

El contrato público determinado por el interés general.

The public contract determined by the general interest.

José Luis MEILÁN GIL*

RESUMEN: El interés general es la razón de ser de estos contratos; pero no se visualiza del mismo modo en todos los ordenamientos. Desde el punto de vista del control judicial, cuando existe una jurisdicción especializada, al margen o dentro del poder judicial, los problemas son menores que cuando solo se cuenta con un único tipo. La contratación pública es un término genérico que rebasa el de contrato público en sentido jurídico, aunque englobe todas sus manifestaciones. Es un instrumento eficaz para las políticas públicas que respondan a las necesidades y aspiraciones de la sociedad en que vivimos, que no está ya encerrada en el marco de un Estado.

PALABRAS CLAVE: contrato público; interés general; Unión Europea; Contratos del Sector Público; Tribunales u órganos independientes de recursos contractuales.

ABSTRACT: The general interest is the *raison d'être* of these contracts; but it is not displayed in the same way in all orders. From the point of view of judicial control, when there is a specialized jurisdiction, on the margin or within the judiciary, the problems are less than when there is only one type. Public procurement is a generic term that exceeds the public contract in legal sense, although it encompasses all its manifestations. It is an effective instrument for public policies that respond to the needs and aspirations of the society in which we live, which is not already locked in the framework of a State.

KEYWORDS: public contract; general interest; European Union; Public Sector Contracts; Courts or independent bodies of contractual resources.

* Catedrático de Derecho administrativo. Miembro de la Comisión General de Codificación y de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Correo: < meilan@udc.es>. Fecha de recepción: 10/01/2018 Fecha de aprobación: 22/04/2018.

I. PLANTEAMIENTO

La bibliografía sobre los contratos en los que interviene quien ostenta legítimamente un poder al servicio del interés general, llámese Estado, government, Administración pública o poder adjudicante, es innumerable¹. Todos los que de una u otra manera nos dedicamos profesionalmente al estudio o aplicación del Derecho administrativo hemos tenido que encontrarnos con esos contratos. Lo he hecho en varias ocasiones que están publicadas y a las que me remito.

En esa materia como en otras las bases constitucionales influyen en la regulación positiva de esos contratos como demuestran los diferentes itinerarios seguidos que no son del caso de desarrollar. En ese sentido es ilustrativo lo que ha ocurrido en la Unión Europea en la que conviven tradiciones jurídicas distintas, de la que ha acordado separarse Gran Bretaña. Pero también es comprobable cómo, por vía doctrinal se ha extendido una concepción jurídica comúnmente adoptada de esos contratos, de lo que Latinoamérica es una muestra, con independencia de cuál sea el control judicial. Está, a su vez condicionada, y no siempre reconocido, por la orientación fundamental del Derecho administrativo correspondiente a los postulados de un Estado de Derecho en una sociedad, si puede utilizarse el singular, que no se corresponde a la actual de un mundo globalizado y democrático.

El interés general es la razón de ser de estos contratos; pero no se visualiza del mismo modo en todos los ordenamientos. En el que podría denominarse de orientación francesa, se manifiesta en la existencia de prerrogativas en lo que se diferenciarían de los contratos entre particulares. Existe una amplia experiencia y una muy rica contribución teórica y práctica. Desde el punto de vista del control judicial, cuando existe una jurisdicción especializada,

¹ Las citas bibliográficas tienen que ver fundamentalmente con el itinerario descrito y publicaciones sobre temas actuales de la contratación pública.

al margen o dentro del poder judicial, los problemas son menores que cuando solo se cuenta con un único tipo. La cuestión se complica, cuando como en el caso de los EEUU solo se concibe un único tipo de contrato y de control judicial.

En todo caso, puede comprobarse como suficientemente generalizada la distinción de licitación y contrato hasta el punto de estar reguladas en leyes distintas, o si se quiere ser más preciso, sometidos a regulaciones diferentes. Un caso paradigmático es el de Puerto Rico, donde la licitación se rige por normas jurídico-administrativas propias del Derecho americano y el contrato por el Derecho civil. En ese sentido la licitación es uno de los varios procedimientos administrativos previstos; pero también cuando se regulan en una misma ley, como sucede en España, se refieren a dos fases de la contratación. Existiría una fase “precontractual”, de carácter formalmente procedimental que concluye en la adjudicación, identificándose el contrato con la ejecución, incluida la extinción.

En esa dirección se ha afirmado que la contratación tendría una fase interna y una fase externa². La primera se desarrollaría en el interior de la Administración, que incluiría la preparación y programación o planificación y la segunda tiene relación con los particulares, posibles contratistas, que se iniciaría con el acto que anuncia la licitación para seleccionar el contratista y concluiría con la suscripción del contrato.³

Lo que se pretende razonar es que esas fases definidas, o ciclos, forman parte del contrato y no son externas al mismo; los actos que las expresan generan derechos y obligaciones en el contrato, están relacionados con el sujeto público contratante y con el objeto del contrato y, por supuesto, requieren la garantía de una

² Cfr. MORÓN URBINA, J. C. *La contratación estatal*, Lima, Gaceta Jurídica, 2016.

³ Cfr. MEILÁN GIL, J.L. *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, 2008, pp. 211 y ss. Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, J. “La planificación de las contrataciones públicas en el Perú”, *Bases y Retos de la Contratación Pública en el escenario global*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017, pp. 291 y ss. DEL PIAZZO, C. “La planificación de la contratación pública”, *ibid.* p. 317.

posible revisión judicial que entiendo ha de poder suscitarse desde el comienzo del acto inicial de la licitación.⁴

La terminología utilizada en la legislación puede suscitar controversias. Es pacífico aceptar que la licitación tiene por fin seleccionar el contratista. Menos unánime resulta el nacimiento del contrato. Se ha identificado con la adjudicación que realiza el poder público, hasta el punto de que en sede doctrinal haya podido sostenerse, lo que no comparto⁵, que la adjudicación es un acto de la Administración que genera un contrato. Ciertamente es un acto, que pone fin a un procedimiento, la decisión que con la manifestación de voluntad del particular da nacimiento al contrato. No obstante la referencia al poder adjudicador, la Directiva de la UE expresa que el contrato nace con la formalización que en España tenía tradicionalmente la función formal de acreditar la existencia del contrato. La trasposición innecesariamente servil de la Directiva de la UE ha sido criticada con razón.⁶

La contratación pública es un término genérico que rebasa el de contrato público en sentido jurídico, aunque englobe todas sus manifestaciones. Puede ser entendida desde su importancia económica y social en el conjunto de la actividad del Estado o en casos de integración supraestatal como la Unión Europea. Es un instrumento eficaz para las políticas públicas que respondan a las necesidades y aspiraciones de la sociedad en que vivimos, que no está ya encerrada en el marco de un Estado.

