

Una concepción sustancialista del contrato público

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alicante*

1. Cambio de paradigma
2. Históricamente el *quid* está también en la legalización de la fase de adjudicación
3. Prerrogativas y selección del contratista desde el punto de vista de la figura del contrato administrativo
4. El carácter «privado» del contrato se manifiesta, en cambio, en el momento de la selección del contratista
5. Conclusiones

Resumen

Este trabajo difunde una posición doctrinal sobre el contrato público, basada en una posible concepción sustancialista del contrato referido, a fin de adaptar la figura del contrato público a la nueva realidad jurídica cuya ratio ha pasado a ser la legalización de la fase de adjudicación.

Palabras clave: *concepciones sobre el contrato; posible teoría sustancialista; cambio de paradigma; historia del contrato administrativo; adjudicación; prerrogativas; derecho comparado.*

A substantial concept of a public contract

Abstract

This article explores a doctrinal attitude towards a public contract based on its substance. The article pursues to adapt public contracts to a new

Artículo recibido el 25/09/2017; aceptado el 29/09/2017.

legal reality which rotates around the legalization of the adjudication phase.

Keywords: nature of public contracts; substantial theory; paradigm change; history of the administrative contract; adjudication; prerogatives; comparative law.

1

Cambio de paradigma

Al igual que la teoría francesa del servicio público marcó en su día la problemática sobre la figura contractual administrativa, hoy se manifestarían otros hechos igualmente relevantes –las directivas comunitarias– que exigirían una nueva reflexión sobre la figura del contrato administrativo.

Es bien conocido que durante el siglo XIX el origen del contrato administrativo obedece a meras razones de pragmatismo procesal¹, a la atracción concretamente por la jurisdicción contencioso-administrativa de las causas suscitadas por algunos contratos que celebraba la Administración pública. Este fenómeno ha venido considerándose a nivel europeo una tipicidad en cuanto sustrae, del régimen ordinario de derecho común o civil, los contratos más característicos de la Administración (en otros países del continente –Alemania, Italia, Holanda, Austria– no se generó un contrato administrativo).

La llamada Escuela de Burdeos llegó no obstante a propugnar la existencia de un contrato administrativo por naturaleza. Esta tesis sustancialista o sustantivadora partió de que «el derecho administrativo se explica como un derecho especial de los servicios públicos, compuesto de reglas exorbitantes del derecho común surgidas e impuestas por y para la gestión de servicios públicos»², siendo fácil deducir entonces la consecuencia para los contratos

1. Véanse E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. I*, sucesivas ediciones, más recientemente ed.17 (2015), pp. 715 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla, 1962, pp. 257 y ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960.

2. Para un estudio en profundidad de estas doctrinas, «sustancialistas» en términos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. I*, sucesivas ediciones, más recientemente ed.17 (2015), pp. 715 y ss.; véanse, igualmente, R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1995, p. 456; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil...*, ob. cit.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes...*, ob. cit.; E. RIVERO YSERN, «El contrato administrativo ante las jurisdicciones contencioso-administrativa y civil», *RAP*, n.º 67, 1972, pp. 197 y ss.; S. FANTINI/H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 2017.

de la Administración: la representación por la Administración del interés general en la realización de los servicios públicos implica el disfrute de privilegios o prerrogativas en la contratación³. Este planteamiento ha llegado a provocar finalmente equívocos en el derecho administrativo.

Interesa en este trabajo destacar los términos del debate sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo: como la teoría sustantivadora o sustancialista del contrato administrativo se basa esencialmente en la existencia de un régimen de prerrogativas como realidad propia del contrato administrativo (tomando como referencia la conexión esencial entre el contrato administrativo y la realización de servicios o fines públicos)⁴, entonces quienes procuran la equiparación entre ambas formas contractuales se basan en el loable fin de procurar la «igualdad» jurídica de las partes del contrato (ABELLA, etc.) y en la «accidentalidad de la jurisdicción», mientras que quienes evitan la equiparación entre contrato administrativo y contrato civil se basan en que los primeros tienden a garantizar intereses públicos, o servicios públicos (DELGADO, 1883, etc.)⁵. La negación de la teoría sustancialista del contrato administrativo se apoya en que la prerrogativa no consigue ser un elemento esencial del contrato administrativo, procurándose de esta forma, meritoriamente, una definición paritaria de los derechos de las distintas partes del contrato. En todo caso, el régimen de prerrogativas se convierte en un objeto esencial o preferente del estudio del contrato administrativo, tanto para quienes afirman de esta forma la esencialidad de este tipo de contratos, como para aquellos que procuran limitar o atenuar dicho régimen buscando sus límites jurídicos y las garantías en favor de los particulares contratistas.

3. Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. I*, sucesivas ediciones, más recientemente ed. 17 (2015), pp. 715 y ss.; véanse también J. M. AUBY/R. DUCOS-ADER, *Grands services publics et entreprises nationales*, París, 1973, p. 9; A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1957, pp. 30 y ss.; J. CHEVALIER, *Le service public*, París, 1971, pp. 50 y ss.; además de L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1928, II; R. BONNARD, *Précis élémentaire de Droit administratif*, París, 1926; etc.

4. Estos son asimismo *grosso modo* los términos del debate sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo en las obras clásicas del derecho español, con independencia de los distintos matices; pueden verse recogidas en: R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los Contratos Administrativos*, Madrid, 1927, pp. 3 y ss., quien además apunta: «El servicio público domina íntegramente a la Administración o, de otra manera, aquella no tiene otra misión que asegurar la realización de los servicios públicos y de ellos deriva (sic) todas sus facultades y para ellos las ejercita. Si todo el contrato administrativo tiene por objeto un servicio público la idea de su realización domina a la entidad administrativa y por tanto será consecuencia ineludible la de que al contrato habrá que darle toda la flexibilidad necesaria para que la Administración pueda cumplidamente y con toda eficacia realizar los servicios públicos».

5. Referencias que tomo de FERNÁNDEZ DE VELASCO, *cit.*; véanse también C. GARCÍA OVIEDO/E. MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1962, p. 386; S. ÁLVAREZ-GENDÍN, *Teoría jurídico-administrativa del servicio público*, Madrid, 1944.

Se procura en todo caso la mayor aproximación posible del régimen jurídico del contrato administrativo al propio del contrato civil. En este contexto, es un avance jurídico negar la esencialidad del contrato administrativo frente al contrato civil. En conclusión, en el derecho español llega entonces a ser opinión mayoritaria la que niega la existencia de un contrato administrativo por naturaleza; más bien se afirma que el contrato administrativo no es más que una modulación de la figura del contrato de derecho común en consideración al hecho de la presencia de la Administración como sujeto contratante.

Pues bien, conforme a la evolución de los contratos públicos durante los últimos años sometemos a debate si no es posible revisar la tesis sobre la naturaleza jurídica del contrato público. Si existe algo que marca o define las reformas legislativas de los últimos años, en materia de contratación pública, esto parece ser la insistente y progresiva afirmación de criterios de legalidad en la fase de adjudicación de los contratos de la Administración y demás entidades que realicen funciones de interés general. Las directivas comunitarias, lejos de simpatizar con la ratio del contrato privado de la Administración, han reforzado la validez del contrato administrativo como figura contractual que mejor se amolda al propósito esencial de las directivas que es la sujeción a derecho de la voluntad contratante, llegando a provocar aquellas la *iuspublicación* (material y procesal) del régimen contractual de la Administración en aquellos países donde regía el principio de libertad de selección del contratista, característico de estos sistemas contractuales de derecho común.

En gran medida las directivas comunitarias, después de haberse enfrentado decididamente con el principio de libertad de selección del contratista característico de los sistemas civiles de contratación de la Administración, no han hecho sino poner en evidencia una realidad que es la esencialidad misma del contrato administrativo desde siempre (a pesar de haber pasado algo desapercibida esta virtualidad del contrato administrativo frente al contrato civil), esto es, la sujeción de la voluntad contratante a criterios de legalidad administrativa, dato que no solo refuerza la validez del contrato administrativo en el contexto europeo, sino que también pone de manifiesto su virtualidad y esencialidad frente al contrato civil. El efecto de las directivas comunitarias en cada Estado miembro ha sido más o menos intenso en función de la mayor o menor proximidad al régimen contractual público (que siguen las directivas comunitarias). La repercusión ha sido por tanto más intensa en los derechos que tradicionalmente partían de la incardinación de la forma contractual dentro del derecho privado. Tras las directivas comunitarias el principio de libertad de selección de contratista, característico de estos sistemas de contratación civil de la Administración, ha desaparecido en la contratación adminis-

trativa de los Estados miembros, por encima de los umbrales que informan de la aplicación de dichas directivas comunitarias.

