XIX un otorgamiento de competencia a los Ayuntamientos o Diputaciones sobre este servicio.

que siguen el mismo régimen de todas las demás atribuidas como privativas a la Administración local, o son cargas, en el sentido de encomiendas de una gestión administrativa fragmentaria de competencias meridianamente estatales, en cuyo ejercicio colaboran de modo forzoso, por imposición de la Ley, las Corporaciones locales»³.

Mediante esta delegación forzosa el Municipio se convierte en un ente instrumental que facilita, de un lado, la labor del Ministerio de la Guerra, que puede descentralizar la prestación del servicio, y de otro, la del Ministerio de Hacienda al permitir articular un sistema sencillo de abono de estos suministros. Se establece efectivamente un sistema de compensación de deudas entre la Administración central y la local; los créditos de la Administración estatal frente al erario municipal por contribuciones se compensaban con las cantidades adeudadas por el Ministerio de la Guerra a los Ayuntamientos en concepto de suministros⁴.

La prestación de suministro que el Municipio asume constituye, en suma, una carga que al mismo le es impuesta como consecuencia de una delegación forzosa de competencias.

B) LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL MUNICIPIO Y LOS VECINOS EN ORDEN AL SUMINISTRO MILITAR

a) *Concepto*

El Municipio, gestor material del servicio de suministro militar, para proveerse de los medios materiales necesarios con que gestionar el nuevo servicio cuya prestación se le impone, no tiene otra opción que la de acudir a sus vecinos.

3. MORELL OCAÑA, Luis, *La delegación entre entes públicos en el Derecho público español*, I. E. A. L., Madrid, 1972, pp. 62 y 63.

4. Para el supuesto de que las especies suministradas por los pueblos fueran mayor que el importe de las contribuciones a satisfacer, la R. O. del Ministerio de Hacienda de 10 de septiembre de 1875 establece que en estos supuestos presenten los pueblos sus recibos a los delegados del Banco

Como primer paso para la gestión del servicio, y en cumplimiento de lo preceptuado en la Ley de Ayuntamientos de 1836, el Municipio había de establecer una consignación presupuestaria previa de estos gastos.

Esta consignación presupuestaria no se llevó en un principio a la práctica, con la consiguiente indefensión para los particulares, que en los supuestos de negativa al pago por la Administración de los suministros por ellos efectuados pretendían de los tribunales despacharen mandamiento de ejecución sobre los bienes municipales, lo que les era sistemáticamente negado. Es por ello que, de conformidad con el Consejo Real, la Real Orden de 7 de septiembre de 1883 impuso a los Ayuntamientos la obligación de «consignar anualmente en su presupuesto de gastos y bajo el epígrafe “suministros” una cantidad para dicho concepto igual a la que por término medio y por dicho concepto hubieran satisfecho los pueblos en el último trienio...» Igual cantidad a la consignada en el presupuesto de gastos incluirían los Ayuntamientos en el de ingresos bajo el epígrafe de «reintegros», consignándose con la fórmula «impuestos establecidos y reintegros por suministros y otros conceptos».

Con base en esta consignación —decíamos— el Municipio va a adquirir de los particulares vecinos del mismo los bienes que precisa para el suministro. Surge así entre el Ayuntamiento y sus vecinos una relación jurídica en orden a este abastecimiento militar, cuyo estudio nos interesa. En ella se encuentra, en nuestra opinión, un primer antecedente de la figura que estudiamos.

La jurisprudencia califica estas relaciones como contratos, contratos de servicio público. Este contrato tendrá por finalidad suministrar, proveer a la Administración de manera reiterada y en función de sus necesidades de los elementos materiales necesarios para la atención de los ejércitos. La operación constituye

de España para su abono, y caso que éstos se negaran a su abono, procedería la presentación directa de los indicados recibos ante las administraciones económicas, siendo por éstas satisfechas en metálico, expedándose el oportuno libramiento en concepto de anticipación al Ministerio de la Guerra en recibos de suministros.

un contrato de compraventa con la Administración local que va a repetirse de manera periódica en función de las necesidades de abastecimiento de la Administración militar.

El Consejo de Estado (Dictamen de 24-I-1848) considera estas compraventas celebradas por los particulares con los Ayuntamientos como «contratos celebrados para la prestación de un servicio público». Indica que estos contratos «tienen un fin de utilidad pública tan directo e inmediato como lo serían la reparación de un camino, la construcción de un puente o la limpieza de las calles, y siendo esto así, las cuestiones que sobre ello se susciten son de la competencia de los Consejos provinciales».

Es interesante, pues, señalar que nos encontramos ya ante unas primeras transferencias de bienes, generalmente fungibles, a la Administración en orden al suministro, al abastecimiento militar, calificadas como contratos, como «contratos de servicio público».

b) *Quiebras al carácter contractual de estas relaciones*

Conviene resaltar, sin embargo, respecto de estos primeros «contratos» de suministro la ausencia en ellos de un auténtico carácter convencional.

En primer lugar, falta en estos contratos una auténtica «libertad de contratar» por parte de los vecinos del Municipio. VILLAR PALASÍ señala que «este suministro tenía un cierto carácter de contrato forzoso y no sólo de hecho (puesto que difícil era a los pueblos y a los vecinos en particular oponerse a él), sino incluso desde el punto de vista legal; así, por ejemplo, las Reales Ordenes de 4 de septiembre de 1854 y 4 de noviembre de 1855 señalaban «la obligación que tenían los Ayuntamientos de suministrar en especie a través de las factorías respectivas a las tropas destacadas y transeúntes»⁵. El Municipio, que ha asumido de manera forzosa la prestación del servicio, no va a contratar, sino a imponer el contrato.

5. VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, 1969, p. 14.

Por otra parte, junto a esta ausencia de una auténtica libertad de contratar se nos presenta asimismo como sumamente problemática la convencionalidad en la fijación del precio en estos contratos. Se llevaba a cabo ésta, efectivamente, mediante un procedimiento en el que la intervención del particular era puramente nominal. En la fijación de estos precios intervenían, de un lado, la Diputación provincial, como representante de los intereses de los pueblos, y de otro, el Comisario de Guerra, teniéndose en cuenta a tal efecto el precio medio de los materiales suministrados a los pueblos cabeza de partido en el mes anterior. El precio, pese a esta teórica intervención de los Municipios (articulada a nivel provincial), resultaba en la práctica fijado unilateralmente por el particular, por debajo del valor real de los bienes suministrados, con las consiguientes protestas de los pueblos, protestas a las que la Administración central contestaba recordándoles sus obligaciones en orden a tan importante servicio.

Esta circunstancia, fundamentalmente la ausencia de una libertad real de contratar por parte de los miembros del Municipio, y esta fijación, prácticamente unilateral de precios en la que la intervención, no ya sólo del particular, sino del propio Municipio, era, como hemos visto, meramente teórica, impiden, en nuestra opinión, hablar en estos «contratos de suministro» de auténticas relaciones convencionales.

Estas transferencias presentan, por el contrario, un marcado carácter coactivo que permite calificarlas, como vamos a ver, de auténticas «ventas forzosas» a la Administración⁶.

Dado el gran paralelismo que existe entre estas transferencias y figuras, como la requisa o la expropiación forzosa, se hace pre-

6. Sobre el tema de las ventas forzosas, escasamente estudiado por la doctrina administrativa y iusprivatista, vide en general: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Las excepciones a la L. E. F.*, en «R. A. P.», 59, 1969, pp. 129-160. En Derecho italiano, el fundamental trabajo de PUGLIATI, S., *Introduzione ad una teoria dei trasferimenti coattivi*, «Annali dell' Instituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali», Università di Messina, vol. V, 1930-1 (XIX), pp. 43-204, y apéndice sobre este tema: *Sulla onerosità dei trasferimenti coattivi*, pp. 205-214.

ciso, como labor previa a su calificación, delimitar estos contratos frente a figuras afines.

C) DISTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO MILITAR CON FIGURAS AFINES.

a) *Contrato de suministro y expropiación forzosa*

Por lo que a la expropiación forzosa respecta, son diversas las diferencias con estos contratos. En estos contratos, por ejemplo, no se expropia un *corpus certum*, sino más bien una indeterminada cantidad de *genus* a concretar en función de las necesidades de la Administración. De otro lado, la coacción administrativa va en estos contratos a incidir sobre una pluralidad de personas, por contra de lo que sucede con la expropiación forzosa, que supone una privación singular de la propiedad⁷.

Se observa asimismo que la transmisión de propiedad que en estos contratos opera no lleva consigo —cual sucede en los supuestos de expropiación— una alteración del fin al que el bien se hallaba destinado, sino que, manteniéndose esta finalidad, se hacen llegar dichos bienes a la Administración de manera forzosa.

b) *Contrato de suministro y requisa*

Menos clara puede resultar, por el contrario, la distinción entre estos contratos y las requisas. Esta dificultad deriva tanto de la propia imprecisión del concepto de requisa⁸ como de la presen-

7. BAENA DEL ALCÁZAR considera que la venta forzosa supone «la entrega de un producto por parte de todos». BAENA DEL ALCÁZAR, *Las excepciones...*, cit., p. 132.

8. GARCÍA DE ENTERRÍA y VILLAR PALASÍ, consideran que la requisa es una forma específica de transferencia coactiva caracterizada por la nota de urgencia. (Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1965, pág. 90, y VILLAR PALASÍ, José Luis, *Justo precio y transferencias coactivas*, R. A. P., 18, 1955, pág. 23).

Para MESA-MOLES SEGURA, la requisa supone la privación temporal del uso de una cosa; si la privación es definitiva, nos encontramos ante un



cia en ambas figuras de ciertas notas comunes cual pudieran ser el carácter mueble de los bienes objeto de la transferencia o la nota de urgencia que de manera general se encuentra presente en ambos supuestos.

Nótese, sin embargo, que en estos contratos de suministro, a diferencia de lo que ocurre con la requisa, no nos encontramos ante un mandato imperativo de la Administración que prive al particular de la libre disponibilidad de una cosa; la intervención coactiva de la Administración en estos supuestos se limita a asegurar la formación de un vínculo contractual a través del cual se opere la transmisión.

Conviene señalar también que las cantidades que los particulares perciben de la Administración como contraprestación de los bienes transmitidos no se consideran «indemnización», sino «precio del contrato», si bien la intervención del particular en la fijación de estos precios, como hemos ya indicado, era puramente formal.

c) *Calificación jurídica*

Estos contratos de suministro constituyen una figura distinta, desde el punto de vista dogmático, tanto del contrato, cuya forma adoptan, como de la requisa o expropiación, cuya esencia encierran.

Así parece considerarlo también el Consejo de Estado que, en dictamen de 9 de enero de 1865, va a diferenciar, aún sin entrar a considerar su naturaleza jurídica, estas figuras.

En este dictamen se negaba indemnización a un particular ante una *requisa* de bienes por no tratarse en el supuesto «ni de

supuesto de «incautación». (Ver MESA-MOLES SEGURA, Antonio, *De la adquisición por causa de utilidad pública*, en Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN, Madrid, 1952, pág. 554).

GARRIDO FALLA, por su parte, la considera como la expropiación del uso de una cosa. Cuando se trata de una cosa fungible, la expropiación se convierte en una transferencia coactiva de bienes fungibles (expropiación de bienes de consumo). GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1971, pág. 295; etc., etc., etc.

contratos», «ni de suministros», sino de ocupación de propiedades.

El suministro de bienes que el particular lleva a cabo deriva formalmente de un contrato con la Administración. De hecho, sin embargo, el particular no va libremente a esta contratación; la libertad de contratar desaparece prácticamente y el contrato se convierte para él en un contrato impuesto, en una relación contractual de hecho, en una venta forzosa.

Esta obligación de vender, que se nos presenta como una simple obligación de hecho, puede encontrar su fundamento, desde un punto de vista jurídico, de dos modos distintos. Cabe pensar, en primer lugar, en que, puesto que, como ya hemos analizado, la gestión del servicio pasa inmediatamente, por delegación forzosa, a recaer sobre la Administración local, se deleguen asimismo en favor del Municipio, junto con la delegación del servicio, el poder y las facultades necesarias para gestionarlo.

Cabe por otra parte también, considerar estos contratos impuestos como resultantes de un deber genérico de colaboración de los vecinos en las cargas municipales (recogido, por otra parte, en la propia legislación municipal)⁹. El servicio de suministro militar, al igual, por ejemplo, que el servicio de alojamiento o bagajes, no son sino cargas que mediante la forma de una delegación del servicio se imponen a los Ayuntamientos por el poder central. Los vecinos, al igual que tienen derecho a participar en los bienes y beneficios del pueblo, están obligados también a contribuir a estas cargas municipales; concretamente con respecto a este servicio de suministro, esta cooperación va a llevarse a cabo mediante estas ventas forzosas a través de las cuales los particulares proporcionarán al Ayuntamiento los medios necesarios para el abastecimiento de los ejércitos.

En conclusión, estos contratos de suministro suponen una serie de ventas forzosas a la Administración que versan sobre bienes fungibles y que los vecinos han de realizar en virtud de un genérico deber de cooperación a una carga municipal —ya que como tal hemos considerado al servicio de suministro en con-

9. Artículo 26 de la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877.

sideración al carácter forzoso que reviste la delegación que del mismo se hace en el Municipio.

Señálese por último cómo estas ventas forzosas, lejos de constituir prestaciones aisladas, presentan una nota de periodicidad, de continuidad, que son asimismo características, como veremos, de la relación jurídica de suministro. El particular, efectivamente, se encuentra obligado frente a la Administración local no ya al contrato, sino «a contratar de manera periódica y en función de las necesidades de la Administración militar»¹⁰.

D) TRANSFERENCIAS COACTIVAS Y CONTRATO DE SUMINISTRO: EL PROCESO DE ADMINISTRATIVIZACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE SUMINISTRO

Las consideraciones que hasta ahora han quedado hechas en torno al carácter coactivo de estos primeros contratos de suministro son de interés en cuanto permiten unas reflexiones en torno al carácter administrativo que del contrato se predica en nuestra actual legislación de contratos del Estado.

La Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, tras su modificación de 17 de marzo de 1973, indica en su artículo 3.º, párrafo 1.º que «los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos del Estado, así como la prestación de suministros al mismo, tienen carácter de administrativos».

Conforme con lo establecido en este precepto, estos tres tipos de contratos celebrados por la Administración pasan a ser considerados como «contratos típicos administrativos»; no cabe en consecuencia celebrar un contrato de obras, de gestión de servicio público o de suministro conforme a las normas de Derecho pri-

10. VILLAR PALASÍ afirma que «es consustancial a las formas de transferencias impuestas su carácter de generalidad y, aparte de ello, de periodicidad; es decir, tratarse no de una prestación instantánea y repetible para el sujeto, sino periódica, para entregas presentes y futuras» (VILLAR PALASÍ, José Luis, *Justo precio y transferencias coactivas*, «R. A. P.» 18, 1955, p. 24).

vado. El legislador ha juzgado que estos contratos, por su gran vinculación con el servicio público, exigen la presencia en ellos de determinadas facultades de la Administración, así como el sometimiento de las controversias que en torno a ellos se susciten, al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin ocuparnos ahora del examen del contrato de obras y el de gestión de servicios públicos y centrándonos sólo en la consideración del contrato de suministro, nos encontramos que el artículo 83 de la citada Ley de Contratos del Estado, al darnos el concepto del contrato de suministro, considera como tal a una serie de supuestos de adquisiciones de bienes muebles en las que concurren determinadas circunstancias (carácter perecedero de los bienes, sucesividad en la entrega o elaboración de los bienes conforme a directrices previas de la Administración). Asimismo el citado precepto remite a la Ley del Patrimonio del Estado el tratamiento de las restantes adquisiciones de bienes muebles. Estas adquisiciones de bienes muebles que la Ley de Patrimonio del Estado recoge en su artículo 92 constituyen (ya tendremos ocasión de insistir en este punto más adelante) contratos sometidos a las normas del Derecho común, civil y mercantil conforme a lo establecidos en los artículos 2.º de la Ley de Patrimonio del Estado y 340 y 344-2.º del Código civil.

La Administración, por tanto, cuando celebra un contrato con un particular para adquirir bienes muebles, puede hacerlo bien en las mismas condiciones que los particulares, y en ese caso nos encontramos ante un supuesto de «adquisición de bienes muebles» regulado en la Ley de Patrimonio del Estado; bien utilizando las prerrogativas propias del contrato administrativo, supuesto al que se reserva la denominación de «contrato de suministro».

En un momento más avanzado del trabajo haremos un análisis crítico de la posible justificación y conveniencia de esta doble regulación.

Conviene indicar ahora tan sólo que este doble tratamiento de las adquisiciones de bienes muebles por la Administración, parte en nuestro Derecho de consideraciones de tipo histórico y es comprensible si se admite que los poderes que a la Administración acompañan en el contrato administrativo —poderes que llevan a

la doctrina a hablar de exorbitancias administrativas en el contrato¹¹— son, por lo que al contrato de suministro respecta, trasunto del carácter forzoso con que en sus comienzos se desenvolvían sus primeras manifestaciones. Es por ello que cuando este poder de la Administración no viene requerido por la propia naturaleza del contrato, la adquisición de bienes muebles pierde su calificación de contrato de suministro y se somete a las técnicas del Derecho privado como «simple adquisición de bienes muebles».

El proceso es similar al que en Derecho francés se observa con los *marchés de fournitures*. ANDRÉ AUMONT señala cómo en Derecho francés la expresión *marchés de fournitures* se reserva a los contratos celebrados por la Administración según los procedimientos propios del Derecho público. Esta posición se explica, escribe el citado autor, por razones históricas, ya que «históricamente el procedimiento contractual sustituye en Derecho francés a la requisita cuando el Príncipe se estima lo suficientemente poderoso para permitirse no usar de su autoridad y tratar con sus súbditos. El nuevo procedimiento contractual se sitúa, por tanto, en el mismo dominio que el acto unilateral que reemplazaba»¹².

11. Sobre el tema de las posibles exorbitancias de la Administración en el contrato administrativo, ver entre otros: LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, vol. I; PEQUIGNOT, *Theorie generale du contrat administratif*, París, 1945; SAROI BADAQUI, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*. En Derecho español: A. GENDÍN, Sabino, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La figura del contrato administrativo*, «R. A. P.», 41, 1963; MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de partes; en «el Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, I. G. O., Sevilla, 1960; PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *La nueva Ley de Contratos del Estado*, «R. A. P.», 47, 1965; GARCÍA TREVIANO, José Antonio, *Principios sobre los contratos de la Administración*, con especial referencia a la vida local, «R. E. V. L.», 87, 1956; BOQUERA OLIVER, José María, en *La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia española y francesa*, «R. A. P.», 23, 1957, y en *Poder administrativo y contrato*, B. O. E., Madrid, 1970.

12. AUMONT, André, *Les marchés de fourniture et des services; notions generales*, «Juris-Classeur administratif», fasc. 525, p. 5, París, 1971. Asi-

III) REGIMEN JURIDICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

A) INTRODUCCIÓN

Antes de adentrarnos en el examen de la problemática jurídica del contrato administrativo de suministro en el período que nos ocupa, es preciso hacer dos consideraciones previas, una de orden conceptual y otra de orden metodológico.

Por lo que a la primera respecta conviene indicar que no existe a lo largo del período que vamos a examinar un concepto preciso del contrato de suministro. El contrato de suministro se nos presenta como una compraventa de ejecución *sucesiva* que versa sobre géneros, sustancias, artículos u objetos precisos para la alimentación, combustible, obras o trabajos, elementos éstos a consumir o utilizar para servicios o menesteres ordinariamente accesorios.

A finales de siglo, tras la publicación del Código civil, se identificará la figura del contrato de suministro con aquellas ventas de cosas fungibles en las que «el precio resulte fijado con relación al peso, número o medida» de los bienes entregados (art. 1452, 3, del Código Civil).

Sin embargo, hasta la aparición del texto refundido de los Impuestos de derechos reales y sobre Transmisiones de bienes, de 28 de febrero de 1927, no se nos ofrece un concepto técnico jurídico preciso. En el período que vamos a analizar, por el contrario, el concepto que del contrato se maneja es un concepto vulgar en el que como contrato de suministro se califica toda compra de bienes muebles de carácter fungible y generalmente perecedero con la que se atiende a necesidades duraderas.

Desde el punto de vista metodológico hay que anticipar que el método que vamos a utilizar para el estudio del contrato administrativo de suministro en el siglo XIX va a ser un método fundamentalmente inductivo. Vamos a intentar ofrecer una visión

mismo LAUBADERE, A., *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tomo I, p. 107.

unitaria de su problemática jurídica partiendo de la observación de los diversos contratos de suministro que en este período se nos presentan.

Es en nuestra opinión indudable que la teoría general de la contratación administrativa parte en nuestro Derecho y se desarrolla fundamentalmente en torno a la problemática y la normativa del contrato de obra. En torno a este contrato va a surgir a lo largo del siglo XIX una normativa general de tipo unitario que plasma en sucesivos «Pliegos de Condiciones administrativas Generales». La presencia de estos pliegos permite un análisis unitario del contrato; de este análisis irán posteriormente obteniendo, por vía deductiva, la doctrina y la jurisprudencia los principios generales de la institución, construyendo de esta forma toda una teoría general del contrato administrativo.

Esta normativa de tipo unitario no existe, por el contrario, en el contrato de suministro. Nos encontramos, por lo que respecta a este contrato, en presencia tan sólo de una serie de disposiciones diversas destinadas a regular un contrato de suministro concreto, en consideración a su objeto o a la entidad administrativa concreta que ha de recibirlo (vgr. pliegos de condiciones generales para el suministro de algodón, pliego de condiciones generales para el suministro de materiales a la Marina, etc.).

Es por ello que, si se pretende hacer un análisis desde el punto de vista dogmático de los diversos aspectos del contrato en este período, sea preciso partir del análisis de esta dispersa normativa. Tan sólo de esta forma, y con la ayuda de la Jurisprudencia, podremos ofrecer una visión de conjunto de la problemática sustancial del mismo.

Hechas estas consideraciones previas podemos pasar ya al estudio de los aspectos que en nuestra opinión ofrecen un mayor interés en el contrato. Vamos a empezar con unas referencias a su naturaleza jurídica y a la jurisdicción competente sobre el mismo. Analizaremos posteriormente las formas de adjudicación para centrarnos por último en el contenido de la relación contractual. En este punto se analizarán, de un lado, las facultades de la Administración en el contrato, y de otro, finalmente, la situación en

él del contratista, considerando especialmente el juego en el contrato del principio de riesgo y ventura.

B) CONSIDERACIONES EN TORNO A LA NATURALEZA DEL CONTRATO: COMPETENCIA JURISDICCIONAL

a) *Contrato administrativo y jurisdicción contenciosa: consideraciones generales*

El tema de la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos de la Administración ha sido objeto de amplia discusión doctrinal.

Esencialmente el problema se centra en determinar si tales contratos adquieren sustantividad propia frente al contrato ordinario o si, por el contrario, son ambos esencialmente iguales, siendo sus diferencias meras especialidades en su régimen jurídico.

En sus comienzos, el contrato administrativo no es sino un contrato ordinario rescindible, en función de diversos criterios, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Desde un punto de vista sustancial no cabe predicar, por tanto, una naturaleza distinta de la civil o mercantil en los contratos que la Administración celebre.

Este es el sentido que cabe dar al artículo 5.º de la Ley de 13 de septiembre de 1888 sobre el modo de ejercerse la jurisdicción de lo contencioso-administrativo que, tras apartar del conocimiento de los tribunales contencioso-administrativos las cuestiones de naturaleza civil, excepciona, «sin embargo», las cuestiones sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la *Administración central, provincial y municipal* (cuestiones civiles) *para obras y servicios públicos de toda especie* (criterio de atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa).

El criterio de atribución jurisdiccional se nos presenta así, no como algo adjetivo y circunstancial, sino como un elemento sustancial en orden a la distinción entre ambas categorías con-

tractuales. Este punto de vista fue mantenido, entre otros, por OLIVÁN y ALFARO¹³.

Otros autores van, sin embargo, a señalar lo accidental de esta atribución jurisdiccional y van a establecer la diferenciación entre contratos administrativos y civiles en función de diversos criterios. DELGADO, por ejemplo, considera la diversidad entre contratos administrativos y civiles como una diversidad formal, estimando que el único criterio justo y admisible para la determinación de la sustancia del contrato administrativo sería «determinar los contratos por razón de su importancia para prescribir la suma de formalidades de que debieran estar revestidos»¹⁴.

GALLOSTRA establece la distinción en función del objeto y finalidad del contrato; la especialidad del contrato radica en el objeto y en el interés general que implica, en el hecho de ventilarse en ellos intereses que afectan a funciones sociales encomendadas al Estado¹⁵.

FERNÁNDEZ DE VELASCO observa, por su parte, cómo la Administración goza en el contrato administrativo de privilegios y facultades de que no gozan las partes en otras relaciones contractuales, así la posibilidad de alteración del contrato en curso de ejecución, la rescisión del contrato a su conveniencia o la prohibición al contratista de transmitir sus obligaciones¹⁶.

SILVELA predica la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme con un criterio orgánico, para todos los contratos que la Administración celebre¹⁷. Finalmente no

13. OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*, 1843, p. 158; ALFARO, *Lo contencioso-administrativo*, 1881, pp. 10, 70 y 72.

14. E. DELGADO y MARTÍN y F. ARRIAGA DEL ARCO, *Contratos administrativos*, 2.^a edición, tomo I, p. XII (Introducción), 1899. En este mismo sentido GASCÓN, *Tratado de Derecho administrativo*, 7.^a edición, 1941, tomo I, p. 245.

15. GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*, 1881, p. 160.

16. FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Los contratos administrativos*, 1927, p. 47.

17. SILVELA en el discurso de la proposición de Ley presentada al Congreso de Diputados en la sesión de 12 de noviembre de 1838 y tomada en consideración en la del 16 del mismo mes. Recogida en «Estudios

faltan tampoco criterios complejos de diferenciación. Así GÓMEZ GONZÁLEZ indica que «sintetizando la doctrina más aceptable, los contratos administrativos se caracterizan por la concurrencia de estos tres requisitos: 1.º, que una de las partes contratantes lo es, con atribuciones para ello, la Administración central, provincial o municipal (criterio orgánico); 2.º, que el contrato tiene por objeto directo la realización de una obra o servicio público (criterio objetivo), y 3.º, que se celebra con las formalidades prescritas en la legislación administrativa (criterio formal)¹⁸.

b) *Contrato de suministro y jurisdicción contencioso-administrativa*

Por lo que al contrato de suministro en concreto respecta, es invariable, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, su calificación como contrato administrativo en función de alguno de estos criterios y su consiguiente atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa desde los primeros momentos de la implantación de ésta en nuestra patria.

Ya en la proposición de Ley presentada al Congreso de Diputados en la sesión de 12 de noviembre y en su artículo 38, párrafo 15, se establece que las atribuciones de los Consejos en lo contencioso son: «oír y decidir las reclamaciones relativas a la nulidad o validez de los remates y ejecución e interpretación de los contratos de suministros para toda clase de servicios públicos o establecimientos públicos de la Provincia; a la rescisión de las mismas cuando deba haber lugar a ella, determinando las indemnizaciones que puedan corresponder y demás contestaciones...».

A lo largo de todo el proceso de evolución de nuestro sistema jurisdiccional contencioso-administrativo va a mantenerse de manera constante esta atribución del contrato de suministro a la

prácticos de Administración», Madrid, 1839, p. 217 Cita de PARADA VÁZQUEZ en *Los orígenes*, cit., p. 85.

18. GÓMEZ GONZÁLEZ, *Contratos administrativos*, en la «Enciclopedia jurídica española Seix». En este mismo sentido JORDANA DE POZAS, en *Derecho administrativo*, 1924, p. 48.

jurisdicción contencioso-administrativa y ello en función de un doble criterio: orgánico y finalista.

El primero de estos criterios supone, como apuntábamos anteriormente, una atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de todos los contratos que la Administración celebre. En este sentido, el Real Decreto de 30-XII-1846 que aprueba el Reglamento sobre el modo de proceder del Consejo Real sometía al conocimiento del mismo «las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados por el Gobierno o por Direcciones generales de la Administración civil». El contrato de suministro va a ser, conforme a este criterio, residenciado ante la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto «contrato celebrado por la Administración».

El criterio finalista, por su parte, va a formularse por vez primera en la Ley del 2 de abril de 1845 (por la que se establecen la organización y atribuciones de los Consejos provinciales), para mantenerse posteriormente de manera constante como elemento determinante de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los contratos de la Administración¹⁹. En esta Ley se atribuye a los Consejos provinciales la competencia sobre las cuestiones relativas al «cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados por la Administración civil o con las provinciales o municipales para *toda especie de servicios y obras públicas*». En función de este criterio el contrato de suministro será asimismo residenciado ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Efectivamente, el término «servicio público» que utiliza la Ley no es empleado con la carga de precisión técnica con que posteriormente había de quedar acuñado por la ciencia del Derecho administrativo²⁰, sino que es sinónimo

19. Ver artículo 4.º, párrafo 2.º, de la Ley de 16 de diciembre de 1876, sobre facultades de las Comisiones provinciales, y artículo 5.º de la Ley de 13 de septiembre de 1888 y 22 de junio de 1894 sobre el modo de ejercerse la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

20. CORAIL, *La crise de la notion de service publique*, en «Droit Administratif Française», pp. 12 y ss. Cita de PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, en *Los orígenes...*, cit., p. 99.

de órgano, de necesidad o función. Al hablar, por tanto, de contratos de servicio público se alude indudablemente, de manera muy especial, a aquellos contratos que, sin perseguir de manera directa la realización de una actividad de servicio público, proporcionan a la Administración y a los establecimientos públicos los elementos necesarios para el desenvolvimiento de tal actividad; se está aludiendo de manera directa a los llamados contratos instrumentales y de entre ellos fundamentalmente al contrato de suministro.

El contrato de suministro, en cuanto contrato instrumental a través del cual se asegura el cumplimiento de una determinada función de la Administración o el normal funcionamiento de un determinado establecimiento público, en cuanto contrato que tiene por finalidad un servicio público, va a ser, por tanto, residenciado de manera inalterable ante la jurisdicción contencioso-administrativa²¹.

Analizando, por otra parte, las normas relativas a la contratación de suministros, contenidas en algunos pliegos o reglamentos de contratación de este período, se observa asimismo esta atribución del contrato de suministro al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Veamos así, por ejemplo, los contratos celebrados por los particulares con las instituciones públicas de beneficencia.

La regulación jurídica de estos establecimientos de beneficencia tuvo en nuestro siglo XIX dos momentos fundamentales: el primero viene dado por la Ley de 23-I-1822. Esta Ley reorganizó a nivel municipal los establecimientos públicos de beneficencia, recogiendo bajo unas «juntas municipales de beneficencia» a los diversos establecimientos públicos de beneficencia del partido municipal. La Ley marginó totalmente la beneficencia particular hasta la aparición de la Ley de 20 de junio de 1849 y su Reglamento

21. PARADA VÁZQUEZ observa cómo es a propósito del contrato administrativo de suministro donde aparece usada por primera vez la expresión «para toda clase de servicios públicos» en un sentido puramente orgánico, como lo prueba su equiparación (en el proyecto de Ley sobre facultades de los Consejos provinciales en materia contenciosa) al término «establecimiento público». PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Los orígenes...*, cit., p. 78.

de 14 de mayo de 1852 sobre organización y funcionamiento de la beneficencia pública, en los que se vuelve de nuevo a conciliar los derechos del Gobierno y las instituciones privadas.

Nos interesa fundamentalmente resaltar que en el artículo 1.º de esta Ley de 20 de junio de 1849 se indica que los «establecimientos de beneficencia son públicos»; se exceptúan únicamente y se considerarán como particulares, si cumplen el objeto de su fundación, los que se costeen exclusivamente con fondos propios donados o legados por particulares, cuya dirección y administración estén confiadas a las personas autorizadas por el Gobierno para este efecto o a patronos designados por el fundador».

Esta nota de publicidad del establecimiento, y fundamentalmente la configuración de servicio público que posteriormente se dará al servicio de beneficencias en las leyes municipal y provincial de 1877 y 1882 (arts. 73-6.º y 74-1.º, respectivamente), van a ser el criterio orgánico y finalista que permitirá residenciar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los contratos que en orden a su abastecimiento estos establecimientos realizan.

Como trámite previo al conocimiento de estos contratos por la jurisdicción contencioso-administrativa se establece una vía gubernativa previa. Los acuerdos de las Diputaciones en esta materia ponen fin a dicha vía, no cabiendo alzada, salvo en los casos recogidos en el artículo 79 de la Ley provincial (supuestos de suspensión por el gobernador de los acuerdos de las Diputaciones). Si el acuerdo emana de un Ayuntamiento es preceptiva, por el contrario, la interposición de un recurso de alzada ante el gobernador civil (Real Orden de 26 de mayo de 1880 en relación con el art. 84 de la Ley del 26 de septiembre de 1863).

La Jurisprudencia insistirá posteriormente en esta competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los contratos de suministro a las instituciones públicas de beneficencia.

En auto del tribunal de lo contencioso de 27 de octubre de 1903, por ejemplo, se nos dice que «cuando un litigio versa sobre la inteligencia, validez y efectos de un contrato para el suministro de carne a los establecimientos de beneficencia celebrado entre un particular y un representante de la Diputación provincial, la materia objeto del pleito es de índole administrativa,

al tener este carácter una de las entidades contratantes, así como el servicio al que el contrato hace referencia». Igualmente el Real Decreto decisorio de competencias de 16-XII-1908 decide un conflicto planteado, en favor de la jurisdicción contenciosa, «dado que es innegable la competencia de la Administración para entender del cumplimiento e incidencias de los contratos de suministro a los establecimientos de beneficencia a cargo de la Diputación provincial». En el mismo sentido, finalmente, el Tribunal Supremo, al indicar en Sentencia de 6-II-1917 que «está expresamente atribuida la cuestión a la jurisdicción contenciosa por el artículo 5.º de la Ley de 22-VI-1894...», etc.

Esta competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de estos contratos de suministros a la beneficencia pública viene, por otro lado, expresamente establecida en virtud de una remisión en el Reglamento de 14 de mayo de 1852 (art. 56) a las normas del Real Decreto de 27 de febrero de 1852 por el que se regula la celebración de contratos para toda clase de obras y servicios públicos y en el que se establece que «no podrán estos contratos someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos, por la vía contencioso-administrativa».

Remisiones expresas a este Real Decreto encontramos asimismo en el artículo 12 del Pliego de condiciones generales para la subasta de materiales y efectos para la Marina, aprobado por Real Orden de 27-IV-1862; en el artículo 5.º de la Real Orden de 14-VI-1890 por el que se aprueba el Reglamento general de hospitales de Marina; en el artículo 33 del Pliego de condiciones generales para los suministros de tabaco a la Hacienda pública, aprobado por Real Orden de 5-IV-1881; en el Real Decreto de 18-VI-1881 sobre contratación de todos los servicios del Ramo de Guerra, etc.

En todos estos supuestos el contrato de suministro va a ser residenciado, por tanto, ante los tribunales contencioso-administrativos.

c) *Contrato de suministro entre particulares y jurisdicción contencioso-administrativa.*

Queremos en este punto hacer referencia a la posibilidad que en este período se plantea de residenciar ante la jurisdicción contencioso-administrativa determinados contratos de suministro celebrados entre particulares, concretamente a los que en orden al aprovisionamiento de materiales celebra en el contrato de obras públicas el contratista con terceros.

Todo contrato de obra precisa un aporte de materiales. ALVAREZ GENDÍN nos dice en este sentido que «el contrato de obra pública es una figura jurídico-administrativa en la que se sintetizan dos esencialmente: la venta de materiales con destino a la obra y el arrendamiento de servicios para la construcción de la misma»²².

Por lo que respecta a la prestación de suministro que en el contrato de obra pública se encuentra, no supone ésta realmente, a nuestro parecer, una nueva relación contractual paralela a la del contrato de obra; constituye más bien una de las diversas obligaciones que el contratista asume en el contrato. Como indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 9-I-1899, en estos contratos de obra con suministros de materiales «el precio no se fija y consigna en consideración a la cosa transmitida, sino que se hace teniendo en cuenta las prestaciones a que el contratista se obliga». El contratista se nos presenta, por tanto, como prestador no de bienes, sino de actividad, de tal forma que el suministro de materiales a la obra se diluye en el complejo haz de prestaciones que el contratista asume en virtud del contrato de obra pública, contrato por cuya normativa dicha prestación de suministro habrá de regirse.

No sucede así, por el contrario, con el contrato que, en orden al acopio de materiales, celebre el contratista con terceros proveedores. El contrato así celebrado adquiere sustantividad propia

22. ALVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los contratos públicos*, Valencia, 1944, p. 148.

al margen del contrato de obra, al que, sin embargo, queda vinculado como instrumento necesario.

¿Estos contratos entre el contratista y sus proveedores, en la medida en que influyen en la correcta ejecución de la obra pública, pueden ser residenciados ante la jurisdicción contencioso-administrativa? La respuesta afirmativa a esta pregunta supondría admitir la residenciabilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa de contratos en los que no fuera parte la Administración, de contratos entre particulares en los que se pueda encontrar implicado de manera directa el servicio público, en contra de los criterios tradicionales de atribución de la materia contractual a la jurisdicción contencioso-administrativa en este período.

El Consejo Real abrió, sin embargo, la puerta a tal posibilidad —y de ello queremos dejar constancia— cuando, a consulta de 4-III-1847— dictaminó como sigue²³: «El artículo 8.º, párrafo 3.º de la Ley de 2 de abril de 1845 atribuye al conocimiento de los Consejos provinciales las cuestiones contenciosas relativas al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados con la Administración, para toda especie de servicios y obras públicas. El párrafo 4.º del mismo artículo y Ley somete igualmente al fallo de dichos Consejos las cuestiones contenciosas relativas al resarcimiento de los daños ocasionados por la ejecución de las referidas obras. ¿Son aplicables estas disposiciones a los litigios que se susciten sobre el cumplimiento y efectos de los contratos que los empresarios de obras públicas celebren con los particulares para la ejecución de las mismas? Según los buenos principios administrativos, *creemos que se debe distinguir las cuestiones que afectan al interés público, por lo que influyen en la buena o mala, pronta o tardía ejecución de la misma obra, de aquellas que no afectan sino al interés privado del empresario y particulares que litigan. Las primeras corresponden evidentemente a la Administración; las segundas son del dominio de los tribunales de justicia.*»

23. Se recoge el citado dictamen en *El Derecho moderno*, «Revista de Jurisprudencia y Administración», 1847, p. 335.

Como puede observarse, el Consejo Real, en una interpretación abierta y progresiva del criterio de «vinculación del contrato a la obra o servicio público», admite la posibilidad de que sean residenciados ante la jurisdicción contencioso-administrativa determinados contratos instrumentales en los que, pese a ser celebrados entre particulares, se encuentre directamente implicado el interés público, lo cual es realmente excepcional en relación con los criterios tradicionales que hemos examinado de atribución del contrato a la jurisdicción contencioso-administrativa.

C) FORMAS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

De manera general, va a emplearse la subasta como forma de adjudicación del contrato administrativo de suministro. El Real Decreto ya citado de 27-II-1852 establece esta forma de adjudicación para «todos los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas». Esta forma de adjudicación del contrato va a ser adoptada de forma expresa o por vía de remisión a este Real Decreto en los diversos pliegos generales para la contratación de suministro. Veamos algunos supuestos:

a) *Contratación de suministro a la Administración militar*

Por lo que respecta al servicio de subsistencias militares, hemos tenido ya ocasión de examinar los diversos modos de ejecución del servicio, con especial referencia a la prestación del mismo por los Ayuntamientos. Veámoslo asimismo como, junto a esta modalidad de gestión del servicio, la Instrucción de 22 de diciembre de 1864 recogía la denominada gestión por convenios o contratos a precios fijos y el llamado sistema mixto. Ambos sistemas parten de la celebración de una subasta en la cual, partiendo de un tipo y tras un examen de las correspondientes propuestas, se adjudica al mejor postor la prestación del servicio.

La Real Orden de 18 de junio de 1881 por la que se aprueba el Reglamento para la contratación de todos los servicios corres-

pondientes al ramo de Guerra, unificando las disposiciones vigentes en la materia, preceptuó asimismo la subasta para todo servicio de guerra que hubiera de ejecutarse por contrata.

Estas subastas se llevan a cabo conforme a la forma prevista en el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, es decir, mediante pliegos cerrados, previa redacción del correspondiente pliego de condiciones legales y en su caso de las facultativas y económico-facultativas. Se prevé en la citada Real Orden de 18 de junio de 1881 la celebración de subastas simultáneas a verificar en varios puntos, así como la posibilidad de ejecutar el servicio por concierto directo, en defecto de una primera y segunda subastas. Se exceptúan, finalmente, de la subasta una serie de contratos que habrán de llevarse a cabo bien mediante la admisión de proposiciones particulares, bien mediante el sistema de ejecución directa por la Administración²⁴.

b) *Contratos de suministro a la beneficencia pública*

Por lo que al servicio de beneficencia respecta, el sistema de adjudicación mediante subasta es adoptado en el Reglamento general para la ejecución de la Ley de Beneficencia de 20-VI-1852. En el artículo 157 del citado Reglamento se establece que «las Juntas de Beneficencia adoptarán por regla general el sistema de estancia o de contratar los socorros personales de los acogidos en los establecimientos de beneficencia, en todos aquellos casos y efectos en que sea posible. Estos contratos se harán siempre en pública subasta».

Dadas las peculiares necesidades de los establecimientos benéficos, vemos, sin embargo, cómo se establecía un sistema, en cierta forma flexible, en orden a la forma de contratación, imponiéndose la subasta para todos aquellos casos «en que sea posible». Así, por ejemplo, la Real Orden de 16-VI-1861 exceptuó de esta forma de adjudicación, estableciendo como supletorio un sistema de contratación directa, al suministro de medicamentos, «conside-

24. Motivos de urgencia, reducido valor del servicio a contratar, o por versar el mismo sobre objetos sobre los que no cabe entablar concurrencia.

rando que el suministro de medicamentos para los establecimientos benéficos mediante pública licitación ofrece inconvenientes gravísimos y de suma trascendencia para la humanidad, siendo, como lo es, imposible de conservar su buena calidad y perfecta elaboración y por cuyo motivo debe considerarse como una de las cosas o efectos que no se pueden contratar a que se refiere el artículo 57 del Reglamento general de 15-V-1852, para la ejecución de la Ley de Beneficencia vigente».

El sistema previsto en esta Real Orden quedó sin efecto después con la publicación de las leyes orgánicas provincial y municipal de 1870, por las que la regularización de los servicios sanitarios pasa a ser competencia de los Ayuntamientos y Diputaciones y en las que se establecía de nuevo, también para estos supuestos, el sistema de subasta.

La contratación se llevaba a cabo con el jefe del establecimiento o dependencia benéfica respectiva, interviniendo asimismo de manera definitiva en la contratación las llamadas «Juntas de señoras», creadas por el Real Decreto de 17-IV-1875 para colaborar con el Gobierno en la labor benéfica y que tenían bajo su competencia «determinar la forma de contratación de los suministros de víveres, con la excepción marcada en el Real Decreto de 6-VII-1873 de no dar por contrata a los acogidos los artículos necesarios para su manutención o curación, aunque pudiendo adquirir con las debidas seguridades, por medio de ajustes, aquellos efectos que no sean fáciles de adulterar, o acordar la subasta pública, cuando así parezca conveniente, en la forma que marca el Real Decreto de 27-II-1852» (Instrucción de 27-I-1885, artículo 6.º, regla 7.ª).

c) *Otros supuestos*

Tanto los hospitales militares como los de Marina van asimismo a llevar a cabo la adjudicación de víveres, ropas y efectos mediante subasta. Así se establece para los hospitales militares en el artículo 6.º de la Real Orden de 15-VI-1886, aprobatoria del Reglamento para la administración y contabilidad de los

hospitales militares, que se remite en este punto a las normas de la Real Orden ya citada de 18-VI-1881.

El Reglamento General de Hospitales de Marina, aprobado por Real Orden de 25-VII-1870, se remite en este punto a la normativa del Real Decreto de 27-II-1852 (art. 5.º).

Finalmente, mediante subasta se llevará asimismo a cabo la contratación de suministros para las instituciones penitenciarias, conforme establece la Real Orden de 14-VI-1834 por la que se aprueba la Ordenanza General de los presidios del Reino. Para la contratación de estos suministros se elabora, bajo la intervención del Contador general de presidios, los correspondientes pliegos de condiciones administrativas generales de contratación. El contrato, como decimos, se lleva a cabo mediante pública subasta, adjudicándose el remate al postor que ofreciere la proposición más ventajosa, con sujeción siempre a la aprobación real y concediéndose un trato privilegiado en orden a la adjudicación, a los contratistas de suministros al ejército que radicasen en la provincia o distrito. Los contratos se llevaban a cabo ante las Juntas económicas, siendo frecuente en ellos efectuar una contratación global y unitaria para todos los establecimientos en un mismo período de tiempo.

D) PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

a) *Consideraciones generales*

Un claro y minucioso estudio sobre el origen, fundamento y modalidades de las prerrogativas de la Administración en el contrato administrativo ha sido llevado a cabo por PARADA VÁZQUEZ en el trabajo ya citado, al cual nos remitimos²⁵.

Por nuestra parte, vamos a ocuparnos tan sólo de determinar en qué medida se presentan en el período que estamos analizando estos poderes o prerrogativas de la Administración en el contrato

25. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Los orígenes...*, cit., pp. 155 y ss.

administrativo de suministro. Vamos a analizar para ello aquellas manifestaciones del poder de la Administración de mayor relieve en el contrato: la facultad de interpretación unilateral del contrato, el derecho que la Administración se reserva de modificar el contrato en curso de ejecución, la facultad sancionadora de la Administración sobre el contratista y el poder que se reserva de rescindir unilateralmente el contrato, prescindiendo de la voluntad de la otra parte.

Este examen nos permitirá determinar si estos privilegios de la Administración constituyen en este período auténticos poderes exorbitantes del Derecho común, o si, por el contrario, son consecuencia de la presencia en la relación contractual de un poder propio de la Administración que va a incidir algunas veces sobre el contrato²⁶. Nos ocuparemos, por último, del juego en el contrato del llamado principio de riesgo y ventura.

b) *La prerrogativa de interpretación unilateral del contrato por la Administración*

1. *Origen y fundamento de este poder*

Como hemos ya indicado, desde los primeros momentos de la instauración en nuestro país de la jurisdicción contencioso-administrativa, las cuestiones relativas a la interpretación de los contratos administrativos van a ser residenciadas ante dicha jurisdicción. En la proposición de Ley presentada al Congreso de Diputados en la sesión de 12-XI-1838 se señalaba (art. 47, apartado 15) como competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: «oír y decidir las reclamaciones relativas a la interpretación de los contratos de suministro para toda clase de servicios públicos o establecimientos públicos de la provincia». El Reglamento de 30-XII-1846, en su artículo 1.º, apartado 1, señalaba asimismo que: «correspondía conocer al Consejo Real en primera y única instancia de las demandas contenciosas sobre el cumplimiento,

26. Sobre este punto, objeto aún de polémica en nuestros días, véase en general, BOQUERA OLIVER, José María, *Poder administrativo y contrato*, Madrid, 1970.

inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno o por las diferentes ramas de la Administración civil». El artículo 12 del Real Decreto de 27-II-1852, por el que se establecen las reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios y obras públicas, somete asimismo a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones relativa a la *inteligencia* de los contratos celebrados por la Administración. En el mismo sentido, finalmente, el artículo 5.º de la Ley de 22-VI-1894, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como previo a este conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, va a establecerse asimismo una interpretación a cargo de la propia Administración; en ella vamos a centrar nuestra atención. Esta interpretación de la Administración previa al contencioso, ¿qué fundamento y alcance tenía y en función de qué criterios se llevaba a cabo?

La facultad de interpretación del contrato que a la Administración se concede viene justificada por la necesidad de defender el interés público implicado en el mismo, defensa que corresponde a la propia Administración. Formalmente, en cuanto inserta en los respectivos pliegos de condiciones, esta facultad va a presentarse como un derecho que a la Administración se concede por vía convencional; la Administración puede interpretar unilateralmente el contrato, pues así lo han acordado las partes. La inserción de este privilegio de la Administración en los pliegos es, sin embargo, obligatoria para ambas partes; obligatoria para la Administración en cuanto que, como guardadora del interés público implicado en el contrato, puede y debe resolver cuantas dudas se susciten en torno a él, en la medida en que entorpezcan la marcha de la obra o la normal prestación del servicio objeto del contrato; obligatoria para el contratista en cuanto que, al haber de incluirse de manera forzosa en los respectivos pliegos de condiciones que la Administración elabora, no le queda a éste más opción que aceptarla o no contratar²⁷.

27. Véase RIVERO YRERN, Enrique, *La intervención del contrato administrativo*, «I. G. O.», Sevilla, 1971, p. 19.

SILVELA pone de manifiesto claramente esta situación cuando indica que la Administración, cuando contrata con los particulares la ejecución de las obras públicas o la prestación de suministros, se arma de precauciones extraordinarias. Una de ellas es la de «reservarse el conocimiento y resolución de toda clase de dificultades que ocurran. Al efecto propone al contratista futuro que renuncie al Derecho común en esta parte; así lo expresa en el pliego de condiciones, dándole meses enteros para que a su sabor lo medite; y cuando aquél consiente en la excepción, claro está que lo hace por conveniencia propia, porque ve compensada por otra parte la desventaja que lleva consigo la condición de que se trata. De forma que, llegado el caso de cumplirse aquélla, nada tiene que alegar en contra. La Administración no es en esto tiránica, no abusa de su posición: sucumbe ella misma al imperio de una fuerza mayor. Si así no lo hiciera, si no obligase tan fuertemente a los que con ella contratan, se expondría a ver desatendidos servicios que por su naturaleza, por ser públicos, no pueden serlo ni un instante siquiera»²⁸

La facultad que a la Administración se concede de interpretar previa y unilateralmente el contrato parte, por tanto, de su previsión por las partes en el correspondiente pliego de condiciones. Al configurarse, sin embargo, este privilegio como un privilegio indisponible de la Administración, su inserción en el clausulado del contrato es obligatoria para la Administración; el contratista ha de aceptarla si quiere contratar.