⁴ En mi opinión es más procedente que la admisión de una acción pública. En un Estado democrático de derecho existen otros medios para impedir la preparación de un contrato que no responda al interés general.

⁵ Cfr. MEILÁN GIL, J.L. “Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos” *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 159-60.

⁶ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada trasposición de la Directiva comunitaria de recursos, *RAP*, 185, 2011.

En ese sentido se habla de una “contratación estratégica”,⁷ que responde a reclamos políticos para la mejora de la sociedad que ya es global, para el “*honeste vivere*” clásico, que trasciende lo individual y repudia la corrupción más o menos rampante que erosiona la convivencia democrática; pero los juristas no somos ni políticos, ni moralistas, ni demagogos pregoneros de utopías. Ese carácter estratégico no ha estado totalmente ignorado en la historia de la contratación pública, trátase de venta de bienes nacionales o de obras y servicios públicos.

Es un hecho cierto que la contratación pública ha adquirido una dimensión reguladora⁸ que se caracteriza por la creciente importancia que tiene la preparación, llámese así o de modo equivalente, de los contratos públicos y su implicación jurídica.⁹

Los juristas operamos de acuerdo con categorías o construcciones jurídicas, por supuesto en el ámbito del Derecho administrativo que, me atreví a decir en el comienzo de mi actividad académica, manifiesta su servidumbre respecto de la oportunidad, su apego a la política, y en último término, del concepto de Estado en que se construyeron. De ahí que sea oportuno revisarlas, rastrear su origen y comprobar hasta qué punto han sido erigidas en dogmas inamovibles, en lo que la doctrina científica tiene mucho que ver, y si responden a las nuevas demandas actuales.

Es lo que he procurado hacer en la tarea científica y que me ha llevado a sostener el contrato público como una unidad, que integra las fases antes referidas, sin separar la licitación del contrato, ni de identificar éste con la ejecución y a proponer que de él, y no de prerrogativas de la Administración ajenas al mismo, surgen

⁷ Cfr. PERNAS GARCÍA, J. (dir.) *Contratación pública estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013 con Prólogo de mi autoría. *Contratación pública verde*, La ley, Madrid, 2011. GIMENO FELIÚ, J. M^a. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

⁸ Cfr. BARNÉS, J. “La contratación como forma alternativa de regulación”, *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017, pp.17 y ss.

⁹ Cfr. *Op. Cit.* DANÓS ORDÓÑEZ, J. “La planificación...” *op. cit.*, pp. 308-309.

derechos y obligaciones para las partes, lo definitorio del contrato como “supraconcepto”, que abarca al del poder público y al realizado por los particulares¹⁰.

Ha sido consecuencia de un itinerario que expongo de un modo resumido y que intenta conducir a un posible punto de encuentro entre los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública en un mundo globalizado.

II. EL COMIENZO DEL ITINERARIO

2.1. Ese itinerario, que es constatable en lo publicado, empieza con el posicionamiento ante la definición del Derecho administrativo, al poner el acento en los intereses colectivos o generales y no en la Administración,¹¹ que no es titular de ellos sino servidora de los mismos; quedó incorporado a la Constitución española de 1978, en lo que intervine.¹² Con esa orientación funcional, me apartaba de la doctrina dominante y me congratula comprobar que algún seguidor fiel de ella¹³ testimonie ahora que los intereses generales caractericen recientes construcciones del Derecho público euro-

¹⁰ En ese sentido, desde otra perspectiva, cfr. BACELLAR FILLO, R.E. “A incidencia do direito civil nos contratos administrativos”, *El derecho administrativo en perspectiva*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2014, t.I, p.53. BARNÉS, J. “¿Hacia un supraconcepto o régimen de contratación administrativa como categoría comprensiva de la contratación pública y privada? *Contratación Pública*, Lima, Adrus Editores, 2013, vol. II, pp. 111 y ss.

¹¹ Cfr. MEILÁN GIL, J.L. *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, ENAP, 1977, incorporado en *Administración Pública en perspectiva*, La Coruña, Universidade da Coruña, 1996, pp. 25 y ss.

¹² Cfr. MEILÁN GIL, J.L. “La configuración jurídica de la Administración Pública. El artículo 103,1” para el Libro en conmemoración del 40 aniversario de la Constitución Española.

¹³ Cfr. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “Reflexiones sobre las transformaciones del Derecho Público, en especial del Derecho administrativo”, *RAP*, 193, 2014.

peo y tiene, desde luego, correspondencia en materia de contratos públicos.

Desde el comienzo rechacé que todo lo público sea Administración.¹⁴ Aunque no es cuestión de desarrollar,¹⁵ coincide en materia de contratos con lo establecido en las Directivas de la Unión europea sobre contratos públicos, consolidando resoluciones jurisprudenciales, al identificar como “poder adjudicador” a organismos “aunque no estén formalmente integrados en la Administración del Estado”. Lo fundamental es que tengan como función “satisfacer necesidades de interés general”¹⁶. El carácter funcional u objetivo prevalece sobre el subjetivo.

Por influencia de la UE, en la ley española de contratos del sector público se incluyen en ese sector entidades que no tienen la consideración de Administraciones públicas¹⁷, recogiendo también el matiz funcional, en cuanto “hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general”¹⁸, que se corrobora al tratar sobre Corporaciones de Derecho público, partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales¹⁹, aunque de acuerdo con una tradición muy asentada se establezcan diferencias, regulándose de un modo específico los contratos administrativos.

El campo queda abierto para una mayor aproximación, poniéndose en cuestión la pertinencia del “contrato administrativo” caracterizado por la existencia de prerrogativas. Donde el interés general sea su fundamento habrá un contrato público.

