

LOS AVANCES DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS EN EL SIGLO XX PARA PREVENIR LAS DESVIACIONES PRESUPUESTARIAS

20TH CENTURY LEGISLATORY ADVANCES IN PUBLIC WORKS CONTRACTS TO PROTECT AGAINST BUDGETARY IMBALANCES

JAIME JIMÉNEZ AYALA. Dr. Ingeniero Industrial. Master en Dirección de Empresas, MBA. Instituto de Empresa, Madrid.
Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.
Jefe de Obra. FCC Construcción, S.A. jjimaya@ciccp.es

RESUMEN: Las desviaciones presupuestarias de los contratos de obras públicas han sido un problema del que se tiene constancia desde el siglo XVII y que se sigue repitiendo con frecuencia. Analizamos aquí la evolución histórica desde finales del siglo XIX hasta la actualidad de las distintas normativas de contratación pública que han estado vigentes en nuestro país, prestando especial atención al tratamiento que han dado a la modificación del contrato y a las alteraciones en el presupuesto. Con ello se trata de obtener conclusiones sobre la efectividad que han tenido para prevenir tanto una cosa como la otra.

PALABRAS CLAVE: CONTRATACIÓN PÚBLICA, DESVIACIONES PRESUPUESTARIAS, PROYECTO MODIFICADO, EVOLUCIÓN HISTÓRICA

ABSTRACT: Budget deviations in public works contracts were recorded as being a problem as far back as the 17th century and continue to be so to this very day. This article charts the development of the changing regulations on Spanish public contracts over the last 100 years and places particular attention on the consideration given to contract modifications and budgetary deviations. On the basis of this study, the author provides his conclusions regarding the effectiveness of the prevailing legislation to prevent these factors.

KEYWORDS: PUBLIC CONTRACT, BUDGETARY IMBALANCES, DESIGN MODIFICATION, HISTORIC DEVELOPMENT

ANTECEDENTES REMOTOS. PLIEGO GENERAL DE CONDICIONES PARA LA CONTRATACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS R.D. 11 DE JUNIO DE 1886

De 1683 data la famosa carta de Sebastián Vauban, Comisario de Fortificaciones de Luis XIV al Ministro francés de la Guerra en la que ya ponía de manifiesto aquello de “... Hay algunos trabajos en los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo esto, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que a atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquéllos que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerable

mente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y lo que un contratista que pierde hace lo mismo que un naufrago que se ahoga, agarrarse a todo lo que puede; y agarrarse a todo, en el oficio de contratista, es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello [...]”.

En España la sensación era parecida antes de la promulgación del Pliego General de Condiciones para la Contratación de Obras Públicas de 11 de junio de 1886, cuando se contrataban las obras por una suma fija, estipulada de antemano, sin tener en cuenta para el abono ni las operaciones practicadas, ni los medios auxiliares empleados en la construcción.

Se admiten comentarios a este artículo, que deberán ser remitidos a la Redacción de la ROP antes del 30 de julio de 2004.

Recibido: marzo/2004. Aprobado: marzo/2004

El sistema de tanto alzado utilizado entonces exigía, como primera e ineludible condición, la de que la obra estuviera perfecta y completamente definida, además de excluir toda modificación del proyecto, cualesquiera que fueran las causas que la motivaran o las ventajas que con ella se alcanzaran. Con este planteamiento, una vez que se empezaban los trabajos, cualquier alteración de lo estipulado era objeto de una renovación del contrato, con la consiguiente rescisión del ya celebrado, la perturbación de la marcha de las obras y daba derecho al contratista a reclamar el abono de los perjuicios ocasionados.

El hecho de que no se cumplían estas dos condiciones (exhaustiva definición de la obra y ausencia de modificaciones) produjo el descrédito de este sistema y motivó su abandono en el ensayo que de este método se hizo en España en la primera mitad del siglo XIX.

Para resolver esta situación, se aprobaron el pliego de condiciones generales de 10 de julio de 1861 y los formularios para la redacción de los proyectos de carreteras (Real Orden de 12 de febrero de 1878). Con ellos se abandonó en parte el procedimiento de abonar por separado todas las operaciones de la ejecución de la obra y se clasificaron y detallaron en cierta medida los trabajos contemplados. Así, se establecía una clasificación en cinco grupos de los terrenos, se fijaba el precio de los terraplenes y ciertos materiales de construcción y, en general, se venía a poner algo de orden respecto a la situación precedente.

El objeto de la nueva reglamentación de 1886, como no podría ser de otro modo, era el de mejorar la eficiencia del sistema de contratación. Para ello, se abona al contratista la medición de lo construido, asignando a cada clase de obra un precio invariable, cualquiera que sea la naturaleza de los terrenos, o la distancia desde la que hay que transportarlos, y se concede al contratista la libertad de adquirirlos donde mejor le convenga y de organizar los trabajos conforme a su propio interés y no según criterio de la Administración, como hasta entonces.

Una de las más importantes novedades que se incorpora en el nuevo sistema de contratación es la de hacer el replanteo de la obra antes de la subasta. Hasta entonces, después de la adjudicación se procedía al replanteo y a la expropiación de los terrenos, lo que frecuentemente sacaba a la luz deficiencias y errores del proyecto, y con ellos los retrasos, el entorpecimiento de la marcha de los trabajos, las reclamaciones del contratista y la necesidad de redactar presupuestos adicionales que alargaban la ejecución y elevaban el coste calculado de la obra.