2. Alcance de la interpretación

Por lo que respecta al carácter del acto interpretatorio de la Administración, es aceptado de manera general su carácter ejecutivo. Para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa es necesaria la existencia de un acto previo de la Administración, en cesaria la existencia de un acto previo de la Administración, en este caso interpretativo. Es la misma situación que se da en el

28. F. SILVELA, en *Proposición de Ley de 12 de noviembre de 1838*, en GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*, cit., pp. 55, 56 y 57.

proceso civil, en el que el demandante o accionante debe, antes de accionar, formular una reclamación al demandado, constituyendo la negativa del mismo el requisito procesal previo para reclamar judicialmente su derecho²⁹.

ALFARO, por ejemplo, considera de «gran conveniencia práctica que en los pliegos de condiciones se establezcan cuantas garantías se consideren necesarias o útiles para que el contratista cumpla lo pactado y que las disposiciones de la Administración en esta materia sean ejecutivas»³⁰.

COLMEIRO considera que este poder de la Administración de interpretar el contrato es una manifestación de la sustitución de la Administración en la posición del órgano jurisdiccional³¹.

Si bien el carácter ejecutivo de esta interpretación es admitido, como decíamos, de manera general, surgen, sin embargo, discrepancias en torno al carácter ejecutorio de la misma.

Para PARADA VÁZQUEZ, el poder de interpretación de la Administración no va más allá del reconocimiento de ejecutividad a las decisiones administrativas emitidas con este fin³². La ejecutoriedad de sus actos no le corresponde en este período a la Administración, pues la ejecución forzosa es una función exclusivamente judicial (afirma el citado autor) y mediante sentencia judicial, por tanto, debía obtener la Administración todo título ejecutorio³³.

RIVERO YSERN, por el contrario, opina que ya desde el comienzo de nuestro sistema contencioso la Administración interpretaba unilateralmente el contrato y que este acto de interpre-

29. Sobre el tema del carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos de la Administración, en la fase de la instauración en nuestro país de la jurisdicción contencioso-administrativa, ver la polémica entre PARADA y NIETO en los números 55, 57 y 59 de la «R. A. P.».

30. ALFARO, *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1875, p. 210.

31. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, Madrid, 1858, tomo II, pp. 81 y ss.

32. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Los orígenes...*, cit., p. 195.

33. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Réplica a Nieto* sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo, en «R. A. P.», n.º 59. 1969, p. 46.

tación, residenciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, tenía carácter ejecutorio³⁴.

Por nuestra parte observamos cómo ni en la legislación, ni en la jurisprudencia se afirma de manera expresa el carácter ejecutorio del acto administrativo de interpretación. En este sentido es excepcional la sentencia del Consejo Real de 19-IV-1854, en la que claramente se pone de relieve el carácter ejecutivo y ejecutorio del acto de interpretación. Indica la citada sentencia que «las Reales Ordenes sobre interpretación del contrato deben considerarse firmes mientras no sean revocadas en vía contenciosa, y el Gobierno, como tal, tiene derecho de apremiar con multa o cualquier otro medio coercitivo a un contratista para que lleve a efecto el servicio contratado aunque sobre los términos del contrato se ofrezcan dudas, porque de lo contrario se podrían seguir a la causa pública perjuicios irreparables».

Prescindiendo de esta sentencia, insistimos, no encontramos en este período en ningún supuesto el reconocimiento expreso de esta facultad de la Administración de ejecutar unilateralmente un acto de interpretación del contrato sin el apoyo de una sentencia judicial firme. El privilegio de interpretación que a la Administración se concede va a reducirse, por el contrario, a que la Administración pueda resolver las dudas que existan en el contrato de manera unilateral, quedando a salvo el derecho del contratista de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, a quien compete confirmar o modificar tal interpretación, y decretar mediante sentencia judicial la ejecutoriedad de la misma.

Ejecutividad, si no ejecutoriedad, se atribuye, por ejemplo, a la interpretación de la Administración en el artículo 33 del pliego de condiciones generales para los suministros de tabaco a la Hacienda pública, aprobado por Real Orden de 5-IV-1881 que sometía al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten sobre el cumplimiento e inteligencia de las condiciones de este pliego, cuando el contratista no se conforme con las disposiciones administrativas que al

34. RIVERO YSERN, Enrique, *La interpretación...*, cit., p. 21.

respecto se dicten». Igualmente, el artículo 22 de la Instrucción de 15-IX-1852, que dictó las reglas para la celebración de las subastas de servicios del ramo de Hacienda, que somete a los Consejos provinciales o al Consejo Real «las cuestiones que se susciten sobre la inteligencia de estos contratos, después de apurados los trámites gubernativos». Asimismo el artículo 28 del Real Decreto de 4-I-1883, que estableció las reglas y formalidades para la celebración de contratos sobre toda clase de obras y servicios por las Diputaciones y Ayuntamientos y que somete «al conocimiento de los tribunales de primera instancia de la jurisdicción que resulte competente el conocimiento de las cuestiones que se susciten entre la Corporación y el rematante, relativa a la inteligencia de estos contratos, bien entendido que «a toda demanda contenciosa habrá de preceder reclamación en vía gubernativa», etc. Se afirma, como vemos, la ejecutividad del acto interpretatorio como requisito previo a una posterior impugnación en vía contencioso-administrativa. No se recoge, sin embargo, insistimos, su carácter ejecutorio, carácter que sólo la resolución judicial dará al citado acto de interpretación.

3. *Criterios de interpretación*

Por lo que respecta a los criterios conforme a los que se lleva a cabo esta interpretación, no difieren, en nuestra opinión, de los que presiden la interpretación de los contratos civiles.

En este sentido se manifiestan gran número de Sentencias. Así, en Sentencia de 12-III-1879³⁵, el Tribunal Supremo indica que «son reglas de interpretación del contrato: que la voluntad de los otorgantes debe ser más atendida que el sentido literal de las palabras; que las cláusulas deben interpretarse unas por otras; que por generales que sean los términos del contrato, no han de

35. Tratábase en el supuesto de un contrato de suministro de materiales para la fabricación de una plaza, en la que el contratista reclamaba a la Administración el importe de un acopio de materiales para obras cercanas a dicha plaza que, en su opinión, constituían objeto del mismo según los términos en que se hallaba redactado el contrato.

comprender más cosas que las que quisieran comprender los contratantes...».

En Sentencia de 7-IX-1895 se indica asimismo que «en los contratos administrativos, como en todo contrato, la voluntad de los contratantes, formulada en sus cláusulas, es ley fundamental para resolver las dudas que se ofrezcan en su aplicación, sin que pueda admitirse excepción alguna a las reglas generales que no se halle clara y explícitamente determinada», y que «es regla de recta interpretación, cuando se suscitan dudas sobre la verdadera inteligencia de los contratos, que se atienda, para fijar las obligaciones recíprocas de los contratantes, más que a la acepción rigurosa y gramatical de las palabras, a su espíritu, dándolas el sentido que aquellos quisieron que tuvieran conforme a su intención y al objeto que se propusieran».

En general, lejos, por tanto, de admitirse una interpretación del contrato presidida y determinada por la idea del servicio público que busque dar a las declaraciones de voluntad de las partes el sentido más beneficioso para el interés público, van a manejarse los criterios propios de la interpretación de los contratos privados: la oscuridad de una cláusula no debe favorecer a quien la provoca (Sentencia de 13-XII-1861); la intención de las partes es criterio primordial de interpretación (Sentencia de 11-V-1872); lo convenido entre las partes es la ley del contrato y conforme a ella debe resolverse cualquier duda que se suscite sobre el cumplimiento del mismo (Sentencias de 30-IX-1859, 11-XI-1869, 13-V-1871, 6-VII-1872, etc.).

Tan sólo en ocasiones se establecen reglas específicas en orden a la interpretación del contrato. En este sentido la Sentencia de 23-V-1874 indica que, si bien el pliego de condiciones es un documento importante en los contratos que celebra la Administración con los particulares, no es único, sin embargo, por lo que hay que relacionarlo con los demás antecedentes y datos del expediente gubernativo que los prepara, sin lo cual aquél no sería más que un proyecto. Las formalidades previas a la adjudicación del contrato aparecen así como medios de interpretación. Igualmente se nos ofrecen como factor interpretativo las diversas condiciones generales y particulares del contrato (Sentencia de 19-V-1861) e

incluso la práctica administrativa en la contratación. (Así las Sentencias de 22-VI y 4-VII de 1860, que indican que la falta de expresión en las circunstancias de un contrato debe suplirse por lo que se viene practicando en tiempo y contratos anteriores y de igual clase y por los actos de los mismos interesados que han manifestado la inteligencia que les daban)³⁶.

c) *El «ius variandi» de la Administración en el contrato administrativo de suministro*

1. *Concepto y alcance del «ius variandi»*

Por *ius variandi* se entiende el poder que a la Administración se concede de modificar un contrato por ella celebrado, en curso de ejecución.

Como hemos tenido ocasión de examinar en el apartado precedente, relativo a la interpretación unilateral del contrato por la Administración, la jurisprudencia va a establecer, como principio fundamental que preside toda la contratación administrativa, el del respeto a las cláusulas pactadas en el contrato; las condiciones estipuladas en el contrato se elevan a la categoría de ley entre las partes contratantes. De conformidad con este principio, no cabe que una de las partes unilateralmente altere el contenido o la forma de llevar a cabo las prestaciones de un contrato en curso de ejecución.

El mutuo acuerdo de voluntades supondrá, sin embargo, una excepción a esa regla. Puede así suceder, bien que las partes por pacto expreso hayan previsto y admitido la posibilidad de modificación del contrato, bien que en las propias condiciones generales por las que el contrato se rige, y que han de considerarse siempre contenidas en los pliegos generales de cada contrato, la Administración se reserve esta facultad de modificación. En tales supuestos es el propio contrato, ley para las partes, el que im-

36. Citas de E. RIVERO YSERN, *La interpretación...*, cit., p. 26.

pondrá al contratista la obligación de pasar por las modificaciones que la otra parte introduzca en el mismo.

En este sentido, la Sentencia de 17-XI-1873, por ejemplo, en un supuesto de contrato de suministro de gas a un Municipio, indica que «en virtud de su mutuo consentimiento, como ley suprema en la materia, pueden las partes prorrogar, modificar y variar los contratos por medio de nuevas condiciones no contrarias al Derecho y a las buenas costumbres». Salvo esta modificación de origen convencional, va a consagrarse el principio de inalterabilidad de las condiciones estipuladas.

PARADA VÁZQUEZ indica que en los orígenes del contrato administrativo predomina de manera fundamental el principio de *pacta sunt servanda*, negándose a la Administración la facultad de alterar el contenido de las obligaciones asumidas y admitiéndose tan sólo de manera reducida en el supuesto de la concesión³⁷.

En principio no cabe, según el citado autor, salvo en los supuestos en que el poder modificatorio se nos presenta como una consecuencia de su previsión, en el contrato de obra, hablar de una facultad modificatoria de la Administración en sus contratos.

En este sentido, las Sentencias de 25 y 18 de noviembre de 1892 indican que «si bien la Administración activa tiene facultades discrecionales en virtud de la suprema tutela que ejerce para el mejor gobierno de los intereses que le están encomendados, siempre que contrate debe atenerse a las condiciones estipuladas mientras tales vínculos no se declaren nulos o rescindidos, porque no por ser una de las partes el Estado dejan de constituir aquellos pactos derechos perfectos y obligaciones mutuas reguladas por el principio de contratación»; y que «si bien es indiscutible el derecho de la Administración a modificar en uso de sus facultades reglamentarias la instrucción por que se rige un impuesto, tal reforma no puede tener eficacia para el arrendatario de dicho impuesto que no la consiente, pues dichas facultades no autorizan a la Administración para alterar lo pactado».

37. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Los orígenes...*, cit., pp. 223 y ss.

2. Su aplicación al contrato administrativo de suministro

Por contraposición, en cierto modo, a las consideraciones que anteceden, queremos poner de relieve cómo, en nuestra opinión, el poder de modificación unilateral del contrato que a la Administración se concede va a incidir de manera especial en el contrato administrativo de suministro, aplicándose incluso en ausencia de pacto expreso al respecto y sin que de manera necesaria haya de reconocerse en compensación un derecho a indemnización en el contratista.

Esta afirmación puede aceptarse y comprenderse fácilmente partiendo de la consideración de la propia naturaleza del contrato, al que le es consustancial precisamente la indeterminabilidad de la cuantía de las prestaciones; por así decirlo, el contrato de suministro es esencialmente modificable de tal modo que implícito en su propia naturaleza se encuentra el derecho de la Administración para modificar, dentro de ciertos límites, su contenido y la forma de ejecución de las prestaciones.

En este sentido es de gran interés el examen de la Sentencia de 23-III-1863; se niega en ella la indemnización a un contratista de suministros a la Armada y se mantiene la validez de una Real Orden del Ministerio de Marina por la que se establecía el suministro de raciones a metálico para determinadas clases de la Armada, reduciéndose en consecuencia el volumen de cantidades a suministrar en especie por el contratista. Permítasenos transcribir algunos de sus considerandos:

«Considerando que por el contrato 4-agosto-1858 la Administración de la Armada quedó obligada a pedir al demandante y éste a entregar los géneros que *se necesitasen* para suministro de raciones a los individuos que *las disfrutasen*; que esta demanda, si bien ligaba a la primera para no poder proveerse por otro medio, *la dejaba en libertad de aumentar o disminuir el número de consumidores, según las necesidades del servicio, y que habiendo exigido la regularidad de éste y el buen orden que algunos individuos percibieran la ración en metálico, la adopción de esta medida no atacó al derecho del proveedor, que sin sujeción a una cantidad*

fija, ni aun aproximada, nunca le tuvo a más que a suministrar lo que se necesitase.»

«Considerando, además, que *ni por la naturaleza del contrato, ni por los términos de la escritura renunció la Administración de la Armada a la facultad de introducir en el servicio las reformas que exigiera el buen orden*, toda vez que no perjudicasen los derechos legítimos del rematante consignados en la misma escritura...»

«Considerando, por último, que el contrato origen de este pleito estaba sujeto a *la incertidumbre y eventualidad propias de su misma naturaleza...*»

Como puede observarse, se configura al contrato de suministro como un contrato por naturaleza modificable. El fin del contrato, la seguridad y el buen orden del servicio, en forma alguna pueden lograrse sin ese poder de la Administración de modificar su contenido en atención a las necesidades variables del servicio: la propia indeterminabilidad del contrato justifica, como decíamos, el derecho de modificación del contrato en manos de la Administración.

En nuestra opinión, pues, y frente al principio general de inalterabilidad del contrato administrativo por decisión unilateral de la Administración que en este período se establece, va a admitirse, con respecto al contrato administrativo de suministro, la posibilidad de modificación del mismo por parte de la Administración, sin necesidad de previo pacto expreso o del abono de una indemnización al contratista.

Tal posibilidad no supone en forma alguna privilegio o exorbitancia administrativa, sino que deriva de la propia naturaleza y función del contrato esencialmente modificable.

d) *El poder sancionador de la Administración en el contrato administrativo de suministro*

Como señala PARADA VÁZQUEZ, el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 había diseñado un sistema coactivo constituido fundamentalmente sobre la multa como sanción básica, admitiendo al propio tiempo la posibilidad de otros medios de coacción. La posibilidad del uso de este sistema estaba condicionada, sin em-

bargo, al pacto previo de la multa y los otros medios coercitivos en los correspondientes pliegos de condiciones³⁸.

Estas sanciones que la Administración imponía a los contratistas eran ejecutivas y ejecutorias, de tal modo que la Administración podía hacerlas efectivas en vía gubernativa mediante un procedimiento de apremio. La sanción se hace efectiva tanto sobre las sumas dadas en cumplimiento de sus obligaciones por el contratista como, en general, sobre todos los bienes del contratista o de sus fiadores, quedando a salvo el derecho de éstos de dirigir sus reclamaciones y demandas por la vía contencioso-administrativa (arts. 9.º y 55 del Real Decreto de 27 de febrero de 1852).

La facultad de coerción de la Administración sobre el contratista se nos presenta, por tanto, como una facultad de origen convencional, limitada en cuanto a su ejercicio a la previa inserción en el pliego de condiciones generales del contrato, ejecutiva y ejecutoria.

Ajustándose a las normas de este Real Decreto de 27-II-1852 y de conformidad con estos principios van a redactarse diversos pliegos de condiciones generales. Encontramos así la Real Orden de 2-IV-1862 por la que se aprueba el pliego de condiciones generales para la adquisición de materiales y efectos para la Marina. Conforme a este pliego, y en virtud de la remisión que en su regla 7.ª se hace a las normas del Reglamento de 27 de noviembre de 1852, la Administración de Marina podía imponer al contratista:

a) Abonar la diferencia, con cargo al depósito hecho como garantía de la subasta, del mayor precio existente entre un primer y un segundo remate, si fuere este último preciso al no cumplir el rematante sus obligaciones en orden a la formalización del contrato.

38. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Los orígenes...*, cit., pp. 196 y ss.

b) Imposición de las multas previamente establecidas.

c) Rescisión del contrato con pérdida de la fianza³⁹.

Estas sanciones son, insistimos, ejecutivas y ejecutorias, con independencia de su impugnación por el contratista en vía contencioso-administrativa.

En la misma línea tenemos asimismo el pliego de condiciones generales para el suministro de tabaco a la Hacienda pública aprobado por Real Orden de 9 de abril de 1881. En dicho pliego y en su condición vigesimoquinta se establecen para el supuesto de incumplimiento del contratista diversas sanciones, que van desde la multa (6 por 100 del valor del contrato) a la ejecución del suministro por cuenta y riesgo del contratista.

Se prevé la condonación de estas sanciones en caso de fuerza mayor probada por el contratista. En lo que a la multa respecta se establece el principio *solve et repete*, no pudiendo el contratista intentar reclamación alguna hasta haber justificado el previo pago de la sanción (cláusula 30).

La jurisprudencia, por su parte, confirma en gran número de Sentencias el carácter pactado de esta facultad sancionadora de la Administración en el contrato. Tan sólo el Real Decreto-Sentencia de 20-X-1869 supone una excepción en este contexto jurisprudencial⁴⁰. En uno de sus considerandos se establece que «no puede negarse al Gobierno el derecho de apremiar con multa o cualquier otro medio coercitivo a un contratista para llevar a cabo un servicio contratado aunque sobre los términos del contrato se ofrezcan dudas, porque de lo contrario se podrían seguir a la causa pública perjuicios irreparables».

Se afirma de esta manera un poder sancionador en manos de la Administración, al margen de toda previsión en el contrato,

39. Sobre la rescisión del contrato, véase el apartado siguiente.

40. Se impone en él a un contratista de suministro a la Administración militar la multa de 200 reales diarios por retraso en el suministro, sin estar la multa ni su cuantía previstas en el contrato.

para evitar que el incumplimiento del mismo por el contratista ocasiona graves perjuicios al interés público.

La doctrina mantenida por este Real Decreto-Sentencia es, sin embargo, excepcional, insistimos, hasta el punto que no se encuentra una tal solución a lo largo de todo el siglo XIX ni en las normas relativas a la contratación, ni en la propia jurisprudencia, en la que, por el contrario, va a admitirse esta facultad sancionadora de la Administración en cuanto basada en su previa aceptación e inclusión por las partes en el contrato. En este sentido, entre otras, la Sentencia de 3-XII-1874 (suministro de vestuario al Ministerio del Ejército), en su segundo considerando, indica «que celebrado el contrato de que en este pleito se trata, bajo las condiciones marcadas por la Administración, aceptadas por el contratista... y habiendo sido la octava de ellas que había de entregar en determinado plazo el completo de las prendas de vestuario militar... y que faltando a esta precisa e ineludible obligación satisfecería la multa del 5 por 100... no ha podido eximirse del pago de la multa...».

Las Sentencias de 12 y 27 de noviembre de 1877 indican asimismo que, caso de incumplimiento del contratista, el Estado sólo puede, salvo que se haya pactado lo contrario, apoderarse de la parte de fianza suficiente a indemnizar daños y perjuicios.

La facultad sancionadora de la Administración en el contrato se presenta así como un derecho que a la Administración concede el contratista y que como tal se incluye por las partes en el clausulado del contrato.

Las sanciones que en caso de incumplimiento son impuestas por la Administración al contratista parten de este modo, una vez más, no de un poder concedido a la Administración *ad extra* del contrato, sino de las propias condiciones que en el mismo se estipulan y que como ley del contrato son aceptadas por el contratista.

e) *La facultad rescisoria de la Administración en el contrato administrativo de suministro*

Por lo que respecta a la facultad de rescisión que a la Admi-

nistración se reconoce en el contrato, no constituye, en nuestra opinión, un poder o exorbitancia administrativa respecto al régimen jurídico de la contratación privada.

Para considerar como tal esta facultad de rescisión habría de estar basada en motivos de conveniencia pública, al margen del acuerdo de voluntades contenido en el contrato.

Una tal facultad rescisoria unilateral de la Administración, basada en motivos de utilidad pública, va a tener una muy escasa aplicación en nuestro Derecho de la contratación administrativa en el siglo XIX. Por el contrario, la facultad rescisoria de la Administración va a circunscribirse a los supuestos de incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones asumidas en el contrato.

El poder de rescindir el contrato por motivos de mera conveniencia o utilidad pública va a reconocerse, sin embargo, a la Administración en alguna ocasión. Tenemos así el artículo 29 del Real Decreto de 4-I-1883 —por el que van a adaptarse a la contratación local las normas del Real Decreto de 27-XI-1852—, en el que se establece que «La Corporación contratante podrá rescindir el contrato en cualquier tiempo del mismo por faltas del rematante o *por mera conveniencia de la Corporación*. Si lo rescindiera por conveniencia propia, el rematante podrá alzarse del acuerdo dentro del plazo de treinta días ante el superior inmediato en la vía gubernativa, cuya resolución causará ejecutoria respecto a la rescisión, sin perjuicio del rematante para reclamar de la Corporación indemnización de los perjuicios que la rescisión le ocasione».

Como puede observarse, se admite la posibilidad de que las Provincias y Municipios rescindan, por motivos de mera conveniencia, el contrato. Se prevé en estos supuestos una fiscalización del acuerdo rescisorio por la autoridad jerárquica de la Corporación contratante, cuya resolución da a tal acuerdo fuerza ejecutoria. Esta alzada desaparece en los supuestos en que la rescisión se funda en haber faltado el rematante a las condiciones del contrato, en cuyo caso la reclamación del contratista habrá de dirigirse directamente por vía jurisdiccional (art. 29, párrafo 3.º).

Esta facultad rescisoria por motivos de conveniencia pública va a ser asimismo admitida por la jurisprudencia en algunas Senten-

cias. Así, en Sentencia de 30-V-1876 se rescinde un contrato de suministro de vestuario al ejército por incumplimiento del contratista, negándose a éste derecho a indemnización alguna «toda vez que ésta, en los contratos con la Administración, sólo hay derecho a pedirla cuando se rescinden por *motivos de conveniencia pública*, sin haber faltado a ellos los contratistas, o cuando éstos dejan de cumplirlos no por culpa suya, sino porque se opone a ello una fuerza mayor imposible de superar».

Se admite, pues, la rescisión del contrato de suministro por conveniencia pública, si bien con la debida indemnización al contratista.

En el mismo sentido, la Sentencia de 26-I-1897 indica que «según el artículo 29 del Real Decreto de 4-I-1883 —ya citado—, las Corporaciones contratantes pueden rescindir los contratos en cualquier tiempo de la duración de éstos, bien por falta del rematante, bien por *mera conveniencia* de la Corporación».

Esta rescisión del contrato por motivos de interés público no es admitida, sin embargo, insistimos, por una jurisprudencia que podemos calificar de mayoritaria y en la que la rescisión del contrato por la Administración va a configurarse, por el contrario, como un derecho que a la Administración corresponde ante un previo incumplimiento del contrato por parte del particular.

Así tenemos, en primer lugar, la Sentencia de 2 de julio de 1878⁴¹, en la que se resuelve que «en contratos de servicios públicos tan urgentes como el de atender a las necesidades de un ejército en campaña, si los contratistas no cumplen su obligación, desligándose así del vínculo de Derecho que les une con la Administración, ésta no puede conceptuarse ligada y sin libertad para satisfacer dichas necesidades por otros medios y que *dado el incumplimiento del contrato* su rescisión por el Gobierno es un acto completamente legal».

Asimismo la Sentencia de 13-VIII-1898, ante un supuesto de

41. Se absuelve en ella a la Administración de la demanda interpuesta por don Vicente Galindo contra una Real Orden del Ministerio de la Guerra por la que se rescindió un contrato de suministro de paja por incumplimiento del contratista.

rescisión por un Ayuntamiento de un contrato de suministro de gas, considera ajustada a Derecho tal rescisión, dado el incumplimiento del contrato por parte del suministrante, indicando que «teniendo las obligaciones que nacen de los contratos fuerza de ley entre las partes contratantes, *la falta de cumplimiento a lo estipulado* por una de ellas exime a la otra del compromiso». En el mismo sentido las Sentencias de 10-IV-1869, 3-XII-1874, 30-XII-1896, etc.

El propio Real Decreto de 4-I-1883 ya citado será posteriormente modificado en cuanto a la posibilidad de admitir esta facultad de rescisión en la Administración por motivos de interés público. El Real Decreto de 26-IV-1900, por el que se aprueba la instrucción sobre contratos de servicio público municipales o provinciales, excluye efectivamente en su artículo 32 la rescisión del contrato por conveniencia de la Corporación, limitando tal facultad de la Administración a los supuestos en que el rematante falte a las condiciones estipuladas.

En definitiva, se asienta el principio del sometimiento de las partes a las estipulaciones por ellos libremente aceptadas, a la vez que se afirma que la facultad de rescisión del contrato por parte de la Administración deriva no ya de la conveniencia de tal rescisión a los intereses públicos, sino de una previa actitud de incumplimiento por parte del contratista.

Permítasenos, por último, transcribir uno de los considerandos de la Sentencia de 10-III-1871. En ella se niega a la Administración el derecho de rescindir unilateralmente un contrato de suministro de víveres a un presidio⁴². Se indica en esta Sentencia que «si bien la Administración activa del Estado tiene facultades discrecionales en virtud de la suprema tutela que ejerce para el mejor gobierno de los intereses que le están encomendados, cuando contrata tiene que estar y pasar por la ley del contrato mientras no se declare nulo y atenerse estrictamente a las condi-

42. Se declara en ella sin efecto la Real Orden del Ministerio de la Gobernación de 17 de enero de 1870 por la que se rescindió el contrato celebrado con J. Kayser para el suministro de víveres, medicinas y utensilios a los presidios de Valencia.

ciones pactadas, sin poder rebasar la línea de los derechos consignados a su favor ni faltar a los establecidos en beneficio de las otras partes contratantes».

La rescisión del contrato se nos presenta, pues, como una facultad que corresponde a la Administración con base en el propio contrato y que es ejercitada en los supuestos de incumplimiento del mismo como consecuencia de una aplicación al campo del contrato administrativo de la *exceptio non adimpleti contractus*.

E) EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

a) *El principio de riesgo y ventura en la contratación administrativa.*

La jurisprudencia que en torno al contrato administrativo va a desarrollarse a lo largo de todo el siglo XIX va a establecer, como principio general que va a presidir la contratación administrativa, el llamado principio de riesgo y ventura.

Conforme a este principio van a perder relevancia en el marco del contrato administrativo una serie de eventos, caso fortuito, fuerza mayor, cambio en la base del negocio, etc., que en principio podrían exonerar al contratista en caso de incumplimiento o le facultarían, al menos, para solicitar el restablecimiento del inicial equilibrio económico del contrato.

El principio de riesgo y ventura va surgiendo en torno a diversos contratos celebrados por la Administración: arrendamientos de rentas y arbitrios⁴³, transportes de efectos estancados⁴⁴,

43. El Consejo Real establece en el Real Decreto-Sentencia de 20 de junio de 1849 «que sólo por vía de equidad, y como acto de gracia del Gobierno, puede serle admitida la rescisión o una cierta revisión de la renta, pero en ningún caso puede entrar en ello el Consejo» y «que sólo el Estado puede acordar la rescisión del contrato si lo estima conveniente a sus intereses, pero ésta no puede ser exigida pues fuera de este caso, puramente gracioso, no tendría lugar la rescisión por impedirlo las disposiciones legales en materia de arrendamientos de rentas públicas».

arrendamientos de los propios del reino y de los pueblos⁴⁵, etc.

Por lo que al contrato de obra se refiere, el principio de riesgo y ventura va a tener un alcance muy limitado hasta la aparición en 1886 del pliego de condiciones generales de MONTERO RÍUS.

ARIÑO ORTIZ observa cómo la escasa aplicabilidad de este principio al contrato de obra pública derivaba de la implantación en el pliego de condiciones generales para los contratos de obras públicas de caminos, canales y puertos de 1836 del llamado sistema de series de precios para la realización de las obras. Este sistema consistía en el abono de la obra en función del valor, calculado *a posteriori*, de todos y cada uno de los diversos elementos empleados, o las distintas operaciones a realizar en la construcción de la misma, y permitía abonar al contratista las obras realmente ejecutadas y en las mismas condiciones en que éstas se realizaren.

Esta valoración *a posteriori* del valor de la obra traía consigo una gran inseguridad financiera, así como frecuentes controversias entre la Administración y el contratista en orden a la determinación de los precios. Es por ello que este sistema de series de precios fue sustituido en el pliego de 1886 por el de abono a tanto alzado no ya del total de la obra, sino del valor de cada una de las unidades que la componen, valor que va a ser calculado *a priori* de la ejecución del contrato, con lo cual va de nuevo a salvaguardar la necesaria rigidez presupuestaria. Junto a ello, la admisibilidad de tan sólo cuatro supuestos de fuerza mayor en orden a la indemnización del contratista (art. 40), como asimismo la obligación que al mismo se impone (art. 52) de

44. El pliego de 1.º de diciembre de 1847, para la subasta del servicio de conducciones de tabaco, niega en su artículo 10 al contratista derecho a solicitar revisión de precios en cualquier supuesto, a la vez que en su artículo 7.º hace recaer sobre el contratista los daños que sufra el tabaco en su conducción, salvo los casos de naufragio o avería.

45. La Instrucción de 12 de octubre de 1828 establece que «los arrendamientos se hagan y formalicen cuidando de que se exprese por condición que todos los riesgos han de ser por cuenta del que recibe el arrendamiento y nunca de los propios» y que «los arriendos deberán hacerse a todo riesgo...».

soportar una elevación de precios hasta un sexto del presupuesto total, van a permitir configurar también al contrato de obra pública como contrato sometido dentro de estos límites al principio de riesgo y ventura que venía de manera general presidiendo toda la contratación administrativa⁴⁶.

b) *El principio de riesgo y ventura en el contrato administrativo de suministro*

1. *El sometimiento del contrato administrativo de suministro a este principio*

Nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa va a hacer extensiva la aplicabilidad del principio de riesgo y ventura al contrato de suministro.

El Consejo Real, en Real Decreto-Sentencia de 4 de marzo de 1857⁴⁷, indica que «es doctrina corriente y de muy antiguo recibida en la legislación fiscal del Reino que en los arriendos de las rentas del Estado, y por identidad de razón en las contrataciones para suministros y obras públicas, no cabe el remedio de la rescisión por causa de lesión o engaño en más de la mitad del justo precio, porque esta clase de contratos se entienden celebrados a riesgo y ventura de cualquier caso fortuito pensado o impensado que sobrevenga después de su otorgamiento...».

Pese a lo que a primera vista parece inferirse de este Real Decreto-Sentencia, la sumisión de este contrato al principio de riesgo y ventura no supone especialidad alguna frente al régimen jurídico de la contratación privada⁴⁸. Por el contrario, el mismo

46. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos*, «I. E. A.», Madrid, 1968, p. 69.

47. Tratábase en el supuesto de un contrato de víveres a la Marina que se hizo enormemente oneroso para el contratista por la escasez de vino y víveres.

48. Sobre este punto, en relación con el contrato de obra, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Riesgo y ventura en la contratación administrativa*, «R. A. P.», núm. 2, 1950, en especial pp. 92 y ss., y ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, «I. E. A.», Madrid, 1968, en especial pp. 113 a 124.

Consejo Real va a basar la aplicabilidad de este principio al contrato administrativo de suministro en la naturaleza mercantil que del mismo se predica. Indica así el Consejo Real en Real Decreto-Sentencia de 30 de diciembre de 1860 que «los contratos de suministro se entienden celebrados a riesgo y ventura de cualquier caso fortuito, pensado o impensado, que sobrevenga después de su otorgamiento, excluyéndose también tal beneficio *por su naturaleza mercantil*».

Hemos ya indicado que el contrato administrativo no es en sus comienzos sino un contrato privado, sometido por motivos de conveniencia a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es esta naturaleza jurídico-privada del contrato de suministro lo que en opinión del Consejo Real exige la presencia en el mismo del principio de riesgo y ventura, principio de plena aplicación en el campo de la contratación mercantil. GONZÁLEZ HUEBRA señala a este respecto que «aunque las ventas civiles se rescinden también por la lesión enorme y enormísima, no es aplicable esta disposición a las mercantiles, porque se opone al objeto con que se celebran, y la harían imposible, las más veces, la rapidez con que se multiplican y la celeridad con que se ceden, transportan y hasta consumen las cosas vendidas»⁴⁹.

El principio se mantendrá en posterior jurisprudencia. Así, por ejemplo, en Sentencia del Consejo de Estado de 22 de julio de 1876. Tratábase en el supuesto de un suministro de carbón para la Marina de La Habana. El pago había de verificarse conforme al contrato, en billetes del Banco Español de La Habana, que en la fecha del contrato circulaban con un 35 por 100 de descuento. Estando en curso de ejecución el contrato de suministro, aumenta este tipo de descuento como consecuencia de una depreciación monetaria. Ante ello el contratista solicita se le abo-

49. GONZÁLEZ HUEBRA, R., *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, 2.ª edición, Barcelona, 1859, en especial pp. 116, 248 y 249. Sobre el carácter mercantil de la compraventa en este punto véanse pp. 236-267. La inaplicabilidad de la rescisión por lesión en los contratos de compraventa de muebles se afirma, por otra parte, ya desde los siglos XVII y XVIII. Véase sobre este punto MIRABELLI, G., *La rescissione del contratto*, Nápoles, 1962, p. 26 y bibliografía allí citada.

ne la diferencia que por depreciación del papel dejó de percibir desde la fecha en que empezó el servicio, o que se declarase rescindida su contrata, a lo que la Administración resuelve denegando lo solicitado por Real Orden de 5 de marzo de 1875. Esta Real Orden resuelve conforme a lo establecido en otra Real Orden de 24 de febrero de 1874 por la que se desestimó una instancia de igual naturaleza. Permítasenos transcribir los fundamentos de la citada Real Orden de 24 de febrero de 1874, que serán reproducidos en la de 5 de marzo de 1875 y, como decimos, aceptados por el Consejo de Estado.

«Y considerando que si la moneda con que se realizan estos libramientos sufre depreciación en el mercado, consecuencia será de las transacciones comerciales; pero nunca incurrirá en responsabilidad la Administración, que no sólo es extraña a estas operaciones, sino que cumple sus compromisos en la forma prevenida en la contrata. Es un principio general de Derecho que esta clase de contratos se hacen a riesgo y ventura de todo caso fortuito, pensado o impensado, que pueda sobrevenir; y así como la Administración no podría entablar demanda alguna por las ganancias que en circunstancias anormales pudiera realizar el contratista, tampoco puede reclamar el contratista en Derecho por las pérdidas que le proporcione, ya la devaluación del precio de las mercancías, ya la depreciación de los valores fiduciarios, que económicamente hablando constituyen también una mercancía, sujeta como las demás a las oscilaciones del mercado: que la indemnización es una forma de hacer efectiva la responsabilidad a que directamente o indirectamente se contrae. Está en el deber de indemnizar el que con sus actos o disposiciones produce a otro una lesión cualquiera; y como los actos de la Administración no lastiman los derechos del contratista, porque aquélla es ajena a la crisis monetaria, parece fuera de duda que no tiene el deber de conceder la indemnización: y cuarto, que si por un principio de equidad se concede a Mazario la indemnización, la reclamarían acto seguido todos los contratistas que se encuentren en el mismo caso, y no sería posible negársela, puesto que se habría sentado jurisprudencia en el asunto...»

A la vista de este expediente, el Consejo de Estado, como decimos, absolverá a la Administración de la demanda y confirmará la Real Orden de 5 de marzo de 1875 por considerar «que así como el contratista no tendría derecho a la indemnización de los perjuicios que experimentase por la subida del precio del carbón en Inglaterra, tampoco lo tiene por circular los billetes del Banco con un descuento superior al 35 por 100, que era el corriente al verificarse la subasta para el suministro de carbones, porque los contratos con la Administración se celebran a riesgo y ventura».

El Consejo de Estado se enfrenta en este asunto ante un caso de alteración sobrevenida de las condiciones económicas del contrato. El supuesto es encuadrable en nuestra opinión —ya tendremos ocasión de volver sobre este punto más adelante— en la denominada teoría de la imprevisión. Conforme a esta teoría habría de concederse en estos supuestos al contratista una compensación económica tendente al restablecimiento del inicial equilibrio de las prestaciones, compensación exigida por un principio de equidad y reclamada por la propia continuidad del servicio público implicado en el contrato.

El Consejo Real niega, sin embargo, la procedencia de esta compensación, afirmando la sumisión del contrato al principio de riesgo y ventura. Admite que esta compensación económica podría ser viable partiendo de un principio de equidad; sin embargo, la niega. Parte el Consejo Real de configurar esta compensación económica como una indemnización en modo alguno exigible a la Administración, pues como tal indemnización presupone una responsabilidad. Esta responsabilidad es impensable partiendo del concepto subjetivo de la culpabilidad propia del momento, conforme al cual es precisa una relación de causalidad culpable entre el actuar administrativo y el resultado lesivo para el particular. Este nexo se reputa inexistente, cobrando, por tanto, plena vigencia el principio de riesgo y ventura, conforme al cual se declara improcedente todo tipo de compensación económica.

Se afirma así, en resumen, como principio general, que el contrato de suministro se celebra a riesgo y ventura del suministrante, negándose al mismo tanto el derecho a una indemniza-

ción como el derecho a la rescisión del contrato ante estos supuestos de mayor onerosidad sobrevenida en su ejecución.

2. *La fuerza mayor y la autonomía de la voluntad como moderadores del principio de riesgo y ventura*

Frente a esta rígida formulación del principio de riesgo y ventura en el contrato de suministro vamos a encontrar, sin embargo, algunos indicios de suavización del mismo.

En este sentido tenemos, en primer lugar, la admisión en ciertos supuestos de la fuerza mayor como causa exonerante de responsabilidad del contratista. La cláusula 27 del pliego de condiciones generales para el suministro de tabaco en rama a la Hacienda pública, aprobado por Real Orden de 9 de abril de 1881, va a admitir como supuestos que exoneran de responsabilidad al contratista, por ejemplo: «la avería gruesa, el naufragio, incendio, varamento u otro riesgo procedente de fuerza mayor comparable y justificada con arreglo al Código de comercio.

El Consejo de Estado, en Sentencia de 30 de mayo de 1876 (contrato de suministro de vestuario para el ejército), va a admitir asimismo un derecho a indemnización en el contratista en supuestos de fuerza mayor. En su primer considerando, la Sentencia indica que «... en los contratos con la Administración sólo hay derecho a pedir indemnización cuando se rescinden por motivos de conveniencia pública sin haber faltado a ellos los contratistas, o cuando éstos dejan de cumplirlos no por culpa suya, sino porque a ello se opone una *fuerza mayor imposible de superar*».

Finalmente, la rigidez del principio de riesgo y ventura va a verse atenuada por el juego en el contrato de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes al permitirse fijar, mediante pacto expreso en el contrato, la mayor o menor amplitud de los casos de fuerza mayor que van a admitirse como supuestos que exoneran de responsabilidad al contratista. En este sentido, el Consejo de Estado, en Sentencia de 10 de mayo de 1894, va a admitir como «causa de aumento en los gastos del suministro que puedan válidamente ser invocadas por el contratista como base de reclamación de perjuicios» ... «las pactadas por la Admi-

nistración y el contratista en el respectivo pliego de condiciones del contrato»⁵⁰.

Igualmente, el Real Decreto de 4-I-1883, por el que se aprueba la Instrucción para la contratación de servicios públicos por las Diputaciones y Ayuntamientos, establece en su artículo 3.º (que posteriormente se repetirá en la Instrucción de 1900) que en los pliegos de condiciones se consignarán necesariamente: sexto: *los casos en que el rematante puede pedir aumento o disminución de precio, o rescisión del contrato, o la advertencia de que el contrato se hace a riesgo y ventura para el rematante, sin que por ninguna causa pueda pedir alteración del precio o rescisión.*

IV. CONCLUSIONES

1.^a El contrato administrativo de suministro encuentra en nuestro Derecho su primer precedente en los contratos celebrados entre los vecinos de los diversos Municipios y sus respectivos Ayuntamientos para atender el aprovisionamiento de los ejércitos.

La coactividad preside estas relaciones, asemejándolas a las transferencias coactivas de bienes fungibles. En torno al surgir de este contrato se observa un proceso de evolución en el que la Administración va renunciando a utilizar la coacción con que en mayor o menor medida se presenta frente a los particulares imponiendo la transferencia, para llegar a formas puramente contractuales. La situación de preeminencia que tradicionalmente se atribuye a la Administración en el contrato administrativo vendrá

50. Tratábase en el supuesto de un contrato de suministro de víveres. En él las partes habían pactado como casos originarios de indemnización de perjuicios en favor del contratista los supuestos de incendio o destrucción del «almacén de repuesto» y las alzas del precio del trigo. El contratista pretendía se le concediera una indemnización por el recargo que le suponía un determinado impuesto sobre el consumo. El Consejo de Estado deniega tal indemnización por entender que al existir este impuesto a la fecha de celebración del contrato, era un hecho previsible que debía haberse consignado en el pliego de condiciones del contrato.

a sustituir este poder; de aquí, en gran parte, la doble regulación de la adquisición de bienes muebles en nuestro Derecho y el reservar la expresión «contrato de suministro» a la adquisición de bienes muebles conforme a los procedimientos propios del Derecho público.

2.^a El contrato administrativo de suministro se nos presenta, frente al contrato de obra pública, como un contrato carente de normativa positiva de tipo unitario, regulándose la materia mediante una normativa específica de carácter disperso —los diversos pliegos de condiciones específicos para cada suministro— y una remisión a la normativa general de contratación —Reglamentos generales de contratación administrativa y Leyes de Administración y Contabilidad.

3.^a Si bien en algunas Sentencias la jurisprudencia perfila las notas que conceptualmente califican al contrato de suministro, no existe en este período un concepto técnico-jurídico de la figura. El contrato de suministro se nos presenta como una compraventa de ejecución sucesiva que versa sobre géneros, sustancias, artículos u objetos precisos para la alimentación, combustible, obras o trabajos, elementos éstos a consumir o utilizar para servicios o menesteres normalmente accesorios.

4.^a El contrato de suministro se califica inalterablemente como administrativo. Este carácter es predicable del contrato en cuanto que es residenciable ante la jurisdicción contenciosa y ello en función de un doble criterio: orgánico (el contrato de suministro es así residenciado ante la jurisdicción contencioso-administrativa como contrato celebrado por la Administración) y funcional (en cuanto que el contrato se encuentra directamente vinculado al normal desarrollo de la actividad de los diversos establecimientos públicos de la Administración).

5.^a La subasta se nos presenta como forma normal de adjudicación del contrato administrativo de suministro. Por vía de excepción y con carácter supletorio, se prevé la posibilidad de adjudicación del contrato por medios distintos de la subasta, me-

diante concurso libre con determinados contratistas o a través de la ejecución del servicio por la propia Administración.

6.^a La Administración va a ejercitar una serie de facultades en orden a la interpretación, modificación y rescisión del contrato, así como un poder sancionador sobre el contratista.

Estas facultades no suponen, sin embargo, en la mayoría de los casos, un régimen excepcional frente al contrato privado. La facultad de interpretación unilateral que a la Administración se concede en el contrato, por ejemplo, es de origen convencional, parte de la previa admisión por las partes en el contrato y opera de manera general como consecuencia de su previa inserción en el pliego de condiciones generales. Los criterios de interpretación no difieren en líneas generales de los civiles, si bien la jurisprudencia maneja en ocasiones criterios específicos. El acto de interpretación es ejecutivo, pero no ejecutorio.

Especialmente intenso es el *ius variandi* de la Administración en el contrato administrativo de suministro. Este derecho no es, sin embargo, consecuencia de una especial situación de privilegio de la Administración en el contrato, sino que deriva de la propia naturaleza y función del contrato, esencialmente modificable.

La facultad sancionadora es asimismo previa al contrato y de origen convencional.

La facultad rescisoria de la Administración va a ejercerse normalmente en supuestos de incumplimiento del contrato por parte del contratista, como consecuencia de una aplicación al campo de la contratación administrativa de la *exceptio non adimpleti contractus*.

7.^a El contrato de suministro a la Administración se entiende celebrado a riesgo y ventura del contratista. Ello no le priva a éste, sin embargo, del derecho a ser indemnizado en supuestos de fuerza mayor, exigiéndose como norma general, para que esta indemnización se conceda al contratista, la previsión de estas circunstancias en el correspondiente pliego de condiciones del contrato. El régimen jurídico del contrato de suministro a la Administración no supone en este punto especialidad alguna

con relación al contrato privado, en cuanto que la jurisprudencia establece la sumisión de este contrato al principio de riesgo y ventura y admite el juego en el mismo de la fuerza mayor, *dado precisamente el carácter mercantil que de estos contratos se predica*.

CAPÍTULO II

LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DESDE LA PERSPECTIVA IUSPRIVATIVISTA: SU PRO- YECCION EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

I) CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de adentrarnos en un estudio del concepto del contrato administrativo de suministro, creemos preciso realizar un previo examen del contrato desde la perspectiva del Derecho privado.

No partimos con ello, en contra de lo que a primera vista pudiera parecer, de la consideración del Derecho privado como exclusivo depositario de la técnica jurídica o de, como diría MARTÍN RETORTILLO, «considerar al Derecho privado como medida del Derecho administrativo»¹. La finalidad de esta labor es simplemente la de acudir a aquel sector del ordenamiento jurídico donde han tenido su proceso de formación y elaboración conceptual las diversas categorías negociales: al Derecho privado, a la labor constructora de la dogmática iusprivatista.

Ello no supone, sin embargo, negar la plena validez de un concepto del contrato de suministro a efectos del Derecho administrativo o fiscal, por ejemplo.

1. MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, p. 70.

Pretendemos demostrar tan sólo que existe un concepto de suministro «propio» —como lo denomina la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963—, cuya definición y delimitación frente a figuras jurídicas afines se realiza en el campo del Derecho privado y que, como tendremos ocasión de examinar, es recogido por el Derecho administrativo y fiscal.

La labor de delimitación conceptual que vamos a realizar tiene, por otro lado, un evidente interés práctico en cuanto nos permite determinar en qué forma la actual Ley de Contratos del Estado (Texto articulado de 8 de abril de 1965, modificado por la Ley de 17 de marzo de 1973) respeta en el concepto que nos ofrece del contrato de suministro (art. 84) las previsiones de la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 —que tan sólo pretendía regular la figura del «suministro propio»—, o si, por el contrario, aborda, al margen de estas previsiones, el tratamiento de supuestos negociales que debían ser regulados en otro texto legal distinto, concretamente en la Ley del Patrimonio del Estado, texto al que la exposición de motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado reserva el tratamiento de las adquisiciones de bienes muebles «que se lleve a cabo de manera unitaria» y no mediante contratos de suministro.

Hechas ya estas primeras observaciones, pasemos a examinar las más interesantes concepciones que sobre la naturaleza jurídica y la construcción del contrato de suministro se nos ofrecen.

II) POSICIONES DE LA DOCTRINA IUSPRIVATIVISTA SOBRE LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO²

A) TEORÍAS QUE NIEGAN LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

a) *Exposición*

Estas teorías consideran al contrato de suministro como un

2. Véase sobre este punto DE MARINO Y BORREGÓ, Rubén M., *El suministro* (Teoría general), Salamanca, 1959.

contrato carente de toda sustantividad y autonomía. El contrato de suministro se configura como una mera categoría jurídico-económica inserta en la categoría más amplia de los llamados contratos de duración, o de las llamadas relaciones obligatorias continuadas o duraderas o de tracto sucesivo, es decir, aquellas relaciones que están llamadas a prolongar su cumplimiento en un período continuado de tiempo³.

Estos contratos de duración o relaciones obligatorias continuadas están llamados a desempeñar una función peculiar y distinta de la de los contratos de ejecución instantánea; la satisfacción de necesidades que se prolongan en el tiempo.

En el marco de estos contratos, el suministro no es sino una modalidad negocial carente de una tipificación legal que permita dotarlo de autonomía y sustantividad propias. La falta de esta tipificación legal del contrato impide hablar, según estas concepciones, de una autonomía negocial del mismo.

b) *Crítica*

Condicionar la sustantividad y autonomía de una determinada relación contractual a la existencia de una previa normativa legal que la regule —como hace la tesis que sucintamente acabamos de exponer— es fruto de un formalismo y un legalismo que deben ser abandonados.

Es indiscutible hoy día la existencia de una amplia gama de contratos carentes, tanto de un reconocimiento legal como de una disciplina normativa. La presencia en el tráfico jurídico de estos contratos, faltos de un tipo legalmente reconocido (atípicos), es, por otra parte, consecuencia de la afirmación de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad de las partes como elementos básicos para la formación de nuevas categorías negociales.

Frente a aquellos contratos que la ley dota de una disciplina normativa surgen así una serie de contratos que, si bien carecen

3. Sobre el tema de las obligaciones continuadas o duraderas, véase en general DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I, pp. 511 y ss., Madrid, 1972.

de tal normativa, están dotados de una «tipicidad social» que les viene dada por las concepciones jurídicas dominantes en la doctrina, la jurisprudencia y la vida del tráfico jurídico en el que tienen vigor y reconocimiento⁴.

Si admitimos así la posibilidad de la existencia de esta categoría contractual genérica —los contratos atípicos—, el problema de la admisibilidad de cada supuesto particular de contrato atípico queda reducido tan sólo a la adecuación de su función económico-social con los principios del ordenamiento jurídico y al respeto en dicho contrato a los límites generales que a la autonomía de la voluntad impongan las leyes⁵.

Conforme con estos criterios, el contrato de suministro podrá ser considerado contrato atípico en cuanto que, al menos desde el punto de vista del Derecho civil y mercantil, carece de una regulación legal expresa, reduciéndose su tipicidad a una tipicidad social. Ello no es obstáculo, insistimos, para admitir su plena sustantividad y autonomía por contraposición a lo que estas teorías propugnan.