¹⁴ Cfr. MEILÁN GIL, *El mutualismo laboral*, CSIC, 1963, pp.16 y ss.

¹⁵ Cfr. MEILÁN GIL, *Derecho administrativo revisado*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp, y ss.

¹⁶ Cfr. Asunto C- 31/87, Estado de los Países Bajos, en el que se sostiene que la noción del Estado debe ser objeto de una interpretación funcional. En esa dirección, asunto C-214/00 Reino de España.

¹⁷ Cfr. artículo 3 de la ley 9/2017 de 8 de noviembre del Sector Público por el que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

¹⁸ Artículo 3,3,d.

¹⁹ Artículo 3,4 y 3.5.

2.2. Sobre el contrato administrativo existía una amplia y consolidada doctrina científica en 1968 al acceder a la cátedra universitaria. Para su identificación no partí, como era usual, del Derecho civil, sino del acto administrativo, característico del Derecho administrativo, una manifestación del ejercicio de potestad, inusual o inexistente en el Derecho civil. Era la percepción de la realidad, de cómo actúa la Administración, que impone, autoriza, prohíbe, o contrata.

Respondía también a lo que se desprendía de la historia, que no comienza con los revolucionarios franceses. Las capitulaciones de Santa Fe entre los Reyes y Colón evidenciaban las diferentes consecuencias jurídicas de calificar como contrato una decisión de lo que hoy llamamos Administración. Los pleitos colombinos que los sucesores entablan con la Corona versaban sobre una disyuntiva: merced, revocable, o contrato que vinculaba y hacía irrevocable la decisión regia. Una doctrina aceptada comúnmente, de la que son exponentes Belluga, Vázquez de Menchaca y reconoce Dou y Bassols al comienzo del siglo XIX, que sistematiza el Derecho público anterior, afirmando que el privilegio de variar los pactos y condiciones después de hecho un contrato, no es fundado en las leyes romanas²⁰.

El mismo problema, comprobé que se había planteado en los EEUU y en Gran Bretaña, con diferentes argumentos. En concreto, el problema americano provenía de la constitucional *contract clause*, de carácter confesadamente privado, que sigue vigente: la prohibición de que una ley dañe las obligaciones del contrato, *impairing the obligations of Contract*. Ese singular es el único contrato que se reconoce, el que regula las relaciones entre particulares y al que debe someterse el *government*. En sentencias entonces citadas, los casos *Fletcher v. Peck* (1810) y *Darmounth College v. Woodward* (1819) se plantearon las consecuencias de aplicar la ci-

²⁰ Ampliamente en MEILÁN GIL, J.L. *La estructura de los contratos públicos*, Norma, acto, contrato, Iustel, Madrid, 2008, pp. 13-53. Anteriormente, “La actuación contractual de la Administración Pública. Una perspectiva histórica”, *RAP*, 99, 1982.

tada cláusula que suponía la irrevocabilidad del contrato. Una solución consistió en no considerar como contrato las concesiones de tierras, distinguir grandes privilegios y *licenses*, interpretar que el acuerdo no es un contrato, tratando de conocer la voluntad del *government* en función de las cláusulas contenidas en aquel.

La *contract clause* no ha impedido el reconocimiento del interés general, llámese como se quiera, que existe en todo contrato que celebra el poder público. Pero en el caso americano, por imposición de esa cláusula constitucional, se procura de modo que no altere la noción del contrato entendida *more civile*.

Así es cómo debe entenderse la afirmación recurrente de la jurisprudencia americana de que el *government* contrata como un particular. Contrata como tal porque acepta la estructura fundamental del contrato entre particulares. Sucede que no tiene la libertad de la autonomía de la voluntad propia del particular; ha de introducir en la única regulación jurídica apelaciones al general *welfare* o fórmulas análogas como *pólice power*, cuando es necesario o razonable un *important public purpose* y, en todo caso, ha de estarse a las cláusulas insertas en el contrato o que excepcionalmente existan razones fundadas para entenderlas incluidas²¹.

2.3. Resultaba también notable que en Francia, donde se ha desarrollado la teoría de contrato administrativo como exorbitante del civil, desde su comienzo aquel contrato está íntimamente relacionado con el acto, hasta el punto de ser una clase de él.

La identificación de acto y contrato a efectos del control jurisdiccional, iniciada por los revolucionarios franceses para preservar de invalidez las ventas de bienes nacionales y consolidar la revolución haciendo propietarios a los partidarios va a incidir en la construcción del contrato administrativo que ha influido en España y en países de Latinoamérica. La explicación teórica de por qué se someten a una jurisdicción especial reside en que se trata

²¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 64-71 y “Un *meeting point* de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública”, *RAP*, 198, 2015, pp. 56-58.

de actos de la Administración en un discutible entendimiento de la separación de poderes²².

Una cita socorrida del *arrêt* Terrier de 6 de febrero de 1903 es paradigmática de lo afirmado: “todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, ya actúe la Administración por vía de contrato, ya lo haga por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa”. Más todavía; junto a los actos de autoridad surgen los actos de gestión que darán lugar a unos peculiares contratos y consolidan su sustantividad con las innovaciones tecnológicas y una burguesía triunfante a lo largo del siglo XIX²³.

2.4. El planteamiento del contrato administrativo desde la diferencia con el acto administrativo supuso, de entrada, prescindir de la construcción exportada desde Francia: el contrato administrativo como modulación del contrato civil, paradigma contractual que se manifestaría en el reconocimiento de privilegios o prerrogativas de la Administración justificadas en el interés general de la que es titular y que lo determina. Responde a una concepción del Derecho administrativo como Derecho de la Administración, personaje poderoso que baja del Olimpo, según expresión de Hauriou, cargada de privilegios que los revolucionarios heredan del *Ancien Régime*²⁴.

Las prerrogativas en el contrato administrativo responden a la consideración de la Administración como *puissance publique*. El encuentro de la *puissance publique* y el contrato, se ha dicho, exige una delicada conciliación. El contrato perdería su significación si estuviese a merced de los privilegios unilaterales de uno de los contratantes. El asunto se hace especialmente problemático cuando la Administración utiliza su poder no solo para asegurar la ejecu-

²² Cfr. *op.cit.*, MEILÁN GIL, “La estructura...” pp. 76 y ss.