Otra de las innovaciones del nuevo Pliego proviene del nuevo enfoque de la declaración de causa de fuerza mayor. Hasta entonces se evaluaba esta situación por los daños ocasionados y por los testimonios de testigos de los hechos, lo que era fuente de errores y daba origen a la picaresca, más aún si se tiene en cuenta que las declaraciones de fuer-

za mayor se hacían a veces hasta varios meses después de haber acontecido los hechos. La nueva norma hace depender esta declaración no tanto de la magnitud del daño como de la naturaleza del elemento que lo ocasiona.

Un primer germen de las disposiciones en materia de seguridad y salud en las obras de construcción se encuentra en el Art. 16 del Pliego, según el cual *El contratista asegura -rá la vida de los operarios para todos los accidentes que dependan del trabajo ó estén relacionados con él. Se exceptúan los que la Dirección general de Obras públicas califique de imputables al operario por su ignorancia, negligencia o temeridad.* El seguro debía cubrir el importe de 500 jornales en caso de defunción y el pago de todos los jornales durante el periodo de baja en caso de *inutilización temporal*, independientemente de las reclamaciones por daños y perjuicios a las que tuviera derecho el accidentado.

El Art. 46 regulaba el proceso de aprobación de los precios de *cantidades de obra* no recogidos en el proyecto, en los siguientes términos: *Cuando se juzgue necesario emplear materiales ó ejecutar obras que no figuren en el presupuesto de la contrata, se valorará su importe á los precios asignados á otras obras ó materiales análogos, si los hubiere, y cuando no, se discutirán ente el Ingeniero y el contratista, sometiéndolos á la aprobación superior si resultase acuerdo. [...] Cuando no hubiere conformidad para la fijación de estos precios entre la Administración y el contratista, quedará éste relevado de la construcción de la parte de obra de que se trata, sin derecho á indemnización de ninguna clase, abonándole, sin embargo, los materiales que sean de recibo y que hubieren quedado sin empleo por la modificación introducida.*

El Pliego contemplaba como causa de rescisión del contrato el caso de que durante las obras, experimenten *los precios un aumento notable*, en cuyo caso podrá el contratista solicitar la rescisión. *Se entiende por aumento notable en los precios el que, aplicado á la mano de obra que falta ejecutar, produzca una cantidad superior á la cuarta parte del importe total de la contrata.*

EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO A LO LARGO DEL SIGLO XX

Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas de 18 de marzo de 1903

Diecisiete años después, se aprueba este nuevo Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas con 67 artículos y el mismo esquema del que le precedía. Supone tan sólo la introducción de pequeñas modificaciones respecto a su antecesor, siendo buena parte de ellas cambios en la redacción de los artículos, o la escisión o fusión de otros, introduciéndose pocos artículos completamente nuevos.

Notable novedad es la introducción del concurso como forma de adjudicación de los contratos, *cuando sea difícil obtener ventajosamente los tramos metálicos para puentes, maquinaria, aparatos de alumbrado marítimo, material de limpia y de carga ó descarga, ó ejecutar cimien -* tos tubulares y otros servicios análogos (Art. 2).

Se establece un límite de 10.000 pesetas que distingue las subastas que podrán celebrarse en las capitales de provincia correspondientes de aquéllas que deberán verificarse en Madrid, *ante la Dirección general de Obras públi -* cas y que requieren la formalización en escritura pública.

Se añade otra causa más de resolución del contrato por modificaciones del presupuesto a la ya admitida de modificaciones de las cantidades de obra que supusieran una variación positiva o negativa de un 20 por 100 del total. En el nuevo supuesto, si las modificaciones introducidas por la Administración afectan *á la explanación, á las distancias de transporte de los materiales ó á otros ele -* mentos que hagan variar los precios de las unidades de obra y alteren el presupuesto de la contrata, *por exceso ó por defecto en un 10 por 100 por lo menos*, tendrá derecho el contratista a la resolución del contrato.

La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911

El capítulo V de esta Ley de 1911 está dedicado a la contratación de servicios y obras públicas, y viene a normalizar de manera más rigurosa que hasta entonces el procedimiento de adjudicación de contratos de obra.

Para comenzar, establece la *subasta pública* como el procedimiento por defecto para adjudicar los contratos de obras del Estado, salvo contadas excepciones. Se determina un plazo de 20 días de anticipación para anunciar las subastas, en la Gaceta de Madrid, el Diario Oficial de Avisos de las poblaciones directamente afectadas y en los Boletines Oficiales de las Provincias; plazo que se puede reducir hasta un mínimo de 10 días para *casos urgentes*.

Los licitadores han de presentar sus *proposiciones por escrito en pliegos cerrados*. La Ley prevé un modo de desempate en caso de igualdad entre dos o más ofertas, basado en *pujas a la llana (1) durante el término de quince minutos*, tras lo cual se procede al sorteo si es que persiste el empate.