B) TEORÍAS QUE CONCIBEN AL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO UNA PLURALIDAD DE CONTRATOS

Surgen estas teorías con el propósito de articular una construcción técnico-jurídica del contrato capaz de explicar la prolongación de efectos que en el mismo se producen.

Estas teorías configuran al contrato de suministro como una pluralidad de contratos que alcanzan, no obstante, su unidad en virtud de un acuerdo fundamental previo a la conclusión de los mismos. Este acuerdo fundamental puede asimismo ser considerado desde diversas perspectivas.

4. Ver sobre el tema JORDANO BAREA, J., *Los contratos atípicos*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto 1953, pp. 51-91.

5. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., p. 244.

a) *El acuerdo fundamental como contrato preliminar*

1. *Exposición*

El contrato de suministro se configura por algunos autores como resultado de un contrato preliminar o preparatorio de futuros contratos. En torno al alcance de los efectos de este contrato preliminar existen discrepancias en la doctrina. La concepción que podíamos denominar «clásica» considera al contrato preliminar como un contrato en virtud del cual las partes convienen entre sí llegar, en un tiempo futuro, a la conclusión de un contrato determinado; el contrato preliminar es un contrato que tiene por objeto la formación de un futuro contrato definitivo, de tal forma que la conclusión de éste extingue la obligación surgida del contrato preliminar, creando una nueva. Hay, por así decirlo, un acuerdo que va a prolongar sus efectos en el tiempo constituyendo una llamada a la formación de un nuevo contrato, perfección que se alcanza con una nueva manifestación de consentimiento de los contratantes en la que éstos determinan ya de manera específica los elementos esenciales que en el acuerdo preliminar se presentan como indeterminados.

ROCA SASTRE opina que del precontrato surge no una obligación de contratar o de emitir un nuevo consentimiento, sino de cooperar para establecer el contrato definitivo que existe en el precontrato pero sólo en germen, en síntesis, en sus directrices o elementos básicos que posteriormente desarrollará el contrato definitivo⁶.

DE CASTRO considera que el precontrato es una etapa preparatoria de un iter negocial complejo de formación sucesiva. En la relación jurídica que puede desembocar en la relación contractual definitiva podrían así distinguirse dos fases distintas. La primera fase vendría dada por la promesa de contrato; en ella se conviene el contrato proyectado y se crea y se atribuye a las partes la facultad de exigirlo, facultad que funciona con cierta indepen-

6. ROCA SASTRE, R., *Estudios de Derecho privado. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948, pp. 331 y 332.

dencia en cuanto tiene su propia causa. La segunda fase es la que comienza con la exigencia del cumplimiento de la promesa que origina la presencia del contrato que fuera proyectado⁷.

2. Crítica

Bajo cualquiera de estas concepciones, la construcción del contrato de suministro bajo la perspectiva de contrato preliminar nos parece rechazable por razones tanto de simple técnica jurídica como de orden puramente práctico.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, la tesis es criticable en cuanto otorga una autonomía a cada una de las singulares prestaciones que, aparte de irreal, no es querida por las partes; la determinación individual de las correspondientes prestaciones en que el contrato de suministro se concreta, lejos de presentarse como fruto de un nuevo acuerdo de voluntades de las partes (tendientes, bien a la formación de un contrato nuevo y definitivo, al desarrollo del preliminar o a la exigibilidad del mismo), constituyen simples actos de ejecución de un contrato único. Es erróneo pensar que las partes, cuando celebran un contrato de suministro, se obligan a celebrar tantos contratos como prestaciones concretas reclame la ejecución del suministro.

Por otro lado, y desde un punto de vista puramente práctico, es interesante analizar la bondad de la construcción bajo la perspectiva del posible incumplimiento por una de las partes de su compromiso en orden a la celebración de ese futuro contrato. Nos encontramos así con dos opciones: o admitir que la obligación asumida en el contrato preliminar es inejecutable, incoercible, o bien admitir, por el contrario, que cabe imponer a las partes coactivamente la prestación del consentimiento con vistas al futuro contrato, y en caso de que así lo hagan, tenerlo por prestado⁸.

7. DE CASTRO Y BRAVO, F., *La promesa de contrato*, en «Anuario de Derecho civil», 1950, p. 1169.

8. PUIG BRUTAU distingue cinco fases distintas a efectos de incumplimiento, oscilando éstos entre un simple derecho en el afectado por el incumplimiento a ser resarcido por el interés a salir indemne en la nego-

En cualquiera de los supuestos, la construcción se presenta como superflua. Si se parte de afirmar la incoercibilidad de la obligación, la función del contrato se reduce a asegurar una hipotética indemnización por los posibles daños y perjuicios que del incumplimiento se derivan⁹; si, por el contrario, se parte de admitir su coercibilidad¹⁰ resulta que el obligado puede ser condenado mediante sentencia a celebrar el contrato y que *volente debitore*, vale la sentencia como título para ejecutar el contrato como si hubiese sido concluido, no faltando incluso quienes afirman que aquel a cuyo favor es establecida la obligación puede pedir, sin más, la ejecución del contrato principal como si éste ya hubiese sido celebrado. En tales supuestos es evidente que la figura del precontrato constituye una complicación inútil y superflua, pues en la práctica tendría el mismo valor y fuerza vinculante que el propio contrato principal del que en principio se presenta como mero acto preparatorio.

Debe por estos motivos abandonarse la construcción del contrato de suministro conforme al esquema del llamado contrato preliminar o precontrato.

b) El acuerdo fundamental como contrato normativo

1. Exposición

Se ha querido asimismo considerar al contrato de suministro como fruto de un acuerdo preliminar, en el que las partes establecen las condiciones en las cuales deben ser estipulados los su-

ciación (en una fase preliminar) hasta la ejecución vía judicial del cumplimiento de la obligación en forma específica para aquellos supuestos en que se haya perfectamente determinado el contenido del contrato y sea posible la ejecución. (Véase PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1956, pp. 30, 31 y 32.)

9. Así nuestro Tribunal Supremo en Sentencias de 9 de junio de 1940, 9 de julio de 1940 y 16 de abril de 1941.

10. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950. Se recogen las citadas Sentencias en DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre jurisprudencia civil*, pp. 270-275 y 258-263. Madrid, 1966.

cesivos contratos, a través de los cuales el suministro va a desarrollarse. El pacto inicial de los contratos se convierte de esta forma en un modo de clausulado normativo general por el que habrán de regirse, en el supuesto de que voluntariamente las partes acuerden llevarlos a cabo, los sucesivos contratos en que el suministro se concreta.

La función del contrato normativo estriba, pues, en establecer un contenido negocial que disciplina relaciones jurídicas, en «hacer obligatoria para los futuros contrayentes la observancia de un esquema o clausulado general predispuesto de tal modo que quede el mismo incluido en cada uno de los futuros contratos en el supuesto y en cuanto que sean estipulados. En todo caso se hace un reenvío expreso en tales contratos a aquel esquema o clausulado»¹¹.

El contrato de suministro vendría así constituido por un acuerdo inicial previo, en el que las partes establecen la normativa que va a presidir la celebración de una serie de ulteriores contratos a través de los cuales tiene lugar la ejecución de las diversas prestaciones.

2. Crítica

La tesis del contrato de suministro como contrato normativo parte, al igual que la anteriormente examinada, de una proliferación de contratos que, además de ser ajenos o lo realmente querido por las partes, como ya indicábamos anteriormente, quedan pendientes en cuanto a su celebración de un «futuro y posible» acuerdo de voluntades de los contratantes. Efectivamente, el acuerdo preliminar no puede vincular a las partes a contraer, circunscribiendo, por el contrario, su eficacia a establecer los límites a los que han de someterse una serie de contratos, que las partes podrán estipular o no, o a, como decía FRANCESCHELLI, ser «mero instrumento interpretativo, en el sentido de que a los contratos que

11. MESSINEO, F., *Il contratto in genere*, Milano, 1968, tomo I, páginas 656-657.

estipulen las partes se entenderán, en caso de silencio, aplicable el contenido de lo previamente pactado»¹².

La tesis debe, por tanto, rechazarse, tanto por lo artificioso de su construcción como por su escaso interés práctico.

c) El acuerdo fundamental como contrato de coordinación

1. Exposición

Una tesis que podemos considerar ecléctica es la que configura al acuerdo inicial como «contrato de coordinación». Conforme a esta teoría, el contrato de suministro estará compuesto, de un lado, por un acuerdo previo en el que las partes se obligan a la celebración de futuros contratos, estableciendo además la normativa por la que éstos habrán de regirse, y de otro, por una serie sucesiva de contratos, a través de los cuales se concreta la ejecución del suministro.

La tesis del acuerdo preliminar como contrato de coordinación participa de las dos anteriores; por un lado, en cuanto que las partes se obligan —del mismo modo que en el contrato preliminar— a la conclusión de futuros contratos, y de otro, en cuanto que establecen en ese acuerdo previo —al igual que en el contrato normativo— la regulación jurídica de estas futuras relaciones.

2. Crítica

La tesis supone realmente un esfuerzo lógico para salvar los inconvenientes de las anteriores concepciones. Sin embargo, lejos de conseguirlo, adolece de sus mismos defectos. Por un lado mantiene la independencia causal y la sustantividad negocial de una serie de transferencias que no son sino meros actos de ejecución del contrato principal. Por otra parte es preciso señalar que —como indica CORRADO— para que el contrato de coordinación

12. FRANCESCHELLI, R., *Natura jurídica della compravendita con esclusiva*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1939, I, p. 243.

pueda conservar su autonomía en relación con los contratos coordinados es necesario que subsista un interés objetivo a la estipulación de los ulteriores contratos a coordinar, cosa que no sucede en el contrato de suministro, contemplado bajo esta perspectiva en el que ya las partes han concertado todos los elementos, consintiendo en constituir, bien obligaciones múltiples, bien una única obligación que imponga la reiteración de ciertas prestaciones¹³.

C) EL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO CATEGORÍA JURÍDICA UNITARIA Y AUTÓNOMA: DELIMITACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO FRENTE A FIGURAS JURÍDICAS AFINES

Abandonada la configuración del contrato de suministro como especie compleja, compuesta de una pluralidad de contratos, cabe considerarlo, desde un punto de vista unitario, como un único acuerdo de voluntades que prolonga sus efectos en el tiempo.

Desde esta perspectiva, el contrato de suministro alcanza, como vamos a tener ocasión de examinar a continuación, su sustantividad y autonomía a través de un proceso de delimitación frente a figuras jurídicas afines.

a) *Contrato de suministro y arrendamiento de obra*

La configuración del contrato de suministro como arrendamiento de obra es mantenida por un sector de la doctrina y por alguna jurisprudencia. Parte esta teoría de la consideración de que todo contrato de suministro precisa para su desenvolvimiento una actividad por parte del suministrante. ALBI afirma, por ejemplo, que cualquier entrega de cosa mueble será suministro, siempre que se cumpla una condición esencial: que haya empresa, que exista intermediario y que se produzcan los fenómenos de subrogación y del riesgo característicos de la contrata¹⁴. En la doctrina

13. CORRADO, R., *La somministrazione*, Torino, 1952, p. 25.

14. ALBI, F., *Los contratos municipales*, Valencia, 1944, p. 31.

italiana, autores como BONFANTE¹⁵ o D'AMELIO¹⁶ señalan como elementos connaturales al contrato de suministro «una prevalencia del elemento de hacer sobre el elemento de dar, razón por la que el contrato viene a ser considerado como un supuesto especial del arrendamiento de obra».

Nuestro Tribunal Supremo ha calificado asimismo en algunas ocasiones —Sentencia, entre otras, de 30-XII-1918— al contrato de suministro como un arrendamiento de obra.

La distinción entre ambas figuras puede plantear realmente dificultades, especialmente a aquellos supuestos en que, por la índole del objeto de las prestaciones, no pueda precisarse claramente si la causa motivo determinante en el contrato es la entrega de una serie determinada de bienes o la actividad que para la elaboración y entrega de éstos ha de llevar a cabo el contratista.

No obstante estas dificultades, se ha establecido por la jurisprudencia un criterio general de distinción: el contrato de suministro y el arrendamiento de obra pueden distinguirse por el objeto de sus prestaciones; mientras que en el contrato de suministro constituye su objeto la entrega de los bienes muebles sobre los que el contrato versa, en el arrendamiento de obra el objeto del contrato viene dado por la actividad desplegada por el contratista en orden a la obtención y entrega de dichos bienes. En esta línea tenemos, por ejemplo, al Consejo de Estado francés, que, en supuestos de dudosa calificación, utiliza como criterio delimitador el de la «accesoriedad», calificando así como contratos de suministro supuestos negociales en los que el elemento actividad se presentaba como accesorio¹⁷ o, viceversa, considerando al contrato como arrendamiento de obra o servicios si el elemento «actividad» se juzgaba predominante¹⁸.

15. BONFANTE, *Natura del contratto de somministrazione dell'elettricità*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1904, II, pp. 498 y ss.

16. D'AMELIO, *Contrato di acquisto e contrato de somministrazione*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1909, II, pp. 588.

17. *Conseil d'Etat, Arrêt «Delpy»*, de 28 de noviembre de 1859; *Conseil d'Etat, Arrêt «Hayen»*, de 10 de noviembre de 1936; *Arrêt «Séneca»*, 29 de mayo de 1938; *Arrêt «Lucas»*, 6 de julio de 1945.

18. *Conseil d'Etat, Arrêt Commune de Rigny la Salle*, 14 de mayo de

Nuestra jurisprudencia acoge igualmente este criterio. Así el Tribunal Supremo, en Sentencia de 31-I-1966 (supuesto de un contrato de suministro de vestuario con destino al personal auxiliar de carreteras), indica que: «no cabe, como pretende el recurrente, razonar en el sentido de que el contrato que la afecta es similar al de obras, porque para cumplir su objeto se precisa la realización de trabajo, toda vez que se trata de un mero suministro de efectos, convenido sin referencia a necesidad de su confección para poder darle cumplimiento, ya que bien pudieran hallarse las ropas y calzados en poder de dicho adjudicatario o a su disposición en el comercio».

En igual sentido, finalmente, el Tribunal Económico-Administrativo central, en resolución de 7 de junio de 1960, indica que: «existe entre el arrendamiento de obra y el suministro la diferencia fundamental de que el contrato de obras "tiene por objeto la realización misma de las obras convenidas, y en cambio, el de suministro, la entrega de los artículos sobre los que versa", y que "la razón del gravamen, aquello que pone de manifiesto el ejercicio de la profesión de contratista sin ficciones jurídicas en el contrato de suministro, no es la fabricación de los objetos suministrados, sino la realización del objeto propio del contrato de suministro, o sea, la entrega de los géneros a que se ha hecho referencia"».

Puede afirmarse, por tanto, pese a sus semejanzas, un criterio de distinción entre el arrendamiento de obra y el contrato de suministro, criterio basado en el distinto objeto del contrato en una y otra categoría negocial.

b) Contrato de suministro y compraventa

Una mayor complejidad reviste, desde el punto de vista dogmático, la distinción entre el contrato de suministro y la compraventa. Esta labor es, sin embargo, de una gran utilidad, en cuanto que es fundamentalmente a través de ella como podemos obtener

1860; *Conseil d'Etat, Arrêt Grouvelle*, 5 de agosto de 1920; *Arrêt Gru*, 7 de noviembre de 1952; etc.

los criterios que, como decíamos, dan al contrato su propia autonomía.

1. El contrato de suministro como modalidad de la compraventa

Es frecuente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la configuración del contrato de suministro como una modalidad de la compraventa. FERRI identifica, por ejemplo, al contrato de suministro y la venta con exclusiva, indicando que ésta «no es en sustancia sino un contrato de suministro cuyas prestaciones son prestaciones típicas de venta en las que se inserta la cláusula de exclusiva»¹⁹. NOVOA configura al contrato de suministro como una compraventa especial en función de su objeto²⁰. CASTÁN lo define como aquel mediante el cual una de las partes se obliga a proporcional a la otra, a cambio de un precio determinado, cosas que han de ser objeto de entregas sucesivas en períodos determinados o determinables *a priori*²¹. El contrato de suministro se presenta así como una compraventa de entregas sucesivas, como una compraventa en la que la entrega de la cosa, por un lado, y el pago del precio, por otro, la ejecución de las prestaciones, tiene lugar no en un único momento, sino en términos sucesivos.

ENNECERUS nos habla del suministro como «compraventa genérica relativa a mercancías que han de suministrarse en cantidad y tiempo determinados o a determinar posteriormente (por ejemplo, "según las necesidades" o "según pedido") a un precio fijado por unidad»²². En el mismo sentido LANGLE²³.

19. Sobre la configuración del contrato de suministro como compraventa con exclusiva, véase FERRI, *Vendita con esclusiva*, en «Diritto e pratica commerciale», 1933, I; y la crítica a tal postura en FRANCESCHELLI, *Natura giuridica della vendita*, cit., en especial pp. 261 y 262.

20. NOVOA, E., *Contrato de compraventa por suministro*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», noviembre de 1947, pp. 609 y ss.

21. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho de obligaciones*, tomo IV, Madrid, 1969, p. 68.

22. ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil*, tomo II, vol. II, p. 17.

23. LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, tomo III, Barcelona, 1959, p. 203.

En la doctrina italiana, BARBERO y FERRARA, entre otros, consideran al contrato de suministro como una «forma continuada de la compraventa»²⁴.

Por lo que a la jurisprudencia respecta, acoge también en algunas ocasiones estos puntos de vista. La Sentencia de 17 de abril de 1918, por ejemplo, considera al contrato de suministro como una «compraventa *sui generis*», si bien admitiendo que «no puede legalmente ser encuadrado en los términos clásicos de una compraventa o un arrendamiento de servicios, sino más bien en el de los innominados, y siempre como un negocio perfecto e irrenunciable». La Sentencia de 28 de abril de 1961 lo considera como un «contrato de compraventa con fisonomía especial, dado el objeto sobre el que recae»; el Tribunal Económico-Administrativo Central, por su parte, en resolución de 5-III-1957, lo califica como «variedad jurídico-fiscal del contrato civil de compraventa de bienes muebles», y en resolución de 29-IX-1961, como «compra continuada de bienes muebles».

Se afirma, en resumen, la identidad entre el contrato de suministro y la compraventa, presentándose aquél como un supuesto especial de la compraventa, especialidad que viene dada fundamentalmente por la peculiar forma de ejecución de la prestación.

2. Criterios de distinción y sustantivadores del contrato de suministro

Frente a este planteamiento que identifica contrato de suministro y compraventa puede señalarse la existencia en el contrato de suministro de una serie de factores o criterios de distinción que permiten afirmar su plena sustantividad negocial frente a la compraventa.

2.1. *Criterio objetivo.*—Un primer criterio de delimitación, que vamos a denominar objetivo, viene dado por la nota de

24. FERRARA, *Diritto privato attuale*, Torino, 1948, p. 280; BARBERO, *Sistema istituzionale di Diritto privato*, Torino, 1950-51, II, pp. 313 y 314.

«periodicidad» en la ejecución del contrato, propia del contrato de suministro y ajena a la compraventa, incluso a la llamada compraventa de entregas repartidas.

La periodicidad supone «la reproducción de un mismo resultado contractual, completo y definitivo en su manifestación, y constituye una nota inequívoca del contrato de suministro»²⁵. Esta periodicidad no puede confundirse con los diversos momentos en que se cumple la entrega de la cosa en la compraventa con entregas repartidas; en ésta no nos encontramos con una reproducción de un mismo resultado contractual, sino con un mero fraccionamiento del mismo.

La periodicidad supone, por tanto, una unidad de resultado contractual, reproducido en un determinado espacio temporal y es característica propia del contrato de suministro²⁶.

Este criterio diferenciador parece apuntar, si bien de manera imprecisa, en algunas Sentencias del Tribunal Supremo; así, en Sentencia de 30 de octubre de 1920 se indica que «no es suministro, sino compraventa, el contrato por el que se entrega material de “una sola vez” y no “gradualmente” durante un período de tiempo».

El Consejo de Estado, asimismo, considera característica en el contrato de suministro «la estipulación de la contraprestación dineraria en función del tiempo, o la configuración de la prestación, no con carácter meramente diferido a plazos y en forma discontinua, sino como prestación de tracto sucesivo o periódico» (Dictamen Exp. 29889 de 10-I-1963).

Este criterio de la periodicidad, válido desde un punto de vista dogmático, resulta, sin embargo, impreciso y confuso en su aplicación práctica; es realmente difícil determinar cuándo esta-

25. D'AMELIO, M., *Contratto d'acquisto e contratto di somministrazione*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1909, tomo II, p. 591.

26. CORRADO, R., *La somministrazione*, cit., p. 111. En igual sentido GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, p. 65. Ver asimismo, sobre la periodicidad en el contrato de suministro, el fundamental trabajo de MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, Sassari, 1914, pp. 9 y ss.

mos en presencia de un resultado contractual repetido —propio de la prestación periódica— y cuándo simplemente ante un único resultado contractual fraccionado. Es por ello que se hace necesaria la búsqueda de otros criterios complementarios.

2.2. *Criterio subjetivo.*—Este segundo criterio delimitador nos viene dado por el especial modo de determinación del momento de cumplimiento y de la cuantía de las prestaciones, propio y característico en el contrato de suministro. Tiene lugar tal determinación efectivamente en el contrato de suministro, en función no de factores fijos y predeterminados —como sucedería en la compraventa—, sino en consideración a circunstancias de carácter subjetivo y variable (conforme a las necesidades del adquirente, a las exigencias de la obra o servicio para que se contraten las prestaciones, etc.).

RUBINO señala que «la presencia de una serie de medios de determinación de la cantidad, conforme al arbitrio del acreedor, a sus necesidades, etc., que surgen en el curso de la ejecución tan sólo, constituye uno de los más importantes indicios para calificar el contrato como contrato de suministro, o para convertir en este tipo una venta de entregas repartidas»²⁷.

FERRI observa que «cuando no se haya establecido cuantitativamente la entidad de lo suministrado, no se haya previsto el momento en que deba ser efectuado ni se haya indicado el número de las prestaciones y la medida de cada una de ellas, y éstas estén llamadas a volver a satisfacer la necesidad del acreedor con un vínculo de continuidad y regularidad, cualquiera que sea el *nomen iuris* adoptado por los contrayentes, se está en presencia de un contrato de suministro»²⁸.

Este nuevo elemento distintivo se recoge en el ya citado dictamen del Consejo de Estado de 1-I-1963, en el que se califica como compraventa a un supuesto contrato de suministro por «no

27. RUBINO, D., *La compravendita*, en «Tratado di Diritto civile e commerciale», Milano, 1952, p. 375.

28. FERRI, *Il fenomeno economici dell'esclusiva*, en «Diritto e pratica commerciale», 1933, p. 463.

supeditarse en el contrato en manera alguna las prestaciones de entrega a las necesidades del servicio». El Tribunal Económico-Administrativo Central, en resolución de 7-VII-1964, indica asimismo que «el suministro requiere un acto previo y único que es el contrato, una cuantía de objetos y cosas no fija, sino de volumen aproximado, variable según las necesidades del adquirente, y unas entregas sucesivas, es decir, una continuidad en la provisión que subsistirá hasta tanto queden atendidas aquellas necesidades y a medida de ellas, sin que, por tanto, quepa en el concepto de suministro la contratación de adquisición de varias cantidades fijas de cosas cuya necesidad ha previsto de antemano el adquirente, pero que no van prestándose con el transcurso del tiempo, pues esto supone realmente actos de compraventa».

Todas estas notas de carácter subjetivo —subordinación de las entregas en cuanto a su momento de ejecución y en cuanto a su cantidad a las necesidades del adquirente, indeterminación inicial del objeto de las prestaciones, etc.— contribuyen, junto con las que hemos venido a calificar de objetivas —unidad obligacional y publicidad y periodicidad de las prestaciones—, a precisar el concepto del contrato de suministro, afirmando su propia autonomía.

2.3. *Criterio causal.*—Se observa, finalmente, en el contrato de suministro, junto a las notas ya analizadas, un tercer elemento característico y de gran utilidad para la labor de delimitación y definición jurídica que del mismo estamos realizando. Nos referimos a la especial intensidad con la que el elemento temporal incide sobre la causa del contrato en el contrato de suministro.

Entendemos por causa la función económico-social que el contrato ha de cumplir en el tráfico jurídico y que las partes persiguen con su celebración²⁹. La causa así entendida, en cuanto función económico-social del contrato, se encuentra, como decimos, en el contrato de suministro en íntima conexión con la duración de su cumplimiento en cuanto que sin esta prolongación de

29. Sobre la causa del contrato véase Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., págs. 145-169.

efectos el contrato no podría desempeñar la función económico-social que le es propia: la satisfacción de necesidades duraderas.

Como OPPO indica, «la duración del cumplimiento afecta a la causa en los contratos de duración en un doble sentido; en cuanto que éstos no cumplirán la función económica a la cual han sido preordenados si su ejecución no se prolonga en el tiempo, y en cuanto que, de otro lado, la utilidad que a las partes les deriva del negocio va a ser proporcional a la duración del mismo»³⁰.

En el contrato de suministro, el elemento temporal influye, pues, de manera decisiva en la causa del negocio, que viene constituida precisamente por esa prestación *continuada* de bienes. Esta es, por otra parte, la finalidad que mueve a los contratantes a la celebración del contrato y que, por encima del campo de las simples motivaciones de las partes, constituye la propia finalidad objetiva del contrato. El elemento temporal en el contrato pasa así de elemento accidental del negocio a convertirse en factor predeterminante del mismo y conformador de su causa.

D) DEFINICIÓN PROPUESTA

Tras este análisis de las distintas posiciones de la doctrina sobre la sustantividad del contrato de suministro podemos ya formular una definición del mismo.

Hemos examinado y abandonado tanto las que hemos venido en denominar tesis negadoras como las pluralistas. El contrato de suministro no es, en efecto, ni una simple categoría económica, ni un compuesto contractual. Hemos afirmado con respecto a las tesis pluralistas que es erróneo partir de la existencia en el contrato de suministro de unas reiteradas manifestaciones de voluntad en los sucesivos períodos de ejecución del contrato. Afirmar esto es negar todo contenido al acuerdo inicial, convirtiendo en manifestaciones perfectas de voluntad los simples pedidos de ejecución del contrato.

30. OPPO, G., *I contratti di durata*, en «Rivista di Diritto commerciale», 1943, p. 174.

El contrato de suministro es, a nuestro modo de ver, una categoría jurídica unitaria y autónoma que alcanza esta autonomía y sustantividad a través de un proceso de delimitación con la compraventa, en el que como criterios distintos aparecen: de un lado, la nota de periodicidad propia del contrato de suministro y ajena a la compraventa (criterio objetivo); en segundo término, un criterio que hemos venido a denominar subjetivo, cual es la indeterminación inicial del objeto de las prestaciones y su concreción en consideración a factores de carácter subjetivo; finalmente, la especial intensidad con que el elemento temporal influye en la causa del negocio, convirtiéndose de elemento accidental en factor predeterminante del mismo.

Partiendo de estos criterios puede, como decimos, definirse el contrato de suministro como aquel acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes, suministrante, se compromete a asegurar a la otra, suministrado, la satisfacción de una necesidad duradera mediante entregas sucesivas de bienes muebles, cuya cuantía va a determinarse en función de las necesidades del adquirente sobrevenidas en la fase de ejecución del contrato.

E) LA DOGMÁTICA DEL CONCEPTO EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Es interesante observar cómo esta definición del contrato de suministro efectuada en el campo del Derecho privado va a tener acogida en la reciente jurisprudencia contencioso-administrativa de nuestro Tribunal Supremo.

Son en su mayoría Sentencias éstas dictadas contra resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central resolviendo recursos contra liquidaciones del Impuesto de Derechos reales. En ellas el Tribunal Supremo aborda el tema del concepto y naturaleza del contrato de suministro.

Tenemos así, en primer lugar, las Sentencias de la Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 1968 (Rep. Arz. 5575) y 22 de diciembre de 1969 (Rep. Arz. 6094).

En ellas el Tribunal Supremo, abandonando las teorías pluralistas, configura al contrato de suministro como un «proceso contractual único desarrollado en actos sucesivos».

La construcción es en cierta forma paralela a la de DE CASTRO, si bien la nota de sucesividad se predica no de la fase de formación del contrato, sino de la de su posterior desarrollo y ejecución. Se acoge asimismo el criterio de la indeterminabilidad inicial del objeto de las prestaciones al indicarse que en este tipo de contratos la cuantía de lo suministrable viene regida por las necesidades del suministrado y las efectivas posibilidades del suministro.

La Sentencia de 22 abril 1972 (R. Ar. 1877) nos ofrece, por otra parte, una definición del contrato conforme a los criterios que hemos empleado en nuestro examen. Reproduce la citada Sentencia los considerandos de las de 15 marzo 1971 y 11 marzo 1972. El supuesto de hecho era bastante similar en todas ellas. Se trataba de determinar si los contratos celebrados entre la Compañía Telefónica Nacional y Standard Eléctrica, S. A., habían de considerarse sujetos al Impuesto de Derechos reales como contratos de suministro —tesis de los órganos de reclamación y gestión de la Administración fiscal— o si, por el contrario, debían considerarse exentos en cuanto compraventas de bienes muebles concertadas por correspondencia y derivadas de un contrato preliminar —tesis de la recurrente—. En virtud de estos contratos, la Compañía Telefónica se comprometía a adquirir de Standard Eléctrica, y ésta a vender, «cuanto material de comunicación aquélla necesitase». El Tribunal Supremo califica el contrato como contrato de suministro y confirma las liquidaciones giradas sobre «las diversas prestaciones en que el contrato se concreta».

En sus considerandos indica el Tribunal Supremo que «la relación que une a las partes constituye un negocio jurídico de suministro que la doctrina científica iusprivatista estima amparado en la autonomía contractual consagrada en el artículo 1255 de nuestro Código civil, contrato atípico —sólo regulado en parte por normas fiscales o administrativas— y complejo, por el que una parte se obliga respecto a la otra, y según sus necesidades, a

ejecutar o cumplir prestaciones *duraderas*, entregas *sucesivas* de cosas o unidades en períodos o por tiempo determinado o determinable y cuyas principales características... son su formal y esencial *unidad contractual* tanto en el momento genérico o de origen como en el funcional o de ejecución, y su *duración* tanto por lo que afecta a las prestaciones sucesivas como a la *causa*, que es siempre la misma pues *la utilidad del contrato se halla en función de su continuidad que asegura su fin económico-social...*».

Como puede verse, el Tribunal Supremo parte en su definición del contrato de suministro de los mismos criterios que hemos empleado para delimitar y definir este contrato. Se configura, en primer lugar nuevamente al contrato de suministro con carácter unitario frente a las concepciones pluralistas («su unidad se manifiesta tanto en el origen del contrato como en su ejecución y desarrollo»). En segundo lugar, se perfilan las notas características del contrato: de una parte, el carácter periódico y duradero de la prestación; por otro lado, la determinación de la cuantía de las prestaciones «en función de las necesidades del suministrante» —nota de carácter subjetivo—. Se insiste, finalmente, en la especial incidencia del elemento temporal sobre la propia causa del negocio, dado que «la utilidad del contrato se halla en función de su continuidad que asegura su fin económico-social...».

Tiene, en suma, plena aceptación en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa el concepto y las notas que, como hemos dejado expuesto, elabora la dogmática iusprivatista.

El concepto del contrato de «suministro propio» es así no sólo un concepto que se acuña en el campo del Derecho privado, sino un concepto que nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa acoge y maneja. Este dato debe ser tenido en cuenta para comprender las consideraciones que vamos a hacer en el siguiente capítulo.

CONCLUSIONES

Primera.—Deben rechazarse las teorías que configuran al contrato de suministro como un compuesto de una pluralidad de

contratos, por cuanto suponen una complicación innecesaria e inútil para la explicación de la prolongación de los efectos del contrato. Es erróneo e innecesario partir, como estas teorías hacen, de la existencia de unas reiteradas manifestaciones de voluntad en los sucesivos períodos de ejecución del contrato. Afir- mar esto es negar todo contenido al acuerdo inicial, convirtiendo los simples pedidos de entrega en la fase de ejecución del con- trato en manifestaciones perfectas de voluntad, tendentes a la formación de nuevos contratos por los contratantes, contratos que son ajenos a la voluntad real de los mismos y carentes, en consecuencia, de una causa negocial y una sustantividad propia y diversa de la del acuerdo inicial que los origina.

Deben asimismo rechazarse las teorías que lo consideran como una modalidad de figuras jurídicas a él afines.

Segunda.—El contrato de suministro es un contrato dotado de una tipicidad legal, propia del Derecho administrativo, y con una tipicidad social consagrada por los usos y la práctica comercial en el Derecho privado.

Tercera.—La periodicidad en las entregas, la indeterminabi- lidad inicial del objeto de las prestaciones, cuya concreción opera en el curso de ejecución del contrato y a través de factores de carácter subjetivo (en función de las necesidades del adquirente), así como la especial incidencia en el contrato del elemento tem- poral, que se eleva a causa del negocio, son factores que, a la vez de delimitar al contrato de suministro frente a figuras jurí- dicas afines, permiten afirmar del mismo su propia sustantividad y autonomía.

Cuarta.—El elemento temporal se presenta en el contrato como elemento causal del mismo, en cuanto que constituye el motivo determinante querido por las partes como constitutivo y básico del negocio, y en cuanto determinante, asimismo, de la función económico-social propia del contrato, irrealizable si el contrato no prologa sus efectos en el tiempo.

Quinta.—Puede definirse al contrato de suministro como aquel

acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes se compromete a asegurar a la otra la satisfacción de una necesidad duradera, mediante entregas sucesivas de bienes cuya cuantía va a determinarse en función de las necesidades del adquirente sobrevenidas durante la fase de ejecución del contrato.

CAPÍTULO III

ADQUISICION DE BIENES MUEBLES POR LA ADMINISTRACION PUBLICA Y CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO; CONCEPTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

I) INTRODUCCION

Hemos tenido ya ocasión de señalar, al estudiar la figura del contrato administrativo de suministro en el siglo XIX, la ausencia en estos contratos de una regulación jurídica unitaria y específica. Hemos visto cómo falta en ellos un pliego de condiciones administrativas generales de contratación al que puedan ajustar su clausulado, y cómo ha de quedar, en consecuencia, su normativa constituida, en primer lugar, por los diversos pliegos de condiciones administrativas elaborados en función de su objeto para cada modalidad del contrato de suministro, y en segundo término, por una sumisión a la normativa general de la contratación administrativa prevista en su mayoría para el contrato de obra pública.

Señalábamos asimismo, como característica de este período, la falta de una delimitación legal del concepto del contrato administrativo de suministro.

Esta dispersión normativa y esta ausencia de una definición legal del contrato van a prolongarse durante la primera mitad del presente siglo. La Ley de Administración y Contabilidad de la

Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 apenas hace unas ligeras alusiones al contrato en su capítulo V; la reforma de este capítulo por la Ley de 20 de diciembre de 1952 dedicó asimismo una escasísima atención al tema.

Tan sólo el texto refundido del Impuesto de Derechos reales y sobre Transmisiones de bienes de 28 de noviembre de 1927 nos ofrece un concepto preciso del contrato (art. 2.º, párrafo 8.º)¹. La definición, sin embargo, como el mismo texto refundido advierte, se establece a efectos fiscales, circunscribiendo al marco del citado impuesto su operatividad.

Desde el punto de vista doctrinal, por otra parte, la delimitación del concepto del contrato administrativo de suministro no es mucho más precisa.

Por influencia quizá del Derecho francés, la expresión «contrato administrativo de suministro» va a ser empleada en un sentido excesivamente amplio en cuanto comprensiva de ciertos contratos de servicios públicos².

FERNÁNDEZ DE VELASCO indica así que «mediante el contrato de suministro la Administración desarrolla ciertos servicios en sí mismo públicos (vgr. transportes), o recibe cosas y productos

1. El contrato de suministro se define, a efectos del impuesto, como «aquel por cuya virtud una persona se compromete con respecto a otra a entregar en plazos sucesivos y mediante precio, o compensación de otra especie, una pluralidad de bienes muebles o unidades métricas de agua, gas, electricidad, etc., cuya cuantía se condiciona a las necesidades del adquirente y no puede fijarse de antemano si no es en términos sujetos a rectificación».

2. En Derecho francés, y hasta el Decreto de 13 de marzo de 1956, se utilizaba la expresión *marchés de fournitures et de transports*, incluyendo en el concepto *marchés de fournitures* a los contratos de servicios con exclusión de los de transporte.

Tras el Decreto de 13 de marzo de 1956, que modifica parcialmente el régimen jurídico de estos contratos, la expresión *marchés de fournitures et de transports* es sustituida por la de *marchés de fournitures et de services*, excluyendo del ámbito del *marché de fourniture* los contratos de servicio e incluyendo en los contratos de servicio al de transporte. (Cfr. ANDRÉ AUMONT, *Les marchés de fournitures et de services*, «Juris Classeur administratif», fasc. 525, p. 14.

que aplica como medios de satisfacer servicios públicos también. El contrato de suministro se nos ofrece así como una compraventa reiterada —en el supuesto de que el contratista se comprometa a facilitar a la Administración cosas o productos— o bien como un arrendamiento de servicios, cuando el contratista asume en el contrato la prestación del mismo»³.

ALBI incluye, por otra parte, dentro del contrato de suministro, supuestos tan dispares como el arriendo de la recaudación de contribuciones, la gestión afianzada para el mismo fin y determinados conciertos gremiales para la recaudación entonces existente, por entender que en todos ellos se cumplía una condición esencial para calificarlos como contratos de suministro; «la subrogación de un tercero en los derechos de la Administración con la consiguiente asunción de riesgos característicos de la contrata»⁴.

ALVAREZ GENDÍN, por su parte, distingue tres tipos de contratos de suministro: de géneros o materias, de obra integral y de obra múltiple y continua. Conforme a ello considera contrato de suministro tanto la entrega de forma continua o sucesiva y en función de peso o medida de determinadas cosas o mercancías, como la realización de determinados proyectos y estudios profesionales (vgr. proyectos de ensanches)⁵.

En este confuso contexto legislativo y doctrinal, la Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 24 de diciembre de 1962 va a iniciar en nuestro Derecho el proceso de regulación jurídica unitaria de las adquisiciones de bienes muebles por la Administración pública.

3. FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Los contratos administrativos*, Madrid, 1945, p. 204.

4. ALBI, F., *Los contratos municipales*, Valencia, 1944, p. 31.

5. ALVAREZ GENDÍN, S., *Los contratos públicos*, Madrid, 1934, pp. 152 y ss.

II) LA ADQUISICION DE BIENES MUEBLES EN LA LEY DE BASES DEL PATRIMONIO DEL ESTADO

A) AMBITO

La Ley de Bases del Patrimonio del Estado establece en su base XV, apartado primero, que: «La adquisición de los bienes muebles necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos o para el ornato y decoración de las dependencias oficiales tendrá lugar mediante concurso. Se regularán las excepciones que permitan la directa adquisición de dichos bienes».

La Ley de Bases, como puede verse, va a establecer en su base XV, de un lado, su propio ámbito de aplicación con relación a las adquisiciones de bienes muebles, y de otro, el sistema de selección del contratista al que tales adquisiciones han de ajustarse.

Por lo que respecta al primero de estos puntos, conviene señalar la amplitud de la expresión utilizada por la Ley.

Efectivamente, por «bien mueble necesario para el desenvolvimiento de los servicios públicos» debe, en nuestra opinión, entenderse todo bien mueble que de alguna manera contribuya al normal desenvolvimiento de los servicios públicos. Fuera de este tipo de muebles, sólo puede pensarse en aquellos bienes que, sin ser necesarios, contribuyen al confort, ornato o decoración de las dependencias oficiales, bienes que la Ley de Bases va a someter asimismo a su ámbito de aplicación.

La Ley de Bases del Patrimonio del Estado somete en resumen, en nuestra opinión, a sus principios, y en consecuencia a las disposiciones dictadas en su ejecución, a toda adquisición de bienes muebles llevada a cabo por la Administración mediante un procedimiento contractual.

Para este tipo de contratos la Ley de Bases prevé el concurso como forma de selección del contratista, remitiendo a las disposiciones posteriores dictadas en su ejecución determinar los supuestos en que es admisible la adquisición directa.

B) RÉGIMEN JURÍDICO

Por lo que respecta al régimen jurídico de estas adquisiciones de bienes muebles, la Ley va a someterlas, en cuanto contratos sobre bienes patrimoniales, a las normas del Derecho privado.

Señala la base primera, apartado segundo, que «los bienes y derechos del Patrimonio del Estado se regirán por las disposiciones dictadas en ejecución de la presente Ley de Bases y subsidiariamente por las normas del Derecho privado, civil o mercantil».

El régimen jurídico establecido para estas adquisiciones difiere, pues, del que, conforme al artículo 65 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, venía siendo aplicable para toda la contratación administrativa.

Establecía efectivamente el citado precepto que las disposiciones y normas del Derecho común serían aplicables como *Derecho supletorio* para resolver las cuestiones a que pudiera dar lugar la interpretación y cumplimiento de los contratos administrativos que no pudieran ser decididas por aplicación directa de los preceptos del capítulo V de la citada Ley y de las disposiciones complementarias de la contratación administrativa.

La Ley de Bases del Patrimonio del Estado altera así, para estos contratos de adquisición de muebles, el régimen aplicable de forma general a la contratación administrativa al establecer para este tipo de adquisiciones la aplicación principal del Derecho privado, excluyendo en consecuencia la aplicabilidad a las mismas de la normativa contenida en el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública y en las restantes disposiciones complementarias de la contratación administrativa⁶.

6. En la doctrina, PARADA VÁZQUEZ, J. (*La nueva Ley de Contratos del Estado*, «R. A. P.», núm. 47, 1965, p. 407) y GARCÍA DE ENTERRÍA (*Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, «R. A. P.», 10, 1953, p. 248) indican que, pese a lo establecido en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, el Derecho privado era ya de aplicación principal y no supletoria a los contratos de la Administración, dada la inexistencia en éstos de una regulación de fondo dictada con rango de ley que pudiera prevalecer sobre el Código civil, Código de comercio o leyes especiales.

III) CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO Y ADQUISICION DE BIENES EN LA LEY DE BASES DE CONTRATOS DEL ESTADO

A) INTRODUCCIÓN

Estando en elaboración por el Gobierno el texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, se publica el día 28 de diciembre de 1963 la Ley de Bases de Contratos del Estado.

En su base XIV se recogen las previsiones de la Ley para el contrato de suministro. Su examen es de un interés relativo; la Ley se limita a anticipar una distinción entre los diversos tipos de contratos de suministro y anunciar como forma ordinaria de adjudicación de estos contratos el concurso, recomendando asimismo la creación de órganos especiales encargados de la preparación y cumplimiento de estos contratos.

El verdadero interés de esta Ley de Bases radica, en nuestra opinión, aparte de en estas precisiones, en su exposición de motivos.

Por un lado se reconoce en ella la actual importancia del contrato y la necesidad de dotarle de una regulación jurídica adecuada. Por otra parte podemos, a través de su examen, llegar a las raíces del actual concepto del contrato administrativo de suministro, para seguir posteriormente su evolución hasta la Ley de Contratos del Estado⁷.

7. Sobre el valor jurídico de las exposiciones de motivos en las normas jurídicas, véase el trabajo de ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES *Valor y función de las exposiciones de motivos de las normas jurídicas*, Santiago de Compostela, 1972. En especial pp. 83-93, en las que se hace un estudio jurisprudencial del tema.

DE CASTRO señala al respecto que «los antecedentes inmediatos de las leyes tienen un valor que conviene aquilatar. No vinculan al intérprete, ni su violación supone infracción de ley, pero su autoridad es muy grande. Las exposiciones de motivos, los preámbulos expositivos, si bien no son ley, llevan la autoridad de haberlos redactado alguien que intervino o conoció de cerca la intimidad de la obra legislativa, además de la de su propia autoridad personal y científica...», «... todos los trabajos previos a la promulgación tienen asimismo su importancia en cuanto son datos

B) NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN JURÍDICA UNITARIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

Como decimos, es por primera vez en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado en que se pone de manifiesto la ausencia de una normativa jurídica unitaria en el contrato administrativo de suministro y la necesidad de la misma.

Reconoce así la exposición de motivos que «el contrato de suministro no había recibido en nuestro Derecho una normativa positiva de tipo unitario, tal vez por relegarse la materia a los pliegos de condiciones específicos de cada tipo de aquéllos o tal vez porque el uso de esta figura venía siendo característico de los departamentos militares».

Afirma asimismo la exposición de motivos que «si bien es comprensible que la Ley de Administración y Contabilidad, dado el carácter inhibicionista de la Administración en aquella época, dedicara una muy escasa atención al tema, en la actualidad, dado el volumen de actividades absorbidas, la constante necesidad de medios obliga a afrontar el tema con sanos criterios y disposiciones unificadoras».

El contrato de suministro se nos presenta, pues, como consecuencia de este creciente intervencionismo estatal, en un primer plano de la actividad contractual de la Administración pública.

C) CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO Y CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE BIENES MUEBLES

a) Concepto y delimitación

El apartado segundo de la exposición de motivos de la base XIV de la Ley de Bases de Contratos del Estado apunta

sobre el origen de un precepto» (DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, tomo I, Madrid, 1955, p. 527).

por vez primera un intento de definición del contrato administrativo de suministro, deslindándolo frente a la adquisición de bienes muebles. «Conviene advertir —indica la citada exposición de motivos— que sólo se recoge en la presente Ley de Bases el “suministro propio”, esto es, aquel mediante el cual compra la Administración de forma reiterada una pluralidad de bienes o servicios en plazos sucesivos, pues las adquisiciones unitarias encuentran su tratamiento en otro texto legal».

Parte, como puede verse, la exposición de motivos de la Ley de Bases del Contrato del Estado de excluir de su ámbito la adquisición de bienes muebles, los principios de cuya regulación en sus líneas fundamentales fueron establecidos, como hemos tenido ocasión de examinar, por la Ley de Bases del Patrimonio del Estado. La Ley pretende regular tan sólo la figura del «suministro propio».

Conviene detenerse brevemente en el sentido de esta expresión, pues es a través de ella, en nuestra opinión, como pasa al campo del Derecho administrativo el concepto fiscal del contrato de suministro, y en su consecuencia el concepto del contrato que en su momento vimos fue elaborado por la dogmática jurídica iusprivatista.

Si comparamos, efectivamente, el concepto técnico jurídico del contrato de suministro, el concepto fiscal del mismo y el que la exposición de motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado considera «suministro propio», encontraremos entre ellos un evidente paralelismo.

Definíamos el contrato de suministro como aquel acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes se comprometía a asegurar a la otra la satisfacción de una necesidad duradera mediante entregas sucesivas de bienes cuya cuantía va a determinarse en función de las necesidades del adquirente sobrevenidas durante la fase de ejecución del contrato.

El concepto es reproducido en lo sustancial en el artículo 2.º, párrafo 8.º del texto refundido del Impuesto de Derechos reales y sobre transmisiones de bienes de 28 de febrero de 1927, ya citado en otras ocasiones. A efectos del Impuesto, se consideraba

contrato de suministro a la «entrega sucesiva de una pluralidad de bienes cuya cuantía se condicione a las necesidades del adquirente, no pudiendo fijarse de antemano sino en términos sujetos a rectificación».

Dos notas sustanciales y características aparecen, pues, en ambas definiciones: la nota de sucesividad en las entregas y la indeterminabilidad inicial del objeto de las prestaciones.

Este concepto del contrato de suministro que la dogmática iusprivatista elabora y que el Derecho fiscal acoge es el que, en nuestra opinión, traslada al campo del Derecho administrativo la exposición de motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado.

La nota de «sucesividad» aparece así recogida —si bien con escasa precisión técnica— en la expresión «adquisición reiterada en plazos sucesivos». No se recoge inicialmente, sin embargo, como nota definitoria del suministro propio en la Ley de Bases la «indeterminabilidad inicial del objeto de las prestaciones». Ello es consecuencia de este mismo paralelismo que indicamos existe entre el concepto del contrato de suministro de la Ley de Bases de Contratos del Estado y el concepto fiscal. La nota de indeterminabilidad inicial del objeto de las prestaciones, que aparecía efectivamente como definitoria del contrato de suministro en el texto refundido del Impuesto de Derechos reales de 28 de febrero de 1927, desaparece en sucesivas regulaciones del Impuesto⁸ hasta quedar, sin embargo, finalmente incorporada a la definición que a efectos fiscales da del contrato el artículo 2.º, párrafo I de la Ley de 21 de marzo de 1958 y en el artículo 5.º, párrafo 8

8. La Ley de 11 de marzo de 1932 define así el contrato de suministro a efectos del impuesto como «aquel en virtud del cual una persona se obliga respecto a otra a entregar en plazos sucesivos, y mediante precio o compensación de otra especie, una pluralidad de objetos muebles o unidades métricas de agua, gas o electricidad que se pesen, midan o cuenten».

En los mismos términos, sin alusión alguna a la nota de la indeterminabilidad inicial del objeto de las prestaciones, es definido en el texto refundido del impuesto de 21 de abril de 1941 y la Ley de 7 de noviembre de 1947.

de su Reglamento de 15 de enero de 1959⁹. Estas alternativas que en el Derecho fiscal se observan van a traducirse en la omisión inicial en la Ley de Bases de Contratos del Estado de este criterio como definitorio del contrato de suministro. En el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, sin embargo, el legislador le dará plena acogida, definiendo así en su artículo 83, párrafo primero al contrato de suministro como «la compra de bienes muebles por la Administración, en la que el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes *de forma sucesiva* y por precio unitario, *sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el negocio, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración*».

Cabe, pues, afirmar una sustancial coincidencia entre el concepto del contrato de suministro de la Ley de Bases de Contratos del Estado (contrato de suministro «propio») y su concepto técnico jurídico elaborado por la dogmática iusprivatista y recogido por el Derecho fiscal.