En un plano teórico, formal o *legislativo*, el derecho español de contratación administrativa presenta un especial desarrollo de la forma contractual administrativa quizás tradicionalmente por delante del propio derecho francés, donde pueden identificarse tradicionalmente algunas lagunas en cuanto a la afirmación de los principios de publicidad y concurrencia y vinculación a la mejor oferta (es decir, precio más bajo u oferta económicamente más ventajosa) en el ámbito de la contratación de la gestión de servicios públicos. Seguramente esto explique que las directivas comunitarias no hayan significado una alteración de las bases jurídicas sobre las que en el derecho español se asienta el contrato administrativo. Aquellas han repercutido, ciertamente, de forma intensa sobre el derecho español, pero más bien profundizando en aquello que es propio de un sistema jurídico-administrativo de contratación, esto es, la afirmación de los principios de publicidad y concurrencia de la fase de adjudicación.

Por tanto, tradicionalmente, en España el debate en torno a la figura del contrato administrativo se plantea en los siguientes términos⁶:

En primer lugar, el origen del contrato administrativo estaría en un hecho casual: la atribución competencial de la materia contractual pública a la jurisdicción contencioso-administrativa (en especial, Ley de lo contencioso de 1888 y textos refundidos de 1894 y 1952, y la jurisprudencia).

En segundo lugar, lo característico del contrato administrativo es la existencia de prerrogativas o cláusulas exorbitantes de la Administración en la fase de ejecución del contrato. Esto es consecuencia de la repercusión de la teoría del servicio público sobre dicho contrato: la Administración, cuando realiza un servicio público, ha de gozar de las prerrogativas necesarias para ello.

No obstante, la doctrina del servicio público sería convencional y rígida y, por tanto, deben atenuarse sus efectos.

Esto lleva a su vez a reducir la relevancia de las prerrogativas, lo que, por su parte, viene a significar atenuar la importancia de la figura jurídico-pública del contrato administrativo.

De ahí que se afirme, igualmente, que la naturaleza del contrato administrativo es puramente de derecho civil. Habría pues que superar el posible

6. Me baso especialmente en los trabajos de R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, 1963; y *Derecho administrativo I. Parte general*, Madrid, 1989, p. 193. Es significativo que estos trabajos obvien hacer referencia al dato de la adjudicación mediante criterios objetivos, en especial la subasta, tanto cuando el autor estudia la evolución histórica del contrato administrativo como cuando compara el sistema español y el sistema civilista de contratación pública propio de Alemania o Italia.

equivoco de considerar que, por culpa de una casual atribución competencial de la materia contractual pública a la jurisdicción contencioso-administrativa, el contrato administrativo tiene una naturaleza jurídica propia distinta del contrato civil.

El debate afecta siempre a la fase de ejecución del contrato. Ninguna reflexión se apunta sobre la fase de adjudicación. Si existe algún elemento sustantivador del contrato administrativo, este se refiere a las prerrogativas administrativas.

Además, el contrato administrativo se caracteriza por un plano de desigualdad entre Administración y contratista, no convincente y más bien discutible, ya que el contrato por esencia «crece sobre el suelo de la igualdad».

Un apoyo fundamental, para matizar e incluso corregir esta indeseada concepción inherente al contrato administrativo, es el derecho comparado y, concretamente, el modelo privatista de contratación pública que rige por ejemplo en buena parte de los Estados europeos. Según esto, el contrato administrativo viene a ser una figura atípica en un contexto general, ya que «lo normal» es la concepción civilista de la contratación pública: el contrato como tal es una institución general a todo derecho⁷. De esta institución general no debe desviarse el contrato administrativo.

Las características propias del contrato administrativo vienen a ser poco convincentes: las prerrogativas y el plano de desigualdad entre Administración y contratista. De ahí que la figura del contrato administrativo venga a aceptarse sin especial convicción.

Por eso conviene dejar claro que aquella es fruto de una casualidad histórica (la atribución competencial de la materia contractual a la jurisdicción contencioso-administrativa)⁸.

El planteamiento que acaba de esbozarse fue admitido comúnmente⁹. Tiene el mérito (entre otros posibles) de atenuar la significación de las prerrogativas y de procurar fortalecer la endeble posición del contratista que entabla relación jurídica con la Administración. Además, consigue evitar ubicar el contrato administrativo fuera de la órbita general de la figura contractual pública de derecho común que rige en buena parte de los Estados europeos.

7. Especialmente véanse R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, 1963; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato administrativo», *RAP*, 41, 1963, p. 115.

8. Nuevamente, R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, 1963.

9. Esta forma de exponer el contrato administrativo cala no solo en los tratados en España. Llega a Hispanoamérica y también se difunde por Internet, así por ejemplo en Venezuela: BADELL/GRAU/DE GRAZIA, *Contratos administrativos*, 2001, en www.badellgrau.com/conferenciadcontractosadminis.html.

En conclusión, solo entendida de esta forma la figura del contrato administrativo puede entonces mantenerse. Así, por ejemplo, S. MARTÍN-RETORTILLO¹⁰, compartiendo los términos generales del debate, llega a la conclusión de que el contrato ha conseguido una «propia sustantividad» en el sentido de que, con el correr de los tiempos, Tribunal Supremo y jurisprudencia de conflictos y doctrina administrativa han «ido elaborando una caracterización sustantiva del contrato administrativo, que a su vez repercutiría en normas posteriores».

El reto jurídico principal del momento se habría logrado: evitar la creación de un peligroso mundo jurídico-administrativo en torno a la figura del contrato administrativo que supusiera un «alejamiento de los campos seculares del derecho civil, donde sin duda existen mayores garantías de justicia»¹¹.

Es discutible si el escenario de la figura del contrato administrativo no ha cambiado en las últimas décadas y si este cambio no motiva una nueva reflexión sobre dicho contrato.

Es decir, al igual que en su día la teoría francesa del servicio público determinó el debate sobre la figura del contrato administrativo, hoy existirían otros elementos de debate que exigirían una respuesta igualmente adecuada a la hora de valorar la figura del contrato administrativo. El factor más importante de debate ha de ser la legalización de las decisiones públicas. En el nuevo escenario los protagonistas vienen a ser las directivas comunitarias de contratación pública (o el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC de 15 de abril de 1994, las leyes modelo de UNCITRAL), así como el dato jurídico-comparado de la iuspublificación material y procesal de los sistemas en general de contratación de la Administración.

A mi juicio, el quid de la nueva legislación sobre contratación pública está en la legalidad en la fase de adjudicación del contrato. Esta es una idea inherente al contrato administrativo que aportaría una nueva dimensión a esta figura jurídica.

Estos hechos conllevan la posibilidad u oportunidad de una nueva lectura de las fuentes históricas, ya que parecen haberse desconsiderado ciertos elementos relevantes. Cuando menos, dichas fuentes no se fijan exclusivamente en los datos de las prerrogativas y de la atribución competencial (de la materia contractual pública) a la jurisdicción contencioso-administrativa.

10. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes», *RAP*, 29, 1959, pp. 59 y ss. (p. 90).

11. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato administrativo», *RAP*, 41, 1963, p. 128.

Esta concepción en la que vengo insistiendo¹² está basada, pues, en la idea de la legalización de la adjudicación del contrato. Se reactiva el interés por la forma contractual pública¹³.

2

Históricamente el quid está también en la legalización de la fase de adjudicación

Curiosamente donde pone su énfasis la legislación histórica sobre contratación de obras, suministros o servicios de la Administración no es ni en las prerrogativas ni en la atribución competencial (de la materia contractual pública) a la jurisdicción contencioso-administrativa. Más bien se insiste en que la Administración ha de adjudicar el contrato conforme a pautas de legalidad o criterios objetivos de selección del contratista.