El Gobierno puede decidir la adjudicación de los contratos de obra por el procedimiento de concurso en los casos siguientes:

Notable novedad es la introducción del concurso como forma de adjudicación de los contratos, cuando sea difícil obtener ventajosamente los tramos metálicos para puentes, maquinaria, aparatos de alumbrado marítimo, material de limpia y de carga ó descarga, ó ejecutar cimient - tos tubulares y otros servicios análogos (1903)

- Cuando los contratos, *por su naturaleza es -* pecial exijan garantías o condiciones también especiales por parte de los contratistas.
- En los contratos en los que *la Administra -* ción se reserve la facultad de elegir entre los proyectos [...] destinados á las construcciones de los efectos objetos del contrato, *por no esti -* marse conveniente la fijación previa de un proyecto o diseño especial técnico. En este caso, se exigía la audiencia previa del Consejo de Estado.

Por otra parte, también la Administración podía *concertar directamente* los siguientes contratos de obras:

- Aquellos en los que no sea posible promover concurrencia en la oferta al existir un único *productor* del objeto del contrato.
- *Los contratos de reconocida urgencia*, que no permitan dar lugar a los trámites de la subasta.
- Aquellos en los que *la seguridad del Estado exija garantías especiales ó gran reserva por parte de la Administración*.

Ley 17 de octubre de 1940 sobre garantías de los licitadores

Esta Ley se promulga con el objetivo de facilitar la concurrencia de licitadores de modo que se redujera el capital inmovilizado en depósitos, fijando las garantías a depositar en función de la importancia de las obras a realizar y de las bajas ofrecidas.

Se establece un escalado de porcentajes de forma que la fianza definitiva a depositar por el adjudicatario queda fijada en un 4% del presupuesto de la obra para presupuestos inferiores a un millón de pesetas; por la cantidad que supera un millón y hasta llegar a cinco se deposita un 3%; por el exceso hasta diez millones se deposita un 2%, y en lo que rebase la cifra de diez millones, el 1%.

En todos los casos, para poder reclamar la devolución de la fianza, habrá de acreditarse que *no existe reclama -* ción alguna *contra la contrata como consecuencia de la parte de obra a cuya construcción esté afectada*.

Ley 20 de diciembre de 1952 que modifica el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911

El capítulo V de la Ley de la Hacienda Pública de 1911 había sido modificado parcialmente por los Reales Decretos Leyes de 31 de mayo y 23 de agosto de 1924 y

(1) Pujas de viva voz, oyendo los postores las respectivas ofertas.

27 de marzo de 1925 que fueron ratificados con fuerza de ley por la dictada el 9 de septiembre de 1931 y por la Ley de 12 de julio de 1933. Estas modificaciones afectaron a los artículos 55 y 56 de la Ley de 1911, relativos a los contratos que podían ser concertados directamente por la Administración sin recurrir a la subasta o al concurso, para delimitar mejor la frontera que permitía la contratación de una o de las otras dos formas.

Posteriormente, el capítulo V de la Ley de 1911 fue suspendido al promulgarse el Decreto Ley de 22 de octubre 1936, en cuanto era incompatible con la organización del Estado durante el periodo de guerra civil, para entrar nuevamente en vigor tras el final de la guerra.

De esta forma, la motivación de la promulgación de la nueva Ley de 1952 no era otra que la de *restablecer ahora, con las debidas modificaciones, las normas básicas de la contratación administrativa, ampliar con el mismo criterio en que se inspiraron [las disposiciones anteriormente citadas], y en la medida que demandan las circunstancias, los casos en que ha de ser permitida la contratación directa, de tal modo que, estableciendo con carácter general la celebración previa de subasta o concurso, se aumente el número de casos en que no es necesaria [...]*

Esta declaración de intenciones es una clara proclama a favor de la contratación directa y en contra de la libre concurrencia a la adjudicación de contratos de obra y sobre todo de la claridad en los criterios de adjudicación de los mismos. De hecho, se amplían los contratos de obra que pueden ser *concertados directamente* por la Administración sin tener que recurrir a subasta o concurso. Estos pasan a ser los siguientes:

- Los contratos respecto de los que no se pueda promover concurrencia en la oferta por referirse a *cosas de que haya un solo productor o poseedor*. Esta circunstancia deberá justificarse en el expediente.
- *Aquellos en que por sus circunstancias excepcionales, que habrán de justificarse en el expediente, no convenga promover concurrencia en la oferta.*
- Los casos de reconocida urgencia originados por causas imprevistas.
- *Los en que la seguridad del Estado exija garantías especiales o gran reserva por parte de la Administración y no puedan realizarse directamente por ésta.*
- Los contratos que afecten a la ejecución o reparación de obras que, *según dictamen de Organismo o Autoridad competente, sean declarados de notorio carácter artístico.*
- Los de obras de los edificios *destinados a la instalación de Embajadas, Legaciones y Consulados de España en el extranjero, cuyas consignaciones figuren en los Presupuestos.*

- Los de ejecución de obras *que hayan de realizarse necesariamente en el extranjero.*
- Los que no excedan de 500.000 pesetas. *Su contratación se acordará por los Jefes de las Dependencias hasta cien mil pesetas, y por Orden ministerial las de cuantía superior a esta cifra.*
- Aquellos que habiendo sido anunciados a subasta o concurso no se adjudicaran por falta de licitadores, *o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles;* o porque el adjudicatario no cumpla las condiciones necesarias para formalizar el contrato.
- Los que se realicen en *los establecimientos industriales o fabriles del Estado.*
- Los contratos de reparaciones menores u ordinarias destinadas al mantenimiento de obras públicas.
- *Los que afecten a obras de instalación y montaje de los aparatos de faros y de todas las señales marítimas en general.*
- Los que se celebren para continuar la ejecución de obras [...] que, habiendo sido concertados previa subasta o concurso, quede interrumpido su cumplimiento por resolución o rescisión [...]