Es a este contrato de suministro «propio» al que, según las previsiones de la exposición de motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado, había de ceñirse la regulación del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado; las adquisiciones unitarias de bienes muebles quedarían excluidas de su ámbito y sometidas a la regulación que en su día estableciera el texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, cuya Ley de Bases, como vimos, pretendía regular toda adquisición de bienes muebles llevada a cabo por la Administración mediante un procedimiento contractual.

b) Régimen jurídico

Para este contrato de suministro, la Ley prevé un régimen

9. «El contrato de suministro se define a efectos del impuesto como aquel por cuya virtud una persona se obliga a entregar a otra, mediante precio o signo que lo represente, en plazos sucesivos y cuantía que no puede fijarse de antemano más que en términos sujetos a rectificación, una pluralidad de objetos muebles o unidades métricas de agua, gas o electricidad, u otras cosas susceptibles de ser pesadas, medidas o contadas.»

jurídico distinto al previsto para la adquisición de bienes muebles en la Ley de Bases del Patrimonio del Estado. Frente al régimen jurídico de Derecho privado que para la adquisición de bienes muebles se preconiza en la citada Ley de Bases, la base primera de la Ley de Bases de Contratos del Estado establece la sumisión del contrato de suministro a su futuro texto articulado y disposiciones reglamentarias; sólo en defecto de lo establecido en estas disposiciones y en el resto del ordenamiento jurídico administrativo será de aplicación el Derecho privado.

IV) CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO Y CONTRATO DE ADQUISICION DE BIENES MUEBLES EN EL TEXTO ARTICULADO DE LA LEY DEL PATRIMONIO DEL ESTADO

A) AMBITO

Conforme a lo establecido en la base XV de su Ley de Bases, la Ley articulada del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 somete en el artículo 92 a sus preceptos «las adquisiciones de los bienes muebles necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos o para el ornato y decoración de las dependencias oficiales...».

Para este tipo de contrato, la Ley establece como forma de adjudicación el concurso, si bien permite que queden exceptuadas del mismo las adquisiciones de bienes en los mismos supuestos que establece la legislación general de contratos del Estado¹⁰.

Hemos indicado ya anteriormente el amplio sentido en que debe ser entendida la expresión «bienes necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos» y cómo las previsiones de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado eran en este punto las de incluir en su ámbito a toda adquisición de bienes muebles llevada a cabo mediante un procedimiento contractual.

10. Esta remisión debía entenderse hecha al artículo 57 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública reformada por la Ley de 20 de diciembre de 1952.

El texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, apartándose, sin embargo, de las previsiones de la Ley de Bases, va a excepcionar de sus preceptos aquellas adquisiciones de bienes muebles que «legalmente sean calificados como contratos de suministro» (art. 92, párrafo 1.º). En estos términos, la Ley alude y se remite a la definición que, de acuerdo con las previsiones establecidas en su Ley de Bases, formule en su día el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

Se insiste con ello de manera clara en la delimitación que vimos se formulaba entre la figura del contrato de suministro y los contratos de adquisición de bienes muebles en la Ley de Bases de Contratos del Estado. La Ley del Patrimonio del Estado somete a sus preceptos a todos aquellos contratos en virtud de los cuales la Administración adquiera los bienes muebles que necesite para el normal desenvolvimiento de los servicios públicos. Excepciona, sin embargo, de su ámbito aquellos supuestos en que la adquisición no se lleve a cabo de forma unitaria, sino mediante un contrato de suministro, entendiéndose por tal la adquisición sucesiva de una pluralidad de bienes de cuantía inicialmente indeterminada, o determinada en función de criterios subjetivos sujetos a rectificación.

B) RÉGIMEN JURÍDICO

Por lo que respecta al régimen jurídico de estas adquisiciones de bienes muebles, nos encontramos, como ya indicábamos también al examinar la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, ante simples contratos de compraventa sometidos al Derecho privado.

La Ley del Patrimonio del Estado somete efectivamente a los bienes *patrimoniales* a sus disposiciones y subsidiariamente a las normas del Derecho privado civil o mercantil (art. 2.º). La adquisición de bienes muebles quedará sometida conforme a ello, en cuanto a su forma de adjudicación, a las normas establecidas para la celebración del concurso en los artículos 55 a 57 de la Ley del Patrimonio del Estado —preceptos a los que se remite el artículo 93 del mismo cuerpo legal—; por lo que respecta a sus efectos y extinción serán aplicables las normas relativas a la

compraventa civil y mercantil (arts. 1445-1537 del Código civil y 325-345 del Código de comercio, respectivamente).

Conviene asimismo indicar que el carácter patrimonial que de estos bienes predica la Ley del Patrimonio del Estado no va a desaparecer (en contra de lo que a primera vista pudiera deducirse del apartado segundo del art. 92 de la Ley del Patrimonio del Estado) tras el acto de su adquisición.

La «afectación de estos bienes al servicio correspondiente», que el citado precepto entiende «implícita en el acto de la adquisición», no supone efectivamente, a nuestro modo de ver, una adscripción formal de estos bienes al dominio público, sino una mera adscripción material o de destino al respectivo departamento administrativo que los adquiera. La Ley del Patrimonio del Estado está utilizando, a nuestro modo de ver, el término *afectación* como sinónimo a simple incorporación.

De no aceptarse esta interpretación, y puesto que —conforme a lo establecido en el artículo 1.º de la Ley del Patrimonio del Estado— la afectación de un bien al servicio público es criterio determinante de su incorporación al dominio público¹¹, habría

11. La ampliación del dominio público que este criterio supone ha sido criticada, en nuestra opinión acertadamente, por GARRIDO FALLA, quien considera que la afectación debe operar como criterio necesario pero no suficiente para la adscripción de un bien al dominio público. (GARRIDO FALLA, F., *Sobre el régimen del dominio público*, en «Estudios en homenaje al profesor Pi y Suñer», Barcelona 1962, pp. 305-340, inclusive).

En contra GARCÍA-TREVIJANO, que considera que con el criterio de la afectación se amplía efectivamente el campo del dominio público, «quedando reducido el dominio privado a pequeñas parcelas carentes de importancia» (GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., en *Titularidad y afectación en el ordenamiento jurídico español*, «R. A. P.», 29, 1959, p. 16).

ARIÑO ORTIZ entiende que si bien, a la vista de nuestro Derecho positivo, puede afirmarse que con carácter general el supuesto normal es la afectación expresa a través de un acto formal y solemne, cabe una afectación implícita a través de una compraventa o suministro (equiparación, a nuestro modo de ver, improcedente) de bienes muebles por un servicio. No se pronuncia, sin embargo, sobre si tal afectación implícita lleva o no consigo la incorporación de estos bienes al dominio público (ARIÑO ORTIZ, G., *La afectación de bienes al servicio público*, Alcalá de Henares, 1973, p. 46, en nota).

que admitir la posibilidad de que mediante un simple contrato de compraventa se afectaran bienes muebles al dominio público. Con ello estaríamos prescindiendo del régimen establecido en el artículo 113 y siguientes de la propia Ley del Patrimonio del Estado, que prevén un procedimiento formal de afectación de bienes al dominio público, afectación que compete de manera exclusiva al Ministerio de Hacienda. Resulta asimismo contradictorio con el presunto carácter demanial de estos bienes el sistema de desafectación tácita que para los mismos se establece en el apartado 2.º del artículo 95 de la Ley del Patrimonio del Estado, que entiende implícita la desafectación de estos bienes en el acuerdo de su enajenación; este sistema pugna con el procedimiento formal que para la desafectación de bienes del dominio público se establece en los artículos 120 y siguientes del citado cuerpo legal, y en los que se reconoce asimismo a estos efectos la exclusiva competencia del Ministerio de Hacienda.

La afectación de estos bienes a los correspondientes servicios, lejos de suponer, por tanto, un acto de incorporación de los mismos al dominio público, constituye un simple acto de gestión del patrimonio privado de la Administración; un acto en virtud del cual la Administración pone un bien perteneciente al dominio privado a disposición de un servicio público para permitirle asegurar su funcionamiento¹².

Creemos, por otro lado, que la finalidad de este párrafo 2.º del artículo 92, que comentamos no es la de implantar un régimen de afectación de bienes al dominio público distinto al establecido en los artículos 113 y siguientes de la Ley del Patrimonio; en nuestra opinión, lo que este precepto persigue es una simple agilización de la práctica administrativa en la adquisición de estos bienes, permitiendo que el correspondiente expediente de adquisición se prepare, resuelva y adjudique por el propio departamento que haya de realizar estos bienes, sin necesidad de la intervención del Ministerio de Hacienda ni de la Dirección General del

12. SIORAT, L., *La notion d'affectation en matière domaniale*, «R. D. P. S. P.», septiembre-octubre 1958, p. 897.

Patrimonio, intervención que en principio habría de ser preceptiva, puesto que preceptiva lo es para las adquisiciones de inmuebles, conforme a lo establecido en los artículos 54 y siguientes de la Ley del Patrimonio del Estado, preceptos a los que el artículo 93 de la citada Ley se remite al regular estas adquisiciones de muebles.

Admitido, por tanto, este carácter patrimonial de los bienes, cabe afirmar, en conclusión, que los contratos que sobre ellos se realicen, tanto para su adquisición como para su enajenación, son contratos sobre bienes patrimoniales sometidos al Derecho privado conforme a lo establecido en el artículo 2.º de la Ley del Patrimonio del Estado y artículo 344 del Código civil¹³.

Se excluyen tan sólo de este régimen, por mandato de la propia Ley del Patrimonio del Estado, aquellas adquisiciones que legalmente se califiquen en la Ley de Contratos del Estado como contratos de suministro.

V) EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO

A) EL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO TÍPICO

La Ley de Contratos del Estado de 8 de junio de 1965, dictada en ejecución de la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 y modificada parcialmente por la Ley de 17 de marzo de 1973, establece en su artículo 4.º, regla primera que: «Los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos del Estado, así como la prestación de suministros al mismo, *tienen el carácter de administrativos*, y su preparación, adjudicación, efectos y extinción *se regirán por la pre-*

13. En este mismo sentido se manifiestan GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, 4.ª edición, Madrid, 1971, p. 64, y PARADA VÁZQUEZ, *La nueva Ley de Contratos del Estado*, «R. A. P.», 47, 1965, p. 402.

sente Ley y sus disposiciones reglamentarias, y supletoriamente por las restantes normas del Derecho administrativo. En defecto de este último, serán de aplicación las normas del Derecho privado.

La Ley de Contratos del Estado, siguiendo en este punto una corriente legislativa y jurisprudencial objeto de secular polémica en la doctrina, va a partir de su artículo 4.º de la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración.

Esta distinción y esta caracterización del contrato administrativo se efectúa en la ley en función de criterios diversos: en virtud de una atribución legal expresa, en consideración a la directa vinculación del contrato al desenvolvimiento regular de los servicios, o a la presencia en el mismo de determinadas características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo (art. 4.º, regla 2.ª).

El contrato de obras, el de gestión de servicios públicos del Estado y el contrato de suministro, que nos ocupa, van a calificarse, sin embargo, prescindiendo de estos criterios, como contratos administrativos por expresa determinación de la Ley de Contratos del Estado.

El legislador presupone la vinculación de estos contratos al interés público, y los aparta del régimen jurídico del Derecho privado en busca de una mayor garantía y seguridad para la Administración, sometiéndolos a las normas de la contratación administrativa.

La Ley de Contratos del Estado, a la vez de conferir este carácter necesariamente administrativo al contrato de suministro, va, por otra parte, a establecer para el mismo una regulación jurídica específica, dotándole de una tipicidad legal de la que carecía en el Derecho privado. Queda el contrato administrativo de suministro sometido así, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, a las normas contenidas en la Ley de Contratos del Estado (arts. 83 a 97, ambos inclusive) y supletoriamente a las restantes normas del Derecho administrativo. Las normas del Derecho privado serán aplicables con una supleto-

riedad de tercer grado, en defecto tan sólo de estas disposiciones.

Partiendo de esta consideración del contrato de suministro a la Administración pública como un contrato necesariamente administrativo, dotado de una tipicidad legal específica, vamos ahora a analizar el concepto y ámbito que del mismo establece la Ley de Contratos del Estado.

B) CONCEPTO Y ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO

La Ley de Contratos del Estado indica en su artículo 83 que «a los efectos de esta Ley, se considerará contrato de suministro la compra de bienes muebles por la Administración en la que concurra algunas de las siguientes características:

1.ª Que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el negocio por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.

2.ª Que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso.

3.ª Que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración.

Las restantes adquisiciones de bienes muebles se regirán por la Ley del Patrimonio del Estado».

a) *El contrato de suministro propio*

Como ya tuvimos ocasión de indicar, la Ley de Contratos del Estado recoge en su artículo 83, párrafo primero la figura del «suministro propio», supuesto al que, conforme a las previsiones de la Ley de Bases de Contratos del Estado, había de circunscribir su regulación.



Nos encontramos ante un concepto del contrato de suministro paralelo al que en el Derecho civil y fiscal se formula, concepto, pues, correcto desde un punto de vista técnico jurídico y acorde, insistimos, con las previsiones de la Ley de Bases de Contratos del Estado.

Este supuesto, al igual que los restantes recogidos en el artículo 83, es apartado del régimen jurídico de la contratación privada conforme a lo establecido en el artículo 4.º, párrafo primero de la reformada Ley de Contratos del Estado.

Este apartamiento del contrato del Derecho privado va a justificarse en consideración a «la proyección del contrato en el tiempo, a la movilidad de la prestación y a su estrecha vinculación con las necesidades de un servicio público», circunstancias éstas que «hacen preciso adoptar cautelas de forma y fondo en favor del Estado»¹⁴.

Se parte, pues, de una supuesta insuficiencia del Derecho privado para garantizar la defensa del interés público implicado normalmente en el contrato, insuficiencia que aconseja el sometimiento del mismo a las formalidades propias de la contratación administrativa y a los poderes que a la Administración acompañan a lo largo de la ejecución del contrato: poder de dirección, inspección y control (art. 92 Ley de Contratos del Estado), poder de modificación del contrato (art. 93 Ley de Contratos del Estado) y poder de interpretación y resolución de las dudas que ofrezca su cumplimiento (art. 18 Ley de Contratos del Estado).

Desde nuestro punto de vista, el sometimiento de esta modalidad del contrato de suministro a las normas de la contratación administrativa, y su alejamiento del Derecho privado, es efectivamente aconsejable, pero no tanto en atención a esta vinculación del contrato al servicio público —que cabe pensar sea inexistente— como en la consideración del carácter atípico que el contrato de suministro tiene en el Derecho privado.

El contrato de suministro se nos presenta desde el punto de

14. Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 1960-1971, Madrid, 1972, p. 144.

vista del Derecho privado como un contrato atípico, combinación de varias figuras (compraventa, arrendamiento de servicios, mandato, etc.), que como tal habrá de extraer su normativa, bien de las normas propias del elemento típico dominante —compraventa en este caso—, bien de la combinación de la normativa aplicable en cada uno de los contratos. En su defecto serían aplicables los principios generales del Derecho y la costumbre¹⁵.

Ante este régimen jurídico disperso y heterogéneo parece, en nuestra opinión, más aconsejable la específica regulación jurídica que la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento establecen para esta modalidad del contrato de suministro (aunque sea ésta, en gran parte, una remisión a las normas del contrato de obras).

La tipicidad legal que la Ley de Contratos del Estado otorga al contrato de suministro justifica así, junto con la normal vinculación del mismo a las necesidades del servicio público, la necesaria sumisión del contrato a las normas de la contratación administrativa que en el artículo 4.º, párrafo primero de la Ley de Contratos del Estado se establece.

b) *La compraventa de bienes consumibles o deteriorables*

Como segunda modalidad del contrato de suministro recoge la Ley de Contratos del Estado la compraventa de bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso.

La configuración de este tipo de compraventa como contrato de suministro es obvio que prescinde de toda preocupación dogmática, cara a la formulación de un concepto técnico jurídico del contrato de suministro.

Nos encontramos ante una simple compraventa de bienes muebles, sin otra peculiaridad que el carácter consumible o deteriorable de los bienes que constituyen su objeto.

La regulación en sede del contrato administrativo de sumi-

15. Sobre el tema de la normativa jurídica de los contratos atípicos, véase: PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Notas al Derecho de obligaciones de Emecerus*, vol. II, Barcelona, 1935, y Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1972, p. 245.

nistro de este tipo de compraventa supone, por otra parte, una modificación del régimen jurídico de las adquisiciones de bienes muebles establecido en la Ley del Patrimonio del Estado, modificación innecesaria y contraria además, en nuestra opinión, a los principios establecidos en la propia Ley de Bases de Contratos del Estado.

La citada Ley de Bases ceñía, efectivamente, el concepto del contrato de suministro al suministro «propio», a la adquisición de forma reiterada de una pluralidad de bienes en plazos sucesivos. El resto de las adquisiciones de bienes muebles habría de regirse, como vimos, por la Ley del Patrimonio del Estado.

Al someter la Ley de Contratos del Estado a sus preceptos como una modalidad más del contrato de suministro, a las adquisiciones de bienes consumibles o deteriorables, amplía, por tanto, el ámbito del contrato de suministro, tal como aparecía formulado en la Ley de Bases de Contratos del Estado, a la vez que sustrae del marco de la Ley del Patrimonio del Estado un tipo de adquisición de muebles, sometido originariamente a sus disposiciones.

La modificación que la Ley de Contratos del Estado opera en el régimen jurídico de estas adquisiciones nos parece, por otro lado, innecesaria.

Se ha afirmado que el apartamiento de este tipo de adquisiciones del Derecho privado viene justificado por la naturaleza del bien comprado, pues, dado su carácter efímero o su corta vida, la Administración ha de precaverse contra defectuosos planteamientos y posibles incumplimientos; se afirma asimismo «que estas compras de bienes consumibles son las más útiles para el desenvolvimiento de los servicios»¹⁶.

Se parte nuevamente de la insuficiencia del Derecho privado para garantizar el exacto cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato y de la consiguiente necesidad de acudir a las normas protectoras de la contratación administrativa.

Este planteamiento es, en nuestra opinión, erróneo. A nuestro

16. Memoria..., cit., p. 144.

modo de ver, el simple régimen jurídico-privado establecido en la Ley del Patrimonio del Estado para la adquisición de bienes muebles —en cuyo contexto se encuentran estas compraventas de bienes consumibles— tutela de manera suficiente el interés público implicado en este tipo de contratos, sin necesidad de acudir a las normas de fondo que regulan la contratación administrativa.

Así, por lo que respecta a las fases de preparación y adjudicación del contrato, el establecimiento del concurso como forma de selección del contratista (art. 92 Ley del Patrimonio del Estado) permite a la Administración, respetando la igualdad de los particulares, seleccionar al contratista más idóneo, asegurándose de su capacidad profesional y su solvencia económica.

Por otra parte, y por lo que respecta a la regulación de fondo de estos contratos, va a tener en ellos, en nuestra opinión, un muy escaso juego cualquier tipo de privilegio o exorbitancia administrativa.

La facultad, por ejemplo, de modificación unilateral del contrato que a la Administración se reconoce en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado, es generalmente ejercida en los contratos de ejecución diferida, y escaso valor puede tener en estos contratos de ejecución instantánea. La facultad de interpretación unilateral, ejecutiva y ejecutoria que la Administración ostenta en el contrato administrativo habrá de jugar asimismo un reducido papel en estos contratos, dada la escasa problemática que en su desarrollo práctico plantean y la completa regulación que los preside. Innecesaria es asimismo una facultad sancionadora de la Administración sobre el contratista, si se considera la posibilidad que en todo supuesto se reconoce al comprador de ejercitar la correspondiente reclamación por daños y perjuicios, y la obligación que al vendedor se impone de responder por evicción y saneamiento en favor del contratador (arts. 327, 329, 336, 344, 345 del Código de comercio y 1475 a 1499 del Código civil).

Finalmente, y por lo que respecta a las facultades inspectoras y de control que la Administración puede ejercitar en el contrato administrativo, prevén, tanto el Código civil como el Código de

comercio, para asegurar al comprador la calidad y perfectas condiciones de entrega de los bienes, la posibilidad de efectuar la venta sobre muestras (art. 327 del Código de comercio).

Cabe afirmar, en resumen, que el Derecho privado nos ofrece una regulación jurídica completa y suficiente para estas compraventas, sin que sea necesario, como la Ley de Contratos hace, acudir a las normas de la contratación administrativa.

Por otra parte, la configuración que postulamos de estos contratos como contratos de Derecho privado permitirían al órgano de contratación una mayor agilidad y flexibilidad en el contrato, al eximirle de la obligación de exigir al vendedor la correspondiente fianza y formalización documental propia del contrato administrativo¹⁷. El órgano de contratación gozaría igualmente de una gran libertad para estudiar la operación, así como las cláusulas y requisitos adecuados a cada circunstancia¹⁸.

Todas estas consideraciones apoyan nuestra afirmación inicial de la innecesidad del sometimiento de estos contratos a las normas de la contratación administrativa.

Este tipo de compraventa, lejos de configurarse como contratos administrativos de suministro, debían ser calificadas como simples compraventas de bienes muebles, sometidas por tanto al

17. La Ley de Contratos del Estado, consciente de esta necesidad, exime de la obligación de prestar fianza a aquellos supuestos de adquisición de bienes consumibles o deteriorables de cuantía inferior a 100.000 pesetas que se verifiquen en establecimientos comerciales abiertos al público y en los que el abono del precio por la Administración se condicione a la entrega total y única de los bienes a suministrar a la satisfacción de la Administración (art. 125 de la Ley de Contratos del Estado).

Con mayor amplitud, el Reglamento de Contratos del Estado exime de fianza, sin limitación de cuantía, al suministro de bienes consumibles o de fácil deterioro en los que el empresario entregue inmediatamente los bienes antes del pago del precio y en régimen de contratación directa, salvo que exista plazo de garantía (art. 385 del Reglamento de Contratos del Estado).

Estas excepciones debían convertirse, en nuestra opinión, en regla general, a lo que, por otra parte, parece querer apuntar el Reglamento de Contratos del Estado.

18. Memoria de la Junta Consultiva de Contribución Administrativa, cit., p. 145.

régimen jurídico establecido en la Ley del Patrimonio del Estado y su Reglamento, solución que sería, por otro lado, la más acorde con los principios establecidos en la Ley de Bases de Contratos del Estado y con la propia Ley del Patrimonio del Estado.

c) *Los contratos de fabricación*

Como tercera modalidad del contrato de suministro, contempla la Ley de Contratos del Estado, la compraventa de bienes muebles cuya elaboración se lleve a cabo conforme a unas características peculiares fijadas previamente por la Administración.

La configuración de esta modalidad contractual como contrato de suministro que en principio parece obedecer a un simple criterio, no muy acertado, de política legislativa, es, en nuestra opinión, fruto de un proceso de evolución en torno a la noción del contrato de suministro, proceso en el que es observable una evidente influencia francesa.

c.1) «*Marchés de fournitures*» y «*marchés industriels*» en *Derecho francés*

Señala AUMONT que la actual noción del contrato de suministro en Derecho francés es una acción económica en que cabe destacar dos notas fundamentales: la larga duración del contrato y su gran tecnicidad. Como consecuencia de estas dos notas —dice el citado autor— van a surgir en el campo de la contratación administrativa una serie de nuevas formas contractuales derivadas del contrato de suministro¹⁹.

En virtud del primer carácter —larga duración— surgen los llamados *marchés de clientèle* y los *marchés de programme*, previstos para amplios períodos de tiempo.

Respondiendo a su segunda característica, a su gran tecnicidad, surgen los llamados *marchés industriels*.

Son estos *marchés industriels* contratos de fabricación en serie, a los que la Administración debe acudir ante la necesidad de

19. AUMONT, A., *Juris classeur administratif*, fasc. 525, pp. 15 y ss.

obtener un determinado producto que no encuentra en el mercado. El creciente proceso de tecnificación por el que atraviesa la industria, así como la complejidad de la actividad estatal, hacen que muy frecuentemente el suministro demandado no exista en el comercio, siendo preciso en consecuencia su elaboración por el contratista conforme a las directrices de la Administración. La Administración contrata con un particular no ya la entrega de una serie de bienes, sino la elaboración y suministro de los mismos. LAUBADERE indica así que el *marché industriel* es un contrato de fabricación y suministro que en consideración a su particular tecnicidad postula un control permanente de la Administración²⁰.

Frente al contrato de fabricación —*marché industriel* propiamente dicho— aparecen otras formas de estos contratos. Entre ellos los «*marchés* de conversión, transformación o modificación» y los contratos de estudio y prototipo.

Mediante el contrato de conversión, la Administración se compromete a entregar al contratista la propiedad de determinados materiales gastados con vistas a su nueva utilización.

En el contrato de transformación, por el contrario, la Administración entrega al titular, bien materiales a modificar, bien materias primas a emplear en la confección de materias u objetos a suministrar.

Una modalidad de estos contratos de transformación son los llamados contratos de refinado; en ellos la Administración no entrega al particular materias primas, sino desechos para que éste los transforme en materias utilizables.

Los contratos de estudio y los de construcción de prototipos, finalmente, son de difícil distinción entre sí. En líneas generales puede decirse que mientras estos últimos tienen por objeto la realización de un instrumento utilizable, los contratos de estudio tienen por objeto tan sólo efectuar estudios, investigaciones o experiencias, sin llegar a una fase de aplicación práctica.

20. LAUBADERE, A. de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, II, París, 1956, p. 410, en nota.

El objeto de todos estos contratos es fundamentalmente técnico, lo que lleva consigo para el contratista una lógica incertidumbre en torno a los riesgos que ha de correr en la construcción, aparte de frecuentes dificultades en su financiación. Todo ello justifica un régimen jurídico para estos contratos diferente al previsto para los *marchés de fournitures courantes* que permita a la Administración una mayor intervención y control en el contrato.

El poder de modificación de la Administración, por ejemplo, incide con mayor intensidad en estos *marchés industriels* que en los *marchés de fournitures courantes*; la modificación se efectúa mediante una *ordre de service*, debiendo el contratista ejecutarla inmediatamente o presentar sus reclamaciones en el plazo de quince días (art. 44 del Pliego de Condiciones Administrativas Generales para los contratos de suministro, en relación con el 46 del Pliego de Condiciones Administrativas Generales de los *marchés industriels*). Por lo que respecta a la teoría de la imprevisión, es asimismo distinto su juego en uno u otro supuesto; mientras que es plenamente aplicable a los *marchés de fournitures courantes* (*Arrêt* del Consejo de Estado, *Gaz. de Bordeaux*, de 30-III-1916, y *Arrêt* del Consejo de Estado, *Ste. d'éclairage du Poissy*, de 8-II-1918, entre otros), puede afirmarse en principio y salvo pacto expreso en contrario su inaplicabilidad en los *marchés industriels*, en los que el Estado, precisamente para evitar estos imprevistos, celebra previos contratos de estudio o prototipo.

La Administración ostenta, finalmente, una facultad de vigilancia e inspección sobre el proceso de fabricación en estos contratos más estrictos que en los *marchés de fournitures courantes*.

La Administración ha de tener así libre acceso a las empresas del contratista, quien debe proporcionar a la Administración todo tipo de facilidades para que ésta pueda llevar a cabo su labor de inspección y control. Deberá igualmente el contratista avisar con antelación a la Administración de la ejecución de toda operación a la cual hubiere ella manifestado su deseo de asistir (art. 37 del Pliego de Condiciones Administrativas Generales para los *marchés industriels* en relación con el art. 38 del Pliego de Condiciones Administrativas Generales para los *fournitures courant*), etc.

La Administración se rodea, en suma, en estos contratos de una mayor seguridad y garantía que en los *marchés de fournitures courantes*. Se establece, pues, un régimen jurídico diferente para unas modalidades contractuales con una dinámica y finalidad diferentes.

c.2) *Los contratos de fabricación en Derecho español*

Un proceso paralelo al que hemos observado en Derecho francés con respecto a la evolución del concepto del contrato de suministro va a tener lugar asimismo en nuestro Derecho.

La primera manifestación de este proceso es la configuración como contratos de suministro de los llamados «contratos de fabricación» que contempla el apartado tercero del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado.

Estos contratos son por su objeto contratos de obra, si bien referidos a una cosa mueble, circunstancia ésta que impide el encaje de estos supuestos en el concepto del contrato de obra pública, normalmente referido a bienes inmuebles (art. 55 del Reglamento de Contratos del Estado).

Al igual que en Derecho francés, responden estos contratos de fabricación a la necesidad que la Administración experimenta de adquirir determinados bienes que, por sus peculiares características técnicas, precisan un especial proceso de elaboración y no se encuentran, por tanto, en el mercado.

Este carácter especial técnico del bien, y el consiguiente proceso industrial que su fabricación reclama, justifican el apartamiento de estas compraventas del Derecho privado y su sometimiento a las normas de contratación administrativa que permiten a la Administración una mayor vigilancia y control en estos contratos. Establece en este sentido el artículo 244, párrafo 11 del Reglamento de Contratos del Estado que ha de consignarse necesariamente en el Pliego de Bases para esta modalidad de «contratos de suministro: el modo de ejercer la facultad de vigilancia y examen que incumbe a la Administración respecto a las fases de elaboración». (En el mismo sentido el art. 267 del Reglamento de Contratos del Estado.)

Por lo que respecta al régimen jurídico de estos contratos, viene dado por una combinación de normas relativas tanto al contrato de suministro como al contrato de obra pública, con predominio de estas últimas. La Ley de Contratos del Estado así lo establece cuando indica que «el contrato de suministro se regulará por las normas contenidas en el presente título, y en su defecto por las referentes al contrato de obra pública», pero que, no obstante ello, «a los contratos de fabricación a que se refiere el apartado tercero del artículo anterior se aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determina en el correspondiente Pliego de Bases» (art. 84 de la Ley de Contratos del Estado).

Se exceptiona, por tanto, para estos contratos de fabricación el régimen jurídico establecido para las demás modalidades del contrato de suministro, en cuanto se permite al órgano de contratación aplicar a estos contratos las normas del contrato de obras, no de forma subsidiaria, sino principal, con preferencia incluso a las del contrato de suministro.

La Ley de Contratos del Estado llega así a la incongruencia de calificar, por un lado, a estos contratos de fabricación como contratos de suministro, y de someterlos, por otro, preferentemente a las normas del contrato de obras, lo que viene claramente a poner de manifiesto que es en sede de este contrato (título 1.º de la Ley de Contratos y 2.º de su Reglamento) donde, desde el punto de vista de una correcta técnica jurídica, debían estos contratos encontrar su tratamiento legal.

Puesto que la Ley de Contratos no adopta, sin embargo, tal solución, sería necesario y conveniente, a nuestro modo de ver, el dotar a este tipo de contratos de un pliego de cláusulas administrativas generales en el que se establezcan de manera general las condiciones a las que habrá de ajustarse el desarrollo de los mismos: sistemas a utilizar para contratar la realización del suministro en cuestión, régimen de inspección de la Administración y alcance de la misma, pruebas y recepción de los bienes fabricados y suministrados, etc.

Consideramos asimismo conveniente el que se remita con

gran amplitud, a los correspondientes pliegos de condiciones administrativas particulares, el tratamiento específico de cada contrato de fabricación, dada la diversidad y especialidad del proceso de elaboración de estos bienes objeto del suministro.

Queremos, por último, volver a insistir en que son precisamente estas especiales características técnicas que el contrato reúne las que justifican el apartamiento de los mismos del Derecho privado. Por tanto, en la medida en que las características fijadas por la Administración no exijan un especial proceso de fabricación de los bienes por responder éstos al tipo de fabricación normal, estos contratos administrativos de fabricación y suministro se convertirán en simples compraventas patrimoniales, quedando sometidas al régimen establecido en los artículos 92 y siguientes de la Ley del Patrimonio del Estado y 185 y 55 de su Reglamento.

d) *Otros supuestos* —

Junto a las modalidades recogidas en el artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado, el Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967 va a someter asimismo en su artículo 239 a las normas del contrato de suministro una serie de supuestos contractuales diversos.

Junto a los ya examinados contratos de elaboración y fabricación de muebles, el Reglamento de Contratos del Estado somete a las normas del contrato de suministro supuestos tan distintos como los contratos de conservación y reparación de muebles, los contratos de suministro militar —como los de reparación, revisión, conservación y adquisición de piezas de recambio que se refieren a naves, aeronaves y material pesado militar, y las adquisiciones de semovientes)²¹.

21 En nuestra opinión, estos contratos de adquisición de semovientes habrían de someterse, por vía de analogía y por idénticas razones a las que expusimos al analizar el régimen jurídico de las adquisiciones de bienes consumibles, al régimen jurídico de las adquisiciones de bienes muebles establecido en la Ley del Patrimonio del Estado.

Puede afirmarse que el concepto del contrato de suministro pierde de esta forma su unidad de objeto, convirtiéndose en un concepto instrumental en el que encuentran acogida aquellas modalidades contractuales que no encuentran su exacto encaje en el contrato de obra o en el de gestión de servicios.

Se observa en este punto nuevamente una marcada influencia francesa. Estos contratos son idénticos en su mayor parte, incluso en nombre, a las diversas modalidades contractuales que vimos presentaba el *marché industriel*. Sin embargo, mientras en Derecho francés se establece una diferenciación conceptual y normativa entre estos contratos y los *marchés de fourniture courantes*²², no opera esta distinción en Derecho español, en que quedan ambos igualmente sometidos a las normas del contrato de suministro y, en su defecto, a las del contrato de obra pública (arts. 238-239 del Reglamento de Contratos del Estado en relación con el 94 de la Ley de Contratos del Estado).

Al igual que en los contratos de fabricación, la evolución normativa en estos contratos debe ir dirigida, en nuestra opinión, a la elaboración de específicos pliegos de condiciones administrativas generales de contratación en las que se dé asimismo amplio juego a los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares a redactar por los correspondientes departamentos ministeriales.

Esto es, por otro lado, la línea seguida por el Gobierno. Tenemos en este sentido, entre otros, el Decreto de la Presidencia de Gobierno de 5 de octubre de 1973, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas. Igualmente el Decreto de 4 de abril de 1974 del Ministerio de Hacienda por el que se regulan los contratos celebrados con empresas consultoras o de servicios, etc.

22. Pliego de cláusulas administrativas generales para los *marchés industriels*, aprobado por Decreto de 5 de julio de 1965, y Pliego de cláusulas administrativas generales para los *marchés de fournitures courantes*, aprobado por Decreto de 14 de diciembre de 1962 y modificado el 5 de julio de 1965.

e) *La elaboración de bienes muebles por la propia Administración; especial referencia a los contratos celebrados entre el Instituto Nacional de Industria y los Ministerios del Ejército y Marina.*

e.1) *Consideraciones previas*

Como un exponente más de una falta de sistemática y como un nuevo ejemplo de lo heterogéneo de los supuestos negociales acogidos a las normas del contrato de suministro, el artículo 281 del Reglamento de Contratos del Estado contempla los supuestos de fabricación de bienes muebles por la propia Administración.

Indica el citado precepto en su primer párrafo que «la elaboración o fabricación de suministros por la propia Administración sólo podrán tener lugar en los supuestos del artículo 87 de este Reglamento en cuanto sean aplicables al contrato de suministro».

Este precepto consagra, a nuestro modo de ver, un principio de concurrencia en las ofertas, aplicado de manera específica a los anteriormente examinados contratos de fabricación. La elaboración de bienes muebles por la propia Administración supone, por tanto, una excepción al principio de libre concurrencia de contratistas en estos contratos. El Reglamento reconduce por ello tal posibilidad a los supuestos relacionados en el artículo 187 relativos al contrato de obra. El resto de los supuestos, salvo «las operaciones que por razones de defensa o interés militar resulte conveniente se ejecuten por la propia Administración», habrán de ser objeto, como cualquier otro contrato de fabricación, del procedimiento de adjudicación contemplado en los artículos 87 de la Ley de Contratos del Estado y 247 de su Reglamento.

La fabricación de bienes muebles por la propia Administración es un fenómeno relativamente frecuente, sobre todo en los departamentos militares. La Administración busca a través de estos contratos su propio contratista, e incluso va más lejos aún, lo crea.

Especialmente significativa es en este punto la referencia a

determinados contratos, como los celebrados entre el Instituto Nacional de Industria y los Ministerios de Marina y Ejército, en cuyo examen vamos brevemente a detenernos.

Por Decreto de 4 de mayo de 1960 se aprueba el contrato entre el Ministerio del Ejército y el Instituto Nacional de Industria estableciendo las condiciones en las que una empresa, a crear por el citado organismo, habría de hacerse cargo de los establecimientos militares que pasaren a ella, así como los términos en que esta empresa habría de llevar a cabo los programas de fabricación de armamento del Ministerio del Ejército. Se aprueba asimismo por Decreto de 10 de septiembre de 1966 el contrato entre el Instituto Nacional de Industria y el Ministerio de Marina por el que se regulan las relaciones de dicho Ministerio con la Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S. A.

La referencia a estos contratos nos parece interesante en un doble sentido: en primer lugar, en cuanto formalmente pueden constituir un ejemplo de la regulación jurídica de los contratos de fabricación; de otra parte porque, prescindiendo de las formas jurídicas empleadas, estos contratos encierran en su esencia un supuesto de elaboración de bienes muebles por la propia Administración.

e.2) *Régimen jurídico de estos contratos*

e.2.1) *Especial modulación del principio de riesgo y ventura y certeza del precio en estos contratos.*—Desde el primer punto de vista es conveniente recalcar la específica regulación de estos contratos, regulación al margen de las normas de la Ley de Contratos del Estado, que es tan sólo supletoria para éstos, conforme a lo establecido en el artículo 4.º, regla 2.ª de la citada Ley.

Especial atención merece por nuestra parte el análisis de los sistemas de contratación previstos en estos contratos para la ejecución de los mismos. Se establecen así (cláusulas 62 y 35 del contrato con el Ministerio del Ejército y Marina, respectivamente) tres sistemas de contratación. El primero de ellos es el denominado sistema de tanto alzado, sistema normal de contratación

sobre la base de un presupuesto general comprensivo de las sumas de diversas partidas, sistema a seguir siempre que sea posible determinar con suficiente precisión el importe total del contrato.

Por el segundo sistema, «sistema de abono de unidades de obras», el Ministerio del Ejército se obliga a abonar las unidades de obras o reparación realmente ejecutadas a los precios estipulados en el correspondiente contrato. Este sistema se empleará siempre que pueda llegarse a un acuerdo sobre los precios de las distintas unidades de obra, pero no así sobre el número de las mismas y en consecuencia sobre el importe total.

Finalmente, y a modo excepcional, cuando se trate de obras de reparación, de construcción de prototipos, o por razones de urgencia, cabe utilizar un peculiar sistema de abono denominado de «coste y costas». Se utiliza este sistema siempre que no sea posible fijar el precio del contrato y consiste en el abono de la obra construida u objeto fabricado al coste real en cada momento del contrato. El pago se efectúa así en dos momentos; al dar la orden de ejecución del contrato se abonará a la empresa un 15 por 100 del presupuesto de ejecución del contrato estimado por la empresa de acuerdo con el respectivo Ministerio. El resto del pago se abonará mediante certificaciones cuyo importe se desglosará en diversas partidas, la suma de las cuales constituye el importe de la certificación mensual, importe que no puede, pues, conocerse inicialmente pues oscila según el valor de cada uno de los elementos empleados en el contrato.

Este sistema de abono del contrato supone, ello es importante destacarlo, una excepción a dos principios fundamentales consagrados en nuestra Ley de Contratos del Estado y sobre los que más adelante volveremos a insistir: el principio de certeza del precio, consagrado en el artículo 12 de la citada Ley, y el principio de realización del contrato a riesgo y ventura del contratista, consagrado en el artículo 46 del mismo texto legal.

El principio de certeza del precio se excepciona efectivamente en cuanto este sistema de abono lleva consigo una redeterminación del mismo en consideración a los diversos eventos que puedan suponer un alza o disminución del mismo. Este sistema lleva con-

siguiente, por así decirlo, una cláusula tácita de revisión de precios, limitándose la Administración a exigir a la empresa le facilite los datos y medios necesarios para poder comprobar en cualquier momento la oscilación de estos valores unitarios y la imputación de jornales y materiales a las obras.

El principio de riesgo y ventura, que más adelante examinaremos, no sólo se excepciona, sino que va a operar en sentido inverso, al menos desde un punto de vista económico, en cuanto se establece para estos supuestos que el contrato se celebra por cuenta y riesgo de la Administración, que habrá de abonar la obra o suministro concertado conforme al valor real del mismo.

e.2.2) *Otras peculiaridades en su régimen jurídico.*—Junto a estos sistemas de contratación se regulan igualmente en estos contratos de manera específica el *ius variandi* de la Administración y las facultades inspectoras que ésta puede ejercer en el contrato. Si bien en lo que hace al *ius variandi* de la Administración la unilateralidad de las modificaciones que con posterioridad al contrato se operaren en el mismo viene atenuada por la necesaria aprobación del Consejo de Ministros (contrato entre el Instituto Nacional de Industria y el Ministerio de Marina, cláusula 74) e incluso la necesaria celebración de un nuevo contrato de ejecución adicional (contrato entre el Instituto Nacional de Industria y el Ministerio del Ejército, cláusula 61), por lo que respecta a las facultades inspectoras y sancionadoras, la situación de la Administración es de claro privilegio, encomendándose unilateralmente a los Ministerios del Ejército y Marina, que tienen en este sentido amplias facultades. Con respecto a sus facultades inspectoras se les concede libre acceso a los talleres y dependencias de la empresa, pudiendo reconocer y probar en cualquier momento los materiales empleados y desechar los que consideren de mala calidad o conceptúen defectuosos en su elaboración, ajuste o montaje, sin que el ejercicio por parte de la Administración de esta labor inspectora exima a la empresa de las responsabilidades que del contrato puedan en cualquier momento derivarse. Por lo que respecta asimismo a las facultades sancio-

nadoras corresponden al Ministerio del Ejército y Marina imponer sanciones a la empresa cuando ésta no cumpla debidamente las condiciones estipuladas, pudiendo en casos extremos acordarse incluso la rescisión del contrato.

Las discrepancias en estas materias son resueltas por la Dirección General de Industria y Material del Ministerio del Ejército —contra cuya resolución cabe la interposición de un recurso de alzada ante el Ministerio del Ejército, resolución que pondrá fin a la vía gubernativa (cláusula 99 del contrato entre el Instituto Nacional de Industria y el Ministerio del Ejército, modificada por Decreto de 21 de julio de 1972)— o por la Dirección General de Construcciones e Industrias Navales Militares, contra cuya resolución se establece una doble alzada (Ministro de Marina y Consejo de Ministros, cláusula 77 del contrato entre el Instituto Nacional de Industria y el Ministerio de Marina), que debe interpretarse en el sentido de que la resolución por el Ministro agota la vía administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 122-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, redactado de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de 2 de diciembre de 1963, y el mismo artículo del Decreto de 2 de junio de 1966, de adaptación de la citada Ley a los departamentos militares.

La regulación de estos contratos es en general completa y detallada, pudiendo, en resumen, ser representativa del contenido que deba darse, conforme apuntábamos anteriormente, a la regulación de los contratos de fabricación, regulación que, como decíamos, no creemos haya de ser uniforme, sino que, por el contrario, debe, partiendo de la elaboración de un pliego de cláusulas administrativas generales, remitir a los correspondientes pliegos de condiciones administrativas particulares el tratamiento específico de cada concreto contrato de fabricación.

e.3) *Consideración de los aludidos contratos como supuestos de elaboración de bienes muebles por la propia Administración*

Señalábamos finalmente, al comenzar el análisis de estos con-

tratos entre el Instituto Nacional de Industria y los citados Ministerios militares, que si formalmente estos contratos podían calificarse como contratos de fabricación, prescindiendo de las formas jurídicas empleadas, encierran en su esencia un supuesto de elaboración de bienes muebles por la propia Administración.

Esta afirmación puede en principio parecer inexacta, dado que tanto en uno como en otro supuesto se nos presenta como parte contratante, bien una nueva sociedad a crear por el Instituto Nacional de Industria (Empresa Nacional Santa Bárbara), bien una sociedad preexistente (Empresa Nacional Bazán), ambas con personalidad jurídica propia distinta de la de la Administración.

Estimamos, sin embargo, que la consideración de este tipo de contratos de fabricación como supuestos de fabricación de bienes muebles por la propia Administración puede mantenerse, dado lo ambiguo de la expresión «elaboración o fabricación de suministros por la propia Administración», utilizada por el artículo 281 del Reglamento de Contratos del Estado. Dentro de esta expresión debe, en nuestra opinión, entenderse no sólo aquellos organismos integrados en la estructura general de la Administración, carentes de personalidad jurídica (empresas propias), sino a todos aquellos entes que, aun dotados de personalidad jurídica propia, son creados por y para el Estado, con vistas a una producción destinada al mercado restringido de la propia Administración, constituyendo así lo que el profesor VILLAR PALASÍ denominaba gráficamente auténticos «monopsomios»²³.

La elaboración de bienes muebles por la propia Administración se convertiría así en el resultado final de un proceso de búsqueda por la Administración de sus propios contratistas, asumiendo por sí misma la ejecución de estos contratos de fabricación, creando su propio contratista.

23. VILLAR PALASÍ, J. L., *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, «R. A. P.», núm. 3, 1950, p. 93.

CONCLUSIONES

1.^a La primera regulación jurídica unitaria de las adquisiciones de bienes muebles por la Administración pública se lleva a cabo en nuestro Derecho por la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964.

2.^a La Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 24 de diciembre de 1962 formuló por vez primera los principios a los que había de ajustarse la regulación de estas adquisiciones.

Conforme a sus previsiones habían de quedar sometidos a las normas de la futura Ley del Patrimonio del Estado todos los supuestos de adquisición de bienes muebles que la Administración llevara a cabo mediante un procedimiento contractual.

3.^a La Ley de Bases de Contratos del Estado, modificando, sin embargo, en este punto a la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, sustrae del ámbito de ésta la adquisición reiterada de bienes o servicios en plazos sucesivos, supuesto al que denomina contrato de «suministro propio».

4.^a La actual Ley del Patrimonio del Estado (texto articulado de 15 de abril de 1964), de conformidad con lo expuesto en ambas Leyes de Bases, establece una regulación jurídica unitaria para los contratos de adquisición de bienes muebles, excluyendo tan sólo el supuesto en que éstos «se califiquen legalmente como contratos de suministro».

5.^a Esta calificación legal se lleva a cabo en el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado. La Ley va a apartarse en este punto tanto de la Ley de Bases de Contratos del Estado, al no ceñir su regulación a la figura del suministro propio, como de la Ley del Patrimonio del Estado, al sustraer de su ámbito determinados supuestos de adquisiciones de bienes muebles.

6.^a La Ley de Contratos del Estado contempla tres modalidades del contrato de suministro: el llamado suministro propio, la compraventa de bienes muebles deteriorables y consumibles, y

los llamados contratos de fabricación en los que el bien suministrado ha de ser elaborado conforme a determinadas directrices de la Administración.

Estos tres tipos de contratos tienen el carácter de administrativos, quedando sometidos a las normas contenidas en la Ley de Contratos del Estado para el contrato de suministro y en su defecto a las normas del contrato de obra pública.

Por lo que respecta al contrato de suministro «propio», su apartamiento del Derecho privado viene justificado tanto por la normal vinculación de este suministro al desenvolvimiento de los servicios públicos como por la tipicidad legal de que le dota el Derecho administrativo y de la que carece en Derecho privado.

La adquisición de bienes consumibles o deteriorables, por el contrario, debía ser, en nuestra opinión, regulada, como una simple compraventa patrimonial, en la Ley del Patrimonio del Estado.

Los contratos de fabricación y suministro encierran en definitiva un contrato de obra, si bien referido a una cosa mueble. Su inclusión en sede del contrato de suministro responde a un proceso de evolución en la noción del contrato de suministro tradicional, paralela a la que se observa en Derecho francés en relación con los llamados *marchés industriels*.

7.^a El concepto legal del contrato administrativo de suministro es, pues, un concepto eminentemente instrumental, bajo el que se engloban supuestos negociales de la más diversa índole, ajenos a un concepto técnico jurídico del mismo.

CAPÍTULO IV

PREPARACION, ADJUDICACION Y FORMALIZACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO. LOS ORGANOS DE CONTRATACION: EL SERVICIO CENTRAL DE SUMINISTROS

I) EL EXPEDIENTE DE CONTRATACION

Todo contrato de suministro viene precedido de la tramitación y resolución de un expediente de contratación en el que se aprueban tanto el pliego de bases como el gasto a efectuar (art. 85 de la Ley de Contratos del Estado).

El expediente de contratación habrá de iniciarse mediante una propuesta razonada del servicio que haya de realizar la adquisición en la que se determinen sus características e importe, así como la necesidad de la misma. A esta propuesta se unirá el certificado de existencia de crédito debidamente aprobado por el servicio correspondiente.

Acto seguido, el órgano de contratación procederá a la elaboración del correspondiente pliego de bases, en el que habrán de incluirse tanto las cláusulas estrictamente jurídicas como las técnicas.

Normalmente, estas prescripciones técnicas, dado su volumen y complejidad, sobre todo en los contratos de fabricación, se aportan al expediente en un documento independiente, pese a lo

cual se ha de entender que forman, a todos los efectos, parte inseparable del pliego de bases del suministro¹.

Estos pliegos, aprobados para cada contrato en cuestión, constituyen las bases de la futura licitación y fijan los compromisos de las partes, constituyendo la ley del contrato. La Administración puede incluir en ellos los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración (art. 3.º de la Ley de Contratos del Estado). Expresa mención ha de hacerse asimismo en ellos a los extremos contenidos en el artículo 244 del Reglamento de Contratos del Estado.

Estos pliegos de condiciones particulares pueden modificar lo previsto en los pliegos generales, si bien es para ello preciso el informe previo y preceptivo de la Junta Consultiva de Contratación. Con anterioridad a la reforma de la Ley de Contratos operada por la Ley de 17-III-1973, se exigía asimismo informe del Consejo de Estado, informe que tras la citada Ley es innecesario².

1. Conviene en este punto poner de manifiesto el incorrecto uso al que se prestan frecuentemente estas especificaciones técnicas, en cuanto incurren frecuentemente en una detallada y extensa descripción de las características que deben reunir los bienes objeto de la licitación, llegando ésta a coincidir totalmente con una marca o producto determinado, limitándose así tanto la efectiva concurrencia como las facultades electivas de la Mesa de Contratación. Tal conducta está terminantemente prohibida por el artículo 244-2 del vigente Reglamento General de Contratación.

2. La supresión de este requisito, con las garantías que tal dictamen lleva consigo, parece apoyar la tesis del carácter contractual de estos pliegos de condiciones generales, frente a la tesis opuesta que afirma su carácter reglamentario.

En la doctrina afirman el carácter contractual de estos pliegos: CIANFLONE, en *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1964, p. 174, y OTTAVIANO, en *Capitolatti di operi*, «Novissimo Digesto Italiano», Torino, 1958, entre otros.

En nuestro Derecho, PARADA VÁZQUEZ, en *La nueva Ley de Contratos del Estado*, «R. A. P.», núm. 47, p. 405.