El quid estaría no tanto en las prerrogativas (dato este que *se suma* o *añade a posteriori* como consecuencia de la gestación y evolución de la teoría del servicio público)¹⁴. Está en la adjudicación del contrato conforme a criterios objetivos.

Además, resulta que en el modelo civilista de contrato administrativo propio del Reino Unido o Alemania las prerrogativas son conocidas, a diferencia de la vinculación de la fase de adjudicación a pautas objetivas de legalidad. Por tanto, el quid para diferenciar modelos públicos y privados de contratación administrativa no está en la prerrogativa ni en el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. No está en la fase de ejecución del contrato. Está especialmente en la fase de adjudicación.

12. Al menos desde mi libro *El contrato administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003. Y después en mi *Tratado de Derecho Administrativo*, 8 volúmenes, Editorial Civitas, Madrid, 2008. O la segunda edición de este mismo Tratado, de 2013 (actualmente en prensa la tercera edición). Puede verse la reseña hecha por R. RIVERO ORTEGA al libro citado en primer lugar en esta nota a pie de página, en *Revista española de derecho administrativo*, n.º 119, 2003, pp. 496-500.

13. Es preciso aclarar que resulta inesencial al debate de fondo el hecho de hablar de contrato público o de contrato administrativo. Es sabido que ha ido arraigando la primera denominación, por influjo de las directivas europeas y la extensión, precisamente, de las viejas formas de contratación a entidades que pueden no ser Administración, pero sí sector público, y a las que se sujeta a pautas de contratación. Este es otro tema. El nuestro ahora es otro, es esencialmente la figura del contrato público o administrativo en general.

14. En este sentido, apunta F. P. BÉNOIT, *Le Droit administratif français*, París, 1968, p. 597, §1054: «la situación va a cambiar profundamente a partir del comienzo del siglo XX. De una parte, en 1908, con el triunfo, por otra parte no duradero, del criterio del servicio público [...]. De otra parte, la jurisdicción contencioso-administrativa empieza a tomar conciencia de la especificidad (“*spécificité*”) de un régimen contractual de derecho público».

Las distintas normas reguladoras de la contratación administrativa, durante el siglo XIX, ponen su mayor énfasis en que la adjudicación ha de realizarse mediante subasta¹⁵.

El Real Decreto de 1852 descansa, como su preámbulo indica, «sobre las bases de la subasta pública y de la proposición de los contratos administrativos, evitando las confabulaciones de los postores y las ofertas imposibles por parte de estos».

«*Tan sanos principios* debían aplicarse a las obras y servicios provinciales y municipales, como anunció ya el art. 14 del citado Decreto; pero la promesa que el mismo contenía no se hizo efectiva inmediatamente, y, por lo tanto, la subasta no era necesaria para encomendar la ejecución de tales servicios ni obras a la diligencia de un contratista».

«Así siguieron las cosas hasta que en 4 de enero de 1883 se impuso como obligatorio el remate público para la contratación de todo servicio, obra o contrato que haya de producir gasto, obra o contrato en el Tesoro provincial y municipal»¹⁶.

Estas normas cuentan además con cierta solera. Cuando menos desde las reales órdenes de 10 de octubre de 1845, de 18 de marzo de 1846, de 9 de abril de 1847, de 18 de julio de 1851, el sistema previsto para la ejecución de obras públicas y caminos es el de «contrata» y «subasta».

Nada se dice acerca de las prerrogativas¹⁷. Tampoco se observa referencia (en los preámbulos de las normas citadas *supra* sobre adjudicación del contrato

15. La propia definición que, de los «contratos administrativos», aporta M. MARTÍNEZ AL-CUBILLA, en su famoso *Diccionario de la Administración Pública*, tomo III, 1892, empieza diciendo lo siguiente: «dase este nombre a los contratos y remates que *por medio de subasta, o en casos excepcionales sin ella, según las disposiciones de los reales decretos orgánicos de 27 de febrero de 1852 y de 4 de enero de 1883*, celebran el Estado, los establecimientos públicos, las diputaciones provinciales y los ayuntamientos para ejecutar alguna obra pública, o prestar algún otro servicio también público».

16. La referencia es al Real Decreto de 4 de enero de 1883, sobre reglas y formalidades para los contratos de las diputaciones y los ayuntamientos sobre toda clase de servicios, obras, compras, ventas, arrendamientos, etc., donde en efecto se afirma que, «al publicarse en 27 de febrero de 1852 el Real Decreto que hoy rige sobre la contratación de servicios públicos, se previno que sus disposiciones habrían de aplicarse por medio de reglamentos a los contratos que celebraran las provincias y los municipios. Estos reglamentos no han llegado a publicarse a pesar del tiempo transcurrido, y por esta razón se ha dudado en varias ocasiones de si las diputaciones y ayuntamientos están sujetos a la observancia de los preceptos que regulan para el Estado aquellos actos». En fin, el núcleo del presente Real Decreto de 4 de enero de 1883 está en imponer la subasta como medio de adjudicación de estos contratos.

17. El tema principal es la sujeción a subasta del contrato administrativo. Sobre las prerrogativas, no se observa regulación sobre el particular hasta el Real Decreto de 11 de junio de 1886, «aprobando un nuevo pliego de condiciones para la contratación de las obras públicas» con el antecedente del de 10 de julio de 1861 o las reales órdenes de 12 o 13 de octubre de 1859 o de 5 de octubre de 1884, sobre facultades administrativas de «resolver las dudas» que ofrezca el cumplimiento del contrato.

administrativo) al derecho francés. No puede decirse que ello sería inhabitual en una norma de tal carácter. Así, el Real Decreto de 11 de junio de 1886 «aprobando un nuevo pliego de condiciones para la contratación de las obras públicas y derogando el de 10 de julio de 1861» hace referencia al *derecho anglosajón*: «el sistema de tanto alzado» es «en extremo sencillo y expedito para la Administración; está muy generalizado en Inglaterra; es casi forzoso en los Estados Unidos, donde los ingenieros del contratista redactan el proyecto de la obra que se va a ejecutar y cuenta con numerosos partidarios en España».

Los argumentos o motivos, en esencia, del decisivo Real Decreto de 1852, son:

1. Necesidad de evitar la «confabulación de los licitadores o la introducción de un tercero en la licitación, con el fin de obligar a los demás a concederle una prima para evitar sus pujas», y necesidad de corregir el «acoloramiento de los mismos, que solían llevarlos a veces a hacer proposiciones tan onerosas que no les era posible cumplir después».

2. Necesidad de que la «Administración al celebrar contratos no debe proponerse una sórdida ganancia, abusando de las pasiones de los particulares, sino averiguar el precio real de las cosas y pagar por ellas lo que sea justo y a eso conduce el sistema de pliegos cerrados», adjudicándose el contrato «al mejor postor». «De este modo, ignorando los licitadores la extensión de las propuestas de sus coopositores, calcularán tranquilamente lo que pueden ofrecer [...]».

En consecuencia, el citado Decreto no empieza (en su artículo 1) sino imponiendo la regla de «remate solemne y público, previa correspondiente subasta», a los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas (con algunas excepciones, mencionadas expresamente en el citado Decreto, donde, según argumenta la exposición de motivos, «no es prudente poner los servicios públicos en manos que no presenten al Gobierno otra garantía que la pecuniaria»).

La regulación es, ciertamente, muy pormenorizada, acerca de la adjudicación del contrato administrativo. Además, no sino este es el contenido central, casi único, y en todo caso esencial, de la figura del contrato administrativo.

También son profusas las normas particulares donde se precisa este sistema (Instrucción de 18 de marzo de 1852, que deberá observarse para celebrar las subastas de los servicios y obras que se hallan a cargo de la Dirección General de Obras Públicas en el Ministerio de Fomento, conforme a lo prescrito por el Real Decreto de 27 de febrero de 1852; o la Instrucción del mismo año para «los ramos de hacienda» o «del ejército»¹⁸,

18. Instrucción, aprobada por Real Orden de 30 de diciembre de 1862, determinando los trámites y aprobaciones a que deben someterse las subastas generales y parciales celebradas

«la guerra»¹⁹, «minas»²⁰, entre otras muchas que completan o modifican las anteriormente citadas)²¹.