Decreto 9 de enero de 1953 sobre el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales

Este Decreto que regula la contratación pública en las Corporaciones locales, se promulga, como indica el preámbulo, *inspirado por el afán de precaver y evitar cuantas corruptelas pudieran deslizarse en el área de los intereses particulares con menoscabo de los generales de Municipios y Provincias [...] que el vigoroso resurgir de la vida municipal, en sus complejas formas, reclama, sin demoras injustificadas, pero siempre a través de las solemnidades y garantías que en cada caso se requieren.*

El Art. 51 del capítulo destinado al cumplimiento del contrato, establece claramente que *los contratos son inalterables a partir de su perfeccionamiento, y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los Pliegos que les sirvan de base, cuyas condiciones jurídicas y técnicas sólo podrán modificarse mediante nueva licitación.* Eso sí, se reserva un salvo las excepciones expresamente admitidas por los artículos siguientes, que deja esta puerta entreabierta.

A este respecto, el contratista está obligado a aceptar las variaciones *de detalle que no alteren sustancialmente los Pliegos de condiciones ni los precios establecidos.* Se reserva la prerrogativa a las Corporaciones de modificar las prestaciones de la obra contratada por causas imprevistas e inevitables o en virtud de motivos de interés público, contando con el previo informe de los Organismos técnicos de la Corporación y de la Comisión provincial de

Servicios técnicos, *siempre que no se altere el presupuesto, por exceso o por defecto, en más de la quinta parte.*

Ley 96/1960 de 22 de diciembre de Fianzas para los Contratos de Obras del Estado

Esta Ley se promulga con el objetivo de unificar la diversidad de normas que habían ido surgiendo para regular los efectos de las garantías que debe prestar el contratista para la ejecución de contratos de obra para el Estado, además de para actualizar las cuantías de dichas garantías.

Por otra parte, también pretende unificar los criterios a aplicar a la hora de establecer las garantías, independientemente del tipo de obra o de la Administración para la que se realizase, ya que hasta ese momento había sido la Ley de 17 de octubre de 1940, dictada para las obras del Ministerio de Obras Públicas, la que se había aplicado de forma extensiva para otro tipo de obras y Administraciones.

Ley 198/1963 de 28 de diciembre de Bases de Contratos del Estado

Desde que a principios del siglo XX se promulgaron las normas capitales sobre contratación administrativa, se habían producido suficientes cambios como para variar los supuestos en que aquéllas se cimentaban. De este modo, el objetivo primordial que persigue la Ley de Bases 198/1963 de 28 de diciembre (que sería posteriormente desarrollada por la Ley de Contratos del Estado 923/1965 de 8 de abril) es el de establecer en el ordenamiento una regulación completa de los contratos del Estado, bajo principios jurídicos y administrativos acordes con las necesidades de la fecha.

La actividad pública contractual, en especial la que afecta a obras públicas, carecía de una total disciplina, pues como tal no podía ya calificarse al capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad y al Pliego de condiciones generales de trece de marzo de mil novecientos tres; ni mucho menos las variadas disposiciones especiales que se ocupan de la contratación con alcance más limitado y definido, como es el Decreto 9 de enero de 1953 sobre el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

La legislación antecedente se tiene en cuenta y, en realidad, se procura moldear bajo los nuevos principios lo que la práctica y la doctrina administrativa habían aceptado como deseable. No se trata, por tanto, de una ruptura con el sistema tradicional, sino de un perfeccionamiento del mismo basado, en la consideración de que en la actividad contractual de la Administración hay tres elementos

Con la entrada en vigor de esta Ley, se someten todos los contratos de ejecución de obras al Derecho administrativo, siendo de aplicación el Derecho privado sólo en defecto de aquél (1965)

básicos: la Administración, el contrato y el empresario. La reforma acomete la reestructuración de estos elementos de manera que operen dentro de la mayor eficacia.

Dentro de la Base VI, al enfrentarse la Ley con el problema del “ius variandi”, lo resuelve de perfecto acuerdo con las directrices sobre las que se asienta la reforma; la modificación del contrato sólo podrá acordarse dentro de los límites que establezca el Ordenamiento jurídico. Cuando una obra pública ha sido bien proyectada y adecuadamente contratada, no hay razón para presumir, con carácter general, la necesidad de posteriores reformados que tienden en muchas ocasiones a paliar situaciones no calculadas o, en definitiva, defectos de previsión. Este es el fundamento de carácter restrictivo que el “ius variandi” debe ostentar en una buena Administración.

No podía llevarse tampoco a sus últimas consecuencias la rigurosa disciplina del derecho de la Administración a modificar el contrato y se prevén los casos de suspensión provisional y definitiva y los aumentos y reducciones del volumen de obra, procurando que su ejercicio, basado en el interés público, sea todo lo respetuoso que merece, con el vínculo contraído.

La Ley de Contratos del Estado 923/1965 de 8 de abril

Con 125 artículos, supone el primer texto que regula con carácter exhaustivo todo el proceso de formalización, adjudicación y ejecución de los contratos de obra (además de los de servicios públicos y suministro) en España, unificando normas tan dispersas en el tiempo como son el capítulo V de la Ley de Administración y contabilidad de 1911, reformado por la Ley de 20 de diciembre de 1952, y la Ley de Fianzas de 1960, que quedan derogados tras la entrada en vigor de esta Ley.