Se muestran partidarios, por el contrario, del carácter reglamentario de estos pliegos, entre otros, CUNEO, en *Appalti pubblici e privati*, Padova,

El Reglamento de Contratos del Estado, al analizar el contenido de estos pliegos, contempla el supuesto de que la empresa suministradora sea concesionaria de servicios públicos y verifique el suministro de acuerdo con tarifas y condiciones debidamente aprobadas por la Administración. En estos supuestos —indica el art. 243— «el pliego de bases establecerá, en su caso, de forma sucinta, las especiales que procedan sin contrariar aquéllas».

La Ley de Contratos del Estado prevé finalmente la posibilidad de que estos pliegos de condiciones sean sustituidos por una propuesta de adquisición razonada cuando se trate de adquirir bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso cuya cuantía no exceda de 100.000 pesetas (art. 86 de la Ley de Contratos del Estado).

El pliego de condiciones administrativas elaborado en estos términos se une a la propuesta de adquisición ya aprobada.

A continuación y una vez realizada la fiscalización previa del gasto por la oficina competente de la Intervención General de la Administración del Estado o sus Interventores Delegados, según los casos, el órgano competente para contratar dictará resolución motivada aprobando el expediente de contratación y la apertura del procedimiento de adjudicación. La resolución aprobatoria del expediente supone asimismo la del pliego de condiciones administrativas particulares y la del gasto.

1962, pp. 9 y 55, y CIAGUINTO, en *Contratto amministrativo*, en «Nuevo Digesto Italiano», Torino, 1957.

Una postura intermedia en LAUBADERE, *Traité theorique et pratique des contrats administratifs*, tomo I, p. 353.

VILLAR PALASÍ entiende que nos encontramos ante disposiciones de carácter voluntario, que pueden ser desconocidas por las partes, pero que actuarán siempre como Derecho supletorio ante el silencio de aquélla (VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, p. 61).

Una clara síntesis sobre la polémica en torno al carácter convencional o reglamentario de estos pliegos, junto con una serie de aportaciones personales, puede verse, finalmente, en RIVERO YSERN, Enrique, *La interpretación del contrato administrativo*, Sevilla, 1971, pp. 58 y ss.

II) EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACION Y SUS FORMAS. LA SELECCION DEL CONTRATISTA

A) CONTRATACIÓN POR CONCURSO Y CONTRATACIÓN DIRECTA

Una vez finalizado el expediente de contratación, se abre el procedimiento de adjudicación, que ha de estar presidido, como la Ley indica, por los principios de publicidad y concurrencia.

a) *Supuestos que justifican la contratación directa*

La Ley de Contratos del Estado establece como forma ordinaria de adjudicación del contrato de suministro el procedimiento de concurso. Excepcionalmente se admite la contratación directa en los siguientes supuestos (art. 87 de la Ley de Contratos del Estado):

1.º «Cuando no sea posible promover concurrencia en la oferta por versar sobre productos amparados por patentes o que constituyen modelos de utilidad o sobre cosas de que haya un solo productor o poseedor, o cuando por circunstancias excepcionales no convenga promover concurrencia en la oferta».

Como GARCÍA DE ENTERRÍA puso de relieve al examinar este supuesto de excepción, no es fácil determinar en qué casos y por qué motivos pueda llegar esta razón de conveniencia, teniendo en cuenta que no se trata de una reserva por motivos de seguridad nacional, recogido en el párrafo 5.º del artículo 17³. Para que la circunstancia de existir una sola patente, modelo de utilidad o productor o poseedor sea determinante de la contratación directa es preciso que el empresario correspondiente sea

3. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, «R. A. P.», 10, 1953, p. 258. Las referencias se hacen en este trabajo al artículo 57 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública tras su modificación por Ley de 20 de diciembre de 1952.

el único capaz de servir las necesidades de la Administración, aspecto que se justificará en el expediente.

2.º «Los de adquisición de productos comprendidos en alguno de los monopolios del Estado o de artículos sometidos a tasa o distribución del consumo respecto de los cuales no sea posible por dicha circunstancia promover licitación».

Este apartado segundo conlleva en su primera parte una redundancia con respecto a lo establecido en el apartado primero en cuanto que, evidentemente, la adquisición de productos comprendidos en alguno de los monopolios del Estado no es sino un supuesto más de la adquisición de cosas sobre las que haya un solo productor o poseedor.

Por otra parte, la tasa no suprime la diversidad de empresas como el monopolio, respecto a los cuales el diverso volumen de negocio pasa a ser uno de los elementos primordiales del beneficio. Este dato de la diversidad de empresas hace que los respectivos productos, aun tasados, sean muy distintos en calidad. La exclusión de licitación no está, pues, justificada⁴.

3.º «Los de reconocida urgencia surgida como consecuencia de necesidades apremiantes que demandaren un rápido suministro, que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el artículo 26 de esta Ley, previa justificación razonada en el expediente».

La Ley contempla aquí un supuesto de las llamadas situaciones de urgencia de la Administración. El procedimiento de concurso, aun llevado a cabo a través de la tramitación de urgencia que el artículo 26 de la Ley prevé, es insuficiente para satisfacer la necesidad pública implícita en el contrato, insuficiencia que viene motivada precisamente por el factor tiempo. Para paliar esta insuficiencia, la Ley utiliza en estos supuestos de necesidades apremiantes la contratación directa, sustituyendo el procedimiento normal de adjudicación por otro excepcional⁵.

4. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., op. cit., loc. cit.

5. Sobre el tema de la urgencia en el Derecho administrativo véase CLAVERO ARÉVALO, M., *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo*, «R. A. P.», 10, 1953, pp. 25 y ss.

4.º «Los suministros de bienes que no excedan en total de 3.000.000 de pesetas».

5.º «Aquellos en que la seguridad del Estado exija garantías especiales o cuyo expediente haya sido declarado secreto por la Administración (declaración que ha de proceder del Consejo de Ministros, conforme a lo establecido en el art. 4.º de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968)».

El supuesto es especialmente típico en los contratos de fabricación destinados a la defensa nacional.

6.º «Los anunciados a concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de ofertas o porque las proposiciones presentadas no hayan sido declaradas admisibles, o porque, habiendo sido adjudicados, el empresario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre que se acuerden con sujeción a las mismas condiciones y precios no superiores a los anunciados, a no ser que por la Administración se acuerde sacarlos nuevamente a licitación en las condiciones que en cada caso se establezcan».

7.º «Los que se refieran a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria por acuerdo del Consejo de Ministros, siempre que la adopción del tipo de que se trate se haya hecho previa e indispensablemente en virtud de concurso, de acuerdo con lo establecido en el presente título».

Se recoge en este supuesto, a nuestro modo de ver, no un supuesto de contratación directa, sino una simple ejecución de un previo contrato de suministro adjudicado a través del sistema de concurso. Concretamente, la referencia de este supuesto podría entenderse hecha, con ciertas salvedades, en nuestra opinión, a los pedidos efectuados por las diversas dependencias administrativas, a través del Servicio Central de Suministros, organismo que centraliza en la Administración del Estado y la institucional la adquisición de material normalizado. Más adelante analizaremos este organismo con detalle.

8.º «Los que tengan por objeto el ensayo o la experimentación».

Hemos examinado en el capítulo precedente cómo es dable

observar en el contrato de suministro un proceso de tecnificación en cuanto a su objeto.

Este fenómeno se observa fundamentalmente en los contratos de fabricación.

El objeto de estos contratos es frecuentemente tan técnico y hace correr al industrial tan grandes riesgos, que la Administración necesita rodearse de cierta seguridad antes de demandar a los industriales su fabricación en serie. Es por ello necesaria la celebración de unos previos contratos de estudios y prototipos, contratos cuyo objeto es precisamente el ensayo y la experimentación.

La contratación directa en estos supuestos no nos parece, sin embargo, justificada si se tiene en cuenta la posibilidad de una auténtica concurrencia por parte de las empresas dedicadas a la elaboración de estos estudios y proyectos. La exclusión del sistema de concurso estimamos se vería justificada tan sólo en la medida en que la empresa adjudicataria de estos contratos de estudio e investigación fuera el único posible productor del bien cuyo estudio se encomienda, o que, dado el carácter completamente nuevo del mismo, patentara o registrara su resultado.

Con la excepción hecha de estos supuestos, la Ley de Contratos del Estado establece, insistimos, el concurso como forma normal de adjudicación del contrato de suministro. Tras la reforma operada por la Ley de 17 de marzo de 1973, cabe, no obstante, la posibilidad, si el órgano de contratación lo estimare conveniente, de una admisión previa de los licitadores al concurso. Este procedimiento se denominará concurso restringido, estándose en cuanto a su tramitación a lo establecido para el concurso-subasta en el artículo 35 de la Ley de Contratos del Estado.

El artículo 247 del Reglamento de Contratos del Estado indica finalmente que en los supuestos 3, 4, 6, 7 y 8 el órgano de contratación deberá interesar la oferta de tres o más presuntos empresarios relacionados con el objeto del contrato, dejando constancia de ello en el expediente. Se exceptúa el supuesto 7 cuando los bienes declarados de uniformidad se hallen amparados por patente o modelo de utilidad a favor de persona o entidad determinada.

b) Clasificación de estos supuestos

Tras un examen de lo que antecede cabría clasificar la contratación directa en tres grupos diversos.

En primer lugar, el concurso directo, que comprendería los supuestos de adquisición de productos amparados por patentes o modelos de utilidad y la adquisición de productos sobre los que no haya más que un solo productor o poseedor, incluyendo dentro de estos supuestos la adquisición de productos comprendidos en alguno de los monopolios del Estado. La propia naturaleza de estos supuestos excluye la posibilidad de una concurrencia en la oferta.

En segundo lugar cabría pensar en la posibilidad de una concurrencia restringida en determinados supuestos de contratación urgente o, en la medida en que las circunstancias lo permitieran, en aquellos supuestos en que «la seguridad del Estado exigiera unas especiales garantías para la Administración». En tales supuestos el órgano de contratación habría de consultar, solicitando la correspondiente oferta, a más de un contratista (art. 118 del Reglamento de Contratos del Estado).

Finalmente tendríamos los supuestos de los párrafos 3, 4, 6 y 8 del artículo 247, en los que, al ser posible una publicidad en la contratación, habría de entablarse una contratación directa con promoción de oferta. En este procedimiento es aconsejable la existencia de pliegos de bases reguladores de la contratación y la publicidad de ésta. El anuncio de licitación, si bien no precisa su inserción en el *Boletín Oficial del Estado* ni que contenga los requisitos señalados en el artículo 96 del Reglamento, habría de indicar el objeto y precios límites del suministro, oficinas o dependencias donde estén de manifiesto los pliegos, plazos y lugares de presentación de las proposiciones y día, hora y lugar en que haya de hacerse la apertura pública de las mismas.

B) TRAMITACIÓN DEL CONCURSO

a) El anuncio de licitación: concepto y contenido

Se inicia el concurso con el anuncio de licitación. Este anuncio ha de hacerse en el *Boletín Oficial del Estado* con una antelación de veinte días hábiles a aquel en que haya de terminar el plazo para la presentación de proposiciones. Si el concurso tuviera carácter internacional, la antelación será al menos de cuarenta días hábiles.

A través de este anuncio de licitación, la Administración pide a los interesados que le presenten sus ofertas⁶. Como el Consejo de Estado indica, «el anuncio de licitación supone una invitación formal del Estado a los contratistas para que éstos formulen sus propuestas, reservándose la Administración la facultad de emitir o no su aceptación, ya que, lejos de verse obligada a aceptar la propuesta, se reserva una facultad de examen y apreciación, tan amplia como sea menester, para determinar si, en último término, es o no conveniente para el Estado la celebración de tal contrato»⁷.

Si bien nada se establece sobre los gastos que origine la publicación de los anuncios, hay que entender que éstos deberán ser por cuenta de los adjudicatarios. En el caso de que la licitación resultare desierta serán abonados por la Administración con cargo al servicio correspondiente.

En cuanto a su contenido, el anuncio de licitación deberá contener los siguientes extremos (art. 96 del Reglamento de Contratos del Estado):

- a) Objeto y tipo de la misma.
- b) Plazo de duración del contrato.

6. BOQUERA OLIVER, J. M.^a, *La selección de contratistas*, Madrid, 1963, p. 52.

7. Dictamen del Consejo de Estado de 23 de noviembre de 1949, citado por BOQUERA, *La selección...*, cit., p. 53.

c) Oficinas o dependencias de la Administración donde esté de manifiesto el expediente de contratación.

d) Garantía provisional que se exija a los licitadores.

e) Clasificación que hayan de acreditar los empresarios para tomar parte en el concurso.

f) Modelo de proposición o referencia al mismo.

g) Plazo y lugares para la presentación de las proposiciones y día, hora y lugar en que haya de celebrarse el concurso.

b) Documentos que deben presentar los licitadores. Debe asimismo indicarse si estos documentos han de ser presentados por todos los licitadores o solamente por el adjudicatario, con anterioridad, en este último caso, a la formalización del contrato (art. 29 de la Ley de Contratos del Estado, *in fine*).

b) *La presentación de proposiciones; documentos de preceptiva presentación*

El acto de presentación de proposiciones es una declaración del particular dirigida a un doble efecto: que le admitan en el procedimiento de selección convocado por la Administración a través del anuncio de licitación y que ésta acepte su oferta creando un vínculo contractual⁸.

Las proposiciones se sujetarán al modelo que se establezca en el anuncio de la licitación, y su presentación bajo sobre cerrado en la oficina que en el mismo se indique presume la aceptación incondicionada por el empresario de las cláusulas del pliego y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con la Administración (artículo 29, párrafo 2.º de la Ley de Contratos del Estado).

Las proposiciones se presentarán en dos sobres —salvo que

8. BOQUERA OLIVER, J. M.ª, *La selección...*, cit., p. 87.

se trate de concursos en los que se haya establecido procedimiento de admisión previa, en los que se presentará un tercer sobre en el que se incluirá la documentación que haya sido exigida por las cláusulas especiales de los pliegos de bases en donde se exija este procedimiento previo—. Uno de ellos contendrá exclusivamente la proposición económica ajustada en el modelo inserto en el anuncio del concurso, y el otro la documentación que sea exigida en los pliegos de bases, haciendo constar en cada uno de ellos su respectivo contenido y ambos el nombre del licitador.

Por lo que a la documentación respecta hay una serie de documentos exigidos a los contratistas con carácter preceptivo y otros cuya exigencia es potestativa de la Administración.

Vamos a examinar tan sólo aquellos documentos de preceptiva presentación, en cuanto que por lo que respecta a los de presentación voluntaria queda, como decimos, el órgano de contratación en libertad para aplicar su criterio y exigir cualesquiera otros documentos que se estimen adecuados o necesarios al caso concreto, siempre teniendo en cuenta que la clasificación exige de presentar cualquier prueba de la capacidad técnica y financiera de la empresa suministradora con respecto a los grupos que tal calificación comprende. La presentación de estos documentos exigidos con carácter potestativo por la Administración podrá hacerse en cualquier momento anterior a la presentación del contrato (art. 29, *in fine*, de la Ley de Contratos del Estado).

Son de preceptiva presentación conforme a la Ley de Contratos del Estado:

1. *Documentos acreditativos de la personalidad del empresario*

Debe en este punto insistirse, aunque en principio la distinción sea clara, entre personalidad del contratista y personalidad del firmante de la proposición. La personalidad del contratista se acredita simplemente mediante el certificado de clasificación expedido por el Registro Oficial de Suministradores del Estado, en los supuestos en que esta clasificación fuere necesaria.

Si, por el contrario, se trata de empresas no clasificadas, la personalidad del contratista habrá de acreditarse mediante la presentación del Documento Nacional de Identidad (pasaporte de extranjería para extranjeros) para las personas individuales, o las escrituras sociales si se trata de personas jurídicas.

La personalidad con que actúe el presentante de la oferta no tiene nada que ver con lo anterior. En principio se puede plantear teóricamente el tema de su necesidad. Y es que aun en el supuesto de que se hiciese la presentación por persona no facultada para concurrir al concurso en nombre de la sociedad, siempre existiría, para el caso de que aquélla negase el poder, la garantía de la fianza provisional. Pero ello puede no ser suficiente, pues lo que realmente debe perseguirse es que el órgano contratante tenga la seguridad absoluta de que la sociedad va a realizar el contrato y no la compensación, que puede no ser suficiente, mediante la incautación de una fianza provisional, y de aquí la necesidad de que el firmante justifique su personalidad mediante el oportuno poder, conforme al artículo 25-2 del Reglamento General de Contratación.

Debe, pues, en los pliegos de cláusulas, hacerse referencia expresa e independiente al poder del firmante de la proposición, que deberá ser «bastante en Derecho para concurrir, en nombre del empresario o sociedad, a la licitación de obras del Estado y organismos autónomos del mismo». El bastanteo de este poder corresponderá al miembro de la Mesa técnico en derecho (Asesor jurídico de los Ministerios militares, Letrados del Ministerio de Justicia o Abogado del Estado).

2. Declaraciones juradas

Conforme al apartado e) del artículo 96 del Reglamento General de Contratación de 28 de diciembre de 1967 aplicable por vía de analogía al contrato de suministro el anuncio de la licitación habría de contener, entre otros extremos, la exigencia de una declaración por parte del contratista de no tener concertados con el Estado por un valor superior a cinco millones de pesetas.

Tras la reforma operada por la Ley de 17 de marzo de 1973,

tal declaración, que preceptivamente habría de acompañar el contratista a su proposición, no puede considerarse ya necesaria ni exigible.

Efectivamente, el artículo 29, tras esta reforma, establece que la presentación de las proposiciones presupone la declaración responsable de reunir todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con la Administración, lo que produce los mismos efectos que la declaración jurada.

Por otro lado, la referida reforma suprime el párrafo 2.º del artículo 98 de la Ley de Contratos y no requiere la previa clasificación cuando, siendo el suministro de cuantía inferior a 5.000.000 de pesetas, se tengan adjudicados contratos que rebasen esa cifra. Significa esto que el contratista tiene capacidad para contratar suministros inferiores a 5.000.000 de pesetas sin necesidad de clasificar, *cualquiera que sea el volumen de suministros que tenga ya previamente contratados*.

Evidentemente, si la Ley le otorga capacidad, no puede un pliego de cláusulas exigir la declaración jurada de no tener contratados suministros por encima de 5.000.000 de pesetas, pues ello sería una limitación no legalmente establecida de la capacidad contractual, materia de orden público: la Ley permite pedir más documentos en atención a las necesidades del caso, pero no considerar incapaz a quien no lo es.

La declaración jurada sobre la vigencia de la clasificación, como requisito formal para que ésta exima de presentar los documentos a que se refería el artículo 312 del Reglamento de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1967 y el artículo 7.º de la Orden de 16 de noviembre de 1972, debe considerarse también innecesaria en consideración a la nueva redacción que la Ley de 17 de marzo de 1973 ha dado al párrafo segundo del artículo 29 de la Ley de Contratos del Estado. De forma expresa el artículo 312 del vigente Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975.

3. Resguardo acreditativo de la fianza provisional

El artículo 29 de la Ley de Contratos del Estado exige la

presentación por el contratista del correspondiente resguardo acreditativo de la fianza provisional.

3.1. *Papel de la fianza provisional.*—La Ley de Contratos del Estado exige a todo contratista para poder acceder a la adjudicación de un contrato de suministro la constitución de una fianza provisional. La constitución de esta fianza tiene un doble significado; en primer lugar es una cautela, un aseguramiento de la Administración que responde a un interés negativo de la misma en cuanto la asegura de la seriedad de las ofertas; de otra parte desempeña el papel de unas arras penitenciales en cuanto se constituyen en función de garantía de una posible culpa *in contrahendo* como predeterminación de los daños y perjuicios materiales en que se evalúa el *ius recedendi* del contratista (St. de 8 de noviembre de 1950).

3.2. *Contratos en los que es innecesaria la prestación de fianza.*—La Ley de Contratos excepciona de la constitución de fianza, no siendo necesaria en consecuencia la presentación de resguardo acreditativo alguno, a los siguientes contratos de suministro:

— Los concertados con empresas concesionarias de servicios públicos referentes a los suministros recogidos en el apartado primero del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado (suministro propio).

— Los contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso cuyo importe total no exceda de 1.000.000 de pesetas, siempre que se verifiquen en establecimientos comerciales abiertos al público y el abono del precio por la Administración se condicione a la entrega total y única de los bienes a satisfacción de la misma.

— Cuando la empresa suministradora sea extranjera y garantice el contrato de acuerdo con las prácticas comerciales internacionales (art. 125 de la Ley de Contratos del Estado).

— Los contratos de suministro en los que el empresario entregue inmediatamente los bienes consumibles o de fácil deterioro antes del pago del precio y en régimen de contratación directa, salvo que exista plazo de garantía (art. 385 del Reglamento de

Contratos del Estado). La fianza se convierte evidentemente en estos supuestos en un acto carente de causa, por lo que es improcedente su exigencia. La fianza en tales casos no puede responder a ninguno de los conceptos enumerados en el artículo 115 de la Ley de Contratos del Estado y 358 de su Reglamento, en cuanto que ni puede haber penalidades para el contratista, ni daños en la ejecución, ni demora en el cumplimiento, ni incautación por resolución del contrato, ni vicios o defectos, finalmente, durante el plazo de garantía que no existe.

— Aquellos contratos de suministro a cuya licitación concurrían empresas exentas por ley de la obligatoriedad de la constitución de fianza (art. 341, párrafo 2.º del Reglamento de Contratos del Estado).

— En nuestra opinión cabría asimismo considerar exentos de la obligatoria presentación de fianza, por analogía a lo establecido por el contrato de obra (art. 341, párrafo 1.º), a aquellos contratistas que figurasen clasificados e inscritos como tales en el Registro Oficial de Suministradores del Estado, sito en el Ministerio de Industria, siempre y cuando se configurase el abandono de la oferta por parte del contratista como causa de suspensión temporal de la clasificación obtenidas (art. 349-2.º del Reglamento de Contratos del Estado). Este sistema garantizaría plenamente la seriedad de las ofertas y liberaría a los contratistas de la carga económica que la constitución de la fianza lleva consigo.

Salvo en estos supuestos, la constitución de fianza es obligatoria en todos los contratos de suministros, habiendo de efectuarse en la cuantía y forma que a continuación se exponen.

3.3. *Cuantía de la fianza provisional; posibilidad de un fraccionamiento de la misma.*—La Ley de Contratos indica (por analogía a lo establecido en el art. 112 para el contrato de obra) que esta fianza provisional ha de consistir en el 2 por 100 del presupuesto total del contrato⁹.

9. Es, a nuestro modo de ver, errónea la afirmación de que la Ley de Contratos permite la libre fijación por parte de la Administración de la cuantía de las fianzas en el contrato de suministro. El artículo 124 de la

Conviene delimitar qué cantidad engloba este «presupuesto total» sobre el que ha de hallarse el 2 por 100, importe de la fianza, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de adjudicación del suministro a varios licitadores, efectuando éstos tan sólo una parte del mismo.

Decíamos anteriormente que la fianza provisional se presta para poder acceder a la ejecución del contrato. No así la fianza definitiva que el contratista ha de prestar en cuanto adjudicatario del concurso.

Este distinto papel de una y otra modalidad de fianza permite determinar en pura lógica la cantidad sobre la que ha de girarse ese 2 por 100. En la fianza provisional, este 2 por 100 recae sobre el presupuesto total del contrato por el que se licita. En la fianza definitiva, por el contrario, habrá de girarse sobre la cantidad efectiva total o parcial adjudicada.

Esta idea, por tanto, de que la fianza provisional se exige para acudir al concurso lleva a la conclusión de que cuando la Ley habla de presupuesto total, no puede referirse a otro que al total del conjunto concursado, a diferencia de la exigencia de fianza definitiva que, al ir referida al adjudicatario, permite entender que el importe se refiere al presupuesto del suministro a él adjudicado.

Cualquier fraccionamiento del presupuesto total, a efectos de determinación del 2 por 100 correspondiente, es por tanto, por la propia finalidad que la Ley concede a la fianza provisional, irrealizable.

Téngase asimismo presente que, conforme a lo establecido en el artículo 99 del Reglamento de Contratos del Estado, las propo-

Ley de Contratos del Estado prevé tal posibilidad de manera exclusiva para el contrato de gestión de servicios públicos. El artículo 125 de la Ley y los artículos 383 y 387 del Reglamento se refieren, por el contrario, a las fianzas en contratos de suministro, sin atribuir en ningún caso tal libertad a la Administración. En este sentido véase Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, año 1973, Informe núm. 50, de 20 de diciembre.

En contra, GONZÁLEZ BERENGUER, J. L., *La contratación administrativa*, Madrid, 1966, p. 224.

siones han de presentarse en dos sobres cerrados, procediéndose en primer lugar a la apertura del que contiene la documentación, entre la que figura la fianza, y una vez admitida se abre el sobre que contiene la proposición económica. Caso de que la documentación sea insuficiente, la proposición económica será rechazada sin abrir (art. 101-2 Reglamento de Contratos del Estado). De todo ello resulta una indeterminación de la cuantía de la proposición y consiguientemente del porcentaje fraccionado de la fianza en el momento en que esta última se examina, por lo que no cabe sino exigir el 2 por 100 del total¹⁰.

3.4. *Medios de constitución de la fianza.*—La Ley de Contratos del Estado se remite una vez más en este punto, de forma general, a las normas relativas al contrato de obras, con las salvedades que específicamente establece (arts. 123 de la Ley de Contratos del Estado y 383 y siguientes del Reglamento de Contratos del Estado).

Conforme a estos preceptos, la fianza provisional puede prestarse en metálico o en títulos de la deuda pública, habiendo de efectuarse su consignación en la Caja General de Depósitos.

Por lo que respecta a la posibilidad del empleo del aval como medio de constitución de la *fianza provisional*, la estimamos asimismo viable por analogía a lo establecido en los artículos 112 de la Ley de Contratos del Estado y 340 de su Reglamento. El aval habrá de constituirse en la forma prevista en los artículos 370 y siguientes del Reglamento de Contratos del Estado.

La posible utilización del aval ha sido, sin embargo, más problemática en lo que respecta a la constitución de la *fianza definitiva* en estos contratos de suministro. La Ley de Contratos del Estado permitía la aplicación del aval como medio de constitución de la fianza definitiva en los contratos de obra siempre y cuando así lo autorizara el Ministro de Hacienda (art. 113).

Esta autorización se llevó a cabo a través de la Orden Minis-

10. Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, año 1973, Informe 50, cit., de 20 de diciembre.

terial de 23 de marzo de 1972, que amplió la aplicación del aval a las fianzas definitivas a constituir en los contratos de obras. En tal Orden no se hacía, sin embargo, alusión a los contratos de suministro, lo que originaba una laguna que hacía aconsejable la publicación de una nueva Orden Ministerial que hiciera extensible tal ampliación a esta figura contractual. La vigencia de esta Orden de 23 de marzo de 1972 fue prorrogada por la Orden de 14 de diciembre de 1973, que no introdujo al respecto modificación alguna.

La solución definitiva vino dada, sin embargo, con la publicación de la Orden Ministerial de 27 de junio de 1974 (prorrogada en su vigencia por la de 30 de mayo y 27 de junio de 1975), en la que expresamente se establece la aplicabilidad del aval como medio de constitución de las fianzas definitivas en los contratos de suministro, lo que refuerza nuestra opinión de ser tal medio de garantía también plenamente aplicable para la constitución de la fianza provisional.

4. *Documentación acreditativa de la clasificación del contratista*

La Ley de Contratos del Estado establece en su artículo 109 la aplicación extensiva al contrato de suministro de las normas relativas a la clasificación de contratistas de obras con el Estado.

Conforme a ello, esta clasificación es requisito indispensable para contratar con el Estado la ejecución de contratos de suministro de presupuesto superior a cinco millones de pesetas. Este límite podrá ser elevado o disminuido por disposición del Ministro de Hacienda con arreglo a las exigencias de la coyuntura económica.

Podrán optar a la clasificación de suministradores o proveedores del Estado los empresarios, personas naturales o jurídicas, que no se encuentren incurso en alguna de las prohibiciones que para contratar con el Estado establece el artículo 9.º de la Ley de Contratos del Estado y que acrediten la debida idoneidad técnica y financiera.

Las solicitudes se presentarán a través de las Juntas de Compras constituidas en cada Ministerio u organismo autónomo donde el empresario venga realizando el mayor volumen de suministros, que con su informe las remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La clasificación se adoptará por la comisión clasificadora de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que por delegación permanente de dicha Junta entiende de cuantos expedientes se relacionen con la clasificación de contratistas. Estos acuerdos de clasificación podrán ser impugnados en alzada ante el Ministro de Hacienda, y contra la decisión de éste habrá lugar a recurso contencioso-administrativo.

5. *Carnet de empresa con responsabilidad*

La presentación de este carnet de empresa con responsabilidad será preceptiva para los empresarios encuadrados en aquella rama de la industria en que se hubiere implantado tal carnet como obligatorio.

Por lo que a los contratos de suministro al Estado se refiere, tal exigencia podría referirse a las empresas encuadradas en las siguientes actividades:

1.º Industrias derivadas del cemento. La exigencia del carnet con responsabilidad para esta actividad fue establecida por Decreto de 2 de junio de 1960.

2.º Industrias manuales del esparto. La implantación como obligatorio del carnet de empresa con responsabilidad se llevó a cabo por Orden de 11 de marzo de 1963.

3.º Empresas del Sindicato de Madera y del Corcho, en virtud del Decreto de 23 de julio de 1971, derogatorio del de 23 de julio de 1968.

4.º Empresas instaladoras de gases combustibles, para las que el citado carnet fue exigido por el Reglamento General del Servicio Público de Combustibles.

6. *Justificante del pago de la licencia fiscal del impuesto industrial*

Si bien la Ley de Contratos no lo establece de manera expresa en su artículo 29, parece necesaria asimismo la presentación en las respectivas proposiciones del resguardo justificante del pago de la licencia fiscal del impuesto industrial.

Según el artículo 4.º del texto refundido de 29 de diciembre de 1966, el hecho imponible de esta figura tributaria se produce por el mero ejercicio de la actividad, de tal forma que existe una obligación fiscal aun sin existir una deuda propiamente dicha. El incumplimiento de esta obligación fiscal lleva consigo, en consecuencia, una inhabilitación fiscal para ejercer la actividad, consistente en concurrir a licitaciones de obras, servicios o suministros.

La legalidad fiscal de la actividad obliga, pues, a exigir con absoluta actualidad el justificante de pago de la licencia por el período correspondiente. De lo contrario se llegaría a la incongruente posibilidad de que el Estado (órgano de contratación) admitiese la proposición de una persona que según el propio Estado (órgano de Hacienda) no debe licitar por no haber pagado correctamente el impuesto habilitante para ello.

Por lo que se refiere a otros impuestos, no cabe exigir justificantes o certificados de todos aquellos que sean o deban ser objeto de liquidación por la Administración. En efecto: si la liquidación no se ha producido (por ejemplo, las evaluaciones globales que se producen con cierto retraso), el no haber satisfecho el impuesto es imputable a la Administración, no al contratista; si la liquidación se ha producido y está en período voluntario, el contratista tiene derecho a agotar aquél sin incurrir en infracción alguna, y si por transcurrir el período voluntario se pasa a la fase de apremio, se está en el supuesto previsto con carácter general en el artículo 9.º-2 de la Ley, sobre condiciones para contratar, que no precisan prueba por presumirlas la simple presentación de la proposición.

Como supuestos especiales pueden darse el del Impuesto de Tráfico de Empresas en el caso de la autoliquidación (no, en

general, de exacción mediante convenio, pues entonces hay una liquidación por parte de la Administración) y el de la retención en el de Rendimientos de Trabajo Personal. Pues bien, en ambos casos la exigencia de prueba formal del cumplimiento de estos aspectos, aparte de no estar prevista en el artículo 9.º de la Ley (que sólo habla de sanción firme en dos o más expedientes tributarios por defraudación), constituirá un trámite nada fácil de cumplimentar ante las dificultades que la obtención de un certificado de este tipo presentaría a las Delegaciones de Hacienda y de escasa o nula eficacia de cara a la seguridad de la contratación administrativa.

El único impuesto, pues, cuyo pago debe acreditarse es la Licencia Fiscal. La forma de acreditar el pago de este impuesto es la presentación del recibo del pago de la patente por importe de 2.000 pesetas exigida en el epígrafe 9.351 de la Orden de 15 de diciembre de 1960, que aprueba las tarifas de la Cuota de Licencia Fiscal del impuesto. Esta patente es para toda la nación y no es, en consecuencia, necesario que esté expedida por la Delegación de Hacienda de la provincia donde se celebre la licitación, pudiendo obtenerse en cualquiera de las demás Delegaciones provinciales de Hacienda.

c) *Tramitación del concurso y adjudicación definitiva*

Terminado el plazo de recepción de las proposiciones, los jefes de oficinas o dependencias donde hayan sido entregadas las proposiciones expedirán certificación de las recibidas o de la ausencia de licitadores, en su caso, la que, al igual que aquélla, remitirá al secretario de la Mesa de Contratación.

Transcurrido el plazo señalado en el anuncio, la Junta de Compras se constituirá en Mesa de Contratación de acuerdo con el artículo 251 del Reglamento de Contratos del Estado.

La Mesa de Contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma y procederá en acto público a la apertura de las proposiciones admitidas. El acto dará comienzo precisamente en día laborable, en el local, día y hora

fijados en el anuncio, dando principio con la lectura del mismo y procediéndose de acuerdo con el procedimiento señalado en los artículos 103, 104 y 105 del Reglamento de Contratos del Estado. Transcurridos tres meses desde la fecha de apertura de las proposiciones sin que la Administración hubiere dictado acuerdo resolutorio del concurso, y salvo que en los pliegos de bases se hubiera establecido otro plazo mayor, podrán los licitadores que lo deseen proceder a retirar sus ofertas, así como las fianzas depositadas como garantía de las mismas.

La Administración tendrá alternativamente la facultad de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa, sin atender necesariamente al valor económico de la misma, o declarar desierto el concurso.

La adjudicación por la autoridad administrativa competente supondrá finalmente la *perfección* del contrato.

C) FORMALIZACIÓN

a) *Medios de formalización. Criterios generales*

Conforme a las normas establecidas en la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento, el contrato administrativo de suministro podrá formalizarse, según los casos, mediante documento notarial, mediante documento administrativo o a través de una simple factura comercial.

El artículo 254 del Reglamento de Contratos del Estado establece como preceptiva la formalización en escritura pública para los contratos siguientes:

- a) Aquellos cuyo precio sea superior a 2.500.000 pesetas¹¹.
- b) Cuando la Administración o el contratista lo soliciten.

Los demás contratos se formalizarán en documento adminis-

11. La elevación de la cuantía de 500.000 pesetas, que inicialmente

trativo, salvo que, dada la índole de la operación, proceda la factura comercial. Conforme a lo previsto en el artículo 89 de la Ley de Contratos del Estado y 258 de su Reglamento, esta factura comercial hará las veces de documento contractual en aquellos supuestos de adquisición de bienes consumibles o de fácil deterioro (suministros menores) cuyo importe total no exceda de 100.000 pesetas (arts. 86 de la Ley de Contratos del Estado y 245 de su Reglamento).

Preceptivamente habrán de constar en ella los requisitos enumerados en el artículo 259 del Reglamento de Contratos del Estado, es decir: 1.º Órgano administrativo que verifica la adquisición y empresario interviniente, con indicación del establecimiento comercial en que se haga la operación. 2.º Definición del suministro que recibe la Administración con expresión del servicio a que vaya destinado. 3.º Precio que ha de abonarse por el Estado. 4.º Firma del funcionario que acredite la recepción de conformidad. Los anteriores requisitos se cumplimentarán aun cuando la adquisición se realice por funcionarios amparados en libramientos a justificar e incluso en los casos de compras destinadas a la elaboración de bienes por la propia Administración.

El artículo 260 del Reglamento de Contratos del Estado indica finalmente que: «Se formalizarán o acreditarán, en su caso, mediante los documentos ordinarios que el tráfico jurídico tenga establecidos, los suministros siguientes: 1.º Aquellos cuyo precio esté sometido a tasa o que se fije por disposiciones administrativas. 2.º Cuando la entidad vendedora sea concesionaria de servicios públicos y existan aprobadas tarifas generales al efecto. 3.º Las operaciones comerciales que realice la Administración, entendiéndose por tales las compras de bienes muebles con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial, constituyendo esta actividad fines económicos peculiares del servicio de que se

preveía el Reglamento, a la de 2.500.000 pesetas actuales, se opera por analogía a lo previsto para la formalización notarial del contrato de obra en el artículo 42, párrafo segundo, de la reformada Ley de Contratos del Estado. Así se recoge en el artículo 254-I del vigente Reglamento de Contratos del Estado.

trate. La firma de la autoridad que celebra el contrato deberá figurar en el propio documento.

b) *Crítica.*

Un análisis crítico de este sistema de formalización nos permite afirmar que la Ley en este punto está guiada por un excesivo formalismo.

Si se toma en consideración el volumen económico de la actual contratación administrativa y se observa la cantidad a partir de la cual la formalización notarial es preceptiva, es fácil suponer que la mayor parte de estos contratos habrán de elevarse a escritura pública. Esto ocasiona, en primer lugar, un gasto al contratista que evidentemente procurará repercutirlo en el precio de la contrata. En segundo lugar, tal formalización parece injustificada si se tiene en cuenta la específica regulación del proceso de formalización de la voluntad administrativa en el contrato y el amplio y minucioso control financiero y administrativo que tiene lugar a lo largo de todo el *iter contractualis*.

La creación, finalmente, en el seno del Ministerio de Hacienda de un Registro de Contratos permite a la Administración un exacto conocimiento de los por ella celebrados, así como de las incidencias que origine su cumplimiento (art. 11 de la Ley de Contratos del Estado).

La formalización del contrato administrativo a través de escritura pública debía, en nuestra opinión, ser exigida única y exclusivamente en aquellos supuestos en que es preceptiva conforme a las normas del Derecho privado, civil o mercantil.

La contratación administrativa ganaría así en agilidad y economía sin ver mermadas sus garantías. Esta liberación de un innecesario formalismo estimamos es necesaria para la contratación administrativa; los intereses en contra de determinados sectores deben ceder ante estas exigencias de celeridad y economía en tanto en cuanto no se vea perjudicada la debida seguridad jurídica.

Nótese, pese a todo, que la forma escrita, aunque obligatoria, carece de carácter constitutivo. El contrato se perfecciona con la

adjudicación definitiva (no con la formalización, y desde ese mismo momento existe y obliga como tal, según precisan los artículos 31 y 32 de la Ley de Contratos del Estado). El incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato no afecta, por tanto, en absoluto a la existencia ni a la validez del mismo. Precisamente porque el contrato existe y es plenamente válido es por lo que el artículo 39 de la Ley de Contratos del Estado dispone que la falta de formalización del contrato por causas imputables al contratista determina su resolución con incautación de la fianza provisional.

El tratamiento del problema en la legislación estatal y local no difiere esencialmente en este punto, contra lo que suele ser habitual afirmar. En rigor todo se reduce a que la resolución del contrato no formalizado en plazo por culpa del contratista es obligatoria en la esfera estatal (art. 39 de la Ley de Contratos del Estado), mientras que en la esfera local es simplemente facultativa para la Administración (art. 48 R. C. C. L.)¹².

c) *Formalización y extinción del contrato administrativo de suministro*

Es conveniente plantearse, al analizar la formalización del contrato administrativo de suministro, la necesidad de la misma en aquellos supuestos en que el contrato se consume antes de expirar el término que la Ley concede para su formalización, puesto que, una vez extinguido el contrato, ésta sería un trámite evidentemente innecesario e inútil.

El artículo 51 de la Ley de Contratos del Estado señala con respecto a la extinción del contrato de obra que éste se extinguirá por conclusión o cumplimiento del mismo.

Este precepto, aplicable desde luego al contrato de suministro, podría llevar a pensar en la innecesariedad de formalizar tal contrato una vez entregados los productos objeto del mismo.

La Ley de Contratos del Estado advierte, sin embargo, en su

12. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1974, p. 253.

artículo 94 que una vez realizado el suministro por el empresario comenzará el plazo de garantía señalado en el contrato y que sólo una vez terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formulado algún reparo o la denuncia de no ser conforme al fin al que se le destina quedará el empresario exento de responsabilidad por razón de la cosa vendida.

El contrato, pues, no se extingue cuando se agotan sus efectos. La extinción del contrato no tiene lugar sino una vez que la mercancía se ha entregado y transcurrido el correspondiente plazo de garantía; sólo cuando estas circunstancias se den quedará el empresario libre de responsabilidad. Es precisamente por este motivo por lo que la liberación de la fianza no tiene en el contrato administrativo de suministro carácter automático e inmediato a la terminación de la ejecución material del contrato, sino que exige una tramitación específica en la que se acredite el correcto cumplimiento del contrato y se realicen las actuaciones necesarias para la efectiva liberación de la garantía (dictamen del Consejo de Estado de 16 de mayo de 1968).

La formalización del contrato administrativo de suministro es, pues, preceptiva en tanto en cuanto no haya éste agotado sus efectos, lo cual no sucede sino transcurrido el plazo de garantía fijado en el contrato.

La fijación, no obstante, de este plazo de garantía en el contrato no es, en nuestra opinión, requisito ineludible en el mismo.

El artículo 94 de la Ley de Contratos del Estado indica realmente que realizado el suministro por el empresario comenzará el plazo de garantía señalado en el contrato; los artículos 255, 256 y 257 del Reglamento señalan asimismo como uno de los datos a consignar en el documento de formalización este plazo de garantía.

Estimamos pese a ello que la exigencia de este requisito ha de estar condicionada al hecho de que las partes libremente lo hayan previsto en el contrato, lo que habrán hecho, o no, en consideración a las específicas características del suministro en cuestión.

Puede así suceder que sea innecesario el establecimiento de

este plazo de garantía, por analogía a lo establecido en el artículo 1484 del Código civil, en aquellos supuestos en que la Administración comprobare a través de peritos los bienes suministrados —circunstancia que en el Código civil libera al vendedor del saneamiento por vicios ocultos—, o los recibiere a conformidad, lo que, conforme a lo establecido en el artículo 336 del Código de comercio, negaría asimismo acción al comprador para repetir contra el vendedor.

En tales supuestos, insisto, el establecimiento de un plazo de garantía destinado a verificar la posible existencia de vicios o defectos en los bienes objeto del suministro y la aptitud de los bienes suministrados para el fin pretendido sería evidentemente innecesario.

Habría que entender en consecuencia que el contrato de suministro se extinguiría en estos supuestos por su propia conclusión o cumplimiento, lo que acaecería con el acto de entrega y aceptación por parte de la Administración de los bienes suministrados. La formalización de este contrato extinguido sería por tanto, finalmente, un trámite costoso e innecesario que debiera suprimirse.

III) LOS ORGANOS DE CONTRATACION

A) *Los jefes de los departamentos ministeriales como órganos de contratación; carácter originario de sus competencias*

El artículo 7.º de la reformada Ley de Contratos del Estado establece que «los jefes de los departamentos ministeriales son los órganos de contratación del Estado y están facultados para celebrar en su nombre los contratos de obras, servicios y suministros, dentro del ámbito de su competencia, previa consignación presupuestaria para este fin y con sujeción a los requisitos establecidos en esta Ley». Bajo su dirección se desarrollarán la preparación y la ejecución de los contratos de la Administración, pudiendo los particulares deducir contra sus actos y resoluciones

las acciones, reclamaciones y recursos autorizados por las leyes que sean aplicables (art. 5.º de la Ley de Contratos del Estado).

La Ley de Contratos del Estado está dibujando en estos términos, como MENDOZA OLIVÁN señala¹³, la figura del gerente de la contratación administrativa.

El órgano de contratación, en el ejercicio de las facultades que en orden a la preparación, aprobación y ejecución del contrato se le conceden en la Ley de Contratos, es un verdadero gerente del contrato administrativo por concurrir en él los datos y condiciones característicos de esta figura empresarial, hasta ahora típicamente privada: primero, su carácter técnico y especializado; segundo, su amplia libertad de actuación, y tercero, su plena responsabilidad respecto de los resultados de su gestión contractual.

Esta competencia en materia de contratación de los jefes de los diversos departamentos ministeriales aparece, por otra parte, en la Ley como una competencia originaria. La facultad de celebrar contratos en nombre de la Administración del Estado corresponde a los jefes de los distintos departamentos ministeriales en el ámbito de sus respectivas competencias, todo ello sin perjuicio de las facultades atribuidas al Consejo de Ministros en el artículo 8.º de la Ley de Contratos del Estado. Los demás órganos de contratación que a continuación examinaremos no tienen una competencia propia, sino que le es atribuida mediante delegación por el Ministro, a quien la Ley se la concede de modo originario.

B) ORGANOS DE CONTRATACIÓN CON COMPETENCIAS DELEGADAS

a) *Procedimiento formal de la delegación*

La Ley de Contratos del Estado, aun atribuyendo a los jefes de los respectivos departamentos ministeriales la competencia en materia de contratación, prevé la posibilidad de una desconcentración en otros órganos centrales o territoriales, que quedarán

13. MENDOZA OLIVÁN, V., *La revisión del régimen jurídico de los contratos del Estado*, conferencia de clausura de las Primeras Jornadas de Estudios Jurídicos y Económicos, Alicante, 1973.

así convertidos en órganos de contratación del Estado con las facultades que les atribuye la citada Ley (art. 7.º, párrafo segundo de la Ley de Contratos del Estado). El mecanismo a través del cual se opera esta transferencia de facultades desde los titulares de los respectivos departamentos a los correspondientes órganos de contratación es el ya usual de la desconcentración mediante Decreto.

El contenido de esta desconcentración está, sin embargo, y ello es una novedad introducida por la reforma de la Ley de 17 de marzo de 1973, modificadora de la Ley de Contratos del Estado, determinado por la propia Ley y no por la voluntad del órgano desconcentrador. Es decir, los Decretos desconcentradores habilitarán la transferencia de las facultades en favor de los órganos de contratación, pero el contenido de estas facultades transferidas será siempre el establecido por la Ley, por lo que el ámbito de poder y responsabilidad de los órganos de contratación, cuando existan, habría de ser uniforme en todos los departamentos ministeriales¹⁴.

Al amparo de estas previsiones de la Ley de Contratos del Estado se han dictado diversas normas desconcentradoras, entre ellas el Decreto del Ministerio de Marina de 28 de junio de 1973, complementado por la Orden Ministerial de 25 de febrero de 1974 sobre desconcentración de facultades en orden a la contratación en el Ministerio de Marina; en igual sentido, para el Ministerio del Ejército, el Decreto de 9 de noviembre de 1973.

Al margen, sin embargo, y prescindiendo, a nuestro modo de ver, del procedimiento establecido en la Ley de Contratos del Estado, se ha operado asimismo un traspaso de estas competencias a través de simples Ordenes Ministeriales. En este sentido cabe citar, entre otras, la Orden del Ministerio de Agricultura de 31 de enero de 1973 por la que se delega en la Dirección General de la Producción Agraria la firma en nombre del Estado de los contratos de obras, gestión de servicios y suministros y las de adquisiciones y enajenaciones propios del citado centro.

14. MENDOZA OLIVÁN, V., conferencia citada.

Igualmente la Orden del Ministerio de Hacienda de 15 de enero de 1974 delegando en el Subsecretario las facultades que en orden a la contratación competen al Ministro, así como la autorización de los contratos de los organismos autónomos dependientes de dicho Ministerio de cuantía superior a 10.000.000 de pesetas. A través asimismo de la Orden del Ministerio de la Gobernación de 10 de julio de 1974 se delega en las Comisiones provinciales de Servicios Técnicos las facultades relativas a la contratación en nombre del Estado de las obras incluidas en los planes provinciales.

A través de Orden del Ministerio de Industria de 4 de octubre de 1974 tiene lugar, finalmente, una amplia delegación de competencias:

1.º En el Subsecretario de Industria, la aprobación de los expedientes de contratación y del gasto correspondiente, la adjudicación de los contratos de cuantía inferior a 10.000.000 de pesetas y la labor de formalización de los contratos, cualquiera que fuese su cuantía.

2.º En el Secretario general técnico y en los Directores generales, la aprobación de los proyectos correspondientes a obras, suministros, estudios y servicios técnicos y la formalización de estos contratos, así como la aprobación del expediente de contratación del gasto correspondiente y la adjudicación de los contratos de cuantía no superior a un millón y medio de pesetas.

3.º En el Oficial Mayor del Ministerio, finalmente, la aprobación de los expedientes de contratación y del gasto, así como la adjudicación de estos contratos cuando su cuantía no exceda de 400.000 pesetas y la formalización de aquellos contratos de obras, servicios o suministros y estudios que, fuere cual fuere su cuantía, se refieran a asuntos de la Subsecretaría.

La legalidad de estas disposiciones nos parece realmente dudosa en cuanto llevan consigo un traspaso de competencias prescindiendo del procedimiento legalmente previsto para ello en la Ley de Contratos del Estado, que exige, como hemos ya seña-

lado, la forma de Decreto acordado en Consejo de Ministros para que tal delegación se pueda válidamente efectuar.

b) *Las Juntas de Compras*

Al margen de las posibilidades que en orden a una futura desconcentración de facultades concede a los jefes de los diversos departamentos ministeriales el ya examinado párrafo segundo del modificado artículo 7.º de la Ley de Contratos del Estado, existen en la actualidad en el ámbito de la contratación administrativa unos órganos con competencia para la contratación de suministros, las llamadas Juntas de Compras.

Fueron creadas estas Juntas de Compras por el Decreto de 28 de septiembre de 1935, dictado en ejecución de la Ley de 1 de agosto de 1935 sobre reorganización de los servicios de los departamentos ministeriales. El artículo 5.º de este Decreto creaba, como decimos, en el seno de cada departamento ministerial, una Junta de Compras, a la que se encomendaba «la administración de los créditos de material inventariable, proponiendo al Ministerio la aplicación que a los mismos habría de darse según las necesidades y pedidos de los distintos órganos centrales y provinciales».

Se les facultaba igualmente (art. 6.º) para «acordar subastas o concursos para adquisición de material no inventariable cuando por su uniformidad y consumo se considerase la posibilidad de obtener economías adquiriéndolas en conjunto».

La Ley de Bases de Contratos del Estado, partiendo de esta realidad, preveía en su base XIV la «creación de unos órganos especializados de la Administración destinados a la preparación de los contratos de suministro y a velar por su exacto cumplimiento, otorgándoles carácter interministerial cuando fuere procedente».

En cumplimiento de estas previsiones de la Ley de Bases, el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 crea en su artículo 88, en el seno de los respectivos departamentos ministeriales, las llamadas Juntas de Compras.