El planteamiento doctrinal es acorde con el legislativo. En este sentido, el capítulo X del *Derecho administrativo español*, de COLMEIRO, dedicado a los «contratos de servicios y obras públicas», tiene como objeto principal la fase de adjudicación del contrato. La peculiaridad de estos contratos está en que «cuando se prefiere el medio de los contratos, es la *primera máxima* que se celebren con publicidad y concurrencia: dos circunstancias que manifiestan su fuerza y su celo exquisito de promover y adelantar los intereses del Estado. Sin ellas no reina la confianza en el ánimo de los pueblos, y así ni se prestan con docilidad a los sacrificios que se les exigen, ni se ofrecen capitales para las empresas de utilidad común [...]»²².

Igualmente, MELLADO afirmará que «llámese contratos de obras y de servicios públicos a los contratos y remates que por medio de subasta, o en casos excepcionales sin ella, celebran el Estado, los establecimientos públicos, las diputaciones provinciales y los ayuntamientos para ejecutar alguna obra pública o prestar algún servicio también público»²³.

En nuestro derecho la clave de los contratos administrativos está en que, «cuando la Administración opta por el medio de los contratos, ha de ser punto esencial que se celebren con publicidad y con concurrencia, dos circunstancias de absoluta precisión para que la Administración quede a cubierto de toda responsabilidad, al propio tiempo que pueden conseguirse los mayores beneficios para el Erario público»²⁴.

Esta problemática ocupa el lugar central en los tratados de los administrativistas del momento. Es ilustrativo el siguiente texto de MELLADO: «desde

por la Administración militar, para la adquisición de artículos de consumo y efectos de uso de los ramos de provisiones, utensilios, hospitales y transportes, cuando estos servicios se hallen desempeñados por gestión directa.

19. Real Orden de 18 de junio de 1881, aprobando el reglamento provisional para la contratación de todos los servicios correspondientes al ramo de la Guerra.

20. Decreto de 14 de abril de 1873.

21. Por ejemplo, Real Decreto de 16 de febrero de 1877, modificando el de 27 de febrero de 1852, en los casos de excepción de las formalidades de subasta; Real Orden de 22-23 de marzo de 1877, determinando que debe consignarse en los pliegos de condiciones ser de cargo de los contratistas el pago de los anuncios; Real Orden de 11 de septiembre de 1886, aprobando la instrucción para la celebración de subastas de los servicios y obras que se hallan a cargo del Ministerio de Fomento, etc.

22. M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, Tomo II, 1858, p. 76 § 76; puede verse, igualmente, V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1885, pp. 781 y 795.

23. F. MELLADO, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1894, p. 945.

24. F. MELLADO, *Tratado elemental...*, ob. cit., p. 946.

luego vemos que la publicidad y la libre concurrencia son las reglas primordiales en materia de contratación administrativa, y, para conseguir este resultado la subasta es el medio práctico de realizarlo».

El quid se sitúa en su fase de adjudicación y en la regla de subasta, todo lo que diferencia un contrato administrativo de un contrato civil²⁵.

En el siglo XIX este planteamiento fue singular, frente al propio de los sistemas civilistas de contratación de la Administración propio de los Estados de Centroeuropa o del Reino Unido.

Con posterioridad, es decir, en el siglo XX, empieza a cobrar protagonismo el dato de las prerrogativas en el contexto de la teoría del servicio público.

A pesar de la insistencia de la Ley de Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, en que «todos los contratos por cuenta del Estado se realizarán por subasta pública excepto los determinados por dicha Ley», lo cierto es que aflora ya la cuestión del servicio público como determinante del contrato administrativo *frente al civil*.

Es más, suele hablarse ahora de «contrato administrativo» en vez de contratos de obras y de servicios públicos que celebra la Administración.

Así, ROYO VILLANOVA, aunque sigue citando y estudiando los contratos desde el punto de vista del Real Decreto de 1852, considera que la especialidad de los contratos administrativos está «en el objeto, en las obras y los servicios públicos, en el interés general que implican [...]»²⁶.

El contrato administrativo, aunque conserve su carácter civil, pasa a distanciarse algo más del contrato civil, por su objeto ahora, ya no tanto por el dato de la necesaria adjudicación conforme a subasta. De ahí la necesidad, en los años sesenta, de atenuar el dato de las prerrogativas y en general la repercusión de la teoría del servicio público.

Nuestra doctrina patria explica el origen histórico de las directivas comunitarias de contratación o al menos mostró un claro antecedente europeísta.

A pesar de la indiscutida influencia del derecho francés en la génesis y evolución del contrato administrativo en el derecho español, se advierte que ambos derechos presentan algunas diferencias que nos van a servir para conocer mejor el régimen contractual público español. Tanto en Francia como

25. En este sentido, F. MELLADO, *Tratado elemental...*, ob. cit., p. 952, cuando se refiere a «las prerrogativas», más bien alude a que la Administración ha de obrar dentro de «los preceptos debidos» y procurar «constantemente el bien público».

26. Véanse también J. GASCÓN Y MARÍN, *Introducción al estudio del derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 45; F. QUESADA PASTOR, *Derecho administrativo*, Madrid, 1944, p. 24, quien mantiene que el contrato administrativo tiene una semejanza aparente con el contrato civil, ya que en este nunca se encuentra el servicio público, «motivo que da lugar a los contratos administrativos», con referencia a los autores de las primeras décadas del siglo XX; J. M. VILLAR Y ROMERO, *Derecho administrativo*, Madrid, 1948, p. 33.

en España, conforme al sistema de derecho público que se propugna, se desarrollan unas reglas jurídicas que procuran la transparencia y concurrencia en la fase de adjudicación del contrato administrativo. También en Francia se insiste en el siglo XIX en la subasta como medio de adjudicación del contrato afirmando, por tanto, una vinculación clara de la Administración a la oferta del mejor postor. La evolución del contrato es también similar, en el sentido de permitir el concurso como forma de adjudicación de los contratos administrativos, en vez de la subasta. No obstante, existen algunas diferencias, en las que sin embargo no nos vamos a detener, por razones de espacio²⁷.

Así pues, a modo de recapitulación: caracteriza el contrato de obras y de servicios públicos durante el siglo XIX la idea de la adjudicación conforme a pautas legales objetivas (reales decretos de 27 de febrero de 1852 y de 4 de enero de 1883).

Esta *ratio* es compatible con el hecho de que la jurisdicción contencioso-administrativa conozca de los contratos celebrados por la Administración pública, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, «cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie» (artículo 3 de la Ley reguladora de 1845, poniendo fin a la por entonces más que debilitada concepción judicialista propugnada desde la Constitución de Cádiz).

Podría objetarse que la significación del contrato administrativo no puede estar en esta idea de la adjudicación del contrato conforme a criterios objetivos, ya que su funcionamiento práctico habría sido deficiente. Pero lo importante es la «batalla» por la legalización de la fase de adjudicación del contrato.

En conclusión, el contrato administrativo se «define» como el contrato que sirve al cumplimiento de una función administrativa; se «caracteriza» por su adjudicación conforme a pautas de legalidad administrativa, y tiene como «consecuencia» la aplicación principal del derecho administrativo.

3

Prerrogativas y selección del contratista desde el punto de vista de la figura del contrato administrativo

Vamos a corroborar que los modelos privados de contratación administrativa no desconocen el dato de las prerrogativas públicas. Tampoco consisten dichos sistemas de contratación en una disposición de las potestades, ya que, frente al

²⁷. Puede verse el tomo 4 de mi *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2013, 2.^a ed.

aserto «*the Crown has an unlimited common law power to contract*», termina primando aquel otro en cuya virtud «*a minister of the Crown is sometimes given a statutory power to contract*»²⁸. Es decir, rige el carácter irrenunciable de las potestades administrativas y existe un control judicial *ultra vires* sobre el ejercicio de las potestades²⁹. En cambio, sí se afirma en el Reino Unido un principio de libertad de selección del contratista referido a la fase de adjudicación del contrato («*the contract of public authorities*», «*public procurement*», a veces «*public contract*»). En esto consistiría el modelo privatista de contratación pública propio del Reino Unido («*contract with whomever they choose*») ³⁰.