Con la entrada en vigor de esta Ley, se someten todos los contratos de ejecución de obras al Derecho administrativo, siendo de aplicación el Derecho privado sólo en defecto de aquél.

La regulación de las incapacidades e incompatibilidades para contratar, el descarte de la subasta como sistema de contratación por defecto en beneficio del concurso, el rechazo a la discusión o tanteo entre las dos partes contratantes antes de la adjudicación, la obligación de redactar pliegos de condiciones particulares, la expresa autorización a la Administración a modificar los contratos por motivos de interés público y el establecimiento de las oficinas de supervisión de proyectos son algunas de las más importantes novedades que aporta la nueva Ley, junto al establecimiento del sistema de clasificación y registro de contratistas.

ÚLTIMA NORMATIVA DEROGADA.

LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 13/1995 DE 18 DE MAYO

Con la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratación de las Administraciones Públicas (LCAP), se procede a una regulación de la contratación pública, pendiente desde la aprobación de la Constitución. La aprobación de la LCAP supone la sustitución, al menos formalmente, del sistema construido a partir de la Ley de Contratos del Estado (LCE) de 1965.

Entre los motivos justificativos de esta Ley se encuentran:

- a) Desarrollar la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación básica en materia de contratos administrativos y concesiones.
- b) Incorporar las últimas reformas introducidas por la Comunidad Europea en su legislación relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de contratación pública.
- c) Reorganización de los mandatos contenidos en la Ley, que se plasma, sobre todo, en el incremento del régimen común de los diversos contratos administrativos.
- d) Incorporación de las experiencias derivadas de la aplicación de la Ley de 1965 dirigidas al cumplimiento de objetivos fundamentales como son la garantía de una plena transparencia administrativa y, dentro de los límites impuestos por tales garantías, la agilización y simplificación de los procedimientos.

La Ley recoge la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia. En este sentido, deben destacarse todas las normas de publicidad de citaciones y adjudicaciones, a las que en gran parte ha servido también de fundamento la normativa comunitaria, la regulación más detallada de las causas que constituyen prohibición de contratar y, sobre todo, la nueva configuración que se da al Registro de Contratos, al que se dota expresamente de carácter público y que permitirá a todos los interesados un exacto conocimiento de todos los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y el de las empresas con quienes se celebren.

En lo que se refiere a modificaciones del contrato, la LCAP del 95 establece que *una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente*

en el expediente. Las modificaciones del contrato deben seguir las mismas pautas que la formalización inicial del mismo.

Son obligatorias para el contratista las modificaciones en el contrato de obras que produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea una de las comprendidas en el contrato. En caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tiene derecho a reclamar indemnización alguna.

Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración, a la vista de la propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia, por plazo mínimo de tres días. Si éste no aceptase los precios fijados, deberá continuar la ejecución de las unidades de obra y los precios de las mismas serán decididos por una comisión de arbitraje en procedimiento sumario, sin perjuicio de que la Administración pueda, en cualquier caso, contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.

En el supuesto de incidencias surgidas en la ejecución del contrato de obras que puedan determinar, si no son resueltas, la imposibilidad de continuar dicha ejecución, la modificación del contrato no exigirá más trámite que la aprobación por el órgano de contratación, previa audiencia del contratista, de la propuesta técnica motivada, efectuada por el director facultativo de la obra en la que se incluirá el importe máximo de dicha actuación, que no podrá ser superior al 20 por 100 del precio del contrato.

DIAGNÓSTICO DE DEFECTOS A LA LEGISLACIÓN DE APLICACIÓN: R.D.L. 2/2000 DE 16 DE JUNIO QUE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LCAP

La reforma llevada a cabo por la Ley 53/1999, recogida en el texto refundido R.D. Legislativo 2/2000 de 16 de junio, ha quedado lejos de conseguir los ambiciosos objetivos que plantea su exposición de motivos.

Esta última modificación de la LCAP no va a simplificar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, ni tampoco va a aumentar la transparencia y la objetividad en esos procedimientos. Si bien es cierto que la materia de los contratos de obra pública se encuentra hoy muy disciplinada por un Derecho comunitario que ha unificado como en pocos campos los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea, no puede olvidarse que el Derecho europeo se limita a regular las fases

preparatorias y de formación de la contratación, dejando a la absoluta libertad de los países el tratamiento normativo de la ejecución de los contratos.

Se siguen sin abordar de frente las peculiaridades en la contratación de las diferentes Entidades locales, en particular de las más pequeñas en cuanto a población, recursos y medios, que son a su vez las Administraciones más numerosas. Este importante defecto de la Ley se observa al analizar las medidas que se adoptan, por ejemplo, para afrontar el grave problema que nos ocupa sobre las modificaciones de los contratos. Así, se aumentan por la nueva Ley las garantías de control interno, pero respecto de los contratos cuyo precio sea superior 6.010.121,04e.

• Defectos en el ámbito de aplicación

Están exentas de aplicación de la Ley (cuando no celebran contratos de construcción de hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, escolares o universitarios o edificios de uso administrativo subvencionados por la Administración en más de un 50 por 100 de más de 4.881.227,19e) las Entidades instrumentales de las Administraciones públicas de Derecho privado.