²³ Cfr. MEILÁN GIL, *La cláusula de progreso de los servicios públicos*, pról. de J.L. VILLAR PALASÍ, IEA, Madrid, 1968, y *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, 2006, pp. 52 y ss.

²⁴ Cfr. MEILÁN GIL, J. L. *Derecho administrativo revisado*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp. 23 y ss.

ción del contrato, sino para imprimirle una orientación, détachée de la stricte observation des clauses conventionnelles²⁵, apelando al interés general.

De un lado está el poder de la Administración y de otro los derechos del contratista, un equilibrio que ha de mantenerse, por exigencias de la propia naturaleza del contrato²⁶. Ese poder en el seno del contrato se manifiesta a través de actos unilaterales, “inmediatamente ejecutivos”, la decisión *exécutoire*, el acto administrativo. Esta es la realidad, que no siempre se reconoce.

Desde esa perspectiva se entiende con naturalidad, entre otras prerrogativas, la *potestas variandi* y el *factum principis*. Ese poder quedará compensado, como es bien conocido, con el mantenimiento del equilibrio del contrato, cláusula rebus sic stantibus y teoría de la imprevisión (el *arrêt* de Bordeaux como consecuencia de la guerra del 14-18 es el gran descubrimiento).

2.5. Lo que interesa subrayar es que esa concepción del contrato administrativo se corresponde con la del Derecho administrativo característico del Estado de Derecho liberal. Es Derecho de la Administración, titular del poder, definidora y garante del interés general. Todos los esfuerzos, de otra parte encomiables, se dirigen a controlar el exceso de poder, a luchar contra las inmunidades del Poder. De ahí una situación de superioridad que pugna con la concepción civilista, la única que se admite, del contrato. Una superioridad formal, aunque la realidad histórica revela una deferencia hacia los particulares, como corresponde a la burguesía dominante, de lo que hay suficientes testimonios²⁷.

²⁵ DE LAUBADÈRE, A., MODERNE, F., DEVOLVÉ, P., *Traité des contrats administratifs*, 2ª ed. París, 1983, p. 709.

²⁶ Cfr. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. IEA, Madrid, 1968; LIBARDO RODRÍGUEZ, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Bogotá, Temis, 2012.

²⁷ Cfr. MEILÁN GIL, J.L., “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *RAP*, 191, 2013, pp. 24-26.

2.6. La dialéctica acto-contrato, desde una perspectiva dogmática, sugerida por doctrina alemana²⁸, llevaba implícita la referencia de ambas figuras a la norma. Ambas son aplicación de una norma, pilares estructurales para una construcción del Derecho administrativo²⁹. La norma vendría a ser la expresión de lo que de un modo genérico es el interés general, entendido por quienes tienen en cada momento la potestad de definirlo, de las políticas públicas diríamos en el lenguaje actual.

También esto alejaba el planteamiento del contrato administrativo del contrato civil entre particulares. La norma no se reduce a la ley. Por razones prácticas indispensables para el buen ejercicio de la *res pública* y la satisfacción o realización del interés general, existen normas o disposiciones administrativas³⁰ que rebasan la dualidad ley-reglamento³¹ entendido este como un singular. Esas disposiciones desarrollan el reglamento; lo completan, no lo aplican, a diferencia del acto y del contrato.

La diferenciación del contrato y el acto responde a la distinta posición de la voluntad del particular en el supuesto de hecho concreto a que se refieren. En unos casos, se reduce a su aceptación; el particular es simplemente destinatario del acto unilateral que se le impone. En otros, actos necesitados de aceptación, caso de ayudas, subvenciones, actos de “fomento”, la voluntad del particular hace posible que la norma se aplique a un supuesto de hecho concreto; la voluntad del particular se yuxtapone al contenido del

²⁸ Cfr. BULLINGER, M., *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart, 1962; MARTENS, J., “Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag”, *Archiv des öffentlichen Recht*, 89, 1964. VOLKMAR, D., *Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt*”, Berlín, 1962. MEILÁN GIL, *La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAP, 1967. MEILÁN GIL, “Para una construcción dogmática de los contratos administrativos”, *Anuario da Facultade de Dereito*, La Coruña, Universidade da Coruña, 2005.

²⁹ Cfr. MEILÁN GIL, J.L. “El carácter estructural de la norma y el acto administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 268, 2017.

³⁰ *Idem*.

³¹ Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A. *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Madrid, IEA, 1971.

acto. Por el contrario, la voluntad del particular contribuye a la formación del contenido del contrato, forma parte del supuesto en que va aplicarse la norma, constituye con la “voluntad” de la Administración, expresada en la decisión resultado de un procedimiento, el núcleo mismo, indivisible, del ente jurídico que es el contrato, que por eso deviene “ley entre las partes”. En este caso la voluntad del particular es condición de validez, a diferencia del anterior en el que es solo de eficacia.

III. RECONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA CONTRACTUAL

Rechazada la singularidad del contrato administrativo como derivación, modulación o exorbitancia del contrato civil, habría que buscarla en relación con la institución o categoría del contrato. Volver a las fuentes, *alduarum in idem placitum consensus* del venerable Derecho romano³². Ese acuerdo que vincula a las partes es lo esencial de un contrato. Desde ese punto de vista, se distingue del acto administrativo, que expresa unilateralidad, sea como imposición forzosa o requiera una aceptación del posible destinatario en el que no se produce la citada vinculación mutua. El contrato, a diferencia del acto, permite o demanda una igualdad de posiciones, aunque las partes sean de diferente naturaleza.

La diferencia con el contrato civil proviene de cómo se manifiestan ambas partes: poder público y particular. El primero lo hace a través de actos que culminan en la oferta al particular, cualquiera que sea el modo de nombrarla. Antes del anuncio de licitación existen habitualmente actos de información, de preparación y, en todo caso, para la adjudicación o formalización del contrato se incorporan elementos normativos, como los pliegos

³² Cfr. SOTO KLOSS, E., “La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, *RAP*, 86, pp.569, aunque no coincide con sus conclusiones.

de condiciones y de prescripciones técnicas³³. La decisión u oferta del poder público así determinada, unida a la expresión de la voluntad del particular, constituye el contrato que vincula a ambas partes. Hablar de voluntad del poder público, utilizada también usualmente para definir el acto administrativo, no pasa de ser una metáfora. La referencia personalizada del agente que contrata es una de las dificultades de los contratos del *government* en los EEUU y una muestra de lo arcaico de su sistema jurídico, derivado de la procedencia británica.