1. Competencias de las Juntas de Compras

Inicialmente, las Juntas de Compras ven reducidas sus competencias a la contratación de bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso a que se refiere el artículo 83, párrafo segundo de la Ley de Contratos del Estado (art. 88 de la Ley de Contratos del Estado).

El Reglamento, completando en este punto los preceptos de la Ley, va a circunscribir, por otra parte, la intervención de estas Juntas de Compras a una labor puramente preparatoria de la adjudicación del contrato. A las Juntas de Compras corresponde así llevar a cabo las actuaciones preparatorias del concurso, si a través de este sistema se lleva a cabo el contrato, constituyéndose en Mesa de Contratación y elevando la propuesta de adjudicación al jefe del departamento o autoridad competente. Si el contrato se adjudica en régimen de contratación directa se podrá proceder de igual forma, elevando la propuesta de adjudicación si hay concurrencia en la oferta o preparar el proyecto de contrato, sometiéndolo a la aprobación correspondiente una vez aceptado por el empresario, en los restantes casos.

Inicialmente, las competencias de las Juntas de Compras aparecen, pues, como muy reducidas.

El propio Reglamento de Contratos del Estado, aun partiendo de este planteamiento, va a permitir, sin embargo, a los jefes de los departamentos ampliar en gran medida estas competencias al facultar a las Juntas de Compras para aprobar incluso los contratos y extender su competencia a los demás tipos de suministros y a otros asuntos diversos a fin de conseguir la mayor uniformidad y economía en estos negocios (art. 250 del Reglamento de Contratos del Estado).

En este sentido, por ejemplo, la Orden del Ministerio de Información y Turismo de 6 de marzo de 1968, que crea dentro del citado Ministerio una Junta Central de Compras —cuya composición vendría a establecer posteriormente la Orden Ministerial de 30 de abril de 1973—, establecía como competencia de la misma la de «convocar las licitaciones referentes a los contratos de

suministro de bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso y la adjudicación de material no inventariable y de mobiliario que no tenga carácter de suministro, supuesto que, como ya expusimos en su momento, constituiría una compra patrimonial sometida a las disposiciones de la Ley del Patrimonio del Estado.

Las Juntas de Compras amplían así sus competencias a supuestos negociales de diversa índole, pudiendo aprobar por sí los contratos y convirtiéndose en auténticos órganos de contratación con amplias competencias, lo que viene en gran medida justificado por un intento de lograr a través de estos órganos especializados una racionalización en materia de adquisiciones por parte de la Administración, y de asegurar a través de la intervención de las mismas unas condiciones técnicas y económicas más favorables.

Por Decreto del Ministerio de Hacienda de 26 de diciembre de 1968 se regulan finalmente estas Juntas de Compras, atribuyéndoles las siguientes competencias:

«1) La programación y estudio de las necesidades de cada departamento, en orden a compras y suministros.

2) La propuesta de adjudicación de los contratos de suministro referidos a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso.

3) La propuesta de compras que se refieran a mobiliario y material de oficina inventariables.

4) Proponer las adquisiciones de toda clase de material de oficina que no esté comprendido en los apartados anteriores.

5) La realización de las adquisiciones que se indican en los números 2, 3 y 4, una vez que hayan sido debidamente aprobadas.

En los supuestos segundo, tercero, cuarto y quinto actuará la Junta de Compras como Mesa de Contratación».

Todas estas facultades han de entenderse sin perjuicio de lo establecido en el anteriormente citado artículo 250 del Reglamento de Contratos del Estado.

2. Clases de Juntas de Compras

El Reglamento de Contratos del Estado prevé la posibilidad de que, paralelas a esta Junta Central de Compras y ubicadas en el seno de cada departamento ministerial, se creen, mediante autorización del Ministro correspondiente, Juntas de Compras delegadas en las que, conforme a un principio de desconcentración de competencias, se opere una delegación de competencias, bien funcional sobre una determinada serie de materias, bien territorial, al ejercer sobre una determinada circunscripción las competencias de las Juntas centrales.

Estas Juntas de Compras delegadas responderán en su tarea a las directrices generales que establezca la Junta de Compras principal.

Junto a las Juntas centrales y delegadas de Compras, la Ley de Contratos del Estado, siguiendo en este punto las orientaciones de la Ley de Bases (base XIV, apartado 3.º), preveía la posibilidad de la creación asimismo, mediante acuerdo del Gobierno, de una Junta de Compras de carácter interministerial cuando fuere conveniente la contratación global para, dada la similitud del suministro, obtener mejores ventajas en dicha contratación.

El Gobierno no ha hecho uso de esta posibilidad —al menos no nos consta—. La Ley de 17 de marzo de 1973, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado, ha transferido, por otra parte, estas competencias, atribuidas inicialmente a las Juntas interministeriales de Compras, al Servicio Central de Suministros. Indica así el reformado artículo 88, párrafo 2.º de la Ley de Contratos del Estado que «en aquellos casos en que por similitud de suministros o para la obtención de mejores condiciones sea conveniente la contratación global en la Administración civil del Estado, podrá el Gobierno acordar que la preparación y adjudicación de los contratos se realice por el Servicio Central de Suministros del Ministerio de Hacienda, sin perjuicio de las competencias que actualmente tiene atribuidas». (Insistiremos más adelante en este punto.)

La específica alusión que en el reformado artículo 88 de la

Ley de Contratos del Estado se hace a la Administración civil del Estado permite afirmar subsiste para los departamentos militares la posibilidad de preparar y adjudicar esta contratación global al margen del Servicio Central de Suministros, a través de una Junta de Compras interministerial en la que formarán parte los diversos Ministerios del Ejército, Marina y Aire, para llevar a cabo una política de compras coordinada y eficaz en el marco de sus muy específicas necesidades. Dentro de las Juntas de Compras cabría, pues, distinguir, en resumen, entre unas Juntas centrales de Compras, unas Juntas delegadas de Compras y una Junta interministerial de Compras de los Ministerios militares.

3. Composición de las Juntas de Compras

El Reglamento de Contratos del Estado indica que estas Juntas de Compras estarán constituidas por un presidente y los vocales que designe el Ministro. Formarán también parte de ella, cuando actúe como Mesa de Contratación, un asesor jurídico de los departamentos militares, un funcionario del Cuerpo de Letrados en el Ministerio de Justicia y un abogado del Estado en los demás Ministerios civiles, así como el Delegado de la Intervención General del Estado.

El presidente y los vocales habrán de ser nombrados por el Ministro a propuesta del Subsecretario y de los Directores generales, respectivamente.

Es al Ministro igualmente a quien compete, como titular del departamento, determinar la dependencia orgánica de estas Juntas, ampliando o reduciendo el número de vocales e incorporando el personal técnico especializado que sea necesario en función de cada departamento y en consideración asimismo a la naturaleza de las adquisiciones a realizar.

El órgano de gestión y secretaría de las Juntas de Compras estará integrado en la unidad económico-administrativa de la Subsecretaría del departamento y le corresponderán, además de las funciones que le son propias, las relaciones con el Servicio Central de Suministros (art. 2.º, párrafo 3.º del Decreto de 26 de diciembre de 1968).

C) EL SERVICIO CENTRAL DE SUMINISTROS

- a) *Consideraciones previas; el creciente proceso de intervención de la actividad administrativa y sus consecuencias en el marco de la contratación de suministros*

Frente a la Administración inhibicionista de finales del pasado siglo, «la moderna realidad social, determinada decisivamente por la técnica, la economía y, como consecuencia de ellas, por la masificación, imponen al Estado el deber de planificar y dirigir en amplia medida, de reprimir aquí y fomentar allí, de unir en órdenes duraderos los elementos poderosos y los débiles, de crear y mantener posibilidades de existencia para millones de seres, de repartir, controlar o ejercer por sí funciones sociales; en una palabra, de actuar como una fuerza conformadora, estabilizadora y conciliadora en medio de un mundo de máxima vulnerabilidad»¹⁵.

Esta idea de una Administración conformadora del orden social lleva paralela consigo, como la exposición de motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado indica, «una constante necesidad de medios con los que hacer frente a las necesidades absorbidas». La multiplicación de las tareas entraña una multiplicación en la demanda de suministros y en consecuencia un gigantesco crecimiento de los gastos a efectuar para atender dicha demanda.

Ante ello, el Estado no tiene sino dos opciones: la primera, la implantación de un programa de austeridad mediante el cual reducir sus gastos, si bien a costa de la insatisfacción de sus necesidades, que no sólo no disminuyen, sino que normalmente aumentan; la segunda, esforzarse en, sin reducir su demanda de bienes, obtenerlos a mejor precio. Para lograrlo son dos las vías que a la Administración se le ofrecen: una coordinación en las compras y un agrupamiento de las mismas.

A través de la coordinación de compras se busca obtener en éstas las mejores condiciones de precio, a través de una labor

15. FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 15.

comparativa de las propuestas por los suministradores en contratos análogos celebrados por la Administración. Con esta finalidad se creó en Francia, en el seno de la Comisión Central de Contratación, una sección de precios, a la que se dio la triple misión de:

1) Dictaminar aquellos proyectos de contratos que planteen problemas cara a la reglamentación de precios o cuyos precios sean anormalmente altos en relación con los habituales o en relación con el carácter de las necesidades a satisfacer.

2) Estudiar y proponer las medidas adecuadas para mejorar la mutua información de los servicios de compras, así como su funcionamiento.

3) Proponer a la aprobación del Ministro de Economía y Finanzas las fórmulas tipos de variaciones de precios aplicables a cada categoría de prestaciones cuando los contratos lleven consigo una cláusula de revisión de precios. (Para el examen de estas fórmulas, la sección de precios se remite a los grupos permanentes de estudio de contratos —creados por Decreto 53-408 de 11 de mayo de 1953—, en los cuales puede delegar su misión en esta materia.)

La misma misión le concierne en lo relativo a los contratos de los establecimientos o empresas del sector público¹⁶.

A través de estos estudios, dictámenes y propuestas de la sección de precios de la Comisión Central de Contratación se está consiguiendo en el vecino país una progresiva uniformidad en los precios de los suministros, fundamentalmente en aquellos suministros de uso normal y de precios comparables (productos textiles, cueros, vestuario, etc.).

En el marco de esta labor coordinadora ha jugado final-

16. Artículo 7.º del *Code des Marchés Publics*, edición del «Diario Oficial de la República Francesa»; edición puesta al día de 15 de julio de 1972.

mente un papel decisivo la normalización de los suministros a través de la estandarización de las características exigidas para los bienes que se demandan, con lo cual se evita una innecesaria variedad de los bienes adquiridos y la consiguiente elevación del precio de éstos.

La segunda vía para lograr una disciplina en materia de adquisiciones por el Gobierno es, como ya señalábamos, el progresivo agrupamiento de éstas.

La finalidad perseguida por este sistema es igualmente la de obtener una reducción de los precios a través de pedidos efectuados sobre cantidades importantes. Se trata, en suma, de aplicar a las adquisiciones de la Administración la técnica de los precios «al por mayor».

Coordinación, normalización y agrupamiento son las ideas básicas de una política coherente y disciplinada en materia de suministros a la Administración; coordinación, normalización y agrupamiento de las adquisiciones son las ideas motoras de la creación y desenvolvimiento en nuestro país del Servicio Central de Suministros.

b) *El Servicio Central de Suministros*

1. *Antecedentes del Servicio*

Un primer precedente de la creación del Servicio Central de Suministros se encuentra en la Ley de 1 de agosto de 1935 sobre reorganización de los departamentos ministeriales. El artículo 4.º de la citada Ley establecía que, con vistas a una reducción de los gastos de material, «se reorganizarán las adquisiciones de forma que pudieran obtenerse ventajas de las mismas mediante la centralización de las compras y la distribución de los artículos adquiridos, mediante concurso anunciado en la *Gaceta de Madrid*».

En desarrollo de esta Ley se dictó el Decreto, ya citado anteriormente, de 28 de septiembre de 1935 por el que se creaban en el seno de los distintos departamentos ministeriales las Juntas de Compras.

En el artículo 7.º de este Decreto se preveía la posibilidad de que el Gobierno acordara que las adquisiciones encomendadas a las Juntas de cada departamento se hicieran en casos determinados «conjuntamente por un solo concurso o subasta para todos o algunos de los departamentos ministeriales cuando se considerara practicable por la índole de los servicios». En tales casos la Junta que se constituyera estaría integrada por un funcionario de cada departamento ministerial y presidida por quien el Gobierno designara.

La finalidad de estas disposiciones es, como puede verse, lograr una reducción de gastos en la contratación a través de una progresiva centralización y agrupamiento de las adquisiciones.

En esta misma línea, la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 estableció en su artículo 88 (antes de la reforma por Ley de 17 de marzo de 1973) que «en aquellos casos en que por similitud de suministros o para la obtención de mejores condiciones se hiciera conveniente la contratación global, podría el Gobierno acordar la creación de una Junta de Compras de carácter interministerial con la composición y competencia que aquél estableciera. En idéntico sentido se manifestaba, finalmente, el artículo 235 del Reglamento de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1967.

Partiendo de estos antecedentes, y como consecuencia del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967 sobre medidas complementarias de la nueva paridad de la peseta, se crea, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto de 27 de noviembre de 1967 sobre reorganización de la Administración del Estado para reducir el gasto público, el Servicio Central de Suministros de Material y Mobiliario de Oficina para la Administración civil del Estado, dependiente de la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda.

El citado precepto establecía que «el Servicio Central de Suministros de Material de Oficina para la Administración civil del Estado dictaría, previo informe de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, las disposiciones necesarias sobre normalización y adquisición de material mobiliario de oficina, y

centralizaría en fases sucesivas la compra y gestión de los bienes que reglamentariamente se determinarían.

El fundamento de la creación del mencionado Servicio está contenido en el preámbulo del citado Decreto al determinar que las actividades que por su carácter general afecten a toda la Administración se agruparán en unidades especializadas adscritas al departamento que les correspondiera por razón de la materia.

El Servicio Central de Suministros surge así como órgano gestor de una política de contención y disciplina del gasto público en materia de contratación de suministros. Las técnicas a emplear en el desarrollo de esta política son la coordinación de las compras a través de la normalización de las mismas y la agrupación de las adquisiciones mediante su centralización en el Servicio Central de Suministros.

2. *Aspecto funcional: relaciones entre el Servicio Central de Suministros y las Juntas de Compras*

La organización del Servicio Central de Suministros se efectuó por Decreto de 26 de diciembre de 1968.

A través de este Decreto se perfilan, de un lado —como ya tuvimos ocasión de examinar—, las competencias y funciones de las Juntas de Compras, y a la vez se establece la organización del Servicio Central de Suministros, regulándose las relaciones de éste con las Juntas de Compras.

Por lo que respecta a las relaciones entre estos órganos hay que poner de relieve el carácter reducido y meramente potencial de las competencias del Servicio Central de Suministros en relación con las competencias de las Juntas de Compras en lo que a contratación de suministros se refiere.

Creadas en el seno de los distintos departamentos ministeriales, estas Juntas de Compras se han convertido —como hemos tenido ocasión de ver— en los órganos de contratación de mayor operatividad práctica, viendo progresivamente ampliadas sus competencias y desconcentradas sus funciones.

Frente a esta genérica competencia de las Juntas de Compras,

las competencias del Servicio Central de Suministros son actualmente reducidas, si bien potencialmente de gran importancia.

El artículo 12 del Decreto de 26 de diciembre de 1968 autorizaba al Ministerio de Hacienda para centralizar en fases sucesivas la adquisición de material mobiliario y de oficina, centralización que propondría al citado Ministerio el Servicio Central de Suministros y que facultaría, una vez se acordase, a este Servicio para adquirir estos bienes con destino a toda la Administración civil del Estado.

Como consecuencia de esta autorización se han dictado las Ordenes Ministeriales de 28 de febrero de 1969 y 28 de diciembre de 1970, centralizando la primera de ellas en el Servicio Central de Suministros la adquisición de determinados bienes de uso general en la Administración, de acuerdo con los antecedentes solicitados a los diversos departamentos civiles, y normalizando la segunda determinado material no inventariable y el mobiliario, y centralizando la adquisición de este último en el Servicio citado. Asimismo, conforme a las directrices del Decreto 2.572, de 5 de octubre de 1973, se tramitan por el Servicio los contratos de adquisición, arrendamientos y mantenimiento de sistemas para el tratamiento de la información, tanto de la Administración Civil del Estado como de sus Organismos Autónomos.

La labor del Servicio Central de Suministros queda así en la actualidad reducida a la normalización de determinados bienes (papeles, impresos) y a la contratación de tan sólo una categoría de bienes cuya adquisición ha sido previamente centralizada (máquinas de escribir y calcular, máquinas reproductoras, máquinas contables, acondicionadores de aire, mobiliario)¹⁷.

La adquisición de estos bienes centralizados se lleva en todo caso, y para toda la Administración civil del Estado, por el Servicio Central de Suministros.

A tal efecto, las Juntas de Compras han de remitir previamen-

17. La centralización de mobiliario se llevó a efecto por Orden de 31 de enero de 1971. Ver igualmente centralizando diversos bienes la Orden de 9 de diciembre de 1975.

te (en la segunda quincena del mes de octubre de cada año) al Servicio Central de Suministros las relaciones de los bienes que precisen y los plazos en que éstas se necesiten. El Servicio Central de Suministros, una vez recibidas estas relaciones, se constituye en Mesa de Contratación y procede a la celebración del oportuno concurso, en su caso, para la adquisición de los bienes solicitados por los distintos departamentos ministeriales.

Los departamentos de la Administración civil del Estado que soliciten del Servicio Central de Suministros, con cargo al artículo 27 de sus respectivos presupuestos de gastos (mobiliario, equipo de oficina y otro material inventariable para servicios ya existentes, inclusive su reparación y conservación), bienes cuya adquisición se encuentra centralizada en dicho Servicio, deberán remitir al mismo, una vez comenzado el ejercicio económico y aprobados los Presupuestos Generales del Estado, las oportunas propuestas de las correspondientes transferencias de crédito desde los conceptos adecuados del mencionado artículo 27 al de igual aplicación figurado en la sección 31 («Gastos de diversos Ministerios»), por los importes a que asciendan las relaciones de bienes solicitados, enviadas con anterioridad, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto de 26 de diciembre de 1968 citado, para su resumen y posterior tramitación por conducto de la Dirección General del Tesoro y Presupuestos.

Las sucesivas peticiones de bienes que se formulen dentro del ejercicio económico, al amparo del párrafo último del artículo 9.º del citado Decreto, por necesidad ineludible, reforma de los servicios o a consecuencia de circunstancias que no hubieran podido ser previstas, y que no fueron incluidas, por tanto, en las relaciones a las que anteriormente aludimos, deberán presentarse acompañadas de las propuestas de transferencias por las cantidades a que asciendan las adquisiciones solicitadas, justificadas con las correspondientes certificaciones de reserva de crédito.

Todos los trámites posteriores del procedimiento (extensión de documentos contables, formalización de los contratos, recepción de los bienes y tramitación de las órdenes de pago) serán efectuados por el Servicio Central de Suministros, si bien la recepción

de los bienes se llevará a efecto en colaboración con los departamentos ministeriales interesados.

Cuando se trate de bienes de adquisición centralizada, cuyo importe deba satisfacerse con cargo a artículos distintos del expresado, la tramitación de los expedientes continuará efectuándose de acuerdo con las normas señaladas en los números tercero y quinto de la Orden Ministerial de 28 de febrero de 1969 (Orden Ministerial de 15 de abril de 1972)¹⁸.

La contratación de suministros se lleva a cabo, en síntesis, a través de las respectivas Juntas de Compras centrales o delegadas, si bien para la adquisición de determinados bienes han de ajustarse a los criterios de normalización establecidos por el Servicio Central de Suministros. Este Servicio centraliza en la actualidad una gama muy concreta y reducida de bienes cuya adquisición le compete. En la adquisición de estos bienes el Servicio Central

18. Apartado 3.º de la Orden Ministerial de 28 de febrero de 1969: rendirán, en la forma y plazo señalados en el artículo 11 del Decreto 3186/1968 (R. 1969, 52 y 146), la relación a que se refiere el anexo de esta Orden, acompañando certificación de la reserva del crédito, expedida por la Sección de Contabilidad del Ministerio.

Al comenzar el ejercicio siguiente a aquel en que fueron enviadas las mencionadas relaciones, los Ministerios expedirán los oportunos documentos contables «A» por el importe de las remitidas al Servicio Central de Suministros.

La tramitación del expediente, por tener que llevarse a cabo en el ejercicio siguiente a aquel en que se formula la relación (salvo para el corriente ejercicio), deberá efectuarse en la forma dispuesta en la Orden del Ministerio de Hacienda de 12 de enero de 1963 (R. 108, 247, Apéndice 1951-66, 3439).

Para cifrar el importe de las adquisiciones se tendrá en cuenta el precio de tales bienes en el mercado, que se considerará como importe máximo calculado del gasto propuesto.»

Apartado 5.º de la Orden Ministerial de 28-II-1969:

«El Servicio Central de Suministros, antes de la definitiva resolución del concurso, comunicará a los departamentos ministeriales respectivos los bienes a adquirir y su importe definitivo, para que por los mismos se proceda a la aprobación del gasto presupuestario correspondiente y a la expedición del correspondiente documento contable «D», comunicándolo seguidamente al citado Servicio Central de Suministros, quien notificará al adjudicatario la resolución definitiva del concurso.»

de Suministros opera como intermediario entre los suministradores y las respectivas Juntas de Compras, que han de canalizar a través del mismo sus adquisiciones.

3. Valoración y futuro del Servicio Central de Suministros

Pese a lo reducido de las competencias que hasta el momento presente ha venido desempeñando, el Servicio Central de Suministros ha registrado en los últimos años un elevado índice de eficacia. Desde el punto de vista económico, y partiendo de unas adquisiciones en 1969 por importe de 159 millones de pesetas, en el año 1974 se alcanzaron los 1.121 millones de pesetas, con el resultado de unas economías de alrededor de los 418 millones de pesetas¹⁹.

Junto a estas ventajas de tipo económico han de reseñarse las siguientes:

1.^a Calidad progresiva, al obligar a que las calidades ínfimas desaparezcan por un traslado a niveles superiores, lo que repercute en beneficio del adquirente particular al que se le obliga a vivir en el ambiente de calidades mínimas.

2.^a Incidencia en actividades conexas con las de los bienes adquiridos, pues los fabricantes pueden, presionados por la Administración, exigir mejores características a sus industrias auxiliares. Así, el efecto multiplicador de la Administración se acentúa al exigir unos condicionantes mínimos.

3.^a Promover de forma indirecta la iniciación de la frontera de calidad en algunos aspectos y que define en los países industrializados a los que son capaces de garantizar por su origen a sus productos. De esta forma, en el comercio internacional se atenderá a razones económicas, al estar cubiertas las técnicas con un mínimo de garantía.

19. Datos facilitados por el Servicio Central de Suministros.

4.^a Confianza psicológica del consumidor al tener garantizado un sistema de adquisición estatal en el que se aúnan condiciones de calidad y economía que, incidiendo de modo indirecto en el comercio similar, regula precios y calidades por principios no coercitivos, sino puramente económicos.

Por todas estas circunstancias es por lo que la Ley de Contratos del Estado ha venido, en su reforma de 17 de marzo de 1973, a dar carta de naturaleza al Servicio Central de Suministros, potenciando enormemente sus competencias.

El artículo 88, párrafo segundo de la Ley de Contratos del Estado, en su actual redacción, establece así que: «En aquellos casos en que por similitud de suministros o para la obtención de mejores condiciones sea conveniente la contratación global en la Administración civil del Estado, podrá el Gobierno acordar que la preparación y adjudicación de los contratos se realicen por el Servicio Central de Suministros dependiente del Ministerio de Hacienda, sin perjuicio de las competencias que actualmente tiene atribuidas» (art. 88, párrafo segundo de la Ley de Contratos del Estado).

El alcance del precepto no debe pasar desapercibido; a su amparo, el Servicio Central de Suministros puede ampliar sus competencias a la preparación y adjudicación de cuantas adquisiciones se efectúen por la Administración, sin distinción en cuanto a su objeto ni al carácter patrimonial o administrativo de la misma.

La distinción entre la adquisición de bienes muebles regulada en la Ley del Patrimonio del Estado y el contrato administrativo de suministros, cuyo examen efectuamos en su momento, pierde así progresivamente su contenido. Las compras patrimoniales de la Administración tienden definitivamente a desaparecer del campo de la contratación administrativa no sólo ya por motivos jurídicos —absorción por la Ley de Contratos del Estado de supuestos negociales sometidos originariamente en cuanto a su contenido al Derecho privado—, sino por consideraciones económicas, por la necesidad de una política de coordinación y centralización de las adquisiciones, por la conveniencia de una contratación masiva,

contratación que es conveniente se tutele no sólo en la forma, sino también en su contenido, por la normativa de la Ley de Contratos del Estado.

Al margen de estas consideraciones es conveniente recalcar que, tras la reforma operada por la Ley de 17 de marzo de 1973 en el párrafo segundo del artículo 88 de la Ley de Contratos del Estado, se abre al Servicio Central de Suministros un futuro de enorme importancia.

Este Servicio ha dado, en nuestra opinión, las suficientes pruebas de eficacia como para aconsejar que se haga pronto uso, de manera generosa, de la autorización concedida al Gobierno por el mencionado artículo 88, párrafo segundo de la Ley de Contratos del Estado, con vistas a un incremento en la calidad de las adquisiciones y a una reducción en los gastos públicos originados por este sector de la contratación del Estado.

4. *El Servicio Central de Suministros en relación con los organismos autónomos*

El Decreto de 26 de diciembre de 1968 por el que se organizó el Servicio Central de Suministros indicaba en su exposición de motivos que el ámbito de aplicación de sus preceptos se limitaba a la Administración civil del Estado, «con exclusión en esta etapa de los organismos autónomos».

Inicialmente, pues, el régimen de centralización no afectaba a los organismos autónomos. Pese a ello, dada la simplicidad de este procedimiento de adquisición y las ventajas de todo orden que llevaba consigo, un gran número de estos organismos cubría ya en gran parte sus necesidades de bienes de material mobiliario y de oficina a través del Servicio Central de Suministros, acogiéndose voluntariamente a este sistema de adquisición²⁰.

20. En 1969 fueron ocho los organismos autónomos que adquirieron bienes a través del Servicio Central de Suministros, por un importe de 2.542.000 pesetas.

En 1974 se acogieron voluntariamente a este sistema de adquisición 245 organismos, por un importe de 400.344.414 pesetas.

Esta circunstancia, así como la promulgación del Decreto de 5 de octubre de 1973 por el que se aprobó el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de mantenimiento, arrendamiento y programas —cuyo art. 2.º declara aplicables las prescripciones de este último tanto a la contratación de los referidos bienes por parte de la Administración civil del Estado como por los organismos autónomos—, determinaron la aparición del Decreto de 21 de diciembre de 1973. Mediante este Decreto se ha hecho extensivo a los organismos autónomos, definidos en el artículo 2.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958, el régimen de adquisición a través del Servicio Central de Suministros del material mobiliario y de oficina y de cualquier otro material de la misma naturaleza que fuere objeto en lo sucesivo de centralización para la Administración civil del Estado (art. 1.º).

A tal efecto prevé el citado Decreto que: «Una vez adjudicados los contratos de suministro de bienes de adquisición centralizada con destino a la Administración civil del Estado, el Servicio Central de Suministros remitirá a las Juntas de Compras de los organismos autónomos una relación de los que hayan sido objeto de contratación, con indicación de sus características, precio y empresa adjudicataria, a fin de que los citados organismos puedan solicitar de dicho Servicio la clase y número de unidades que precisen.

El Servicio Central de Suministros cursará las oportunas instrucciones a las empresas adjudicatarias para que procedan a la entrega de los bienes solicitados, cuyo precio será abonado directamente a aquéllas por los respectivos organismos» (art. 2.º).

La mecánica contractual de estos organismos autónomos no se ve alterada por la intervención del Servicio Central de Suministros. Las Juntas de Compras de estos organismos continúan siendo los órganos de contratación por delegación de sus legítimos representantes y adquieren, para y por cuenta de los respectivos organismos, los bienes muebles objeto de centralización por el Servicio Central de Suministros. El citado Servicio opera como simple intermediario entre el adjudicatario del suministro y el

organismo autónomo en cuestión, mediación cuyos resultados, insistimos, tanto desde el punto de vista de la calidad como de la economía, son altamente satisfactorios.

CONCLUSIONES

Primera.—Por lo que a la tramitación del expediente de contratación y al procedimiento de selección del contratista respecta, la reforma operada por la Ley de 17 de marzo de 1973 sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado tiende en general a dotar, sin merma de la debida seguridad jurídica, a la gestión contractual de una mayor flexibilidad y agilidad.

Es en este sentido de destacar la progresiva reducción de las intervenciones del Consejo de Ministros y los jefes de los distintos departamentos ministeriales en los expedientes de contratación, así como la simplificación que en el procedimiento de contratación supone la aprobación simultánea del citado expediente y el correspondiente gasto.

En este contexto legislativo es contradictorio, sin embargo, el excesivo formalismo que parece guiar a la Ley de Contratos del Estado en lo que a la formalización del contrato respecta. Si se tiene en cuenta el volumen económico de la actual contratación administrativa y se considera que a partir de la cantidad de dos millones y medio de pesetas la Ley de Contratos del Estado exige la formalización del contrato en escritura pública, es fácil suponer que la formalización notarial siga siendo preceptiva de manera prácticamente general. Ello nos parece, de un lado, costoso para el contratista, que es quien soporta estos gastos —aunque, por supuesto, se resarcirá de un modo u otro de ellos—, y de otra parte, innecesario, si se tiene en cuenta el minucioso control al que se somete todo el *iter contractualis*.

Especialmente nos parece innecesaria tal formalización notarial en aquellos supuestos de contratos de suministro en los que no se hubiere pactado plazo de garantía, en cuyos supuestos el cumplimiento y la extinción del contrato tendrían lugar con el

acto de entrega y aceptación por la Administración de los bienes objeto del suministro. La formalización de este contrato extinguido sería, por tanto, un trámite costoso e innecesario que debiera suprimirse.

Estimamos necesario liberar a la contratación administrativa de todo innecesario formalismo; los intereses en contra de determinados sectores deben ceder ante estas exigencias de celeridad y economía en tanto en cuanto no se vea perjudicada la debida seguridad jurídica.

Segunda.—La Ley de Contratos del Estado configura en la actualidad a los jefes de los departamentos ministeriales como órganos de contratación con competencia originaria. Con independencia de ello son las Juntas de Compras ministeriales las que, conforme a un principio de descentralización, llevan en la práctica la tarea de adquisición de suministros para las diversas dependencias administrativas.

Respondiendo, finalmente, a un necesario programa de reducción del gasto público surge en el marco de la contratación administrativa el Servicio Central de Suministros.

Este Servicio, a través de una labor de coordinación y agrupamiento, centraliza las adquisiciones por parte del Estado de una serie de bienes, habiendo logrado resultados altamente positivos en cuanto a la calidad y economía de éstos se refiere.

La Ley de 17 de marzo de 1973 sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado potencia enormemente —con gran acierto— las competencias de este Servicio Central de Suministros al prever la posibilidad de que, mediante acuerdo del Gobierno, se lleve a cabo por este Servicio de modo general la contratación global de suministros.

Estimamos debiera hacerse uso por el Gobierno con prontitud y generosidad de esta autorización.

CAPÍTULO V

LA EJECUCION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO: LA TEORIA DE LOS RIESGOS

I) INTRODUCCION

A la hora de un planteamiento del tema de los riesgos en la contratación, es preciso distinguir entre un riesgo en sentido jurídico y un riesgo económico.

Desde el punto de vista jurídico y por lo que al contrato administrativo de suministro en concreto respecta, el tema de los riesgos se reconduce a determinar cuál de las partes contratantes ha de cargar con las consecuencias de una posible pérdida o deterioro de los bienes objeto del suministro por causas ajenas a su voluntad, en el período de tiempo comprendido entre la perfección y la ejecución final del contrato; si ha de hacerlo la Administración, abonando el precio sin recibir el suministro, o si es, por el contrario, el contratista quien debe sufrir la pérdida o deterioro de los bienes a suministrar.

Desde el punto de vista económico, se entiende por riesgo el eventual aumento de onerosidad sobrevenido en la fase de ejecución del contrato para una de las partes, como consecuencia de acontecimientos diversos (aumentos en los costes, alteraciones en los precios, etc.). Examinemos separadamente ambos supuestos.

II) EL RIESGO EN LA CONTRATACION DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO. SUPUESTOS DE PERDIDA O DETERIORO DE LOS BIENES OBJETO DEL SUMINISTRO

A) PRINCIPIO GENERAL

La Ley de Contratos del Estado hace recaer sobre el contratista los riesgos por la pérdida o deterioro de los bienes suministrados hasta el momento de su entrega a la Administración.

Indica, efectivamente, el artículo 90, párrafo segundo de la Ley de Contratos del Estado que, «cualquiera que sea el tipo de suministro, el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración, salvo que ésta hubiese incurrido en mora al recibirlos.

El precepto no prevé el supuesto de que esa pérdida o deterioro sea debida a una causa de fuerza mayor. Contrariamente a lo establecido para el contrato de obra, en donde se reconoce al contratista derecho a una indemnización en estos supuestos (art. 46 de la Ley de Contratos del Estado), el artículo 90 de la Ley de Contratos del Estado omite toda referencia al tema.

Cabe ante ello preguntarse si esta pérdida o deterioro de los bienes suministrados antes de su entrega a la Administración debida a fuerza mayor concede o no derecho al contratista a una indemnización.

La solución afirmativa a esta cuestión vendría apoyada por el propio silencio del artículo 90 de la Ley de Contratos del Estado, ante el cual cabría pensar en la aplicación supletoria de las normas del contrato de obra (art. 46), conforme a lo establecido en el artículo 84, párrafo primero de la Ley de Contratos del Estado, que somete al contrato de suministro, en defecto de sus disposiciones específicas, a las normas del contrato de obra.

En nuestra opinión, sin embargo, el silencio del artículo 90 de la Ley de Contratos del Estado, lejos de admitir el juego de la fuerza mayor en el contrato de suministro por analogía a lo

establecido para el contrato de obra, supone la afirmación sin excepciones del principio contrario de exclusión de la fuerza mayor como causa que faculta al contratista para pedir una indemnización a la Administración.

Tal solución es comprensible si se parte de una serie de consideraciones.

En primer lugar, y como en su día demostró GARCÍA DE ENTERRÍA, el reconocimiento de un derecho en el contratista a una indemnización en los supuestos de pérdida o deterioro de la obra en los casos de fuerza mayor supone un trato de favor para dicho contratista que responde a razones muy específicas y viene en última instancia justificado por la propia conveniencia del servicio público.

Indica el citado autor que si se consideraran a cargo del contratista los riesgos de destrucción fortuita de lo ya construido hasta el momento de la recepción definitiva, y teniendo en cuenta el elevado volumen económico que con frecuencia alcanzan los contratos de obras públicas, se le afectaría una responsabilidad potencial de una importancia extraordinaria que en muchos casos excedería de la totalidad de su propio patrimonio. La Administración, consciente de ello, trata de evitar, respondiendo ella misma de ciertos riesgos, tanto el ver desiertas las licitaciones como el tener que soportar la necesaria repercusión en las cifras ofrecidas por los contratistas en las correspondientes primas de seguro que cubriesen tales riesgos¹.

Estas circunstancias específicas, que justifican un especial trato de favor al contratista en el contrato de obra, son ajenas, sin embargo, con la excepción, como veremos, de los contratos de fabricación, al contrato de suministro.

En segundo lugar —y consideramos este argumento de gran importancia—, la concesión de una tal indemnización al contra-

1. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Riesgo y ventura en la contratación administrativa*, «R. A. P.», 2, 1950, pp. 98 y 99. Véase igualmente, en el mismo sentido, CIANFLONE, A., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1964, en especial pp. 480, 481 y 482.

tista chocaría con la dificultad de determinar si los bienes perdidos o deteriorados han sido o no realmente los destinados a la Administración, dada la inespecificación de los mismos.

Si a ello se une la tradicional desconfianza de la Administración en la diligencia de sus funcionarios encargados de esta ya de por sí difícil identificación de los bienes perdidos o deteriorados, la solución arbitrada en el artículo 90, párrafo segundo de la Ley de Contratos del Estado parece, pues, lógica.

Debe, sin embargo, hacerse una salvedad en lo que respecta a los contratos de fabricación que contempla el artículo 83, párrafo 3.º de la Ley de Contratos del Estado², en cuanto que, en nuestra opinión, debe admitirse en estos contratos la posibilidad de conceder al contratista una indemnización para los casos de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes objeto del suministro antes de la entrega de los mismos, por analogía a lo establecido en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado para el contrato de obra.

La concesión de tal indemnización a los contratos de suministro de los apartados 1.º y 2.º del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado³ chocaría efectivamente, como ya hemos dicho, con la dificultad de una identificación y especificación de los bienes objeto del suministro. Esta dificultad no se da, sin embargo, en los contratos de fabricación, en los que, al ser elaborados conforme a especiales características fijadas por la Administración, es perfectamente posible determinar si los bienes

2. «A los efectos de esta Ley, se considerará contrato de suministro: ... 3.º La compra de bienes muebles por la Administración en la que... la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración.»

3. A los efectos de esta Ley se considerará contrato de suministro: 1.º La compra de bienes muebles por la Administración en la que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el negocio por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración. 2.º Que se refiera a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso.

dañados son o no los que constituían el objeto del contrato celebrado por la Administración.

Es preciso, por otro lado, tener presente que la actividad del contratista, a diferencia de los anteriores supuestos, se encuentra en estos contratos predeterminada, única y exclusivamente, por las específicas necesidades del servicio público al que el bien se destina. La idea de colaboración y la vinculación del contratista en estos contratos de fabricación al servicio público reclama, en nuestra opinión, por el mismo motivo que se admite para el contrato de obra pública, esta posibilidad de conceder al contratista-fabricante una indemnización en los supuestos de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes objeto del suministro antes de la entrega de los mismos, por analogía, insistimos, a lo establecido en el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado.

Estimamos que la solución que postulamos no se encuentra, pese a la dicción literal del artículo 90 de la Ley de Contratos del Estado («cualquiera que sea el tipo de suministro»), en contradicción con el texto legal, si se considera la reforma que en este punto introdujo la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado, al modificar el contenido del artículo 84 de la misma. El citado precepto establece efectivamente que: «El contrato de suministro se regulará por las normas contenidas en el presente título y en su defecto por el contrato de obra». Y añade: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a los contratos de fabricación a que se refiere el apartado 3 del artículo precedente se aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obra que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de bases».

La inclusión, por tanto, en un pliego de bases de una cláusula en la que se conceda al contratista en estos contratos de fabricación un derecho a ser indemnizado en los supuestos de fuerza mayor es en consecuencia, en nuestra opinión, además de aconsejable, factible al amparo del artículo 84, párrafo 2.º de la Ley de Contratos del Estado.

Con estas salvedades, el principio general, como veíamos en

materia de riesgos en el contrato de suministro, es el de hacer recaer éstos sobre el suministrante hasta el momento de su entrega a la Administración, salvo que ésta incurra en mora al recibirlos (art. 90 de la Ley de Contratos del Estado).

Un punto en el que conviene, por tanto, ahora detenerse es en el de determinar cuándo se entiende hecha la entrega a la que alude este artículo 90 de la Ley de Contratos del Estado, entrega que determina el traspaso de los riesgos del suministrante a la Administración.

El artículo 262 del Reglamento de Contratos del Estado establece que la entrega se entenderá hecha cuando la cosa haya sido efectivamente recibida por la Administración de acuerdo con las condiciones del contrato; añade el citado precepto que: «En todo caso exigirá la entrega parcial o total un acto formal y positivo por parte de la Administración».

La entrega parece pues, producirse a través de una transmisión material de los bienes objeto del suministro, de la que quede constancia mediante un acto de aceptación por parte de la Administración. El contratista se verá exonerado de responsabilidad cuando efectivamente sean recibidos los bienes en el órgano o dependencia administrativa contratante y la autoridad administrativa que celebró el contrato haga constar expresamente tal recepción. Entendemos, sin embargo, que esta transmisión efectiva no tiene por qué ser una transmisión real, pudiendo admitirse las demás modalidades de la *traditio* admitidas en nuestro Derecho (arts. 1462 y ss. del Código civil).

Junto a esta entrega de la cosa, la transmisión de riesgos puede tener lugar asimismo en el contrato de suministro, como vamos a ver a continuación, a través de la constitución en mora de la Administración.

B) LA MORA DE LA ADMINISTRACIÓN: REQUISITOS Y EFECTOS DE LA «MORA ACCIPIENDI»

Se entiende por mora de la Administración el retraso injustificado de ésta en recibir los bienes objeto del suministro.

Por lo que respecta a los requisitos exigidos para la constitución en mora de la Administración, si bien no existe en nuestra Ley de Contratos del Estado ni en nuestro Código civil o de comercio una reglamentación sistemática al respecto, puede de modo general decirse que los requisitos de la mora del acreedor son tres: primero, que al deudor le sea lícito prestar y pueda prestar; segundo, que la prestación debida sea ofrecida precisamente de manera que el incumplimiento sea entonces imputable a la conducta del acreedor (dictámenes del Consejo de Estado de 17 de enero de 1963, 11 de abril de 1962 y de 20 de noviembre de 1954), y tercero, la denuncia de la mora por parte del suministrante (art. 262, 2.º del Reglamento de Contratos del Estado). La Ley de Contratos del Estado sigue con este tercer requisito el sistema del Código civil (arts. 1501 y 1100), en el que se exige para la constitución en mora del deudor que el acreedor exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. En nuestra opinión este requisito debía desaparecer en el contrato administrativo de suministro dado su carácter de contrato a término (art. 244, 5.º y concordantes del Reglamento de Contratos del Estado), razón ésta que lleva a excluir igualmente en la contratación mercantil el requisito de interpelación del acreedor (art. 63, párrafo 1.º del Código de comercio).

En cuanto a los efectos que este retraso injustificado de la Administración en recibir los bienes objeto del suministro produce, son dobles.

En primer término, la mora de la Administración altera, como vimos, el principio general en orden al reparto de riesgos. El contratista tiene así en estos supuesto de mora *accipiendi* derecho a una indemnización por la pérdida o deterioro de los bienes objeto del suministro, en contra del principio general que hace recaer sobre él los riesgos de la cosa hasta el momento de su entrega efectiva a la Administración. Esta indemnización, que estimamos debe en principio alcanzar el montante total de la pérdida real experimentada por el contratista, ha de hacerse efectiva por vía analógica a lo previsto para el contrato de obra, con-

forme al procedimiento y con los límites establecidos en el artículo 133 del Reglamento de Contratos del Estado.

En segundo lugar, al encontrarse el deudor suministrante en situación de cumplimiento mediante la constitución en mora de la Administración, tiene derecho al abono de los bienes suministrados y a la liberación que la Administración debe procurarle sin prolongar su situación de deudor. Téngase presente que esta declaración de cumplimiento satisfactorio por parte de la Administración es necesaria y normal (entre otras cosas, para la devolución de la garantía al suministrante), pero en ningún caso puede ser discrecional ni arbitraria, puesto que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 del Código civil). En consecuencia, la constitución en mora de la Administración concede al contratista derecho a exigir a ésta el pago de los intereses, tanto de las cantidades debidas como el de las garantías indebidamente retenidas⁴.

Con anterioridad a la Ley de Contratos del Estado, y frente a la tesis de que la Administración pública no estaba obligada al pago de intereses de demora sino cuando el pacto o la Ley específicamente lo prevenían, el Consejo de Estado admitía ya que, a falta de disposición específica era aplicable a la contratación del Estado, como Derecho supletorio, el artículo 1108 del Código civil, que establece el abono de los intereses de demora⁵.

La Ley de Contratos del Estado (arts. 90 y 91) y su Reglamento (art. 262, 2.º) establecen expresamente esta obligación de la Administración de abonar al contratista los correspondientes intereses de demora.

Para poder exigir a la Administración el pago de estos inte-

4. Cfr. Recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado, años 1963-1964, dictámenes de 7 de abril de 1964, expedientes núms. 31.146 y 31.147, entre otros.

5. Dictamen del Consejo de Estado de 2 de julio de 1964. Recopilación de doctrina legal, años 1963-1964, Madrid, 1969.

Un estudio sobre el tratamiento jurisprudencial de la mora en los contratos administrativos puede verse en MARTÍN RETORTILLO, C., *Una sentencia interesante sobre la mora en los contratos administrativos*, «R. A. P.», 39, 1962, pp. 209-223.

reses será requisito ineludible, de un lado, el transcurso de tres meses desde que surge la obligación de pago —plazo de privilegio a favor de la Administración que le proporciona un injustificado enriquecimiento a costa del contratista— y la plena certeza y determinación de la deuda que en su cuantía líquida pueda serle exigida, requisito éste firmemente establecido por constante jurisprudencia civil que debe también tenerse en cuenta respecto a la mora en los contratos de la Administración, ya que dicho principio se basa en la naturaleza intrínseca del cumplimiento de las obligaciones, que es común a las de orden privado y a las de carácter administrativo⁶.

C) SUPUESTOS DE PAGO MEDIANTE ABONOS A CUENTA CONTRA ENTREGA O FABRICACIÓN DE LOS BIENES SUMINISTRADOS

Un supuesto especial en orden al reparto de riesgos en el contrato administrativo de suministro es el de que se haya pactado en el correspondiente pliego de bases que el pago se efectúe no de una sola vez, sino mediante el sistema de abonos a buena cuenta contra entrega o fabricación parcial del suministro.

Es preciso determinar sobre quién van a recaer en estos supuestos los riesgos por la pérdida o deterioro de estos bienes que han sido objeto de entregas y abonos parciales.

El Reglamento de Contratos del Estado (art. 265) establece que para el régimen de abonos a buena cuenta se tendrán en consideración las reglas establecidas sobre el particular en el contrato de obras, artículos 142 al 145 del Reglamento General de Contratos del Estado. Según estos preceptos, estos abonos contra entrega parcial del suministro son pagos provisionales a buena cuenta, sujetos a rectificaciones y variaciones que en forma alguna podrían suponer aprobación y recepción de los bienes suministrados (art. 142, párrafo 3.º del Reglamento de Contratos del Estado).

6. Cfr. dictamen del Consejo de Estado de 4 de julio de 1968. Recopilación de doctrina legal, años 1967-1968, expediente núm. 35.368.

La Ley de Contratos del Estado, por su parte, como ya hemos indicado, hace recaer sobre el contratista suministrante los riesgos por la pérdida o deterioro de la cosa hasta el momento de su entrega a la Administración (art. 90), entrega que se entenderá hecha cuando la cosa haya sido efectivamente recibida por la Administración de acuerdo con las condiciones del contrato (artículo 262, párrafo 1.º del Reglamento de Contratos del Estado).

De una interpretación lógica de todos estos preceptos, y dado que es la entrega de los bienes objeto del suministro la que determina el traslado de los riesgos del suministrante a la Administración (art. 90 Ley de Contratos del Estado), habría que concluir que, si el pago del suministro mediante abonos a cuenta no implica recepción del mismo, la pérdida o deterioro de los bienes suministrados pesa en estos supuestos sobre el suministrante hasta la definitiva recepción final del suministro.

No es ésta, sin embargo, a nuestro modo de ver, y pese a la clara remisión que en el artículo 265 del Reglamento de Contratos del Estado se hace a las normas del contrato de obra, la solución correcta. Por el contrario, estimamos que no existe en estos supuestos diferencia alguna con el régimen establecido de manera general en orden al reparto de riesgos en el artículo 90, párrafo 2.º de la Ley de Contratos del Estado, ya citado.

El artículo 265 del Reglamento de Contratos del Estado no pretende, a nuestro modo de ver, alterar este régimen, pues, caso contrario, habría que admitir una evidente contradicción entre este precepto y el artículo 262 del citado Reglamento. Indica este último que la entrega se entenderá hecha cuando la cosa haya sido efectivamente recibida por la Administración de acuerdo con las condiciones del contrato, y añade que «en todo caso exigirá la entrega parcial o total un acto formal y positivo por parte de la Administración».

Si toda entrega parcial exige un acto formal de recepción (generalmente el acto de recepción): ¿cómo puede admitirse que, conforme al artículo 142 del Reglamento de Contratos del Estado —al que se remite el 265—, estos abonos —que se pagan, como el propio artículo 265 establece, «contra entrega o fabricación

parcial del suministros»— no supongan en forma alguna recepción de los mismos?

Entendemos que, ante estas distintas soluciones a que llevan uno y otro precepto, ha de optarse por la aplicación de las normas específicamente previstas para el contrato de suministro (artículo 90 de la Ley de Contratos del Estado y 262 de su Reglamento) antes de acudir a las normas del contrato de obra, sólo aplicable por vía supletoria. En consecuencia, todo abono a cuenta contra entrega parcial del suministro, al requerir un acto formal de recepción de los bienes suministrados, supone una entrega de los mismos que, conforme a lo establecido en el artículo 90, determina el traspaso de los riesgos por la pérdida, menoscabo o deterioro de la cosa del suministrante a la Administración.

En nuestra opinión, los artículos 142 a 145 del Reglamento de Contratos del Estado, relativos al contrato de obra, no son, pues, aplicables al contrato de suministro en lo referente al tema de los riesgos. Estos preceptos son supletoriamente aplicables al contrato de suministro tan sólo en lo relativo al procedimiento para hacer efectivos estos abonos, a la procedencia y procedimiento del abono de intereses que los mismos produzcan, a la extensión de estos abonos a cuenta a operaciones preparatorias al suministro, etc., pero no alteran, a nuestro modo de ver, el tratamiento de los riesgos que del contrato de suministro hacen la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento de manera específica, tratamiento que hace innecesarias e inaplicables, por tanto, en este punto, por vía de supletoriedad, las reglas del contrato de obra.

A esta conclusión, a la que conducen el examen y la interpretación de los preceptos de nuestra Ley de Contratos del Estado y su Reglamento, se llega igualmente si se parte de la consideración de la distinta estructura y función de los contratos de obra y de suministro.

El contrato de obra es efectivamente un contrato de resultado en el que la entrega de unidades parciales de obra no conlleva una satisfacción del interés de la Administración, interés que radica precisamente en la realización final de la obra.