Con respecto a estas Entidades, cabría reclamar que se estableciera su sujeción a la normativa sobre contratos que evitaría eludirla por el simple dato de la personalidad, pública o privada, otorgada a los distintos entes. No obstante, estas entidades sí están sujetas por la Ley a los principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional 6ª)

En cuanto a la libertad de pactos que se le concede a la Administración, siempre que estos no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, es un principio básico de la contratación el hecho de que los términos de un contrato no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes, sino que una vez suscrito, debe cumplirse con sujeción a las cláusulas y pliegos que le sirven de base, y esto es también aplicable a la Administración.

• Defectos en las actuaciones relativas a la contratación

Todos los plazos para publicitar las licitaciones en los correspondientes Boletines Oficiales han sido reducidos por la Ley 53/1999 de reforma de la LCAP, en la idea de agilizar la publicidad de las licitaciones y, por tanto el procedimiento de contratación. Sin embargo, si bien es cierto que para determinados contratos administrativos los plazos que establecía la LCAP eran excesivos, la reducción de los mismos con carácter indiscriminado plantea

La reforma llevada a cabo por la Ley 53/1999, recogida en el texto refundido R.D. Legislativo 2/2000 de 16 de junio, ha quedado lejos de conseguir los ambiciosos objetivos que plantea su exposición de motivos

problemas a la libre concurrencia y, por tanto a la correcta adaptación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos de obra.

Esta preocupación por acortar los plazos de publicidad y presentación de ofertas tiene su lógica en tratar de evitar que los precios o las condiciones de contorno cambien desde que se licita la obra hasta que se reciben las ofertas de los contratistas. La cuestión es que, si bien el objeto de los contratos de obras sufre modificaciones porque cambian las necesidades de los administrados desde que se decide proyectar la obra hasta que ésta se ejecuta, no es menos cierto que acortar los plazos de publicidad y presentación de ofertas es una solución que se queda muy corta para este problema. De hecho, se está restando tiempo en la parte más crítica del proceso, que es cuando los oferentes deben estudiar y conocer la obra para poder valorarla con mayor exactitud. Acortando estos plazos, se contraviene la máxima de “pensar despacio y actuar rápido”, obligando al contratista a comprometerse a la ejecución de la obra por un precio que ha tenido que estimar en un máximo de 60 días, cuando las características fundamentales de la obra pueden haber estado definidas hasta varios años antes.

Entre los criterios, enumerados a modo de ejemplo, a tener en cuenta para la adjudicación de los concursos, se echa de menos la referencia a otros factores como la estabilidad en el empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, el carácter indefinido de los contratos laborales, la contratación con empresas de economía social o la protección del medio ambiente. Todos ellos son factores objetivos (lo cual es una exigencia básica) y además se encuentran entre los objetivos prioritarios de actuación de los poderes públicos basados en las demandas sociales.

• Defectos en la regulación de la ejecución y modificación de los contratos

A pesar de que el pago del precio pactado es la principal obligación que debe cumplir la Administración frente al contratista, suelen ser habituales los retrasos de las Administraciones a la hora de hacer frente a los pagos, por lo que la reforma del precepto que regula el pago del precio era una reivindicación constante de los contratistas de las Administraciones.

Sin embargo, las modificaciones introducidas por la 53/1999 no han sido sustanciales. Así, no se han adoptado medidas como la elevación del interés a abonar por las Administraciones por su demora en el pago o la creación de sistemas de control adecuados para garantizar que las autoridades públicas respeten el principio de pago de los intereses de demora.

La potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, el *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos de obra. Se trata de un poder para adaptar los contratos ya perfeccionados a nuevas necesidades, cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público y en la prevalencia del fin sobre el objeto en los contratos administrativos. Además, ha de tener como contrapartida necesaria, en garantía del contratista, la compensación adecuada para el mantenimiento del equilibrio del contrato.

El contratista asume la obligación de ejecutar la obra conforme al precio pactado, aceptando el riesgo de que a lo largo del contrato la ejecución resulte más gravosa por cualesquiera circunstancias que no sean debidas a fuerza mayor, pero ese riesgo no incluye las alteraciones que sean debidas al ejercicio por la Administración de su *ius variandi*, que han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas.

No obstante, el *ius variandi* es una prerrogativa excepcional. Ahora bien, la práctica de la contratación de nuestras Administraciones públicas nos demuestra cómo las modificaciones de los contratos se han convertido en habituales. Los licitadores presentan con normalidad ofertas por debajo del precio real convencidos de que tras la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales del precio inicialmente previsto.

Estas prácticas presentan serios problemas de compatibilidad no sólo en relación con la normativa de contratación (pueden ser contrarias a la libre concurrencia) sino también con las disposiciones presupuestarias y económicas a las que están sujetas las Administraciones públicas, ya que afectan a los costes de la inversión pública y dificultan el control presupuestario.

• Defectos en la regulación de la cesión de los contratos y la subcontratación

A pesar de la introducción por la Ley 53/1999 de un nuevo artículo (Art. 116) dedicado en exclusiva a la regulación del pago a subcontratistas y suministradores, que pretende salvaguardar sus derechos y facilitar la subcontratación, mediante el establecimiento de plazos para la aprobación y abono de las facturas, no se ha logrado el objetivo último que se perseguía.