Aquellos actos responden a la misión de servir el interés general que incumbe al poder público. En ese sentido, el poder público se encuentra limitado desde el inicio: si es necesario o razonable el contrato, qué repercusiones financiero-económicas tiene, que tipo de contrato, de qué forma si existen varias en el ordenamiento, con quién puede o no contratar. El Derecho que le es aplicable no solo es un límite de lo que no puede hacer el poder público contratante, sino que informa lo que ha de integrar su declaración de “voluntad”, hasta el punto de que es imprescindible para la legalidad del contrato.

La singularidad, “el enigma del contrato administrativo”, en expresión de un querido colega³⁴, consiste en el modo en que el poder público se manifiesta para el nacimiento del contrato, distinto del que concierne al particular; no en la existencia de facultades o potestades exorbitantes, así consideradas desde la perspectiva civilista³⁵. Y es subrayable que la actuación de la administración que conduce a la formalización del contrato tiene, no obstante, explicación en elementos característicos de todo contrato, como el objeto, precio y valor estimado o cuantía.

³³ En ese sentido habría de entenderse lo que dispone el artículo 122 de la ley 9/2017 de contratos del sector público: “los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos”.

³⁴ ARIÑO, G., “El enigma del contrato administrativo”, *RAP*, 172, 2007, pp. 79 y ss.

³⁵ La tesis es admitida por GIMENO FELIÚ, G., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública*, Thomson Reuters, 2014, p.13.

Los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes surgen de lo pactado. En otros términos, el interés general queda ínsito en el contrato; no es necesario acudir a un interés general ajeno al contrato para ejercer potestades o prerrogativas, *ius variandi, factum principis*, en relación con el equilibrio de lo pactado que también se plantea en los contratos civiles.

La igualdad en el contrato no tiene que impedir la realización del interés general que la Administración debe servir. Dicho de otra manera, el interés general que justifica el contrato no debe desnaturalizar la relación contractual, con su conjunto de derechos y obligaciones. Por eso, me he manifestado en contra de la permanencia de las prerrogativas de la Administración en los contratos públicos³⁶. Lo que en la construcción del contrato administrativo, tanto en la teoría como en el Derecho positivo, se realiza con el ejercicio de potestades extracontractuales, en la que definiendo se llevaría a cabo dentro del contrato en virtud de los derechos y obligaciones en él establecidas. Esa es la fundamental diferencia.

El interés general se limita al contrato. La concreción de ese interés general se realizará en la preparación y adjudicación, o formalización, del contrato. En ello radica la peculiaridad de los contratos públicos, que ha quedado desatendida en la tradicional construcción doctrinal, al poner en el punto de mira las exorbitancias en la ejecución del contrato y su justificación. La importancia de esa, llamada a veces de una manera equívoca, etapa precontractual viene a ser determinante de la singularidad de los contratos públicos; no hay por qué separarla.

Ciertamente la presencia de la Administración es significativa, pero no tanto por estar investida de potestades, cuanto por exigencias de servir el interés general y por el modo de manifestarse, como se ha expuesto. Por lo que se refiere a este último punto, se realiza mediante un procedimiento integrado por actos cuya

³⁶ Cfr. MEILÁN GIL, J.L., "Las prerrogativas de la Administración ... *op. cit.*

inexistencia o no conformidad a Derecho invalidan el acuerdo en que se concreta el contrato³⁷.

La decisión de la Administración en todo caso, resulta ampliamente predeterminada por el bloque normativo que integran la ley y su desarrollo normativo. Su justificación estriba en cumplir con la misión encomendada a la Administración de servir el interés general. Desde este punto de vista van a cobrar relevancia jurídica principios como el de igualdad y no discriminación, razonabilidad o eficiencia, transparencia, integridad que se han reforzado en el Estado social y democrático de Derecho.

Esto es lo diferencial respecto del contrato entre particulares en el que el principio dominante es la autonomía de la voluntad que ha de desenvolverse en el marco de la ley, solo un límite para aquella. Esa actuación de la Administración que conduce a la formalización del contrato tiene, no obstante, explicación en elementos característicos de los contratos, como el objeto, precio y valor estimado o cuantía. No resulta anómala en la actividad contractual de la Administración. Se corresponde con el procedimiento que, como parte, ha de desarrollar la Administración para fijar la decisión que constituirá la oferta contractual. El objeto del contrato es determinante y condicionante de esa decisión que conduce a la selección del contratista asegurando la concurrencia.

De acuerdo con lo expuesto, la denominada fase “precontractual” forma parte del contrato. Para mayor precisión, los actos de preparación o planificación y los de licitación forman parte del contrato. Es una afirmación clave en la tesis que se sostiene. Es el modo, insisto, en que la Administración manifiesta su decisión que con la expresada voluntad del contratista constituye el contrato. Tiene como misión fundamental la determinación del interés general, que no es algo aleatorio, ante el cual el poder contratante pueda ser indiferente, desde el planteamiento de la posibilidad y conveniencia del contrato, teniendo por supuesto en cuenta las disponibilidades financieras. Todos los pasos que ha de dar el poder contratante están predeterminados. Son obligaciones del po-

³⁷ Cfr. artículo 38 de la ley 9/2017.

der contratante, “adjudicador”, con el contratista y también con los ciudadanos.

Si, como he sostenido, los derechos y obligaciones nacen del contrato, es responsabilidad del poder contratante definir correctamente a lo que se compromete y cómo se compromete y con quién se compromete, habida cuenta que en este último caso la ley determina con quién no puede contratar. Cumplir con ese deber es buena administración para la óptima realización del interés general que ha de procurar el contrato. La tesis que se defiende encuentra, por razones distintas, un apoyo en el ordenamiento de la Unión Europea.