Importa conocer el sistema de ejecución del contrato administrativo en el derecho británico no solo como cuestión práctica, ya que existe además un interés «teórico» o doctrinal en realizar este estudio:

- Si en un sistema civilista de contratación pública (como el británico) no existieran prerrogativas administrativas, entonces podríamos concluir que una característica del modelo público de contratación administrativa (por ejemplo, el de derecho español) consiste en las prerrogativas de la Administración. De ser así, y con el fin de atenuar las prerrogativas públicas, convendría hacer hincapié, en el derecho español, en que la naturaleza jurídica del contrato administrativo es única, sin que tenga mayor relevancia jurídica la existencia de una forma contractual administrativa.
- Si, por contrapartida, en un sistema civilista de contratación pública (como el británico) existen prerrogativas administrativas, entonces no podremos concluir que la característica del modelo público de contratación administrativa (por ejemplo, el de derecho español) son las prerrogativas de la Administración. De ser así, no es preciso, sino todo lo contrario, atenuar la relevancia de la figura del contrato administrativo.

Pues bien, en el derecho británico se descubre una singular e interesante evolución jurídica que, al igual nuevamente que en Francia o España, tiene en

28. Sentencia *Ayr Harbour Trustees v Oswald* infla comentada; D. FOULKES, *Administrative Law*, octava edición, Londres, 1995, p. 435.

29. N. HAWKE, *An Introduction to Administrative Law*, 2.ª ed., 1989, p. 39.

30. S. ARROWSMITH, «E. C. Procurement Rules in the U.K. Courts: an Analysis of the *Harmon Case: Part I*», *Public Procurement Law Review*, 2000, 9; S. ARROWSMITH, «E. C. Procurement Rules in the UK Courts: an Analysis of the *Harmon Case: Part II*», *Public Procurement Law Review*, 2000, 9; G. DE FRAJA/K. HARTLEY, «Defense Procurement: Theory and UK Policy», *Oxford Review of Economic Policy*, 1996, 12(4), pp. 70 a 88. En EE. UU., C. BRIGHT, *Public Procurement Handbook*, Colorado Springs: Chancery Law Pub, 1994; K. FEELEY, *Public Procurement Contracts: Practical Procurement Advice*, Boston, 1996; W. NOEL Keyes, *Government Contracts*, 2.ª ed., 1990.

la jurisprudencia su principal protagonista. Dicha evolución va a tener como desenlace la afirmación de una importante regla jurídica conocida como «*fettering freedom of action by contract*», en virtud de la cual (y sin perjuicio de las precisiones que haremos después) la Corona no puede comprometer su libertad de acción en materias que afectan al bien público. Dicho en otros términos, la Corona ha de tener la libertad necesaria para llevar a cabo las medidas que procedan en cada momento para la mejor realización del contrato.

Parece ser que los orígenes de esta doctrina de la «necesidad de ejecución» («*doctrine of executive necessity*»), o bien «*fettering freedom of action by contract*») se sitúan en la sentencia «*Rederiaktiebolaget v R*», más conocida como «*The Amphitrite*», que, aunque no necesariamente vinculada a la materia contractual, habría tenido repercusiones insospechadas en este ámbito, por abrir las puertas hacia la formación y consolidación posterior de la susodicha regla de «la necesidad de ejecución»³¹.

El contexto fáctico en el que se sitúa el presente caso («*The Amphitrite*») es el incumplimiento de una promesa o compromiso, por parte del Gobierno británico, de dejar —a un barco sueco— abandonar un puerto inglés. Por contra, dicho barco es incautado y vendido originando una reclamación de daños y perjuicios por parte de sus propietarios.

El interés de la doctrina de esta sentencia radica en presentar el criterio según el cual «el Gobierno no puede vincular sus acciones ejecutivas futuras, ya que su actuación ha de atender en cada momento a las necesidades de la comunidad». Además, «admitiendo que el Gobierno puede vincularse mediante contrato comercial, y aunque los compromisos adquiridos vinculan al Gobierno para su cumplimiento, *mediante un contrato no puede perjudicarse la libertad de acción en materias que conciernen el bien público o el bienestar del Estado*».

Esta doctrina influye en sentencias posteriores, tales como «*Robertson v Minister of Pensions*»³², cuando (en un caso referido a un compromiso adquirido por el Servicio de Guerra en favor de la declaración de incapacidad de un oficial que, posteriormente, no es confirmada por el ministro de Pensiones) concluye que «la Corona no puede escapar de su responsabilidad alegando la doctrina de la “necesidad de ejecución” (“*The Amphitrite*”), es decir, la doctrina según la cual la Corona no puede quedar vinculada cuando ello compromete sus actuaciones ejecutivas. “En el presente caso no es siquiera necesario aplicar esta doctrina, que se ha desarrollado en torno a *los compromisos*, ya que estamos más bien ante una simple declaración de intenciones”».

31. 1921 3 KB 500, cita que tomo de D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., p. 439.

32. 1949, 1, KB, 227; 1948, 2, All ER, 767.

Así pues, a pesar de no tener una clara relación con la materia propiamente contractual (más bien los casos recuerdan a supuestos de confianza legítima o de responsabilidad administrativa en general), va desarrollándose una doctrina susceptible de ser aplicada ulteriormente a la materia contractual y en concreto a la fase de ejecución del contrato, dejando a salvo que la Corona pueda, por motivos de interés público, desvincularse del régimen inicialmente pactado.

En materia propiamente contractual, una clásica sentencia (*Board of Trade v Temperley Steam Shipping*³³) es, igualmente, ilustrativa del alcance que pueden llegar a tener las prerrogativas de la Corona en la fase de ejecución de un contrato público, en el presente caso de arrendamiento de servicios. Hasta el punto es así que los tribunales llegan a reconocer a la Corona un poder de incumplir el contrato por motivos de interés público, privando de indemnización al contratista³⁴.

Pues bien, todas estas doctrinas estarían en la base de la jurisprudencia posterior donde se perfecciona el sistema de las prerrogativas públicas contractuales, basándose ora en la necesidad de ejercitar potestades públicas («*under statutory powers*») ora en el dato de la discrecionalidad administrativa.

Cuando lo requiere la realización de los intereses públicos, la Administración local (en el caso de la sentencia *Tower Hamlets London Borough Council v British Gas Corp*³⁵) goza de una facultad de rescindir el contrato inicialmente pactado: «ante la subida de precios, por parte del contratista, la autoridad local no puede quedar completamente a merced de la empresa, ya que aquella tiene el deber estatutario de satisfacer las demandas de gas en condiciones económicas razonables».

En este supuesto la razón de carácter comercial (es decir, una fuerte subida de precios) justificó la rescisión contractual³⁶.

De ahí que otras decisiones hayan negado la facultad rescisoria (en favor de la otra parte contratante), por primar en el contrato no tanto un carácter co-

33. *Co Ltd.*, 1926, 26, L1 L Rep. 76.

34. Concretamente, si bien la Corona había acordado con el naviero el impago de la contraprestación contractual en caso de que el barco estuviera más de doce horas sin funcionar, aquella se había comprometido igualmente a efectuar las obras necesarias en caso de avería. En vez de llevar a cabo las obras necesarias la Corona dispuso realizar las reparaciones mínimas, a pesar de ser consciente de que eran insuficientes. Como consecuencia de esta medida, el barco se detuvo de nuevo, negando la Corona el pago a su dueño por haberse detenido aquel más del tiempo estipulado.

35. 1984, CLY, 393.

36. Igualmente, otro ejemplo puede ser el caso *Spenborough UDC's Agreement* (1968, Ch., 139, 1967, 1, All ER, 959), donde la subida de precios (es decir, una razón asimismo comercial) justificó la rescisión del contrato.

mercial como la realización de un servicio público («public service»). A esta conclusión llegan los tribunales en un caso referido a un contrato en el cual una autoridad local se había comprometido a gestionar un servicio mortuario, en el municipio de otra localidad (además de en el suyo propio), a cambio de una contribución anual que se comprometía a pagar la otra autoridad local parte del contrato³⁷.

Respecto de la discrecionalidad, como característica de la fase de ejecución del contrato administrativo, la sentencia *Crown Lands Comrs v Page*³⁸ afirma que «cuando a la Corona se le confían poderes discrecionales, en virtud de prerrogativa o por régimen estatutario, para desarrollar el interés público, entonces no puede mantenerse que la discrecionalidad o el ejercicio de dichos poderes queden vinculados *a priori* en un sentido predeterminado».