En efecto, ahora se fija un plazo máximo de 30 días para dar conformidad a las facturas de los subcontratistas, un plazo de abono desde su conformidad de 60 días (con pago de intereses de demora si se excede ese plazo) y, en el caso de que se convenga un plazo superior a 60 días, la instrumentación del pago mediante un documento de acción cambiaria, siendo exi-

gible la garantía mediante aval si el plazo es superior a 120 días.

Pues bien, hay que advertir que tanto la acción cambiaria como el aval que garantiza el pago son instrumentos que, a pesar de reforzar la probabilidad de que los subcontratistas acaben cobrando, no inciden directamente en la cuestión del desproporcionado lapso temporal que transcurre normalmente entre la prestación del servicio o realización del suministro y el cobro de las cantidades debidas por el contratista. Además, la garantía de constitución de aval se prevé por la Ley como una posibilidad, no como una obligación para el contratista, lo que sin duda perjudica a las pequeñas empresas subcontratistas o suministradoras cuya posición para la negociación ante las grandes constructoras es realmente débil.

Por ello, los poderes públicos deben garantizar que las condiciones que se establecen al contratar con la Administración afectan al conjunto del contrato, y por tanto no sólo a la relación con el contratista, sino también con el subcontratista. El que la relación contratista-subcontratista sea de carácter privado no debe suponer obstáculo alguno, dado que el subcontrato está en estrecha conexión con el contrato administrativo del que se deriva, y por tanto debe perseguir igualmente la consecución de los fines administrativos y del interés público.

CONCLUSIONES

A pesar de los esfuerzos legisladores desde finales del siglo XIX las restricciones impuestas a la elaboración de Proyectos Modificados no han acabado con las desviaciones presupuestarias en las obras públicas.

La valoración certera de las obras ha sido un problema de difícil solución desde que se trataban de ajustar a una suma fija a tanto alzado, antes de que entrara en vigor el Pliego de Condiciones de 11 de junio de 1886 hasta hoy en día, sin que haya sido posible establecer un método eficaz que pueda fijar de antemano el coste que tiene la construcción de una obra pública.

El legislador, por su parte, se ha preocupado más en los últimos 120 años por las reclamaciones del contratista, las alteraciones de lo estipulado en el contrato y las perturbaciones que esto supone a la marcha de las obras. Durante este tiempo, los poderes públicos han centrado su esfuerzo en conseguir un ahorro en la ejecución de obras públicas mediante la adjudicación de las mismas al contratista que ofertaba los precios más bajos. No obstante, los procedimientos de adjudicación han cambiado mucho para mejor desde que a finales del siglo XIX se adjudicaban de forma directa a la proposición más económica hasta nuestros días, en que se realiza una evaluación previa exhaustiva de los contratistas no sólo en el momento

de la licitación, sino desde que se le requieren las acreditaciones para obtener la clasificación como contratista de obras de las Administraciones Públicas.

Respecto a la modificación de los contratos y a la alteración de su precio, las sucesivas normativas reguladoras han hecho muy poco más que fijar unos límites entre el 10% y el 20%, que pueden llegar al 20% + 10%, como variación permisible o justificable del presupuesto, so pena de rescisión del contrato. Por debajo de ese 20%, hay un pacto “tácito” entre Administración y contratista en el que se permite la adjudicación por procedimiento negociado y sin publicidad al contratista que ya se encuentra ejecutando las obras.

El desarrollo de toda la infraestructura pública de un país a lo largo de más de un siglo ha demostrado que no se puede imponer “por decreto” (ni siquiera “por real decreto”) que las obras salgan como inicialmente estaba previsto. De hecho, las sucesivas legislaciones siempre han ido por detrás de la realidad del momento, limitando las fórmulas que se iban buscando para dar cabida a la compensación económica a los contratistas cuando las cosas no salían como debían. Es claro que la legislación por sí sola no ha podido atajar el problema de fondo de las desviaciones presupuestarias. Es sabido que el desconoci-

miento de la ley no exime de su cumplimiento, aunque su conocimiento sí que lo facilite, pero también es cierto que materiales y elementos tan poco técnicos como los que se tratan en una obra de construcción son esquivos a entender de leyes. Y no es fácil obligar al terreno a que se comporte como Dios manda, ni siquiera como la Ley o el Proyecto mandan.

El desequilibrio que ha existido desde su origen en las relaciones contractuales en la contratación pública, especialmente en cuanto se refiere al privilegio de modificar unilateralmente el objeto del contrato, debería estar cubierto por indemnizaciones reguladas al contratista. De este modo, estaría claramente definido el coste real de las modificaciones y el coste que supone al contratista alterar su plan de trabajos para llevar a cabo las modificaciones. En la situación actual, arrastrada desde decenas de años atrás, nos encontramos con que lo habitual es que el importe de los proyectos modificados no recoja el coste de unas modificaciones impuestas por la Administración, sino que ésta admite cambios propuestos por el contratista que, al margen de que puedan mejorar la obra, encierran compensaciones económicas solapadas por otros conceptos que deberían estar recogidos en buena lógica en un capítulo de indemnizaciones reconocibles al contratista. ■