IV. LA ORIENTACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: IMPORTANCIA DE LA FASE “PRECONTRACTUAL” Y SU INFLUENCIA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

La regulación de los contratos públicos en la UE, sin individualizar contratos administrativos, no se funda en razones dogmáticas; está centrada en asegurar “un mercado interior” para lo que ha de garantizarse la igualdad de acceso a la contratación y las consecuencias de publicidad y transparencia³⁸. Con ese objetivo la llamada fase precontractual adquiere un relieve extraordinario sin interferir, en principio, en los efectos del contrato, en su ejecución, o en su control jurisdiccional que son competencia de los Estados miembros.

La jurisprudencia del Tribunal de la UE ofrece abundantes muestras de la finura con que se examina esa parte del contrato, no confundiendo, por ejemplo criterios de selección y criterios de adjudicación con motivo de examinar la experiencia de los licitadores, entre otros muchos³⁹.

³⁸ Cfr. MEILÁN GIL, J.L., *La estructura... op. cit.*, pp. 93 y ss.

³⁹ Solo puede ser utilizada como criterio de adjudicación si está “vinculada al objeto del contrato” (STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13).

Han de concretarse también las políticas que se pretenda que cumpla la contratación⁴⁰, trátase de mejoras sociales, sostenibilidad ecológica o innovación y progreso tecnológico, participación de la Pymes... Tiene interés subrayar las nuevas sensibilidades, objeto de valoración por los politólogos, pero no aportan novedades para la conformación jurídica de la contratación.

Las directivas europeas de 2004 y de 2014 contemplan los contratos públicos desde la citada perspectiva. Y ha de subrayarse que aunque las Directivas se aplican a unos concretos contratos, obras, suministros, servicios y últimamente también concesiones de servicios y solo cuando su valor estimado sea igual o superior a determinados umbrales cuantitativos, la jurisprudencia ha declarado que los principios se aplican a todos los contratos celebrados por poderes adjudicadores⁴¹, que son el Estado, las autoridades regionales o locales, pero también organismos públicos no integrados en la Administración.

Hasta tal punto resulta prevalente esta etapa “precontractual” que desde ella se influye en la misma ejecución del contrato. Si el poder contratante o adjudicador quiere imponer condiciones relativas a la ejecución del contrato han de estar vinculadas al objeto del contrato y, por supuesto, han de indicarse en la convocatoria de la licitación o en los pliegos de la contratación. Lo mismo puede decirse de la prórroga y de un modo equivalente en lo que se refiera a la cadena de subcontratación. Una muestra especialmente representativa es la influencia en la modificación del contrato que, por su relevancia en relación con la tesis mantenida, requiere un análisis específico.

⁴⁰ Cfr. PERNAS GARCÍA, J. (Dir.), *Contratación pública... op. cit.*, Con colaboraciones de discípulos como Amoedo Souto, Aymerich Cano, Barrio García, Rodríguez-Arana Muñoz y prólogo de mi autoría.

⁴¹ Cfr. VIANA, C., *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra editora, 2007, con prólogo de mi autoría; MORENO MOLINA, J. A., “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación”, *Liber ami corum Tomás Ramón Fernández*, t.II, Thomson Reuters, 2012.

V. REFERENCIA A LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: AVANCES Y RESISTENCIA

Las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24 de 26 de febrero, han sido transpuestas al ordenamiento español por la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público realizada con notorio retraso que no impedía, sin embargo, que sus preceptos y la jurisprudencia de la Unión Europea fuesen invocadas ante los Tribunales españoles.

Para lo que se está tratando, en relación con la tesis expuesta, ha de consignarse que acoge a Administraciones Públicas y otras entidades que no tienen la consideración de tales, todas ellas poderes adjudicadores según la terminología de la UE. A pesar de la referencia al sector público, y no a las Administraciones Públicas como se hacía en legislación anterior a las Directivas de la UE, permanece la presentación tradicional. En ese sentido, los contratos administrativos, según el artículo 189 “deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas” que se enumeran en el siguiente: interpretación, modificación, declaración de responsabilidad del contratista, suspensión, resolución.

No obstante, la cobertura que la ley da a entidades que no son Administración Pública y la influencia de las Directivas de la UE facilita el debilitamiento de las prerrogativas así como el progreso en la uniformidad de la regulación jurídica de todos los contratos del sector público.

Por lo que se refiere a las entidades que no son Administración Pública el artículo 3,3 cita como tales las fundaciones públicas, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y, de acuerdo con la Directiva, las entidades con personalidad jurídica propia creadas para satisfacer necesidades de interés general. Su número es elevado⁴² y se refieren a entidades públicas empresariales que

⁴² Se habla de más de 10,000 por GIMENO FELÍU, J. M^a, “A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores, no Administración Pública en la ley

desarrollan importantes actividades de ámbito de carácter o local e incluyen Fondos sin personalidad jurídica⁴³. Esta realidad, unida a la falta de transparencia y diversidad de las “instrucciones internas” de esas entidades y organismos para la adjudicación de los contratos⁴⁴, cuestión central para la UE, ha obligado al legislador a que las instrucciones se adapten a lo establecido para los contratos administrativos en cuanto a la fase “precontractual”⁴⁵. De otra parte, no tiene sentido que se utilicen prerrogativas en los contratos suscritos por poderes que no son administración pública.

El artículo 1 sintetiza el objeto y finalidad de la ley en relación con: la preparación, licitación y adjudicación; los efectos y extinción de los contratos; también la necesaria referencia al objeto del contrato por lo que se refiere a la inclusión de criterios sociales y medioambientales, así como a una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos en cuanto a la relación calidad-precio en la prestación contractual. Con esa referencia al objeto puede deducirse que el interés general se encuentra ínsito en él.

No es cuestión de realizar una exposición detallada de todos esos objetivos. Bastarán unas muestras para comprobar la creciente importancia de la fase “precontractual”, como consecuencia de las Directivas de la UE. Los contratos administrativos, los privados de la Administración, los celebrados por poderes adjudicado-

9/2017 de contratos del sector público, *Observatorio de Contratación Pública*, 12, 2, 2018.

⁴³ Cfr. Ley de 27 de julio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, Anexos IX, X, XI. El artículo 3.5 incluye a las Corporaciones de derecho público en cuanto cumplan los requisitos para ser poder adjudicador según el citado artículo 3,3.

⁴⁴ Se reconocían en el artículo 192 del Texto refundido de la ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011.