En el contrato de suministro, por el contrario, estas singu-

lares prestaciones sí reportan a la Administración una utilidad singular en cuanto que la función económico-social del contrato, la satisfacción de una necesidad duradera, tal como vimos en el capítulo II, va a realizarse a través de la ejecución prolongada en el tiempo de estos actos de ejecución. Tales actos de ejecución constituyen así, conforme a la estructura de las prestaciones duraderas⁷, auténticos actos de cumplimiento, cumplimientos que, si bien no extinguen la obligación, la consumen parcialmente, proporcionando una utilidad al acreedor que las percibe y que en consecuencia debe soportar los riesgos sobre la cosa⁸.

Lo anteriormente expuesto es aplicable realmente con reservas a los contratos de fabricación en cuanto que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 84, párrafo 2.º de la Ley de Contratos del Estado, cabe la posibilidad de que el órgano de contratación aplique a estos contratos las normas del contrato de obra, con lo cual, al no suponer en estos preceptos tales abonos a cuenta aprobación o recepción de la obra (art. 142, párrafo 3.º del Reglamento de Contratos del Estado), los riesgos pesarán efectivamente sobre el contratista hasta la recepción final del total del suministro fabricado, lo cual es, por otro lado, acorde, como hemos visto, con la estructura y función de estos contratos, evidentemente análogas a las del contrato de obra.

III) SUPUESTOS DE ALTERACION DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO

A) INTRODUCCIÓN

Examinada la problemática jurídica de los riesgos por la pérdida o deterioro de los bienes objeto del suministro, vamos a estudiar ahora el riesgo en el contrato desde el punto de vista

7. Ver sobre este punto CORRADO, *La somministrazione*, Torino, 1952, pp. 198 y ss.

8. CORRADO estima que este cumplimiento parcial no es obstáculo a la unidad del contrato, en cuanto que no implica una autonomía en las prestaciones, sino una «consunción» de la obligación (CORRADO, op. cit., loc. cit.).

económico. Hacemos referencia con ello, como ya hemos indicado, al eventual aumento de onerosidad de las prestaciones sobrevenido en la fase de ejecución del contrato.

Debemos, a su vez, distinguir en este punto dos situaciones distintas; la primera de ellas contempla el supuesto de que este aumento de onerosidad sea consecuencia de un acto previo de la Administración con base en el contrato. La segunda hace referencia, por el contrario, a un aumento de onerosidad sobrevenido, externo a la relación contractual.

B) SUPUESTOS DE ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO CON BASE EN EL MISMO. EL «IUS VARIANDI» DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

a) Consideraciones previas

El fundamental, y quizá el más típico supuesto de alteración del equilibrio económico de la relación contractual con base en el propio contrato, es el que tiene lugar como consecuencia del ejercicio por parte de la Administración de su derecho a alterar unilateralmente alguna de las condiciones del mismo.

Este derecho, auténtica prerrogativa de la Administración, viene reconocido en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado, que establece que «el órgano de contratación ... podrá modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley».

Por lo que al contrato administrativo de suministro se refiere, se recoge claramente este derecho de la Administración a alterar las condiciones del suministro en el artículo 93 de la Ley de Contratos del Estado. Indica el citado precepto que: «La Administración podrá modificar el contrato en razón de las necesidades reales del servicio destinatario del suministro, con los límites que establezca el pliego de bases y, en su defecto, con los fijados para el contrato de obra».

Parece obvio afirmar que si la Administración, utilizando esta

prerrogativa, modifica el objeto del contrato, debe lógicamente compensar al contratista por todas las consecuencias económicas que tal modificación traiga consigo.

Indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de noviembre de 1970 que: «constituyendo el *ius variandi* un privilegio, por su procedencia unilateral, característico de su actividad, hace que la Administración pueda, o deba en su caso, responder de los perjuicios de ese acto típico de su poder, ya que, al entrañar esa modificación contractual, tiene que medir y aplicar el equilibrio financiero, y si a ello ha lugar, producir consecuentemente la indemnización al contratista para compensar el perjuicio económico, en el caso de que se le hubiese irrogado, única manera de que no se perturbe la equivalencia de prestaciones en el contrato administrativo, situación ésta que indudablemente supone por sus características una novación».

La Ley de Contratos del Estado contempla dos manifestaciones distintas de este *ius variandi* en el contrato administrativo de suministro: la modificación del objeto de la prestación y la suspensión del contrato de suministro.

b) *La modificación del contrato administrativo de suministro*

Por lo que a la modificación del objeto de la prestación se refiere, supone una auténtica carga para el contratista en cuanto debe ser soportada por éste sin indemnización alguna —si bien con la correspondiente contraprestación económica—, siempre y cuando no alcance una cuantía superior al 20 por 100 del importe del suministro. En la medida en que estas modificaciones, aunque fuesen sucesivas, impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración superior a este importe, el suministrante podrá, si lo desea, instar la resolución del contrato (art. 273, párrafo 2.º del Reglamento de Contratos del Estado), resolución que operaría sin pérdida de fianza (arts. 119 y concordantes de la Ley de Contratos del Estado)⁹.

9. Hemos omitido un estudio de todas las causas de resolución del contrato de suministro (arts. 273 y 274 del Reglamento de Contratos del

El vigente Reglamento de Contratos del Estado de 25 de noviembre de 1975, ha modificado el tenor del citado artículo 273 en el sentido de admitir como causa de resolución del contrato de suministro las modificaciones del contrato que aun sin alcanzar este porcentaje, «representen una alteración sustancial de la prestación inicial».

Esta modificación del Reglamento de Contratos del Estado, que consideramos acertada, es fruto y consecuencia de la modificación del artículo 52, párrafo 2.º, de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 por la Ley de 17 de marzo de 1973 en el sentido de considerar causa de resolución del contrato de obra «las modificaciones del proyecto, aunque fueran sucesivas, que impliquen aisladas o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial».

Consecuencia de esta modificación es, insistimos, la correspondiente modificación de los artículos 157-2.º y 273-2.º del Reglamento de Contratos del Estado¹⁰.

Esta solución es, por otro lado, la más acorde con un principio que tan sólo tímidamente hace presencia en algunos preceptos de nuestra Ley de Contratos del Estado y que estimamos debía encontrar en ella formulación expresa como principio rector de la

Estado) por entender queda al margen de nuestro trabajo e incluso de nuestra disciplina.

Nos ceñimos a la consideración de la modificación y, más adelante, a la suspensión del contrato de suministro como posibles causas de resolución del mismo.

10. Artículo 157, párrafo 3.º, del Reglamento de Contratos del Estado: «Son causas de resolución del contrato de obra... las modificaciones del proyecto, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial».

Artículo 273, párrafo 2.º, del Reglamento de Contratos del Estado: «Son causas de resolución del contrato de suministro... las modificaciones de la prestación, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del importe de aquél o representen una atención sustancial de la prestación inicial».

contratación administrativa: el principio del respeto al justo equilibrio de las prestaciones del contrato.

El *ius variandi* de la Administración, en cuanto incide directamente en este equilibrio del contrato, habría de estar limitado no por límites cuantitativos, sino por esta idea de justo equilibrio de las prestaciones, equilibrio que fácilmente puede romperse sin necesidad de alcanzar estos porcentajes.

Estimamos asimismo que, dado el gran margen de discrecionalidad —discrecionalidad fundamentalmente técnica— que estas decisiones de la Administración llevan normalmente consigo, habría de exigirse, además, la motivación del acto modificatorio de la Administración, tanto para razonar al contratista la decisión administrativa como para permitir a éste una mejor fundada impugnación de la misma¹¹.

c) *La suspensión temporal del contrato*

Junto a esta modificación del objeto de las prestaciones, la Administración puede asimismo suspender, temporal o definitivamente, el contrato de suministro.

En el primer supuesto, suspensión temporal del contrato de suministro, el contratista ha de soportar esta suspensión hasta el límite de una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, hasta el límite máximo de tres meses. En la medida en que la suspensión sobrepase estos límites, se concede al contratista derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que efectivamente haya podido sufrir (art. 270, párrafo 2.º, del Reglamento de Contratos del Estado). La suspensión temporal del contrato de suministro no da derecho al contratista a solicitar la resolución del contrato, salvo que esta suspensión sea superior en su duración a un año (art. 273, párrafo 3.º del Reglamento de Contratos del Estado), en cuyo caso el suministrante podrá solicitar —o el órgano de contratación, en su caso, acordar de

11. Sobre el tema de la motivación véase DE LA VALLINA VELARDE, J. L., *La motivación del acto administrativo*, «Estudios Administrativos», Madrid, 1962.

oficio— la resolución del contrato, para lo cual se incoará el oportuno expediente, cuya tramitación debiera llevarse a cabo con la mayor celeridad posible.

La Ley de Contratos del Estado vincula especialmente en este supuesto al contratista. Efectivamente, frente al régimen jurídico de la contratación privada, en el que la mecánica del sinálgama funcional (arts. 1100 y 1124 del Código civil) permitiría al suministrante solicitar la resolución del contrato ante la inseguridad que, respecto a futuros cumplimientos, originaría tal suspensión, la Ley de Contratos del Estado obliga al contratista a seguir vinculado al contrato.

Digamos, por último, que las consideraciones anteriormente hechas con respecto a los supuestos de modificación del objeto de las prestaciones son, a nuestro modo de ver, igualmente válidas para estos casos de suspensión temporal del contrato, en el sentido de que, tanto el derecho a solicitar una indemnización por daños y perjuicios, como el derecho a pedir la resolución del contrato que al contratista se concede, debieran condicionarse no ya a simples límites temporales, cual hace el Reglamento de Contratos del Estado (arts. 270-2.º y 273-3.º del vigente Reglamento de Contratos del Estado), sino al hecho de que la suspensión hubiera provocado una efectiva y sustancial alteración del equilibrio de las prestaciones. Nos remitimos en este punto a lo expuesto al analizar la modificación del objeto de las prestaciones.

d) *La suspensión definitiva del contrato*

La suspensión definitiva del contrato de suministro concede derecho al contratista a solicitar la resolución del mismo (art. 273, párrafo 3.º del Reglamento de Contratos del Estado).

El empresario tendrá derecho en estos supuestos al valor de los objetos efectivamente entregados, al valor de los que tuviese preparados y dispuestos para la entrega (*damnum emergens*), y al beneficio presunto de los dejados de entregar (*lucrum cessans*). El valor de lo que esté en fase de elaboración y el beneficio presunto se tasarán mediante procedimiento contradictorio, resolviendo el órgano de contratación correspondiente (art. 27 del Reglamento de Contratos del Estado).

La Administración (el órgano de contratación correspondiente conforme a lo establecido en los arts. 7.º y 8.º de la Ley de Contratos del Estado) podrá acordarla, según establece el citado artículo 270 del Reglamento de Contratos del Estado, «por razones de interés público».

Esta expresión, que reproduce la utilizada en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado¹², debe, en nuestra opinión, interpretarse de modo restrictivo, en el sentido de que no cabe admitir como razón de interés público para la modificación del contrato de suministro otra que la de atender con esa modificación a las necesidades reales del servicio destinatario. Esta interpretación, opino, es la más acorde con el carácter restrictivo que al *ius variandi* de la Administración se da en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963. Por otro lado es la establecida expresamente para el contrato de suministro en el artículo 93 de la Ley de Contratos del Estado¹³, que limita claramente el alcance expansivo de la expresión «por razones de interés público» que el artículo 18 utiliza, limitación que el propio artículo 18 prevé (párrafo 1.º *in fine*).

Fuera de estos límites, ya examinados, en cuanto a las alteraciones del contrato, la Administración no podrá negociar con el empresario prestaciones distintas de las que fueron objeto mismo.

Cuando la Administración las estime necesarias, se considerarán como objeto de contrato independiente y se cumplirán, por tanto, los trámites previstos por el Reglamento (art. 271, párrafo 1.º del Reglamento de Contratos del Estado).

12. Artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado: «El órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente podrá modificar por *razón de interés público* los contratos celebrados y acordar su resolución, *dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley...*».

13. Artículo 93 de la Ley de Contratos del Estado: «La Administración podrá modificar el contrato *en razón de las necesidades reales del servicio destinatario del suministro*, con los límites que establezca el pliego de bases, y, en su defecto, con los fijados para el contrato de obra».

El Reglamento de Contratos del Estado excepciona, sin embargo, de la necesidad de proceder a la adjudicación de un nuevo suministro aquellos supuestos en que el nuevo contrato no exceda del 20 por 100 del importe del contrato principal, en cuyo caso podrá adjudicarse directamente al mismo empresario si así conviene a los intereses públicos. Esta posibilidad excepcional debe a su vez condicionarse a la identidad de los bienes objeto de uno y otro suministro en cuanto a características y precio, ya que es tan sólo la unión de estas circunstancias la que justifica la exclusión de un nuevo contrato (art. 271 *in fine* del Reglamento de Contratos del Estado).

C) SUPUESTOS DE ALTERACIÓN DEL CONTRATO DE ORIGEN EXTRACONTRACTUAL

a) *Introducción*

Junto a las alteraciones del equilibrio económico del contrato surgidas a consecuencia del ejercicio por parte de la Administración de su *ius variandi*, pueden presentarse asimismo en el contrato administrativo de suministro otros supuestos de alteración de la equivalencia de las prestaciones sobrevenidas como consecuencia de circunstancias y acontecimientos *ad extra* del contrato.

Es preciso analizar cuáles son estos supuestos y examinar sus consecuencias jurídicas, determinando sobre cuál de las partes va a recaer la mayor onerosidad sobrevenida en el contrato, o si, por el contrario, en lugar de ser una de ellas quien la soporte, debe procederse a una equitativa distribución de la misma entre los contratantes.

b) *Los principios informadores de la contratación administrativa*

Es evidente que la solución que se adopte en torno al tema que nos ocupa está en gran medida determinada por los principios que en uno y otro momento informan nuestro Derecho de la contratación administrativa.

1. *Los principios informadores de nuestra contratación administrativa tradicional; el principio del riesgo y ventura*

Las condiciones de la contratación administrativa, y en especial la de obras públicas, han sido tradicionalmente duras para el contratista. Ello obedecía a tres razones de orden diverso. En primer lugar a la mentalidad pecuniaria de la Administración (hacer las obras o servicios con el menor dinero posible). En segundo término a un principio clásico de desconfianza hacia el contratista en nuestra legislación tradicional, que verá siempre a aquél como a un enemigo con intereses contrapuestos. Finalmente, también a un principio de desconfianza por parte de la Administración hacia sus propios agentes, tanto en la elaboración de sus proyectos y cálculos como en la posterior interpretación del contrato y en el trato que dispensan a los contratistas a lo largo de la ejecución de la obra o servicio.

Estos factores llevaron a la Administración a rodear inicialmente a la contratación administrativa de una especial dureza, rigidez e inflexibilidad.

Las manifestaciones más importantes en el orden jurídico de este clima fueron la implantación del sistema de subasta como forma de adjudicación del contrato administrativo, la configuración del mismo como negocio a plazo fijo, sin admitirse su prórroga o novación, y la formulación del llamado principio de riesgo y ventura como principio rector de la contratación administrativa¹⁴.

Conforme a este principio de riesgo y ventura, que con leves modulaciones fue mantenido en nuestra legislación de contratos del Estado y reiterado por la doctrina y la jurisprudencia, se hacen caer los riesgos económicos derivados de la ejecución del contrato sobre el contratista, negando eficacia a la mayor onerosidad sobrevinida para alterar la relación contractual.

El principio supone, por tanto, el sometimiento del contra-

14. Cfr. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente...*, cit., pp. 127 y ss., y en *El contenido de la relación contractual: sus principios informadores*, «Documentación Administrativa», núm. 121, año 1968, pp. 34 y ss.

tista a todos los avatares de la contratación, sin concederle derecho alguno a indemnización de ningún tipo y prescindiendo asimismo de la implantación de un sistema de reparto de riesgos.

Surgido el principio en el marco de diversos contratos administrativos —arrendamientos de rentas y arbitrios, arrendamiento de los propios del Reino y de los pueblos—, va a hacerse extensiva su aplicación —como ya tuvimos ocasión de examinar en la primera parte de nuestro trabajo— al contrato de suministro desde los comienzos de nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa.

La afirmación de tal principio en el contrato de suministro no suponía, sin embargo —como también tuvimos ocasión de demostrar en la primera parte de nuestro trabajo—, una especial dureza en el contrato administrativo por relación al contrato privado. Lejos de ello, nuestra primera jurisprudencia afirmaba la sumisión del contrato administrativo de suministro al principio de riesgo y ventura por el carácter mercantil que de este contrato inicialmente se predicaba (Real Decreto-Sentencia de 30-XII-1860)¹⁵.

2. *Los nuevos principios informadores de la contratación administrativa; hacia un nuevo planteamiento del principio de riesgo y ventura*

Este planteamiento inicial del tema ha sido, y es en la actualidad, fruto de una profunda revisión, revisión que responde a su vez a la aparición en el campo de la contratación administrativa de una serie de nuevos principios informadores.

Vamos a hacer alusión a dos de ellos fundamentalmente: al principio de continuidad y regularidad del servicio público y al llamado principio de colaboración.

El principio de continuidad y regularidad del servicio público surge como consecuencia de la consideración del contrato administrativo como un contrato influido por una institución social; de la afirmación de la existencia en el contrato administrativo de

15. Véase *supra*, p. 33.

un elemento institucional —la idea del servicio público— que, incorporada al contrato o constituyendo su último fin, condiciona la realización de los intereses individuales de las partes a la satisfacción del interés general, al normal desenvolvimiento del servicio público al que el contrato se encuentra vinculado¹⁶.

El principio de colaboración supone, por su parte, la superación del tradicional principio de desconfianza de la Administración en el contratista, considerándose a éste «no ya como un adversario, como la parte contraria en un conflicto siempre latente y presto a degenerar en proceso, sino como un colaborador voluntario —si no desinteresado— cuyos intereses, incluso pecuniarios, no son necesariamente opuestos al interés, justamente entendido, del Estado»¹⁷.

La formulación de estos principios va a traer consigo diversas consecuencias de capital importancia para la contratación administrativa. Así, frente a la implantación de la subasta como forma necesaria de adjudicación del contrato, el concurso-subasta pasa a ser considerado legalmente como la forma general de selección del contratista (art. 28 de la Ley de Contratos del Estado); frente a la consideración del contrato administrativo como negocio a plazo fijo va a implantarse asimismo la preceptiva concesión de prórroga al contratista, evitando la rescisión de múltiples contratos, rescisión que llevaba consigo un evidente daño para el interés general (art. 45 de la Ley de Contratos del Estado).

Al margen de estas innovaciones, la formulación de estos nuevos principios va a traer consigo, si no una completa derogación del principio de riesgo y ventura, sí al menos un lógico replanteamiento del tema del riesgo económico del contrato. Precisamente por ser lo primordial en el contrato administrativo la continuidad y regularidad del servicio público, y en consideración precisamente a ese carácter de colaborador que del contratista se

16. M. HAURIU, *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, «Revista de Derecho Privado», núm. 148, 1926, pp. 1 y ss.

17. WALINE, *Evolution recente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants*, «Revue de Droit Public», 1951, pp. 5 y ss.

predica, se hace necesario articular los instrumentos jurídicos necesarios para evitar que la mayor onerosidad sobrevenida en el contrato aboque a la resolución del mismo, con el consiguiente perjuicio para el servicio público, o a la ruina económica del contratista, que, como decimos, por su carácter de colaborador debe gozar de un especial trato de favor por parte de la Administración.

En la búsqueda de estos instrumentos técnicos jurídicos, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha ido perfilando los límites de dos teorías fundamentales, límites no siempre precisos, que han tenido amplia difusión en los doctrina y una acogida, al menos parcial, en nuestra legislación y jurisprudencia. Nos referimos a la teoría del *factum principis* y a la teoría de la imprevisión.

Vamos a proceder a un análisis de ambas teorías y de su aplicación al contrato administrativo de suministro.

D) LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

a) *Concepto y fundamento*

La teoría de la imprevisión es fruto de la encomiable labor jurisprudencial del Consejo de Estado francés, quien por primera vez la formuló en el célebre *arrêt «Gaz de Bordeaux»*.

Supone esta teoría en sustancia el establecimiento de un principio de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, independientes de la voluntad de los contratantes, determinen un aumento grave de la onerosidad de la prestación. El contratista que se encuentra obligado a seguir ejecutando sus obligaciones, tiene conforme a esta teoría derecho a que la Administración contratante asuma con él las dificultades sobrevenidas, tomando a su cargo una parte de ese riesgo imprevisible.

Con vistas a explicar y justificar la teoría de la imprevisión, se han propuesto diversos fundamentos.

En primer lugar, una idea de equidad. Si las partes contratantes no han previsto, mediante la correspondiente cláusula, los

efectos de un determinado acontecimiento imprevisible que agrava la onerosidad de las prestaciones, es de equidad buscar una solución extracontractual a esta situación; es preciso se considere entonces a las obligaciones contractuales como variantes en función de las fluctuaciones económicas para llegar a un resultado justo, respetando el equilibrio inicial de las prestaciones.

La teoría de la imprevisión va a fundarse también en la idea de continuidad del servicio público. ¿Cómo puede la Administración asistir impasible a la ruina o a la quiebra de su contratista cuando la consecuencia inmediata sería la interrupción del servicio y cuando las principales víctimas de esta interrupción serían los miembros de la colectividad? La respuesta no deja duda: al margen de los contratos que ha celebrado con los particulares, la Administración no cesa de asumir la responsabilidad por un funcionamiento regular y continuado del servicio —ni podría hacerlo sin incumplir su misión—. Toda la sociedad está interesada en el mantenimiento de los servicios públicos y la Ley del Contrato se doblega formalmente ante esta necesidad primordial¹⁸.

Desde este punto de vista práctico, la teoría encuentra igualmente apoyo. El contratista cuyo contrato se vislumbra deficitario tenderá lógicamente a reducir ese déficit aun a costa de un deficiente cumplimiento, y por supuesto a asegurar su posible pérdida con el correspondiente seguro, seguro cuya prima repercutirá sin duda alguna en el precio del contrato. La teoría de la imprevisión, al asegurar al contratista una equivalencia y un equilibrio en las prestaciones, aun en épocas de fluctuaciones económicas, evitaría estos inconvenientes.

La teoría de la imprevisión ha sido finalmente sustentada partiendo de la concepción institucional del contrato administrativo, a la que anteriormente nos hemos referido. HAURIUO entiende así que la teoría de la imprevisión parte y se fundamenta

18. FLAMME, Maurice-André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, tomo II, p. 655, Bruselas, 1969.

En este mismo sentido A. BUTGENBACH, *Modos de gestión de los servicios públicos*, núms. 85 y 501, y LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tomo II, pp. 117 y ss., París, 1956, entre otros.

en el propio contrato. Pese a quedar el riesgo imprevisible fuera de las premisas contractuales de las partes, éstas aceptan tal riesgo y sus consecuencias, puesto que así lo exige la idea del servicio público que las partes han aceptado implícitamente por encontrarse inmersa en el contrato¹⁹.

Aceptando el valor de todas estas construcciones, estimamos debe, en nuestra opinión, subrayarse que la teoría de la imprevisión parte y se fundamenta efectivamente en la idea del servicio público a la que el contrato se vincula.

Esta idea del servicio público es la que permite, por otra parte, configurar a la teoría de la imprevisión como propia y específica del Derecho administrativo. Junto a los principios de equidad, buena fe y a la común intención de los contratantes que el Derecho común maneja como fundamento técnico y jurídico del fenómeno, plenamente aplicables al contrato administrativo, las ideas de la continuidad y regularidad del servicio público justifican ya de por sí, de manera especial, la formulación de la teoría de la imprevisión en la contratación administrativa (Sentencia de 6 de abril de 1966)²⁰.

b) *Requisitos para su aplicación y consecuencias*

Para que pueda hablarse de un estado de imprevisión que permita invocar la teoría de la imprevisión, han de darse diversas circunstancias²¹.

En primer lugar ha de tratarse de un acontecimiento imprevisible para las partes, de un acontecimiento que exceda de los cálculos que las partes hayan podido hacer en el momento de la conclusión del contrato. Esta imprevisibilidad puede ir referida

19. M. HAURIUO, *La teoría del riesgo imprevisible...*, cit., p. 7.

20. Sobre el tratamiento doctrinal del tema del riesgo imprevisible en la contratación privada —teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, teoría de la base del negocio, etc., ver, a modo de síntesis, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1972, pp. 865 y ss.

21. Cfr. LAUBADERE, A., *Traité théorique...*, cit., pp. 90 y ss., y FLAMME, Maurice-André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, tomo II, p. 658, Bruselas, 1969.

tanto al hecho perturbador en sí como a las consecuencias imprevistas de un hecho imprevisible.

En segundo término, este acontecimiento ha de ser ajeno, externo a las partes. Se excluyen así tanto los supuestos en que el contratista hubiere incumplido o cumplido defectuosamente sus obligaciones como los supuestos en que la alteración sea debida a un hecho de la Administración, en cuyo caso, como tendremos ocasión de examinar más adelante, nos encontraríamos en el marco de la teoría del *factum principis*.

Este acontecimiento ha de producir, en tercer lugar, una grave alteración económica (*bouleversement*) del contrato, siendo indiferente, a nuestro parecer, que este acontecimiento sea o no estrictamente de índole económica, siempre y cuando sea, insistimos, ajeno a las partes y se traduzca en una mayor onerosidad económica de las prestaciones que no impida, sin embargo, proseguir la ejecución del contrato.

El estado de imprevisión queda así delimitado frente a otras situaciones afines.

Cabe en primer lugar distinguirlo del *factum principis* en cuanto éste supone, como veremos, una actuación de la Administración que mediante disposiciones de carácter general altera directamente la equivalencia de las prestaciones.

Queda igualmente deslindado frente a las obligaciones sobrevenidas, *sujetions impreuves*. Estas *sujetions impreuves* son, como FLAMME indica²² de orden material, de naturaleza técnica, sobre todo geológica, y preexistentes al contrato. Son dificultades propias del contrato de obra, difícilmente pensables en el contrato de suministro y que se traducen en la obligación de ejecutar nuevos trabajos ajenos a los inicialmente previstos.

Cabe igualmente distinguir estos supuestos de imprevisión de los casos de fuerza mayor en cuanto que estos últimos no hacen referencia, como ya hemos tenido ocasión de examinar, a un aumento de la onerosidad económica de las prestaciones, cual es propio de los supuestos de imprevisión, sino al tema del reparto

22. FLAMME, Maurice-André, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, tomo II, p. 610, Bruselas, 1969.

del riesgo por la pérdida o deterioro de los bienes objeto del suministro entre las partes contratantes.

La distinción entre el estado de imprevisión y los casos de fuerza mayor es, pese a todo, menos clara en cuanto que, contrariamente a lo que sucede en el Derecho común, la Ley de Contratos del Estado no considera a los casos de fuerza mayor como exonerantes de una responsabilidad por incumplimiento, sino como simples supuestos que permiten conceder una indemnización al contratista, con lo cual los efectos son similares a los que produce la aplicación a la teoría de la imprevisión.

Delimitado en estos términos el estado de imprevisión, los supuestos que pueden ocasionarlo son de la más diversa índole: terremotos, maremotos, sequías, huelgas...

Dentro de estos supuestos deben entenderse, en nuestra opinión, incluidas asimismo aquellas alteraciones económicas derivadas de disposiciones generales con valor de ley (ley en sentido formal) que provoquen una mayor onerosidad sobrevenida en el contrato.

El Tribunal Supremo indica en este sentido (Sentencia de 12-XII-1973) que la revisión de precios (técnica a través de la cual se articula, como veremos, la teoría de la imprevisión) tiende a mantener el equilibrio entre las prestaciones, evitando que cuando una de las que a las partes incumbe ha venido a ser demasiado onerosa en virtud de alteraciones de precio *originadas por preceptos de carácter legal*, el propio legislador permite ajustar nuevamente el equilibrio entre las prestaciones para que cada una de las partes obtenga del contrato el beneficio que esperó obtener al celebrarlo...».

En otras ocasiones, sin embargo, el Tribunal Supremo exige, para la aplicabilidad en estos supuestos de la teoría de la imprevisión, que exista una relación de causalidad directa entre la disposición legal en cuestión y el aumento de onerosidad sobrevenida en el contrato. Así, en Sentencia de 29 de noviembre de 1973 se niega indemnización a un concesionario de servicio público ante un aumento de onerosidad sobrevenida en el contrato como consecuencia de disposiciones de diverso tipo (Ley de Financiación de Puertos, Ley de Seguridad Social y Convenio Sindical

Colectivo de Transportes por Carretera), dado que «estas alteraciones no afectan a los servicios concertados ya que no se refieren directamente a éstos...»²³.

Establecido el estado de imprevisión en estos términos, las consecuencias jurídicas del mismo son dobles. En primer lugar, y al igual que en nuestro Derecho de la contratación administrativa sucede con los supuestos de fuerza mayor, el contratista no se ve exonerado del cumplimiento de sus obligaciones, sino que, por el contrario, debe continuar en la ejecución del contrato. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de abril de 1957, señala así que «en virtud del principio de riesgo y ventura que preside la contratación administrativa, las pérdidas económicas que experimente el contratista no le autorizan a desatender el servicio, por lo que procede declararle culpable en el incumplimiento de sus obligaciones, máxime cuando está prevista la revisión de precios que le posibilita un mejor rendimiento económico en la prestación de dicho servicio». En segundo lugar, y en contrapartida a esta obligación de proseguir en la ejecución del contrato, se concede al contratista derecho a una ayuda por parte de la Administración, ayuda que viene exigida por un principio de equidad y por el ya examinado principio de continuidad del servicio público.

c) *La revisión de precios*

1. *La teoría de la imprevisión y la revisión de precios*

El instrumento técnico jurídico a través del cual se articula el sistema de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista en los supuestos de imprevisión es, fundamentalmente, la revisión de los precios iniciales del contrato, ajustándolos a las nuevas circunstancias.

Esta revisión de precios se lleva a cabo en nuestro Derecho a través de la incorporación al clausulado del contrato de unas

23. Sobre la posibilidad de exigir responsabilidad por perjuicios producidos por medidas legislativas, véase VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho administrativo*, tomo I, pp. 273 y 274.

fórmulas matemáticas —llamadas fórmulas polinómicas— que permiten obtener el coeficiente del aumento de los costos en el contrato con relación a la fecha de licitación, coeficiente que, llegado el caso, se aplica sobre el importe del contrato pendiente de ejecución.

La cláusulas de revisión de precios incorporadas de esta fórmula al contrato suponen la «aceptación contractual de la teoría de la imprevisión»²⁴.

2. *Régimen jurídico de la revisión de precios en nuestro Derecho*

Conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley de Contratos del Estado, el precio de los contratos del Estado ha de ajustarse, en la medida de lo posible, a los precios de mercado. Este precio habrá de ser un precio cierto que se expresará en moneda nacional y se abonará al empresario en función de la importancia real de la prestación efectuada y de acuerdo con lo convenido.

Se parte, por tanto, en nuestra Ley de Contratación del Estado del principio de certeza del precio, si bien se permite (artículo 12, párrafo 4.º) la inclusión de cláusulas de revisión que se regularán por su legislación especial.

La vigente normativa sobre revisión de precios viene constituida por el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964

Del examen de sus preceptos pueden obtenerse las siguientes conclusiones. En primer lugar, el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964 sobre revisión de precios es aplicable, conforme a su artículo primero, a los contratos de obra del Estado y sus organismos autónomos. La revisión de precios no se configura como una técnica aplicable de modo general a todos los contratos administrativos.

En segundo término hay que indicar que la revisión de precios prevista en el citado Decreto-Ley es una revisión parcial, en

24. LAUBADERE, A. de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tomo II, p. 293.



cuanto que una parte de la obra, su 20 por 100, está exenta de revisión; en la parte restante, el contratista asume el riesgo hasta el 2,5 por 100 del aumento de los precios y la Administración hasta el 2,5 por 100 del descenso (art. 4.º). El establecimiento de estos límites a la revisión de precios responde a la idea de que tal revisión no supone supresión del principio de riesgo y ventura en la contratación administrativa, sino simplemente una atenuación del mismo²⁵.

La revisión de precios es, en tercer lugar, no sólo de origen convencional, como ya indicábamos anteriormente, sino que se encuentra además condicionada en su aplicación a la expresa previsión por las partes en el contrato, de tal forma que, en ausencia de pacto expreso, será plenamente aplicable el principio de precio cierto, consagrado de manera general en el artículo 12, párrafo primero de la Ley de Contratos del Estado.

Se exige, por último, para la aplicabilidad de una revisión de precios en el contrato administrativo que el contratista no se halle incurso en mora, lo cual no es sino una consecuencia, como ya expusimos, de la necesidad de que el acontecimiento imprevisible sea ajeno a las partes para que pueda ser correctamente invocada la teoría de la imprevisión.

A la vista de estas consideraciones puede afirmarse que la revisión de precios es objeto de una aplicación restringida en nuestro Derecho al no estar expresamente admitida de manera general para todos los contratos administrativos y al condicionarse su aplicación a la expresa previsión en el pliego de condiciones del contrato, operando además sólo sobre una parte del mismo. Esta interpretación restrictiva de la aplicabilidad de la revisión de precios ha sido, por otro lado, como veremos, una constante en nuestra jurisprudencia.

3. *La revisión de precios en el contrato administrativo de suministro*

Si partimos del carácter restrictivo que la admisión de la

25. Dictamen del Consejo de Estado de 4 de junio de 1959. Recopilación de doctrina legal, años 1958-1959, expediente núm. 24.048.

teoría de la imprevisión presenta en nuestro Derecho, es fácil comprender que la aplicabilidad de la misma al contrato administrativo de suministro sea sumamente problemática.

Este tema, la procedencia de hacer extensiva al contrato de suministro la revisión de precios, no es nuevo en el panorama de nuestra legislación revisora.

3.1. *Antecedentes.*—Las primeras disposiciones en materia de revisión de precios son los Reales Decretos de 18 de marzo de 1871 (por el que se regulaba la revisión de precios en los contratos de obras públicas celebrados por el Ministerio de Fomento), 31 de abril de 1917 (por el que se hacía extensivo el régimen a los celebrados por el Ministerio de la Gobernación, Ayuntamientos y Diputaciones) y 26 de agosto del mismo año (por el que se extendía asimismo dicho beneficio a los contratos de obras públicas de todos los Ministerios).

El Tribunal Supremo, al aplicar estas disposiciones, las reconducía al marco del contrato de obra, afirmando la necesidad de una aplicación restrictiva de las mismas. Así, en Sentencia de 3-III-1926 las calificaba como «leyes de excepción» al principio general de riesgo, ventura e inalterabilidad del precio, consagrado en el Real Decreto de 4 de enero de 1883 y en el pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 13-III-1903; razón ésta por la cual no pueden ni deben interpretarse extensivamente por razón de analogía, sino que hay que aplicarlas en sentido restrictivo...²⁶ para no incluir en aquellas disposiciones casos distintos y contratos diferentes... como los de suministros de carbón y leña a una corporación municipal».

Al contrato de obra se reconduce igualmente la aplicabilidad de la revisión de precios regulada en ulteriores disposiciones (Real Orden de 26 de agosto de 1918, Ley de la Jefatura del Estado de 17 de julio de 1945, Decreto-Ley de 10 de octubre de 1963, etc.) hasta llegar al actualmente vigente Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964.

26. En el texto de la Sentencia se lee «retroactivo». Del contexto se induce se trata de una errata de imprenta.

En este contexto se nos presenta, pues, con carácter verdaderamente excepcional el Decreto del Ministerio de Obras Públicas de 19 de noviembre de 1948. En él, y frente a una reiterada doctrina del Consejo de Estado, se admitía la revisión de precios en los contratos de suministro.

El Consejo del Estado (ver, por todos, los dictámenes de 5 de mayo y 26 de abril de 1948) había establecido la imposibilidad de «incluir cláusulas de revisión de precios, al amparo de la Ley de 17 de julio de 1945, en los contratos administrativos de suministro, dado que no cabe en ellos una variación unitaria y global de los precios del cuadro y presupuesto».

El Decreto de 19 de noviembre de 1948 admite, sin embargo, la revisión para los contratos de suministro «de modo análogo a lo prevenido por la Ley de 17 de julio de 1945 para los contratos de obra, con carácter transitorio y en la cuantía y límites establecidos en los artículos 1.º y 2.º de la mencionada Ley».

La vigencia de esta disposición cesó por su propio carácter transitorio con la aparición del Decreto de 13 de enero de 1955, que dejó en suspenso la Ley de 17 de julio de 1945 en la esfera central, y definitivamente con la aparición del Decreto-Ley de 10 de octubre de 1963, que reconduce de nuevo la revisión de precios al marco del contrato de obra.

Este Decreto-Ley deroga asimismo el Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, que en su artículo 6.º especificaba que «de modo análogo a lo prevenido para el contrato de obra, podía procederse a la modificación de los precios fijados en los contratos de suministro», modificación que habría de tener lugar a modo excepcional y transitorio («por una sola vez»).

3.2. *Situación actual.*—Con la aparición en el marco de la contratación administrativa del ya citado Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964 sobre revisión de precios, el estado de la cuestión permanece invariable.

Puede afirmarse en este punto la presencia de un principio general prohibitivo en orden a la aplicabilidad de los cláusulas de revisión de precios en el contrato administrativo de suministro.

Este principio se encuentra formulado en el mencionado De-

creto-Ley, que, como vimos, circunscribe su ámbito de aplicación al contrato de obra, y encuentra su acogida en nuestra jurisprudencia y en la doctrina de nuestro Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, en dictamen de 9 de julio de 1964, considera así que las normas sobre actualización y revisión de precios «son normas inspiradas en la equidad y de naturaleza *excepcional* que conceden un *privilegio* y que, como tal, deben ser interpretadas *restrictivamente*».

Señala igualmente que «mientras no hubiera una norma específica que extendiera concretamente los beneficios de la Ley de 17 de julio de 1945 a los contratos de suministro —norma que se dictó mediante Decreto de 19 de noviembre de 1948—, dichos beneficios deberían concederse sólo a los contratos de obra»²⁷.

El Tribunal Supremo, por su parte, aceptando expresamente este razonamiento, declara la improcedencia de la revisión de precios en el contrato de suministro por entender se trata de un beneficio basado en la equidad y que produce una situación de excepción o privilegio, por lo que debe ceñirse a los contratos de obra, sin hacerlo extensivo a otros distintos, como son los de suministro, de naturaleza y finalidad diferentes (Sentencia de 1 de diciembre de 1967; en igual sentido, Sentencia de 31 de enero de 1966).

Se parte, en resumen, de la consideración de la revisión de precios como un privilegio excepcional que debe ser objeto de una aplicación restrictiva, negándose en consecuencia su aplicabilidad al contrato de suministro.

3.3. *Nuestra postura*

3.3.a) *Principio general.*—En nuestra opinión, partiendo de estas premisas se está desvirtuando la propia naturaleza y finalidad de la revisión de precios. A nuestro modo de ver, este beneficio debe configurarse no como un privilegio excepcional, sino como un auténtico derecho que ha de reconocerse ya a la Admi-

27. Recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado, años 1963-1964, expediente núm. 32.832.

nistración, ya al contratista, para evitar tanto un enriquecimiento sin causa en cualquiera de las partes como el colapso del servicio al que las prestaciones objeto del contrato se destinan. Este es, por otro lado, el sentido y el alcance de la teoría de la imprevisión, de la que la revisión de precios no es sino el fundamental instrumento para su puesta en práctica.

A nuestro modo de ver, la revisión de precios debe hacerse extensiva a los contratos de suministro por los mismos principios de equidad, colaboración en los riesgos y continuidad del servicio público que vimos justificaban en general la admisión de la teoría de la imprevisión en la contratación administrativa.

La no admisión de las cláusulas de revisión de precios en el contrato de suministro responde más, en nuestra opinión, a razones de carácter práctico (evitar las complicaciones económicas y financieras que su admisión lleva consigo) que a inconvenientes de tipo dogmático²⁸.

Conviene, sin embargo, que maticemos estas afirmaciones, dada la diversidad de supuestos recogidos en nuestra Ley de Contratos del Estado como modalidades del contrato administrativo de suministro.

3.3.b) *La revisión de precios en el contrato de suministro «propio».*—Bajo esta denominación hemos recogido el supuesto contemplado en el artículo 83, párrafo primero de la Ley de Contratos del Estado, es decir, la adquisición de bienes muebles «en la que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el negocio por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración».

Esta modalidad del contrato de suministro reclama, en nuestra opinión, la presencia de un sistema de revisión de precios, y ello por diversas razones.

Nos encontramos, en primer lugar, ante una modalidad del

28. Cfr. Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, años 1960-1971, informe 12/1965, de 3 de julio, p. 151.

contrato de suministro que implica, por su propia naturaleza, un tracto sucesivo y continuado en su ejecución. Ello le hace lógicamente sensible a las oscilaciones de los precios en el mercado²⁹.

En segundo lugar, este contrato de suministro propio se encuentra asimismo estrechamente vinculado al desenvolvimiento normal de los servicios públicos, hasta el punto de que, teóricamente, son estas mismas necesidades cambiantes del servicio las que determinan la cuantía total de los bienes objeto del suministro.

Ha de tenerse en cuenta finalmente que el contratista se convierte en este supuesto negocial en un claro colaborador de la Administración, vinculado de manera total y plena al servicio público. Su disponibilidad y vinculación en el contrato han de ser completas tanto por la proyección del contrato en el tiempo como por la propia mutabilidad de la prestación.

Todas estas razones reclaman, a nuestro juicio, la presencia en el contrato de un sistema de reparto de riesgos ante las posibles oscilaciones de precios, sistema en la actualidad inexistente. Consideramos que es factible la implantación en este tipo de contratos de una revisión de precios, revisión, por otro lado, que puede ser tan equitativa y lógica como simple. Ha de partirse para ello de determinar el valor real en el mercado del bien objeto del suministro en la fecha en que la Administración efectúa el correspondiente pedido. A continuación es preciso asimismo determinar el alza o descenso real de los precios con respecto al precio inicial en la fecha de licitación.

Esta labor de simple constatación habrá de correr a cargo de la Administración, cuya decisión será ejecutiva, sin perjuicio por parte del contratista de su derecho a recurrir tal decisión por la vía contencioso-administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Contratos del Estado.

29. Nuestra jurisprudencia civil ha insistido reiteradamente en la aplicabilidad a los contratos de tracto sucesivo de la cláusula *rebus sic stantibus* en aquellos supuestos en que «por algún acontecimiento imprevisible un contrato oneroso y conmutativo pasa a convertirse en una pesada carga económica para las partes» (Sentencias de 27-V-1941, Ar. 632; 12-VI-1956, Ar. 3110; 6-VI-1959, Ar. 3026; 31-III-1960, Ar. 1261; 23-XI-1962, Ar. 5005; 26-III-1963, Ar. 2120, y 28-I-1970, Ar. 503).

Finalmente ha de procederse al reparto de este alza o disminución de precios entre los contratantes, reparto que, en tanto no se dicten disposiciones específicas, podría seguir el sistema establecido en el Decreto-Ley de 4-II-1964 para el contrato de obra.

La implantación de este sistema de revisión de precios tiene aparentemente el inconveniente del necesario respeto a las previsiones presupuestarias, exigido por los artículos 7.º y 85 de la Ley de Contratos del Estado.

La dificultad es, sin embargo, tan sólo aparente. El contrato no ha de ver en modo alguno alterado o indeterminado su presupuesto por el hecho de que el precio unitario de los bienes objeto del suministro sea susceptible de una revisión posterior en fase de ejecución del contrato. El presupuesto total permanecerá inalterable pese a esta variación en los precios unitarios. Es la cuantía total del suministro la que, por el contrario, permanece indefinida y es objeto de variación. La cuantía total del suministro vendrá así determinada no sólo por las necesidades de la Administración, sino por las disponibilidades económicas existentes tras las correspondientes revisiones de que sea objeto cada entrega en concreto. Si la Administración precisara aún una mayor cantidad de estos bienes y no dispusiera ya de fondos para su adquisición, habría que proceder a la celebración de un nuevo contrato o a la prórroga del mismo.

En nuestra opinión, esta interpretación no es contraria ni a la letra, ni al espíritu de la Ley de Contratos del Estado, que, por otra parte, al ocuparse del tema de la revisión de precios, en el capítulo segundo del título preliminar, configura dicha técnica como *común* tanto a los contratos de obra como al de gestión de servicios y suministro.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por el contrario, se pronuncia al respecto en sentido desfavorable. Entiende que el contrato debe celebrarse a precio cierto y que para evitar alteraciones en los precios, particularmente en épocas de inestabilidad, han de establecerse plazos de entrega o ejecución de corta duración —lo cual no es siempre viable—, o bien hacer

un cálculo de los precios unitarios suficientemente realistas para que compensen las alteraciones previsibles en el mercado³⁰.

Entendemos que las soluciones propuestas por la Junta de Contratación Administrativa no son siempre —como sería de desear— viables, y que, ante una alteración imprevisible de los precios, debiera ser plenamente aplicable a esta modalidad del contrato administrativo de suministro la teoría de la imprevisión, debiendo en consecuencia arbitrase un mecanismo estabilizador de los precios, similar, por ejemplo, al que hemos apuntado.

3.3.c) *La revisión de precios en el suministro de bienes consumibles o deteriorables.*—Por contraposición a lo establecido para el contrato de suministro «propio», la aplicación de la revisión de precios a esta modalidad del contrato de suministro es, a nuestro modo de ver, improcedente.

Nos encontramos en este supuesto —como hemos insistido reiteradas veces en ello— ante un simple contrato de ejecución instantánea, cuya directa vinculación a las necesidades del servicio es la mayoría de las veces inexistente y en el que la idea del contratista colaborador desaparece casi por completo.

Estas razones justifican por sí solas la exclusión de esta modalidad del contrato de suministro del beneficio de la revisión de precios.

La inestabilidad económica y las fluctuaciones en los precios pueden afectar, sin embargo, a esta modalidad negocial —al igual que a todas las demás modalidades del contrato de suministro— en la fase de tramitación del expediente de contratación. Puede así suceder que los precios reales de los bienes objeto del sumi-

30. Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, año 1973, informe 46/73, de 30 de diciembre. En igual sentido informe 12/1965, de 3 de julio, e informe 2/1972, de 26 de enero. En informe 37/1967, de 20 de enero de 1968, se admiten de forma restringida las cláusulas de revisión de precios en los casos de modificación de los cambios de moneda, al amparo de la libertad contractual. Finalmente, en informe 19/74, de 12 de julio, se admite como única solución la resolución del contrato sin pérdida de fianza. Memoria de la Junta de Contratación Administrativa, año 1974, pp. 64 y 65.

nistro sean a la fecha de terminación del expediente de contratación distintos —normalmente superiores— a los inicialmente ofertados por los contratistas. ¿Es aplicable en estos supuestos la revisión de precios?

La solución negativa ha sido —a nuestro modo de ver acertadamente— mantenida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Estima el citado órgano consultivo que no hay necesidad de acudir en estos supuestos a la revisión de precios, pues la solución al problema puede hallarse en las propias normas del Reglamento General de Contratación debidamente interpretado. En efecto, si bien es cierto que el artículo 244, 3 del Reglamento de Contratos del Estado establece que el pliego de bases deberá contener el presupuesto del suministro, aprobado por la Administración, y precio de las unidades en que aquél se descompone (precios unitarios), no es menos cierto que el propio artículo 244, número 16 del Reglamento de Contratos del Estado brinda la vía adecuada para evitar que la rigidez de unos precios unitarios que no pueden traspasarse desalienten a las empresas proveedoras. Prevé el precepto la posibilidad de que las ofertas de los licitadores modifiquen las prescripciones de los pliegos indicándose en estos la extensión y el límite de dichas modificaciones.

Estima la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que, con arreglo a esta normativa, cabe que la Administración exprese en los pliegos de bases que los precios unitarios incluidos en el pliego para los bienes correspondientes tienen carácter indicativo y que, en consecuencia, podrán ser contraofertados a la alza por las empresas licitadoras en sus proposiciones, dentro todo ello del presupuesto máximo de gasto que se afecta al contrato y de acuerdo con los créditos disponibles por el departamento.

El Reglamento de Contratos del Estado así interpretado arbitra una solución al problema idéntica a la que postulábamos anteriormente para los supuestos de alteración de precios en fase de ejecución del contrato. El presupuesto opera como límite económico intangible, dentro del cual el precio de las unidades puede

moverse con libertad, reduciéndose hasta el límite que determina el presupuesto de máximo gasto que establezca el pliego³¹.

Al margen de esta solución prevista para los supuestos de alteración de precios en el período de tramitación del expediente, no cabe pensar, en nuestra opinión, por las razones ya mencionadas, en la aplicabilidad a esta modalidad del contrato de suministro de la teoría de la imprevisión ni de las correspondientes cláusulas de revisión de precios.

3.3.d) *La revisión de precios en los contratos de fabricación.* Con tal nombre se conocen los supuestos negociales comprendidos en el apartado 3 del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado, es decir, aquellos contratos en los que la Administración compra una cosa o cosas que precisan un proceso de elaboración previo a su entrega, proceso de elaboración que se lleva a cabo conforme a las directrices y características fijadas previamente por la Administración.

La operación —como ya tuvimos ocasión de exponer— encierra en sí un contrato de obra, si bien referido a una cosa mueble. Es por ello que se ha reclamado insistentemente la inclusión en esta modalidad del contrato de suministro de las cláusulas de revisión de precios por analogía a lo establecido por el contrato de obra.

La cuestión ha sido objeto de amplias discusiones en el seno de la Junta de Contratación Administrativa, dando lugar a informes contradictorios.

El informe 32/1968, de 13 de julio, establecía así que «es criterio de esta Junta que la duda que suscita la inclusión de cláusulas de revisión en los contratos de fabricación de bienes muebles (apartado 3.º del art. 83 de la Ley de Contratos del Estado), y hasta tanto se dicte una disposición oficial al respecto, debe resolverse en el sentido de declarar la admisibilidad de tales cláusulas, por analogía con la figura del contrato de obra, al no estar prohibidas por el Ordenamiento jurídico contractual;

31. Cfr. Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, año 1973, informe 46/73, de 20 de diciembre.

si bien los órganos de contratación deberán hacer de ellas un uso restrictivo, previa justificación en el expediente y aprobación por el Gobierno de la fórmula polinómica que haya de definir el índice de revisión».

El criterio mantenido por la Junta en este informe fue modificado, sin embargo, por el informe 24/1970, de 3 de julio, en el que «aun reconociéndose la solidez de los argumentos expuestos en orden a la aplicabilidad de las cláusulas de revisión de precios a los contratos de fabricación y la evidente analogía entre estos contratos y el contrato de obra», la Junta se niega a informar unas fórmulas polinómicas elaboradas a tal efecto, por entender que el Decreto-Ley de 4 de noviembre de 1964, artículo 3.º, párrafo último, sólo hace preceptivo el informe de la Junta en los contratos de obra y que ninguna disposición complementaria ha hecho extensivo el sistema de revisión, y sobre todo las normas de procedimiento, a los contratos de suministro³².