Parece que queda, pues, lejano un hipotético régimen contractual privado en el ámbito de la ejecución del contrato, según el cual «Administración» y contratista se mueven en un plano de estricta igualdad. Más bien, se reconocen modulaciones, mejor parece que prerrogativas, las cuales se imponen incluso sin una clara predefinición normativa. En especial se afirma (como estamos viendo) un genérico *ius variandi* en favor de la Administración.

La sentencia citada en último lugar es expresiva de cuanto estamos apuntando, cuando llega a reconocer que, incluso si existe un pacto firmado por la Corona expresamente, que obligue a esta en un determinado sentido, aquella no está vinculada: «sería absurdo suponer que de esta forma aquella está haciendo una promesa sobre el modo en el cual deben conducirse los asuntos de la nación [...] en presencia de un interés público».

El límite con el que se enfrenta esta doctrina viene de la mano del principio *ultra vires* a efectos de controlar el ejercicio de las potestades administrativas estatutarias, en especial las discrecionales.

En este contexto encaja también la regla, plasmada esta vez normativamente en la Ley de Gobierno Local de 1972, de la revelación de intereses («*the disclosure of interests*»), de modo que un funcionario con intereses personales en el asunto objeto de contratación ha de advertir esta circunstancia, a efectos de ser excluido del proceso de contratación³⁹.

Ahora bien, el quid de este criterio que se relaciona con esta regla de *ultra vires* no está sino en afirmar que la Corona está limitada –en el ejercicio de sus potestades– al cumplimiento de un interés público prevalente. Dicho en

37. *Watford Borough Council v Watford Rural District Council* (1987, 86, LGR, 524).

38. 1960, 2, QB, 274, 1960, 2, All ER, 726.

39. D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., p. 454.

otros términos, los tribunales han consolidado la regla de la inderogabilidad e innegociabilidad de las potestades administrativas.

Así, en la clásica sentencia *Ayr Harbour Trustees v Oswald*⁴⁰ se aplica la regla de *ultra vires* impidiendo la celebración de un contrato en un caso en que la «Administración» estaba obligada a ejercitar en un determinado sentido la potestad que le había sido conferida, concretamente la construcción de un puerto marítimo, sin ser válido el contrato celebrado con un particular que le permitía mantener su propiedad en la zona afectada por dicha construcción. En la sentencia se invoca reiteradamente el «interés público».

En esta línea, la sentencia *York Corpn v Henry Leetham & Sons Ltd* (1924, 1, Ch., 557) perfecciona la doctrina de la anterior, afirmando que un contrato (por el cual una corporación pública convenía el precio anual que debía pagar en concepto de tasas un barco por la navegación fluvial) era inválido, aplicando la regla *ultra vires*, ya que de esta forma la corporación se desviaba del régimen estatutario que le había sido conferido⁴¹.

El litigio puede, en primer lugar, plantearse a favor de la disposición administrativa («*voluntary bargain*») o, en cambio, de la prevalencia del ejercicio de una potestad pública o de la presencia de algún límite jurídico que se impone sobre el ejercicio de la libertad contractual.

En segundo lugar, también puede plantearse el litigio en aras de la prevalencia de los «*statutory powers*» o, en su lugar, de la regla de «*ultra vires*», en función de los hechos o circunstancias del supuesto concreto. Esto significa que, aunque la Corona ejercita potestades o realiza fines públicos, existen límites jurídicos en el ejercicio de estos poderes y de su discrecionalidad.

En todo caso, tanto los «*statutory powers*» como el «*ultra vires*» condicionan el contrato del poder público, es decir, el régimen del *common law* contractual. El ejercicio de un poder estatutario implica la posibilidad de alterar o modificar el contrato en presencia de un interés público. Por su parte,

40. 1883, 8, App Cas., 623.

41. *Re Staines UDC's Agreement, Triggs v Staines UDC* (1969, 1, Ch., 10, 1968, 2, All ER, 1), *Stringer v Minister of Housing and Local Government* (1971, 1 All ER, 65), 1970 (1 WLR, 1281), *William Cory & Son Ltd. v London Corpn* (1951, 2, KB, 476, 1951, 2, All ER, 85), etc.; *Birkdale District Electric Supply Co Ltd. v Southport Corpn* (1926, AC, 355), donde la negociación hecha con unos vecinos en materia de suministro eléctrico se entendió conforme con los *statutory powers* conferidos, sin que se ejercitaran *ultra vires*; igualmente, en la sentencia *Stourcliffe Estates Co Ltd. v Bournemouth Corpn* (1910, 2, Ch., 12), ya que tampoco fue *ultra vires* la negociación urbanística hecha; *Dowty Boulton Paul Ltd. v Wolverhampton Corpn* (1971, 2, All ER, 277, 1971, 1, WLR, 204); *R v Hammersmith and Fulham London Borough Council ex p Beddowes* (1987, QB, 1050, 1987, 1, All ER, 369).

la regla *ultra vires*, además de ser un correctivo o control de dicho ejercicio, insiste en la necesidad de observar un fin público, limitando esencial y decisivamente la capacidad de negociación contractual del poder público⁴².

En un plano de declaración de principios, el derecho aplicable a los contratos públicos es el derecho común relativo a la contratación, entendiendo por tal las normas siguientes donde se regula la contratación en términos generales (es decir, sin consideración específica de la Administración como parte contratante): Ley de venta de bienes (*Sale of Goods Act*) de 1979, aunque con modificaciones a lo largo de los años siguientes, y Ley de suministro de bienes y servicios (*Supply of Goods and Services Act*) de 1982, también con modificaciones a lo largo de los años siguientes.

Pero en la práctica ambas normas alcanzan un interés similar al que pueda llegar a tener entre nosotros –en materia contractual pública– el Código Civil.

La realidad jurídica, en cuanto a las fuentes aplicables, está más bien determinada por los formularios de contratos elaborados a nivel administrativo («*standard form contracts*»), ya que en efecto, en la práctica, los contratos se postulan siguiendo estos modelos predefinidos, al igual que hacen las empresas⁴³, o mediante pliegos de condiciones («*standard conditions*»).

Las cláusulas que protagonizan estos formularios administrativos se asemejarían a las prerrogativas propias del derecho administrativo español y tienen como finalidad principal atender al interés público («*the public interest*») y garantizar la supervisión por parte de la Administración sobre la ejecución del contrato.

La Administración puede resolver e interpretar las diferencias planteadas por el contratista, modificar el precio del contrato, imponer penalidades o sanciones e incluso obtener ingresos de capital en casos de «especial enriquecimiento del contratista», o rescindir unilateralmente el contrato mediando preaviso. Asimismo, el contratista tiene la obligación de notificar a la Administración contratante la delegación en un subcontratista, así como de no revelar informaciones confidenciales, etc.⁴⁴.

42. Finalmente, resta el límite o correctivo indemnizatorio, el cual en todo caso presupone la existencia de una actuación *ultra vires* por parte de la Administración (P. CANE, *Administrative Law*, 2.^a ed., Oxford, 1993, p. 268).

43. Puede verse J. UFF, *Construction Law*, Londres, 1991, pp. 210 y ss. (el capítulo «Standard Forms of Contract»).

44. D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., p. 452; D. HARRIS/D. TALLON, *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1991, p. 102. La cláusula de mayor ingreso de capital en favor de la Administración en caso de especial enriquecimiento del contratista, a la que hace referencia el texto, alude especialmente a los contratos con especial complejidad técnica en los que la Administración puede temer ciertos fraudes debidos a los mayores conocimientos del contratista (P. CANE, *Administrative Law*, ob. cit., p. 258).

Terminando la referencia al sistema de fuentes, importa tener también en cuenta la Ley de cláusulas contractuales ilícitas («*Unfair Contract Terms*») de 1977, donde se imponen algunos límites a la posibilidad de incluir cláusulas que excluyan la responsabilidad por incumplimiento de contrato a pesar de que, en ciertos asuntos, se permite dicha exclusión, si esta es razonable.