⁴⁵ Con un plazo, previsto en la disposición transitoria quinta. También el artículo 3,4 dispone que los partidos políticos, organizaciones sindicales, empresariales y profesionales “cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador”deberán aprobar unas instrucciones internas que se adecuen a los mismos principios.

res que no son Administración han de cumplir las mismas reglas relativas a la preparación y adjudicación del contrato⁴⁶.

La preparación del contrato prevé (artículo 115) la realización de consultas preliminares a operadores económicos y estudios de mercado cuyo resultado se concretará en un informe que “estará motivado, formará parte del expediente de contratación”, objeto de publicación y ha de tenerse en cuenta para la elaboración de los pliegos de condiciones salvo motivación en caso contrario.

La necesidad e idoneidad del contrato se contiene en el artículo 28 con la obligación de informar mediante el correspondiente anuncio del plan de contratación. La carencia o insuficiencia de crédito es causa de nulidad del contrato (artículo 39).

Las prohibiciones de contratar o, en positivo, las condiciones de aptitud y solvencias se han extremado. No se podrá contratar con personas que han sido “sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad”, discriminación de las personas con discapacidad o en materia medioambiental, entre otras (artículo 71).

La celebración de contratos por parte de las Administraciones públicas requiere “la previa tramitación del expediente” (artículo 116) en el que se concretan los distintos extremos que definirán la decisión-adjudicación para el nacimiento del contrato. En el expediente ha de justificarse “adecuadamente”, el procedimiento de licitación, criterios de solvencia y para la adjudicación del contrato, “las condiciones especiales para la ejecución del contrato”

⁴⁶ El artículo 317 relativo a los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas reenvía a lo dispuesto para los contratos de las Administraciones Públicas en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada de acuerdo con los umbrales establecidos (artículo 19). La remisión vale también para los no armonizados. La única especificación relativa a la adjudicación directa se corresponde con lo dispuesto para los “contratos menores” que podrán adjudicarse directamente (artículo 131,3), con motivación de su necesidad, que no se altera el objeto para no aplicar las reglas generales y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen las cifras que definen el carácter de menor, precaución que no es cuestión de analizar (artículo 118)

así como “la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante las prestaciones correspondientes y su relación con el objeto del contrato que deberá ser directa, clara y proporcional”.

El objeto del contrato es determinado y determinante (artículo 99 y 116,2). Las condiciones que se establezcan para la ejecución del contrato de carácter ético, mediom ambiental, social o laboral han de estar “vinculadas al objeto del contrato”, no sean discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y los pliegos (artículo 202).

Se comprueba también en relación con el contrato de concesión de servicios. Solo procede en los servicios que sean de titularidad o competencia de la Administración “siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares” (artículo 284)⁴⁷. El rescate por la Administración para su gestión directa por alegadas razones de interés público “requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz que la concesional”.

VI. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO COMO TEST DE LA EVOLUCIÓN

La influencia de la perspectiva expuesta del Derecho de la UE se manifiesta de un modo paradigmático en la modificación del contrato, en la medida en que suponga la alteración del contenido esencial había sostenido del contrato, la invalidación del principio de igualdad de trato entre los posibles licitadores, variar las bases del mismo, enmascarar la necesidad de una nueva licitación.

⁴⁷ Sobre la necesidad del contenido económico en la categoría jurídica del servicio público, cfr. MEILÁN GIL, J. L., “El servicio público como idea y como categoría jurídica”, *Categorías... op. cit.*, pp. 209 y ss. “Servicio público y prestaciones sociales”, *Función social de la Administración*, Universidad de Rosario, Bogotá, 2016, t. II, pp.137 y ss.

Las “reglas del juego” han de mantenerse a lo largo de todo el tiempo, estando prohibida su alteración no solo antes de la adjudicación, sino también en la fase de la ejecución del contrato, como ha reconocido el TJUE⁴⁸. Precisamente esa jurisprudencia ha sido tenida en cuenta para la formulación de las Directivas.

La Directiva 2014/24/UE⁴⁹, que sustituye a la de 2004, contiene un largo artículo, el 72, sobre el asunto estableciendo cuándo puede llevarse a cabo la modificación sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación.

Esas modificaciones son posibles cuando “estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones”. Todo ello forma parte del contrato que el contratista asume y que todos los licitadores conocían.

La modificación del contrato se realiza en virtud de lo contenido en el contrato, del que proceden derechos, obligaciones y limitaciones; no es el ejercicio unilateral de una potestad o prerrogativa ajena al contrato, habilitada en el ordenamiento jurídico positivo con carácter general y, por tanto, conocida por todos licitantes.

Se refuerza la tesis al establecerse la obligación de los poderes adjudicadores de publicar en el diario Oficial de la Unión las modificaciones realizadas, en aras de que la transparencia asegure el principio fundamental de la igualdad de trato, clave para la competencia o concurrencia y lógicamente para que los interesados puedan impugnarla modificación.

En ningún caso puede alterarse la naturaleza global del contrato, ni ampliar de forma importante el ámbito del contrato, ni alterar el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista “de una manera que no estaba prevista en el contrato”. La modificación, para que sea legalmente posible, necesita el amparo del contrato formalizado; no está amparada en una prerrogativa

⁴⁸ Asunto C-496/99 entre otros.

⁴⁹ Cfr. GIMENO FELIÚ, G., *El nuevo paquete legislativo comunitario ... op. cit.*

de la Administración ajena al contrato. Es así mismo interesante subrayar que no puede acudir a la modificación para subsanar deficiencias en la ejecución del contrato “que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales”.

A su vez, el artículo 73 de la misma Directiva advierte a los Estados miembros de la UE que deben velar por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público, cuando haya sido objeto de una modificación sustancial que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación. Se trata de asegurar el principio de la igualdad, clave en el Derecho sobre contratos públicos de la UE, y evitar corruptelas, los “reformados” en lenguaje usual, de lo que no es ajeno el poder contratante, que ha sido denunciada por la doctrina científica⁵⁰, la jurisprudencia del TJUE, la española y el Consejo de Estado.