Se vuelve, pues, a una interpretación literal, restrictiva, del Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964, contraria a la inclusión de cláusulas de revisión de precios en contratos distintos a los de obra. Tal postura se justifica desde el punto de vista jurídico por la inexistencia de una disposición complementaria que haga extensión el sistema de revisión a los contratos de suministro. Junto a este argumento se halla asimismo latente la evidente dificultad de elaborar las correspondientes fórmulas polinómicas de revisión de precios en estos contratos, dada la diversidad de elementos y materiales que suele reclamar el proceso de fabricación³³.

Pese a todas estas dificultades, la cuestión ha sido, en nuestra opinión, definitivamente resuelta por la Ley de 17 de marzo de 1973, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del

32. Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, años 1960-1971.

33. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de fabricación y suministro de un determinado carro de combate. La infinidad de sus componentes hace complejísima la articulación de un sistema de revisión en el que se determinen las alteraciones de todos y cada uno de los factores que en su fabricación confluyen.

Estado, en el sentido de admitir la inclusión de cláusulas de revisión de precios en los contratos de fabricación.

Efectivamente, el artículo 84 de la reformada Ley de Contratos del Estado establece que el «contrato de suministro se regulará por las normas contenidas en el presente título y, en su defecto, por las referentes al contrato de obra».

«No obstante ello, añade, los contratos de fabricación a que se refiere el apartado 3 del artículo precedente se aplicarán directamente las *normas generales y especiales del contrato de obra* que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de bases.

Al amparo de este precepto, por tanto, es plenamente admisible la inclusión en los pliegos de bases de estos contratos de fabricación de las correspondientes cláusulas de revisión de precios. A tal efecto habrán de elaborarse por los respectivos departamentos ministeriales las correspondientes fórmulas polinómicas, que serán preceptivamente informadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa³⁴. De modo expreso se admite finalmente la revisión de precios en estos supuestos en el artículo 244-13 del Reglamento General de Contratación.

E) EL «FACTUM PRINCIPIS»

Junto a los supuestos ya examinados en la teoría de la im-

34. Es curioso, sin embargo, observar que, pese a que la Ley ha abierto claramente la posibilidad de la inclusión de las cláusulas de revisión de precios en los contratos de fabricación, en la práctica se sigue haciendo un uso restrictivo de tal posibilidad.

Es en este sentido significativo el artículo 48 de la Orden Ministerial de 28 de noviembre de 1973 por la que se establecen normas complementarias para la contratación del Ministerio del Aire.

La citada cláusula, aun admitiendo la aplicabilidad de la revisión de precios en los contratos de fabricación, establece con suma cautela que a estos efectos «se hará constar en el correspondiente pliego y en el contrato, con la debida claridad, la separación entre la parte de obras que comprende la construcción y los suministros de material o elementos que dichas obras lleven consigo; siendo aplicables solamente a las obras las citadas cláusulas de revisión.

previsión, nos encontramos con otros acontecimientos, ajenos a la voluntad de los contratantes, que alteran asimismo el inicial equilibrio de la relación contractual. Son los que la doctrina conoce con el nombre genérico de «hechos del príncipe».

a) *Concepto y requisitos para su existencia*

Entendemos por *factum principis* aquellas medidas adoptadas por la Administración a través de disposiciones administrativas de carácter general que provocan de manera directa un aumento en la onerosidad de la prestación del contratista.

Quedan de esta manera excluidas del ámbito del *factum principis*, tanto las medidas adoptadas por la Administración a través de un acto administrativo singular con relevancia en el contrato (*ius variandi*) como las establecidas en normas generales con rango de Ley, en cuyo supuesto, como vimos, sería invocable la teoría de la imprevisión, siempre y cuando se produjera una verdadera alteración económica del contrato y esta alteración estuviera en relación causal directa con aquella disposición legal.

El Consejo de Estado, en su dictamen de 3 de noviembre de 1948, ha tipificado los requisitos que debe reunir la categoría del *factum principis* para que el contratista acredite derecho a ser económicamente compensado:

- 1) Debe tratarse de una medida general de orden económico.
- 2) La medida debe tener eficacia bastante para ser impuesta en la ejecución del contrato.
- 3) Debe ser imprevisible.
- 4) Debe originar un daño económico cierto y especial al contratista. Sin este sacrificio especial, el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas haría impropia la indemnización.
- 5) El contratista ha de haber cumplido diligentemente sus obligaciones en el contrato. La falta concomitante culposa o dolosa del contratista exime, por tanto, a la Administración de toda responsabilidad por el *factum principis*.

b) *Efectos: fundamento y alcance de la obligación de indemnizar*

La opinión mayoritaria en la doctrina, a la que en este caso nos adherimos, es la de considerar que la indemnización en los supuestos de *factum principis* encuentra su justificación en una responsabilidad extracontractual de la Administración formulada en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

GONZÁLEZ PÉREZ indica en este punto que «lo relevante, lo que acarrea la indemnización, lo antijurídico objetivo, es que el patrimonio de un súbdito aislado —o de un grupo concreto de ellos— soporte enteramente un sacrificio que, por imponerlo el interés público, debe ser repartido entre la comunidad»³⁵.

SARIT BADAQUI opina que el derecho del contratante a una indemnización tiene por base una responsabilidad extracontractual sin culpa³⁶.

LAUBADERE, por el contrario, estima que el *factum principis* constituye un caso de responsabilidad contractual sin falta de la Administración. «Constituyendo —dice— la idea de la responsabilidad contractual sin falta el instrumento técnico jurídico por medio del cual se realiza en la materia la indemnización del contratante, la idea del restablecimiento del equilibrio del contrato constituye, por sí sola, la idea fundamental que justifica la aplicación en la materia de una responsabilidad sin falta: la responsabilidad sin falta explica la indemnización; el principio del equilibrio del contrato justifica la responsabilidad sin falta»³⁷.

Por nuestra parte pensamos que nos encontramos efectivamente ante un supuesto de responsabilidad extracontractual de la Administración, puesto que el evento que la ocasiona es ajeno al contrato aunque incida sobre el mismo. Esta responsabilidad extracontractual es evidentemente una responsabilidad sin culpa, en cuanto que deriva de una actividad de la Administración lí-

35. GONZÁLEZ PÉREZ, *Dictamen sobre revisión de precios*, en «Monitor de Obras Públicas», núms. 388 y 389.

36. SARIT BADAQUI, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, p. 133.

37. LAUBADERE, A. de, *Traité théorique...*, cit., tomo III, p. 65.

cita y dirigida a la satisfacción del interés público. Ello no es obstáculo, sin embargo, a que de esta actividad derive una responsabilidad de carácter objetivo —cual es la que para la Administración se establece en los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa— y de la que surja asimismo en el contratista derecho a una indemnización, indemnización que ha de cubrir el importe del daño causado. Esta responsabilidad extracontractual de la Administración se resuelve, sin embargo, en el contrato³⁸, siendo al mismo órgano administrativo contratante a quien se debe dirigir la solicitud de indemnización, y ello aunque la disposición que ocasione el perjuicio económico al contratista hubiera emanado de una autoridad distinta, pues, como indica el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 11 de marzo de 1965, «la unidad de la Administración no puede imponer una desviación del curso de la pretensión indemnizatoria y tiene que ser el órgano administrativo contratante el que responda de la obligación y de su cumplimiento».

El plazo para presentar esta solicitud de indemnización sería el de un año a partir de la fecha de publicación de la disposición general de la Administración que motive la alteración del equilibrio económico del contrato (por analogía a lo establecido en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa).

Contrariamente a lo expuesto, el Tribunal Supremo entiende, sin embargo, que en estos casos nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual de la Administración. Es esta responsabilidad la que justifica y fundamenta el derecho del contratista a exigir a la Administración una indemnización en los supuestos de *factum principis*.

En este sentido es suficientemente explícita la Sentencia de 7 de diciembre de 1971. Tratábase en el supuesto de un contrato de suministro de tiendas de campaña al Ministerio del Ejército. En virtud de este contrato el Ministerio del Ejército se comprometía a reponer a la empresa suministradora el algodón em-

38. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1954, p. 176.

pleado en los efectos suministrados. Estando el contrato en curso de ejecución, se suprimen, mediante Orden del Ministerio de Comercio de 1 de enero de 1961, estas bonificaciones de algodón, ante lo cual el Ministerio del Ejército se niega a entregar las cantidades debidas, por entender que se oponía a ello la citada Orden. La empresa suministradora solicita entonces del Ministerio del Ejército se le abone una indemnización por las cantidades no entregadas. Planteado un conflicto de competencias negativo entre el Ministerio del Ejército y el de Comercio, es resuelto por Decreto de la Presidencia de 11 de marzo de 1965 en favor del Ministerio del Ejército, quien, tras examinar la solicitud del contratista, la desestima. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo lo estima. Permítasenos, pese a lo dilatado de la Sentencia, transcribir el tercer considerando de la misma.

«Considerando que, así planteado el recurso, se ofrece, indudablemente, como un incumplimiento contractual de la condición a que estaba obligada la Administración...» y que «... resulta claro, como tema jurídico, que no se trata, ni mucho menos, de una revisión de precios, perfectamente tasados e indiscutidos como elemento contractual, ni de una interpretación del contrato que pudiera precisar determinados informes, sino simplemente de un incumplimiento de contrato, puesto que convenida una parte de la obligación en la bonificación por suministro, y *al hacerse ésta imposible como consecuencia de una disposición administrativa posterior al contrato*, como lo fue la de prohibir o suprimir por Orden del Ministerio de Comercio tales bonificaciones de primas referentes a algodón con destino a suministros militares desde 1 de enero de 1961, la equivalencia, la contraprestación en que consistiera y que, como más adelante se verá, está perfectamente definida cuantitativamente, constituye una carga de la Administración, pues es a ésta a quien incumbe su cumplimiento, *no ya porque lo contrario constituiría ostensiblemente la arbitrariedad de un enriquecimiento injusto y de un perjuicio contrario injustificable jurídicamente*, que ya sería motivo suficiente, sino por cuanto pervive el derecho del contratista, quien ostenta en todo caso el derecho a la reposición de materias primas que en

contrato se estipuló, y al no hacerse posible por obra y orden de la Administración del Estado, en virtud de una normativa legítima, no por eso se diluye, sino que se transforma en la obligación normal de indemnizar con arreglo a la normativa de los artículos 1091, 1101, 1257, 1258 y 1278 del Código civil, y así derivada de un contrato, según el artículo 1254 del mismo cuerpo legal, ya que, indudablemente, y por la causa que fuere, la Administración ha incumplido sus obligaciones contractuales típicamente y jurídicamente tales, respecto a los que no cabe desviar la cuestión hacia la concepción de las condiciones reglamentarias, sino encuadradas en el orden de las obligaciones civiles consecuentes, eso sí, a un contrato administrativo.»

Se contempla en la Sentencia, a nuestro modo de ver, un claro supuesto de *factum principis*; a través de una disposición administrativa de carácter general se produce una alteración unilateral de las condiciones del contrato que agrava la onerosidad de las prestaciones a que se obligó el contratista, alteración que reclama la correspondiente indemnización. Como la Sentencia indica, ese derecho del contratista a una reposición de la materia prima deviene imposible «en virtud de una normativa legítima», pese a lo cual «no se diluye, sino que se transforma en una obligación de indemnizar» (indemnización que el Tribunal Supremo reconoce al contratista).

Para el Tribunal Supremo, esta obligación de indemnizar parte del incumplimiento por la Administración de una de las obligaciones del contrato. Nos encontramos, según la Sentencia, ante un supuesto de responsabilidad contractual de la Administración que exige, en consecuencia, la pertinente indemnización conforme a lo establecido en los artículos 1101 y concordantes del Código Civil.

Por nuestra parte, insistiendo en lo anteriormente dicho, discrepamos de esta opinión por entender que, si bien desde el punto de vista de los hechos nos encontramos ante un incumplimiento contractual, no es viable invocar este incumplimiento como base jurídica para la solicitud de una indemnización, pues este incumplimiento de la Administración deriva de una medida de carácter general que forzosamente se impone al contrato, por lo que —siguiendo los mismos argumentos de la Sentencia— sería ple-

namente aplicable el artículo 1105 del Código civil, que establece que «fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

Estamos, en nuestra opinión, en presencia, insistimos, de un supuesto de responsabilidad extracontractual de la Administración, responsabilidad objetiva, dimanada del ejercicio de una actividad lícita de la Administración, que supone, sin embargo, un sacrificio especial en el contratante. Este sacrificio especial ha de ser consecuentemente indemnizado, indemnización que se convierte así en la traducción económica del derecho del contratista afectado por la disposición administrativa. Este punto sí queda, sin embargo, claro en la Sentencia; no se trata de revisar unos precios «perfectamente tasados e indiscutidos como elementos de la relación contractual», sino de conceder al contratista una compensación total por los daños y perjuicios que la disposición administrativa en cuestión le ha ocasionado (compensación derivada del *factum principis*). El Tribunal Supremo concede esta indemnización con carácter total, habiendo de abonarse al suministrante las cantidades objeto de bonificación que la disposición administrativa había suprimido de forma general.

Otro supuesto de gran interés es el que se contempla en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 15 de febrero de 1973.

Se somete a informe de la Junta un contrato de suministro de harina al Ministerio del Ejército. Estando en curso de ejecución el contrato, la Administración modifica el precio del trigo, estableciendo además, con carácter transitorio, una exacción reguladora que gravaba a las existencias en almacén para evitar que los industriales especulasen con las adquiridas antes de que su precio se incrementase. Ante esta situación, los industriales harineros solicitaron al Ministerio del Ejército una revisión de los precios del contrato. La Junta Consultiva emitió su informe en este sentido: «Considera esta Junta que la situación creada debe ser resuelta, habida cuenta de las singularidades expuestas en cuanto a su régimen, por la aplicación de la doctrina del *factum*

principis, que aun cuando no está enunciada de un modo expreso y general por nuestra legislación de contratos del Estado, numerosos preceptos de la misma tienen como fundamento aquel principio, y está consagrada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1964 y 6 de abril de 1966, los dictámenes del Consejo de Estado y la literatura científica. Conforme la doctrina del *factum principis*, la Administración pública, que es única, debe indemnizar a sus contratistas cuando en virtud de las *disposiciones generales dictadas por aquélla* altera las condiciones económicas de sus contratos pendientes, haciendo para el empresario más oneroso el cumplimiento estricto de la prestación. «La responsabilidad que desencadena para la Administración el *factum principis* es de naturaleza objetiva y encuentra su base legal en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 1101 del Código civil, pero se liquida en el seno del contrato, que es el que delimita el daño sufrido. De aquí que, aun cuando los pliegos de condiciones examinados contengan declaraciones en favor de la certeza del precio y de la imposibilidad de repercutir cargas y exacciones, debe entenderse que se refieren a las ya establecidas, pero no a las que surjan «ex novo» por decisión de la Administración en el período de ejecución contractual bajo la categoría del «*factum principis*», pues en tal caso deberá indemnizar aquélla a pesar de que el contrato no contenga cláusula de revisión.»

En un informe posterior la Junta Consultiva de Contratación Administrativa volverá sobre el tema. Con fecha 31 de enero de 1974 declara la inaplicabilidad de la teoría del *factum principis* en un contrato de fabricación y suministro. El suministrante reclamaba una indemnización ante las medidas monetarias adoptadas por la Administración en relación con la devaluación del dólar, por estimar que la solución acordada suponía un *factum principis* al equipararse a una efectiva devaluación de la peseta en relación con otras monedas europeas.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa informó desfavorablemente tal pretensión, afirmando que la «doctrina del *factum principis*, no admitida expresamente en nuestra legislación, tiene un carácter excepcional y debe ser, por ende, de

aplicación restringida y por claros fundamentos de equidad. La Junta entiende que, para que quepa hablar de un *factum principis* en la contratación administrativa, es necesaria la existencia de un nexo de causalidad directo entre la disposición administrativa y el quebranto económico del contratista. Ello no sucedía en el supuesto contemplado, a juicio de la Junta, pues la «devaluación de la peseta frente a algunas divisas europeas tuvo lugar con ocasión de la medida monetaria española, pero no como consecuencia de la misma... pues la Administración española no acordó la devaluación de la peseta frente al franco».

Como puede verse a lo largo del análisis de estos informes, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa admite y reconoce la vigencia práctica de la teoría del *factum principis* en la contratación administrativa, y en especial en el contrato administrativo de suministro. El citado órgano consultivo acoge la formulación de la teoría que anteriormente hemos desarrollado y se muestra, insistimos, partidario de su aceptación en el contrato administrativo por evidentes razones de equidad.

Entendemos por todo lo expuesto que, aun con la debida prudencia, debiera admitirse efectivamente en nuestro Derecho (que sólo tímidamente regula estos supuestos en los artículos 80 de la Ley de Contratos del Estado y 51 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales) la teoría del *factum principis*, definiendo sus límites y aceptando sus consecuencias. La admisión de la teoría del *factum principis* en el contrato administrativo de suministro atenuaría, por otra parte, los efectos de una tendencia tanto legislativa como jurisprudencial contraria a la aplicación a este contrato de las técnicas de revisión de precios más características del contrato de obra.

Es a la jurisprudencia, orientada por la doctrina, a quien corresponde a esta labor de búsqueda de la progresiva realización de un principio de equidad en las relaciones de una Administración, a la vez poder y parte en un contrato, y sus contratistas.

CONCLUSIONES

Primera.—Por aplicación del principio general *res perit pro domino*, la Ley de Contratos del Estado hace recaer sobre el contratista suministrante los riesgos por la pérdida o deterioro de los bienes objeto del suministro hasta el momento de su entrega a la Administración o, en su defecto, hasta que tiene lugar la constitución en mora de la misma.

Se niega asimismo, contrariamente a lo que sucede en el contrato de obra, cualquier tipo de indemnización al contratista en los supuestos de pérdida o deterioro de los bienes debida a fuerza mayor. Esta solución, que estimamos lógica para las modalidades del contrato de suministro recogidas en los apartados 1.º y 2.º del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado, dada la imposibilidad de proceder a una especificación de los bienes deteriorados, no nos parece la adecuada para los contratos de fabricación a que alude el párrafo 3.º de la Ley de Contratos del Estado, en los que es perfectamente posible la especificación de los bienes perdidos o deteriorados por ser elaborados conforme a especiales características fijadas por la Administración, y en los que la íntima vinculación y colaboración de la actividad del contratista al servicio público reclama asimismo el mismo trato de favor que se le concede en el contrato de obra. Tal solución la estimamos, por otro lado, viable al amparo del reformado párrafo 2.º del artículo 84 de la Ley de Contratos del Estado.

La constitución en mora de la Administración produce los mismos efectos que la entrega de los bienes a la Administración en cuanto al reparto de riesgos se refiere. La Administración habrá asimismo de abonar al contratista en estos supuestos los intereses legales de las cantidades adeudadas, para lo cual es preciso el transcurso de tres meses tras la interpelación del acreedor —plazo de privilegio a través del cual la Administración obtiene un enriquecimiento injustificado— y la plena liquidez de la deuda.

Estimamos que contrariamente a lo establecido para el contrato de obra, el pago del suministro mediante abonos parciales contra entrega o fabricación de los bienes suministrados traslada

los riesgos, por la pérdida o deterioro de los mismos, del contratista a la Administración.

Segunda.—Entendemos por riesgo económico el eventual aumento de onerosidad de las prestaciones sobrevenido en la fase de ejecución del contrato. Esta alteración económica del contrato puede ser consecuencia de acontecimientos *ad intra* del contrato o de acontecimientos externos al mismo. Dentro del primero de los supuestos se encuentra fundamentalmente el ejercicio por parte de la Administración de su derecho a alterar unilateralmente alguna de las condiciones del contrato. Este *ius variandi* se traduce en la facultad de modificar el contenido de las prestaciones o suspender, temporal o definitivamente, el contrato. En cualquiera de los supuestos estimamos que el ejercicio de este *ius variandi* por parte de la Administración está condicionado a la atención con dichas modificaciones de las necesidades reales del servicio destinatario, término que estimamos equivalente a las «razones de interés público» utilizado por los artículos 18 de la Ley de Contratos del Estado y 270 del Reglamento de Contratos del Estado, teniendo en cuenta el carácter restrictivo que al *ius variandi* se da en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963.

Opinamos que esta facultad modificatoria de la Administración habría de tener no ya unos límites puramente temporales y cuantitativos como los establecidos en la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento, sino un límite sustancial dado por el respeto en estas alteraciones del contrato al equilibrio económico y financiero del mismo.

Propugnamos asimismo, dada la discrecionalidad que estas decisiones de la Administración llevan consigo, la motivación de las mismas.

Tercera.—Dentro de los supuestos de alteración del equilibrio económico del contrato de origen extracontractual, cabe distinguir entre aquellos supuestos de aumento grave en la onerosidad de las prestaciones debidos a circunstancias sobrevenidas e imprevisibles independientes de la voluntad de los contratantes, y las medidas adoptadas por la Administración a través de disposiciones

de carácter general que provocan de manera directa un aumento en la onerosidad de la prestación del contratista.

El primero de los supuestos da lugar al llamado estado de imprevisión; el segundo constituye lo que la doctrina ha dado en denominar *factum principis*. En ambos supuestos el contratista ha de seguir en la ejecución del contrato, si bien la Administración debe ayudarle económicamente.

Esta ayuda económica se instrumenta en los supuestos de imprevisión a través de la inclusión en el clausulado de los contratos de las llamadas cláusulas de revisión de precios. La inclusión de estas cláusulas de revisión de precios en los contratos de suministro es, sin embargo, sumamente problemática y discutida, por cuanto el vigente Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964 circunscribe el marco de la revisión de precios al contrato de obra y la jurisprudencia preconiza un criterio restrictivo en este punto.

Pese a ello estimamos que la revisión de precios debe hacerse extensiva a los contratos de suministro por los mismos principios de equidad, colaboración en los riesgos y continuidad del servicio público que justifican en general la admisión de la teoría de la imprevisión en la contratación administrativa. Más exactamente cabe decir que estos principios justifican la inclusión de cláusulas de revisión de precios en el contrato de suministro «propio» y que estos mismos principios excluyen la presencia de estas cláusulas en los contratos de adquisición de bienes consumibles o deteriorables por el uso. Por lo que a los contratos de fabricación respecta estimamos que al amparo del reformado artículo 84, párrafo 2.º, de la Ley de Contratos del Estado es perfectamente viable la inclusión de estas cláusulas por analogía a lo establecido en el contrato de obra. Así se admite además expresamente en el vigente Reglamento de Contratos del Estado.

Por lo que al *factum principis*, finalmente, respecta, debe, en nuestra opinión, conducir a una indemnización total del daño ocasionado por la Administración al contratista, indemnización exigible con base a una responsabilidad objetiva extracontractual, realizable, sin embargo, en el contrato.

CONCLUSIONES GENERALES

CAPÍTULO I

PRECEDENTES HISTORICOS

Primera.—El contrato administrativo de suministro encuentra en nuestro Derecho su primer precedente en los contratos celebrados entre los vecinos de los diversos Municipios y sus respectivos Ayuntamientos para atender el aprovisionamiento de los ejércitos.

La coactividad preside estas relaciones, asemejándolas a las transferencias coactivas de bienes fungibles. En torno al surgir de este contrato se observa un proceso de evolución en el que la Administración va renunciando a utilizar la coacción con que en mayor o menor medida se presenta frente a los particulares imponiendo la transferencia, para llegar a formas puramente contractuales. La situación de preeminencia que tradicionalmente se predica de la Administración en el contrato administrativo vendrá a sustituir este poder; de aquí, en gran parte, la doble regulación de la adquisición de bienes muebles en nuestro Derecho y el reservar la expresión «contrato de suministro» a la adquisición de bienes muebles conforme a los procedimientos propios del Derecho público.

Segunda.—El contrato administrativo de suministro se nos presenta, frente al contrato de obra pública, como un contrato carente de una normativa positiva de tipo unitario, regulándose la materia mediante una normativa específica de carácter disperso

—los diversos pliegos de condiciones específicas para cada suministro— y una remisión a la normativa general de contratación —Reglamentos generales de contratación administrativa y Leyes de Administración y Contabilidad.

Tercera.—Si bien en algunas sentencias la jurisprudencia perfila las notas que conceptualmente califican al contrato de suministro, no existe en este período un concepto técnico-jurídico de la figura. El contrato de suministro se nos presenta como una compraventa de ejecución sucesiva que versa sobre géneros, sustancias, artículos u objetos precisos para la alimentación, combustible, obras o trabajos, elementos éstos a consumir o utilizar para servicios o menesteres normalmente accesorios.

Cuarta.—El contrato de suministro se califica inalterablemente como administrativo. Este carácter es predicable del contrato en cuanto que es residenciable ante la jurisdicción contenciosa, y ello en función de un doble criterio: orgánico (el contrato de suministro es así residenciado ante la jurisdicción contencioso-administrativa como contrato celebrado por la Administración) y funcional (en cuanto que el contrato se encuentra directamente vinculado al normal desarrollo de la actividad de los diversos establecimientos públicos de la Administración).

Quinta.—La subasta se nos presenta como forma normal de adjudicación del contrato administrativo de suministro. Por vía de excepción y con carácter supletorio, se prevé la posibilidad de adjudicación del contrato por medios distintos de la subasta, mediante concurso libre con determinados contratistas o a través de la ejecución del servicio por la propia Administración.

Sexta.—La Administración va a ejercitar una serie de facultades en orden a la interpretación, modificación y rescisión del contrato, así como un poder sancionador sobre el contratista.

Estas facultades no suponen, sin embargo, en la mayoría de los casos, un régimen excepcional frente al contrato privado. La facultad de interpretación unilateral que a la Administración se concede en el contrato, por ejemplo, es de origen convencional,

parte de la previa admisión por las partes en el contrato y opera de manera general como consecuencia de su previa inserción en el pliego de condiciones generales. Los criterios de interpretación no difieren en líneas generales de los civiles, si bien la jurisprudencia maneja en ocasiones criterios específicos. El acto de interpretación es ejecutivo, pero no ejecutorio.

Especialmente intenso es el *ius variandi* de la Administración en el contrato administrativo de suministro. Este derecho no es, sin embargo, consecuencia de una especial situación de privilegio de la Administración en el contrato, sino que deriva de la propia naturaleza y función del contrato, esencialmente modificable.

La facultad sancionadora es asimismo previa al contrato y de origen convencional.

La facultad rescisoria de la Administración va a ejercerse normalmente en supuestos de incumplimiento del contrato por parte del contratista como consecuencia de una aplicación al campo de la contratación administrativa de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Séptima.—El contrato de suministro a la Administración se entiende celebrado a riesgo y ventura del contratista. Ello no le priva a éste, sin embargo, del derecho a ser indemnizado en supuestos de fuerza mayor, exigiéndose como norma general, para que esta indemnización se conceda al contratista, la previsión de estas circunstancias en el correspondiente pliego de condiciones del contrato. El régimen jurídico del contrato de suministro a la Administración no supone en este punto especialidad alguna con relación al contrato privado en cuanto que la jurisprudencia establece la sumisión de este contrato al principio de riesgo y ventura y admite el juego en el mismo de la fuerza mayor, dado precisamente el carácter mercantil que de estos contratos se predica.

CAPÍTULO II

LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO DE SUMINISTRO DESDE LA PERSPECTIVA JUSPRIVATISTA; SU PROYECCION EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

Primera.—Deben rechazarse las teorías que configuran al contrato de suministro como un compuesto de una pluralidad de contratos, por cuanto suponen una complicación innecesaria e inútil cara a la explicación de la prolongación de los efectos del contrato. Es erróneo e innecesario partir, como estas teorías hacen, de la existencia de unas reiteradas manifestaciones de voluntad en los sucesivos períodos de ejecución del contrato. Afirmar esto es negar todo contenido al acuerdo inicial, convirtiendo los simples pedidos de entrega en la fase de ejecución del contrato, en manifestaciones perfectas de voluntad tendentes a la formación de nuevos contratos por los contratantes, contratos que son ajenos a la voluntad real de los mismos, y carentes, en consecuencia, de una causa negocial y una sustantividad propia y diversa de la del acuerdo inicial que los origina.

Deben asimismo rechazarse las teorías que lo consideran como una modalidad de figuras jurídicas a él afines.

Segunda.—El contrato de suministro es un contrato dotado de una tipicidad legal propia del Derecho administrativo y con una tipicidad social consagrada por los usos y la práctica comercial en el Derecho privado.

Tercera.—La periodicidad en las entregas, la indeterminabilidad inicial del objeto de las prestaciones, cuya concreción opera en el curso de ejecución del contrato y a través de factores de carácter subjetivo (en función de las necesidades del adquirente), así como la especial incidencia en el contrato del elemento temporal, que se eleva a causa del negocio, son factores que, a la vez de delimitar al contrato de suministro frente a figuras jurídicas afines, permiten afirmar del mismo su propia sustantividad y autonomía.

Cuarta.—El elemento temporal se presenta en el contrato como elemento causal del mismo, en cuanto que constituye el motivo determinante querido por las partes como constitutivo y básico del negocio, y en cuanto determinante asimismo de la función económico-social propia del contrato, irrealizable si el contrato no prolonga sus efectos en el tiempo.

Quinta.—Puede definirse al contrato de suministro como aquel acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes se compromete a asegurar a la otra la satisfacción de una necesidad duradera, mediante entregas sucesivas de bienes cuya cuantía va a determinarse en función de las necesidades del adquirente sobrevenidas durante la fase de ejecución del contrato. Esta definición, efectuada en el campo del Derecho privado, tiene plena acogida en la reciente jurisprudencia contencioso-administrativa de nuestro Tribunal Supremo.

CAPÍTULO III

ADQUISICION DE BIENES MUEBLES POR LA ADMINISTRACION PUBLICA Y CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO.
CONCEPTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

Primera.—La primera regulación jurídica unitaria de las adquisiciones de bienes muebles por la Administración pública se lleva a cabo en nuestro Derecho por la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964.

Segunda.—La Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 24 de diciembre de 1962 formuló por vez primera los principios a los que habría de ajustarse la regulación de estas adquisiciones.

Conforme a sus previsiones habían de quedar sometidas a las normas de la futura Ley del Patrimonio del Estado todos los supuestos de adquisición de bienes muebles que la Administración llevara a cabo mediante un procedimiento contractual.

Tercera.—La Ley de Bases de Contratos del Estado, modifi-

cando, sin embargo, en este punto la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, sustrae del ámbito de ésta la adquisición reiterada de bienes o servicios en plazos sucesivos, supuesto al que denomina contrato de «suministro propio».

Cuarta.—La actual Ley del Patrimonio del Estado (texto articulado de 15 de abril de 1964), de conformidad con lo expuesto en ambas Leyes de Bases, establece una regulación jurídica unitaria para los contratos de adquisición de bienes muebles, excluyendo tan sólo el supuesto en que éstas «se califiquen legalmente como contratos de suministro».

Quinta.—Esta calificación legal se lleva a cabo en el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado. La Ley va a apartarse en este punto tanto de la Ley de Bases de Contratos del Estado, al no ceñir su regulación a la figura del suministro propio, como de la Ley del Patrimonio del Estado, al sustraer de su ámbito determinados supuestos de adquisiciones de bienes muebles.

Sexta.—La Ley de Contratos del Estado contempla tres modalidades del contrato de suministro: el llamado suministro propio, la compraventa de bienes muebles deteriorables y consumibles, y los llamados contratos de fabricación, en los que el bien suministrado ha de ser elaborado conforme a determinadas directrices de la Administración.

Estos tres tipos de contratos tienen el carácter de administrativos, quedando sometidos a las normas contenidas en la Ley de Contratos del Estado para el contrato de suministro y, en su defecto, a las normas del contrato de obra pública.

Por lo que respecta al contrato de suministro «propio», su apartamiento del Derecho privado viene justificado tanto por la normal vinculación de este suministro al desenvolvimiento de los servicios públicos como por la tipicidad legal de que le dota el Derecho administrativo y de la que carece en Derecho privado.

La adquisición de bienes consumibles o deteriorables, por el contrario, debía ser, en nuestra opinión, regulada, como una simple compraventa patrimonial, en la Ley del Patrimonio del Estado.

Los contratos de fabricación y suministro encierran en definitiva un contrato de obra, si bien referido a una cosa mueble. Su inclusión en sede del contrato de suministro responde a un proceso de evolución en la noción del contrato de suministro tradicional, paralela a la que se observa en Derecho francés en relación con los llamados *marchés industriels*.

Séptima.—El concepto legal del contrato administrativo de suministro es, pues, un concepto eminentemente instrumental bajo el que se engloban supuestos negociales de la más diversa índole, ajenos a un concepto técnico-jurídico del mismo.

CAPÍTULO IV

PREPARACION, ADJUDICACION Y FORMALIZACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO. LOS ORGANOS DE CONTRATACION

Primera.—Por lo que a la tramitación del expediente de contratación y al procedimiento de selección del contratista respecta, la reforma operada por la Ley de 17 de marzo de 1973 sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado tiende en general a dotar, sin merma de la debida seguridad jurídica, a la gestión contractual de una mayor flexibilidad y agilidad.

Es en este sentido de destacar la progresiva reducción de las intervenciones del Consejo de Ministros y los jefes de los distintos departamentos ministeriales en los expedientes de contratación, así como la simplificación que en el procedimiento de contratación supone la aprobación simultánea del citado expediente y el correspondiente gasto.

En este contexto legislativo es contradictorio, sin embargo, el excesivo formalismo que parece guiar a la Ley de Contratación del Estado en lo que a la formalización del contrato respecta. Si se tiene en cuenta el volumen económico de la actual contratación administrativa y se considera que a partir de la cantidad de dos millones y medio de pesetas la Ley de Contratos del Estado exige la formalización del contrato en escritura pública,

es fácil suponer que la formalización notarial siga siendo preceptiva de manera prácticamente general. Ello nos parece, de un lado, costoso para el contratista, que es quien soporta estos gastos —aunque, por supuesto, se resarcirá de un modo u otro de ellos—, y de otra parte innecesario si se tiene en cuenta el minucioso control al que se somete todo el *iter contractualis*.

Especialmente nos parece innecesaria tal formalización notarial en aquellos supuestos de contratos de suministro en los que no se hubiere pactado plazo de garantía, en cuyos supuestos el cumplimiento y la extinción del contrato tendrían lugar con el acto de entrega y aceptación por la Administración de los bienes objeto del suministro. La formalización de este contrato extinguido sería, por tanto, un trámite costoso e innecesario que debiera suprimirse.

Estimamos necesario liberar a la contratación administrativa de todo innecesario formalismo; los intereses en contra de determinados sectores deben ceder ante estas exigencias de celeridad y economía en tanto en cuanto no se vea perjudicada la seguridad jurídica.

Segunda.—La Ley de Contratos del Estado configura en la actualidad a los jefes de los departamentos ministeriales como órganos de contratación con competencia originaria. Con independencia de ello, son las Juntas de Compras ministeriales las que, conforme a un principio de desconcentración, llevan en la práctica la tarea de adquisición de suministro para las diversas dependencias administrativas.

Respondiendo, finalmente, a un necesario programa de reducción del gasto público, surge en el marco de la contratación administrativa el Servicio Central de Suministros.

Este Servicio, a través de una labor de coordinación y agrupamiento, centraliza las adquisiciones por parte del Estado de una serie de bienes, habiendo logrado resultados altamente positivos en cuanto a la calidad y economía de éstos se refiere.

La Ley de 17 de marzo de 1973, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado, potencia enormemente —con gran acierto— las competencias de este Servicio Central de Suministros al prever la posibilidad de que, mediante acuerdo del

Gobierno, se lleve a cabo por este servicio de modo general la contratación global de suministros.

Estimamos debiera hacerse uso por el Gobierno con prontitud y generosidad de esta autorización.

CAPÍTULO V

LA EJECUCION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO. LA TEORIA DE LOS RIESGOS

Primera.—Por aplicación del principio general *res perit pro domino*, la Ley de Contratos del Estado hace recaer sobre el contratista suministrante los riesgos por la pérdida o deterioro de los bienes objeto del suministro hasta el momento de su entrega a la Administración o, en su defecto, hasta que tiene lugar la constitución en mora de la misma.

Se niega asimismo, contrariamente a lo que sucede en el contrato de obra, cualquier tipo de indemnización al contratista en los supuestos de pérdida o deterioro de los bienes debida a fuerza mayor. Esta solución, que estimamos lógica para las modalidades del contrato de suministro recogidas en los apartados 1.º y 2.º del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado, dada la imposibilidad de proceder a una especificación de los bienes deteriorados, no nos parece la adecuada para los contratos de fabricación a que alude el párrafo 3.º de la Ley de Contratos del Estado, en los que es perfectamente posible la especificación de los bienes perdidos o deteriorados por ser elaborados conforme a especiales características fijadas por la Administración, y en los que la íntima vinculación y colaboración de la actividad del contratista al servicio público reclama asimismo el mismo trato de favor que se le concede en el contrato de obra. Tal solución la estimamos, por otro lado, viable al amparo del reformado párrafo segundo del artículo 84 de la Ley de Contratos del Estado.

La constitución en mora de la Administración produce los mismos efectos que la entrega de los bienes a la Administración en cuanto al reparto de riesgos se refiere. La Administración habrá asimismo de abonar al contratista en estos supuestos los

intereses legales de las cantidades adecuadas, para lo cual es preciso el transcurso de tres meses tras la interpelación del acreedor —plazo de privilegio a través del cual la Administración obtiene un enriquecimiento injustificado— y la plena liquidez de la deuda.

Estimamos que contrariamente a lo establecido para el contrato de obra, el pago del suministro mediante abonos parciales contra entrega o fabricación de los bienes suministrados traslada los riesgos por la pérdida o deterioro de los mismos del contratista a la Administración.

Segunda.—Entendemos por riesgo económico el eventual aumento de onerosidad de las prestaciones sobrevenidas en la fase de ejecución del contrato. Esta alteración económica del contrato puede ser consecuencia de acontecimientos *ad intra* del contrato o de acontecimientos externos al mismo. Dentro del primero de los supuestos se encuentra fundamentalmente el ejercicio por parte de la Administración de su derecho a alterar unilateralmente alguna de las condiciones del contrato. Este *ius variandi* se traduce en la facultad de modificar el contenido de las prestaciones o suspender, temporal o definitivamente, el contrato. En cualquiera de los supuestos estimamos que el ejercicio de este *ius variandi* por parte de la Administración está condicionado a la atención con dichas modificaciones de las necesidades reales del servicio destinatario, término que estimamos equivalente a las «razones de interés público» utilizado por los artículos 18 de la Ley de Contratos del Estado y 270 del Reglamento de Contratos del Estado, teniendo en cuenta el carácter restrictivo que al *ius variandi* se da en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963.

Opinamos que esta facultad modificatoria de la Administración habría de tener no ya unos límites puramente temporales y cuantitativos como los establecidos en la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento, sino un límite sustancial dado por el respeto en estas alteraciones del contrato al equilibrio económico y financiero del mismo.

Propugnamos asimismo, dada la amplia discrecionalidad que estas decisiones de la Administración llevan consigo, la necesaria motivación de las mismas.

Tercera.—Dentro de los supuestos de alteración del equilibrio económico del contrato de origen extracontractual cabe distinguir aquellos supuestos de aumento grave en la onerosidad de las prestaciones debidos a circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, independientes de la voluntad de los contratantes, y las medidas adoptadas por la Administración a través de disposiciones de carácter general que provocan de manera directa un aumento en la onerosidad de la prestación del contratista.

El primero de los supuestos da lugar al llamado estado de imprevisión, el segundo constituye lo que la doctrina ha dado en denominar *factum principis*. En ambos supuestos el contratista ha de seguir en la ejecución del contrato, si bien la Administración debe ayudarle económicamente.

Esta ayuda económica se instrumenta en los supuestos de la imprevisión a través de la inclusión en el clausulado de los contratos de las llamadas cláusulas de revisión de precios. La inclusión de estas cláusulas de revisión de precios en los contratos de suministro es, sin embargo, sumamente problemática y discutida por cuanto el vigente Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964 circunscribe el marco de la revisión de precios al contrato de obra y la jurisprudencia preconiza un criterio restrictivo en este punto.

Pese a ello estimamos que la revisión de precios debe hacerse extensiva a los contratos de suministro por los mismos principios de equidad, colaboración en los riesgos y continuidad del servicio público que justifican en general la admisión de la teoría de la imprevisión en la contratación administrativa. Más exactamente cabe decir que estos principios justifican la inclusión de cláusulas de revisión de precios en el contrato de suministro «propio» y que estos mismos principios excluyen la presencia de estas cláusulas en los contratos de adquisición de bienes consumibles o deteriorables por el uso. Por lo que a los contratos de fabricación respecta, estimamos que, al amparo del reformado artículo 84, párrafo 2.º, de la Ley de Contratos del Estado, es perfectamente viable la inclusión de estas cláusulas, por analogía a lo establecido en el contrato de obra. Así se admite además expresamente en el vigente Reglamento de Contratos del Estado.

Por lo que al *factum principis*, finalmente, respecta, debe, en

nuestra opinión, conducir a una indemnización total del daño ocasionado por la Administración al contratista, indemnización exigible con base a una responsabilidad objetiva extracontractual realizable, sin embargo, en el contrato.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALBI, *Los contratos municipales*. Valencia, 1944.
ALFARO, *Tratado de lo contencioso-administrativo*. Madrid, 1875.
ALVAREZ GENDÍN, *Los contratos públicos*. Madrid, 1934.
ARIÑO ORTIZ, *La afectación de bienes al servicio público*. Alcalá de Henares, 1973.
— *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid, 1968.
— *El contenido de la relación contractual: sus principios informadores*. «Documentación Administrativa», núm. 121, 1968.
AUMONT, *Les marchés de fournitures et des services; notions générales*. «Juris-Classeur administratif», fasc. 525, París, 1971.
BADAQUI, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*. París, 1955.
BAENA DEL ALCÁZAR, *Las excepciones a la Ley de Expropiación Forzosa*. «Revista de Administración Pública», núm. 59, 1969.
BARBERO, *Sistema istituzionale di Diritto privato*. Torino, 1950.
BONFANTE, *Natura del contratto de somministrazione dell'elettricità*. «Revista del Diritto privato», Torino, 1904.
BOQUERA OLIVER, *La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia española y francesa*. «Revista de Administración Pública», núm. 23, 1957.
— *Poder administrativo y contrato*. Madrid, 1970.
— *La selección de contratistas*. Madrid, 1963.
BUTGENBACH, *Theorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*. Bruselas, 1952.
CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1969.
CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*. Milano, 1964.
CLAVERO ARÉVALO, *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo*. «Revista de Administración Pública», núm. 10, 1953.
COLMEIRO, *Derecho administrativo español*. Madrid, 1858.

CORAIL, *La crise de la notion de service publique en droit administratif française*. París, 1954.

CORRADO, *La somministrazione*. Torino, 1952.

CUNEO, *Appalti pubblici e privati*. Padova, 1962.

D'AMELIO, *Contrato di acquisto e contrato de somministrazione*. «Revista di Diritto commerciale», 1909.

DE CASTRO Y BRAVO, *La promesa de contrato*. «Anuario de Derecho Civil», 1950.

— *Derecho civil de España*. Madrid, 1955.

DELGADO Y MARTÍN Y ARRIAGA DEL ARCO, *Contratos administrativos*. Madrid, 1899.

DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro*. Salamanca, 1959.

DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre jurisprudencia civil*. Madrid, 1965.

— *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid, 1972.

ENNEGERUS-LEHMANN, *Tratado de Derecho civil*, tomo II. Barcelona, 1935.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*. Madrid, 1945.

FERRARA, *Diritto privato attuale*. Torino, 1948.

FERRI, *Vendita con esclusiva*. «Diritto e pratica commerciale», 1933.

FLAMME, *Traité theorique et pratique des marchés publics*. Bruselas, 1969.

FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*. Madrid, 1958.

FRANCESCHELLI, *Natura jurídica della compravendita con esclusiva*. «Revista del Diritto commerciale», 1939.

GALLOSTRA, *Lo contencioso-administrativo*. Madrid, 1881.

GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*. «Revista de Administración Pública», núm. 10, 1953.

— *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid, 1954.

— *Riesgo y ventura en la contratación administrativa*. «Revista de Administración Pública», núm. 2, 1950.

— *La figura del contrato administrativo*. «Revista de Administración Pública», núm. 41, 1963.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, 1974.

GARCÍA TREVIJANO, *Titularidad y afectación en el ordenamiento jurídico español*. «Revista de Administración Pública», núm. 29, 1959.

— *Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la vida local*. «R. E. V. L.», núm. 87, 1956.

GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II. Madrid, 1971.

— *Sobre el régimen del dominio público*. «Estudios en homenaje a Pi Súñer», Barcelona, 1962.

GASCÓN, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, 7.ª edición.

GIAQUINTO, *Contratto amministrativo*. «Nuovo Digesto Italiano», Torino, 1957.

GÓMEZ GONZÁLEZ, *Contratos administrativos*. «Enciclopedia jurídica española Seix».

GONZÁLEZ BERENGUER, *La contratación administrativa*. Madrid, 1966.

GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*, tomo I. Barcelona, 1859.

GONZÁLEZ PÉREZ, *Dictamen sobre revisión de precios*. «Monitor de Obras Públicas», núm. 388-389.

GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos, en especial responsabilidad contractual*. Madrid, 1958.

HAURIUO, *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*. «Revista de Derecho Privado», núm. 148, 1946.

JORDANA DE POZAS, *Derecho administrativo*. 1924.

JORDANO BAREA, *Los contratos atípicos*. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto 1953.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL MINISTERIO DE HACIENDA, *Memorias correspondientes a los años 1960-1974*. Ministerio de Hacienda, Madrid.

LAUBADERE, *Traité theorique et pratique des contrats administratifs*. París, 1956.

LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, tomo III. Barcelona, 1959.

MARTÍN RETORTILLO, C., *Una sentencia interesante sobre la mora en los contratos administrativos*. «Revista de Administración Pública», núm. 39, 1962.

MARTÍN RETORTILLO, S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*. Sevilla, 1960.

MENDOZA OLIVÁN, *La revisión del régimen jurídico de los contratos del Estado*. Alicante, 1973.

MESA-MOLES SEGURA, *De la adquisición por causa de utilidad pública*. «Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín», Madrid, 1952.

MESSINEO, *Il contratto in genere*, tomo I. Milán, 1968.

MIRABELLI, *La rescissione del contratto*. Nápoles, 1962.

MORELL OCAÑA, *La delegación entre entes públicos en el Derecho público español*. Madrid, 1972.

MOSSA, *Il contratto di somministrazione*. Sassari, 1914.

NOVOA, *Contrato de compraventa por suministro*. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1947.

OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*. 1843.

OPPO, *Il contratti di durata*. «Revista di Diritto commerciale», 1943.

OTTAVIANO, *Novísimo Digesto italiano*. Torino, 1958.

PARADA VÁZQUEZ, *La nueva Ley de Contratos del Estado*. «R. A. P.», número 47, 1965.

— *Réplica a Nieto*. «R. A. P.», núm. 59, 1969.

— *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*. Sevilla, 1963.

PEQUIGNOT, *Theorie générale du contrat administratif*. París, 1945.

PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus*. Barcelona, 1935.

PUGLIATTI, S., *Introduzione ad una teoria dei trasferimenti coattivi*. «Annali dell'istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e

- sociali». Messina, 1930-1; y Apéndice: *Sulla onerosità dei trasferimenti coattivi*, en el mismo trabajo.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II. Barcelona, 1956.
- RIVERO YSERN, E., *La interpretación del contrato administrativo*. Sevilla, 1971.
- ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado: obligaciones y contratos*. Madrid, 1948.
- ROVIRA FLORES DE QUIÑONES, *Valor y función de las exposiciones de motivos de las normas jurídicas*. Santiago de Compostela, 1972.
- RUBINO, *La compravendita*. «Trattato di diritto e pratica commerciale». Milán, 1952.
- SILVELA, *Estudios prácticos de administración*. Madrid, 1839.
- SIORAT, *La notion d'affectation en matière domaniale*. «Revue de Droit public et de la science politique», 1958.
- VALLINA VELARDE, *La motivación del acto administrativo*. Madrid, 1962.
- VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo*. Madrid, 1968.
- *Lecciones sobre contratación administrativa*. Madrid, 1969.
- *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*. «R. A. P.», núm. 3, 1950.
- *Justo precio y transferencias coactivas*. «R. A. P.», núm. 18, 1955.
- WALLINE, *Evolution recente des rapports de l'Etat avec ses cocontractans*. «Revue de Droit Public», 1951.

TITULOS PUBLICADOS

21. La materia contenciosa laboral, 2.ª edición revisada, por *Manuel Alonso Olea*.
22. El deslinde administrativo, por *Enrique Rivero Ysern*.
23. La reversión en materia de expropiación forzosa, por *Alfonso Pérez Moreno*.
24. Algunas ideas sobre el Consejo de Estado francés, por *Juan Antonio Tamayo Isasi-Isasmendi*.
25. Consideraciones en torno a la radio-difusión en el Derecho español, por *Enrique Rivero Ysern*.
26. El derecho transitorio en la pactación colectiva, por *Bernardo María Cremades*.
27. La representación sindical en la empresa, por *Alfredo Montoya Melgar*.
28. El recurso de interpretación en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, por *José M. Peláez Marón*.
29. El recurso en interés de la Ley, por *Bernardo María Cremades*.
30. La forma jurídica de las empresas públicas, por *Alfonso Pérez Moreno*.
31. El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares, por *Enrique Rivero Ysern*.
32. Las mejoras voluntarias de Seguridad social, por *Antonio Martín Valverde*.
33. La interpretación del contrato administrativo, por *Enrique Rivero Ysern*.
34. La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo, por *Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez*.
35. La libertad sindical y los empleados públicos (Un estudio del Derecho italiano) por *Tomás Sala Franco*.
36. Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845), por *Juan Alfonso Santamaría Pastor*.
37. El Reglamento como fuente de Derecho en las Comunidades Europeas, por *José Antonio Pérez Beviá*.
38. La Región: Historia y Actualidad, por *Amparo Rubiales Torrejón*.
39. Registros de Empresas Periodísticas y Editoriales, por *Javier Salas*.
40. El Contrato Administrativo de Suministro, por *José Luis Rivero Ysern*.



ERL L 351.712