Aunque el conjunto de regulaciones y doctrinas que acaban de ser expuestas se refieren (como ha podido comprobarse) principalmente a la contratación de la Corona (entendiendo por tal la contratación del poder central), es preciso dejar claro que, en este caso concreto, han venido existiendo ciertos privilegios importantes con anterioridad a la Ley de procesos contra la Corona de 1947, en virtud de la cual, y plasmando principios de origen feudal, aquella no podía ser demandada judicialmente⁴⁵.

La justificación para ello es que «la Corona no podía equivocarse», además de que «cuando un funcionario actúa lo hace en nombre de la Corona».

El límite de este privilegio radicaba en la posibilidad de solicitar a la Corona un permiso para poder litigar en su contra. No obstante, en materia de contratación, dicha solicitud («*petition of right*») estaba limitada a casos de incumplimiento de contrato y a materias tasadas.

A raíz de la Ley procesal citada, la Corona puede ser demandada judicialmente y puede serle exigida responsabilidad⁴⁶.

En cuanto a las entidades locales, el límite más significativo viene siendo tradicionalmente el previsto en el artículo 17 de la Ley de Gobierno Local (*Local Government Act*) de 1977, donde no se permite la contratación administrativa referida a materias o cuestiones no comerciales (entendiéndose por tales las cláusulas relativas a condiciones laborales entre el contratista y sus trabajadores, ciertas cláusulas relativas a la subcontratación, cuestiones empresariales del contratista sin relevancia para los fines públicos del contrato, cuestiones relativas a litigios entre contratista y trabajadores o terceros, las concernientes al país de donde procedan los suministros, etc.)⁴⁷.

45. P. JACKSON, *Sovereign Immunity: A Feudal Privilege?*, 1975, 91, LQR, 171; cita que tomo de O. HOOD PHILLIPS/P. JACKSON, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1987, p. 702, donde, igualmente, se comenta extensamente esta cuestión.

46. Sobre estas cuestiones véase O. HOOD PHILLIPS/P. JACKSON, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1987, pp. 702 y ss.

47. En el art. 18 se permite al poder local, a efectos de cumplir con el principio de no discriminación por motivos raciales, hacerse con informaciones sobre las empresas respecto de sus trabajadores, aunque se trate de un asunto no comercial. En el art. 19 se afirma que el secretario de Estado puede añadir, a los efectos del art. 17, que algunos asuntos puedan ser considerados no comerciales, siempre que le parezca que sean irrelevantes para los fines comerciales de los contratos de obras o de suministros.

En el artículo 20 se impone a las corporaciones locales el deber de explicar las razones de las decisiones que tomen dentro del ámbito del art. 17. En **el derecho alemán** las prerrogativas también están presentes (en la normativa sobre «condiciones generales de contratación para la ejecución de contratos de suministros»; original: *Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen*; abreviadamente VOL/B).

4

El carácter «privado» del contrato se manifiesta, en cambio, en el momento de la selección del contratista

Considerado globalmente el sistema privado de contratación administrativa, no viene a ser este un buen sistema, primero porque, sin evitar las prerrogativas, en cambio no sujeta a pautas estrictas de legalidad pública la fase de selección del contratista. Segundo, porque falta en todo caso un régimen legal donde consten precisa y claramente los derechos y obligaciones de las partes del contrato público⁴⁸. Intentar justificar estas peculiaridades afirmando, como palabras mágicas, la existencia de un «*case law*» o de un «*common law*», no parece justificación jurídica suficiente, y desde luego no lo ha sido para las directivas comunitarias de contratos, las cuales imponen (frente a ambos principios mencionados) un deber de legislar y un deber de sujetar la voluntad contratante a criterios de legalidad.

Ni siquiera el concepto de contrato público («*public contract*») tiene unos límites conceptuales más o menos precisos en el Reino Unido, aun cuando no se ignora la gran importancia práctica, económica y jurídica que tiene el tema de la contratación pública en general, o en particular a efectos de reforzar o conseguir otras políticas públicas o como medio de seguir ejerciendo influencia sobre las empresas privatizadas⁴⁹.

Según M. FREEDLAND, la «privatización» ha dado lugar a un proceso de extensión de la forma contractual para la realización de las funciones admi-

48. A similar conclusión parecen llegar también J. C. CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, 1999, y G. ARIÑO ORTIZ, «Contrato del Estado y “Common Law”», prólogo al libro de J. I. MONEDERO GIL, *Doctrina del Contrato del Estado*, Madrid, 1977; del mismo autor, G. ARIÑO ORTIZ, «Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo», en AA. VV., *Derecho administrativo: obra colectiva dirigida en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, 1998.

49. Pueden verse W. WADE/C. FORSYTH, *Administrative law*, Oxford, 1994, p. 803; X. CHEN, «Directing Government Procurement as an Incentive of Production», *Journal of Economic Integration*, 1995, 10 (1), pp. 130 a 140.

nistrativas (llegándose a hablar de *Government by Contract*)⁵⁰. El problema surge cuando se constata que el derecho administrativo británico no dispone de una regulación pública de contratos capaz de afrontar tal reto de una actuación administrativa *por* contratos. No es de extrañar que se tome entonces como punto de referencia el derecho francés, más evolucionado, para solucionar esta cuestión⁵¹; este problema, por cierto, tiene interés, al poner de manifiesto que tampoco el Reino Unido parece librarse del problema de «la huida del derecho».

Pese a la ausencia de una dogmática bien elaborada, se deduce que por contratación se entiende aquella que tiene por objeto bienes y servicios y que se contrapone a la contratación de personal⁵².

Rigiendo el «contract with whomever *they* choose»⁵³, se entiende que en la adjudicación puedan tenerse en cuenta elementos «colaterales» distintos del criterio del precio más bajo o la oferta más ventajosa, tales como reglas de preferencia en favor de empresas británicas o de empresas pequeñas, o de empresas que sigan la política del Gobierno. Esta variante expresada en último lugar se planteó, por ejemplo, en torno a una serie de supuestos en los cuales el poder adjudicador exigía a las empresas, como condición para poder ser adjudicatarias, la no elevación de un 10% de los salarios de los empleados o trabajadores, en aras de contribuir a la política gubernamental de luchar contra la inflación y defender por tanto los intereses nacionales⁵⁴.

El principio de libertad de elección del contratista se mantendría, en efecto, sin limitaciones o excepciones relevantes. Dentro de estas cabe destacar el propio interés de la Corona o de la Administración en atender a la mejor oferta, por ser más económica. Por razones presupuestarias o comerciales o de mejor gestión administrativa llega el derecho británico —a cierta sujeción a derecho— de la fase de adjudicación del contrato, limitando el régimen del *common law*⁵⁵.

50. M. FREEDLAND, «Government by Contract and Private Law», *Public Law*, Primavera, 1994, pp. 86 y ss.

51. M. FREEDLAND, «Government by Contract...», ob. cit., p. 98.

52. En este sentido se sitúa claramente el *Local Government Act* de 1977. P. CANE, *Administrative Law*, ob. cit., p. 255, nota a pie de página 2.

53. P. CANE, *Administrative Law*, ob. cit., p. 255.

54. D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., pp. 449 y 450, quien apunta, igualmente, que la adjudicación podrá condicionarse al seguimiento por los licitadores de determinados métodos de producción, o al cumplimiento de técnicas o métodos particulares o de previo pago en favor de los subcontratistas. Sobre el tema, asimismo, F. BRANCO, «Favoring Domestic Firms in Procurement Contracts», *Journal of International Economics*, 1994, 37 (1-2), pp. 65 a 80; A. BRETON/S. PIERRE, «Are Discriminatory Procurement Policies Motivated by Protectionism?», *Kyklos*, 1996, 49 (1), pp. 47 a 68.

55. C. TURPIN, *Government Procurement and Contracts*, Londres, 1989, p. 73.

De este modo, en el derecho británico se subrayan los límites jurídicos que se derivan del control presupuestario o financiero sobre el gasto que la contratación administrativa conlleva. Estaríamos ante una perspectiva constitucional relacionada con el control del Parlamento mediante la correspondiente previsión de gastos en las leyes anuales de presupuestos⁵⁶, que, evidentemente, no es la cuestión nuclear desde el punto de vista del tema de los límites de la voluntad contratante en la fase de selección del contratista.