REFERENCIAS

- 1. ARIÑO ORTIZ, GASPAR y VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. *“Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos”*. Ed.: Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1968.
- 2. B.O.E. de 26 de octubre de 2001. *“Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.
- 3. B.O.E. de 6 de noviembre de 1999. *“Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”*.
- 4. B.O.E. Nº 119 de 19 de mayo de 1995. *“Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas”*.
- 5. B.O.E. Nº 148 de 21 de junio de 2000. *“Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.
- 6. B.O.E. Nº 307 de 23 de diciembre de 1960. *“Ley 96/1960 de 22 de diciembre de Fianzas para los Contratos de Obras del Estado”*.
- 7. B.O.E. Nº 313 de 31 de diciembre de 1963. *“Ley 198/1963 de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado”*.
- 8. B.O.E. Nº 359 de 24 de diciembre de 1952. *“Ley 20 de diciembre de 1952 que modifica el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911”*.
- 9. B.O.E. Nº 44 de 13 de febrero de 1953. *“Decreto de 9 de enero de 1953 por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales”*.
- 10. B.O.E. Nº 97 de 23 de abril de 1965. *“Ley de Contratos del Estado 923/1965 de 8 de abril”*.
- 11. COLEGIO DE INGENIEROS DE CAMINOS, CANALES Y PUERTOS, COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *“Informe del Grupo de Trabajo creado para estudiar el Reglamento que ha de desarrollar la LCAP 13/95 y proponer alegaciones que contribuyan a mejorarlo”*. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Julio 2000.
- 12. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *“Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Coordinación de los Procedimientos de Ad-*

- judicación de los Contratos Públicos de Suministro, de Servicios y de Obras". 2000/0115 (COD). Ed.: Comisión de las Comunidades Europeas, Mayo, 2000.
- 13. D.O.C.E. Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° L 185 de 16 de Agosto de 1971. "Directiva del Consejo de 26 de julio de 1971 sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras (71/305/CEE)".
- 14. D.O.C.E. Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° L 199 de 9 de Agosto de 1993. "Directiva 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras".
- 15. D.O.C.E. Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° L 328 de 28 de Noviembre de 1997. "Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Servicios, de los Contratos Públicos de Suministros y de los Contratos Públicos de Obras, respectivamente".
- 16. D.O.C.E. Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° L 38 de 16 de Febrero de 1993. "Directiva 93/4/CEE del Consejo de 8 de febrero de 1993 que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras".
- 17. DE ÁGUEDA MARTÍN, FRANCISCO JAVIER. "El papel de la Administración en la gestión de la reducción de costes de obra". Revista de Obras Públicas. Noviembre 1997. N° 3370. Ed.: Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.
- 18. FERNANDEZ HIERRO, J. M. "La Modificación del Contrato". Ed.: Aranzadi, Pamplona, 1992.
- 19. FERNANDEZ RUBIO, URBANO. "Las Reclamaciones en las Obras para las Administraciones Públicas". Ed.: Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, 1992.
- 20. FUERTES LÓPEZ, MERCEDES. "El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas". Ed.: Marcial Pons, Madrid, 1997.
- 21. GACETA DE MADRID. N° 185 de 4 de julio de 1911. "Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de Julio de 1911".
- 22. GARDÓ, R. "La ejecución y modificación de los contratos" en la obra colectiva "Introducción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". Ed.: Marcial Pons, Madrid, 1995.
- 23. GIL IBAÑEZ, J.L. "La cesión de contratos y la subcontratación. Derecho de los contratos públicos". Ed.: Praxis, Barcelona, 1995.
- 24. GIMENO FELIÚ, JOSÉ M°. "El control de la contratación pública: Las normas comunitarias y su adaptación en España". Ed.: Civitas, Madrid, 1995.
- 25. GONZÁLEZ - BERENGUER URRUTIA, J. L. "La contratación local". Ed.: Abella, Madrid, 1982.
- 26. HORGUÉ BAENA, CONCEPCIÓN. "La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El ius variandi". Ed.: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- 27. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA. "Informe Anual de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Año 1997". Ed.: Ministerio de Economía y Hacienda, Julio 2001.
- 28. MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO y PLEITE GUADAMILLAS, FRANCISCO. "El Nuevo Reglamento de Contratación de las Administraciones Públicas. Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados". Ed.: La Ley. Enero, 2002.
- 29. MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. "Contratos Públicos: Derecho Comunitario y Derecho Español". Ed.: McGraw-Hill / Interamericana de España, 1996.
- 30. MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO. "Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999". Ed.: La Ley. Marzo, 2000.
- 31. OSUNA MARTINEZ, ANTONIO. "Concursos de proyecto y obra. ¿Solución de futuro?" Revista de Obras Públicas. Octubre 1998. N° 3380. Ed.: Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.
- 32. PARADA VÁZQUEZ, J. R. "Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español". Ed.: Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963.
- 33. Real Decreto de 11 de junio de 1886 y Reales Órdenes de 26 de junio y 24 de agosto del mismo año. "Pliego General de Condiciones para la Contratación de las Obras Públicas. Instrucciones para su cumplimiento y formularios para la redacción de los proyectos de carreteras".
- 34. RUBIO GONZALEZ, ALFREDO. "Manual de Gestión de las Obras de Contratación Pública". Ed.: Carmen Ortego, 1997.
- 35. RUBIO GONZALEZ, ALFREDO. "Manual de Gestión de las Obras de Contratación Pública". Ed.: Carmen Ortego, Mayo 2002.
- 36. SÁNCHEZ MÉNDEZ, JULIO. Notas, apuntes y documentación del "Curso de Contratación Administrativa". Dtor: Julio Sánchez Méndez. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, 8 Abril - 7 Mayo de 1999.