A veces pueden existir normas reglamentarias donde se prevé algún límite frente a la libertad de negociación de esta Administración, tal como por ejemplo ocurre con la Ley del Servicio nacional de la Salud y de Previsión social (de 1990)⁵⁷. Asimismo, pueden aquellos figurar en los pliegos generales existentes («*standard conditions*»), por ejemplo la imposibilidad de tratos raciales discriminatorios⁵⁸.

En esta línea, en el ámbito local, mediante consultas o el seguimiento de las «*uniform standing orders*» publicadas por el Gobierno central, se consigue una cierta sujeción a derecho de la fase de adjudicación⁵⁹.

Pero, según expresa FOULKES refiriéndose a la contratación local, «aunque *a veces* existen reglas administrativas (“*standing orders*”) donde se imponen limitaciones procedimentales o sustantivas en aras de respetar una regla de competencia en la fase de selección del contratista, un licitante no podría exigir administrativa o judicialmente su cumplimiento efectivo, pues tan solo el auditor (en el plan local) podría criticar las prácticas realizadas»⁶⁰.

En este sentido, aunque en la Ley de Gobierno Local de 1977 se contienen algunas disposiciones relativas a la selección de un determinado licitador por el poder local, no se apuntan en dicha Ley criterios objetivos de selección (arts. 17.4, 21 y 22)⁶¹.

56. Extensamente puede verse D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., p. 436; sobre este tema puede verse D. THOMAS, «Les relations entre le droit des marchés publics et le droit budgétaire et comptable», *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1997, 4, pp. 1101 a 1138.

57. P. CANE, *Administrative Law*, ob. cit., p. 260.

58. D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., p. 453.

59. P. CANE, *Administrative Law*, ob. cit., p. 261. Otros ejemplos de aplicación de este sistema de cláusulas *standard* en W. WADE/C. FORSYTH, *Administrative law*, Oxford, 1994, p. 802: «Common form clauses such as the Standard Conditions of Government contracts for Stores Purchases (Form GC/Stores/1) and General Conditions of Government Contracts for Building and Civil Engineering Works (Local Government, Planning and Land Act 1980, art. 7)».

60. D. FOULKES, *Administrative Law*, ob. cit., pp. 450 y 451, quien llega a afirmar que no siempre es deseable la regla de concurrencia y mejor oferta, siendo preferibles los «*special arrangements*», tales como aquellos que se celebran habitualmente entre la industria y el Gobierno, acordando entre ambas partes un precio.

61. Interés tendrían las reflexiones de J. M.^a BOQUERA OLIVER, cuando afirma que «es notoria, y hay que destacarla, una evolución en todos los países europeos que no admitían la exis-

Finalmente, considérese que este modelo de contrato materialmente público se afianza en la **contratación de las propias instituciones comunitarias europeas y también a nivel internacional** (Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre Contratación Pública, de 15 de abril de 1994), pese a que es cierto que en el ámbito de UNCITRAL se debate el PPP como posible fórmula de futuro de carácter distinto. En este sentido, es significativo que surjan, en este contexto, ecos actualmente de la vieja «libertad de selección del contratista», pero que sin conseguir desmerecer la ratio o idea central de la legalización de la fase de adjudicación como nuevo paradigma del contrato público⁶².

5 Conclusiones

La idea esencial del contrato administrativo, es decir, la sujeción a pautas de legalidad de la fase de adjudicación, se ha revelado un medio idóneo para la propia consecución de objetivos de mercado. Gracias al modelo público de contratación administrativa, tradicionalmente pensado para sujetar a derecho la decisión de la Administración de adjudicación del contrato, *se pretende conseguir* que un empresario de un determinado Estado pueda, por ejemplo,

tencia de contratos administrativos hacia el reconocimiento de un tipo *sui generis* de contrato mucho más próximo a aquellos que al contrato civil. Esta sería una de las últimas fases de la aproximación a la admisión plena de la categoría del contrato de naturaleza administrativa [...]» [J. M.^a BOQUERA OLIVER, «Influencia de la Comunidad Económica Europea sobre los procedimientos de selección de contratistas de las Administraciones nacionales», *RAP*, 29, pp. 415 y ss. (p. 420), con otros interesantes argumentos en la línea de las frases entrecomilladas en el texto]. Pueden, igualmente, consultarse: J. ARNOULD, «French Public Contracts Law after the Reform of March 2001», *Public Procurement Law Review*, 2001, 10(6); B. COVASSI, «The New Italian Legislation in the Field of Public Works Procurement», *European Public Law*, 1996, Londres, Vol. 2, n.º 2, pp. 209-218; A. GEORGIOPOULOS, «The System of Remedies for enforcing the Public Procurement Rules in Greece: A Critical Overview», *Public Procurement Law Review*, 2000, 9(2); P. NELL, «La nouvelle orientation de la politique européenne de la Suisse: le dossier des marchés publics dans les secteurs concessions», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1994, 375, pp. 103 a 113; SERVICES INDUSTRIES RESEARCH GROUP (2000), *Public Procurement in Germany: A Strategic Entry Report*, 2000 (Strategic Planning Series), Icon Group International; A. VILAR, «Les marchés de travaux public sau Portugal. Commentaire de la loi du 10 décembre 1993», *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1995, 1, 135-165; L. WASESCHA, «La Réforme des Marchés Publics en Suisse», *La Vie Economique, Revue de Politique Economique*, 1996, 2, 40-49; L. WASESCHA, «La Réforme des Marchés Publics en Suisse et son Importance pour les Villes», *Die Stadt-Les Villes*, 1996, 2, 13-17.

62. Más bien, el propio marco general de naturaleza pública que rige la adjudicación parece encajar, al menos de momento, tales posibles opciones. Me remito a mi *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2013, tomo 4, contratos.

realizar una obra pública en otro Estado donde rijan igualmente los principios públicos del citado Acuerdo sobre contratación pública. El sistema público del contrato administrativo, basado en la *ratio* de la legalidad de la fase de adjudicación, aunque no es una solución perfecta, se revela más adecuado a los propios fines mercantiles o empresariales.

Se admite que el protagonismo de las reformas en materia de contratación pública lo han adquirido las directivas comunitarias de contratación pública. El elemento esencial de las directivas comunitarias sería la insistencia en la adjudicación de los contratos públicos conforme a pautas de legalidad pública o criterios objetivos, desechando un principio de libertad de selección del contratista propio de la contratación civil. Pese a no ignorar sino encajar asimismo las formas negociadas de contratación. Dicha idea de legalización de la fase de adjudicación se articula a través de una determinada definición del poder adjudicador de carácter funcional, y de unas determinadas garantías cuando la Administración no sigue solo el criterio del precio más bajo en la fase de adjudicación del contrato.

Esta teoría parece haberse visto refrendada recientemente por el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público remitido el 23 de octubre de 2015, página 48:

«Las directivas incorporadas están informadas por unos criterios que en gran medida se separan de los criterios tradicionales definidores de nuestra legislación de contratación pública. En efecto esta gira en torno a las ideas de construcción formal de categorías, de prerrogativas administrativas que atribuye a la Administración una situación de preeminencia en la relación contractual y de interés público y eficacia administrativa. Hasta tal punto se han consolidado estas ideas que **ha llegado a sustantivarse el contrato administrativo frente al privado precisamente por su concurrencia**. Por el contrario las directivas pivotan sobre unos principios que casi son diametralmente opuestos a las mencionadas ideas. Están animadas por unas categorías más propias del derecho anglosajón que del continental alejadas de toda formalidad que **persiguen ante todo el funcionamiento transparente del mercado** de la contratación pública. *Se considera que asegurando la transparencia del mercado se garantiza el principio de igualdad*. No se trata ya de garantizar la eficacia de la gestión administrativa —que pasa a un segundo plano— sino la del mercado. El interés público se ve mediatizado por las ideas prevalentes de transparencia del mercado, libre competencia y eficacia en la gestión de los fondos públicos. Para alcanzar todo ello, las directivas construyen un *concepto funcional* ajeno a las formas de personificación Pública del sector público y por consiguiente de los sujetos sometidos a su regulación.

Articulan mecanismos de adjudicación flexible. Prohíben los licitadores preferentes y simplifican los criterios para valorar la solvencia de estos a fin de promover la concurrencia».