La ley 9/2017 de Contratos del Sector Público regula la materia en los artículos 203 a 207 distinguiendo si están o no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el primer caso, hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial, debiendo estar formulada la cláusula de modificación de “forma clara, precisa e inequívoca”. La mente del legislador es restrictiva respecto de la modificación prevista que, en ningún caso puede alterar “la naturaleza global del contrato inicial” (artículo 204). Este límite existe en el segundo caso, así como que no se exceda del 50 por ciento del precio inicial.

No obstante el esfuerzo realizado, queda hueco para el progreso. Existen términos susceptibles de interpretación que, en todo caso, deberían ser tratados como conceptos jurídicos indeterminados y no como ámbitos de discrecionalidad. La modificación posible del contrato deriva de él mismo y no de una prerrogativa ajena a él.

⁵⁰ Cfr. GIMENO FELIU, J. M^a, “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 247 y ss. AYMERICH CANO, C., *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos por actos de corrupción*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Sin entrar en un análisis detallado, vale la pena subrayar que la modificación no prevista en el pliego es posible, en línea con lo dispuesto en la Directiva europea, si deriva de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación; en concreto, de “circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever” y que la modificación del contrato se considerará “sustancial” cuando tenga como resultado un contrato “de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado inicialmente” (artículo 205).

Qué alcance tiene esa diligencia para prevenir, en qué consiste la imprevisión censurable. Mucho tiempo antes de que se publicaran esas Directivas, a mediados de siglo XIX se da respuesta a esa pregunta con motivo de los contratos celebrados para los alumbrados públicos de las ciudades. El “*pacta sunt servanda*” frustraba la incorporación de los adelantos que demandaba la sociedad en pleno desarrollo de la idea del progreso que los nuevos adelantos técnicos aseguraban. Es el conocido “conflicto del gas y la electricidad”. Para lo que aquí interesa, se llega a entender que el Municipio debió tener en cuenta esos avances y por tanto habría de considerarse implícita en el contrato “la cláusula de progreso”.

En la jurisprudencia del TJUE se encuentran contestaciones al hilo de los casos. ¿Qué necesidades nuevas estarían amparadas por una imprevisión que no es debida a falta de diligencia? La utilización del interés general entendido desde la prerrogativa de la Administración, del que implícitamente se presenta como titular, puede dar lugar a admitir la modificación del contrato por la existencia de necesidades nuevas. Es lo que reprochó el TJUE al Reino de España al permitir caracterizarlas como un supuesto imprevisible ya que –se trataba de líneas ferroviarias de alta velocidad, una seña de identidad del país– “permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación”.

El tatamiento de la modificación del contrato de concesión de obras y el de concesión de servicio en la citada ley 9/2017 debilita, al menos, la discutible procedencia del *factum principis*, expre-

sión sumamente reveladora de postulados correspondientes a una concepción de la Administración y de su Derecho. Se trata del ejercicio de una prerrogativa que se funda en un interés general ajeno al contrato y que como contrapartida obliga a restablecer el equilibrio del contrato en beneficio del contratista.

Según el artículo 270,2, en el primer caso y el 290,4 en el segundo se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato cuando se realice por la Administración una modificación del contrato en los casos anteriormente citados como posibles legalmente, “en beneficio de la parte que corresponda”. También, y no solo en beneficio del contratista, “cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato”. No obstante, según el artículo 270, 4 y el 290,6, respectivamente “La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato” dará derecho al contratista a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, pero la resolución del contrato “no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes”⁵¹.

Lo dispuesto en los artículos 203 a 205 sobre la modificación de los contratos administrativos es de aplicación también en los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública, aunque se mantenga como regla general que los efectos y extinción de esos contratos se regirán por normas de derecho privado (artículo 319)⁵².

De lo expuesto puede deducirse una primera conclusión: las prerrogativas de la Administración se han mermado. La modificación no prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares solo podrá realizarse excepcionalmente y en los supuestos

⁵¹ Lo mismo cuando el concesionario deba incorporar avances técnicos “cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato”. Esa referencia, cuando menos, aleja de la prerrogativa de la Administración.

⁵² En la misma línea, les son aplicables obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, cesión y subcontratación, racionalización técnica.

previstos en la ley anteriormente expuestos. Toda la regulación está presidida por la defensa de la igualdad de los licitadores. La interpretación de los términos ha de hacerse en favor de la no modificación; en principio choca con la prerrogativa de la Administración para interpretar el contrato.

La segunda conclusión, se refiere a la relevancia de la llamada de un modo equívoco fase “precontractual”. Se corrobora por la rescisión del contrato cuando el contratista en el momento de la adjudicación estuviese en situación que justifica su exclusión, como es la corrupción. El contrato existía, aunque fuese nulo y seguiría existiendo si no se anula. La licitación, como conjunto de actos, no es simplemente precontractual. La incorrecta implementación de lo que va a constituir la decisión del poder contratante para la adjudicación o formalización del contrato, lo que se denomina como fase precontractual, es causa de responsabilidad del poder contratante. La más frecuente de las muestras de corrupción.

La manipulación en las licitaciones públicas es motivo recurrente de repulsa por los ciudadanos y de advertencia de los organismos que tienen que ver con el correcto funcionamiento de los mercados y la competencia. En último término, esta preocupación por la licitación entronca con una primera regulación de la contratación administrativa, anterior a la Invasión Francesa, el Decreto de Bravo Murillo de 1852. Se trataba, al introducir la subasta, de “establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos y de garantizar a la Administración contra los tiros de la maledicencia”.

VII. LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES U ÓRGANOS INDEPENDIENTES DE RECURSOS CONTRACTUALES: UN SIGNIFICATIVO PASO ADELANTE.

Por impulso de la Unión Europea, las posibles irregularidades que puedan afectar a cada uno de los actos de la criticada fase precontractual, incluida la adjudicación, son recurribles ante un ente independiente, un Tribunal administrativo de recursos contractuales mediante un procedimiento breve, con suspensión de la tramitación⁵³.

Contra su resolución, tanto el particular como la Administración pueden recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa. No opera ya el ejercicio de la prerrogativa de la Administración, que se presenta como titular del interés público y se manifiesta por la aplicación de un acto administrativo unilateral y ejecutivo; esa es la esencia de la prerrogativa, aunque posteriormente sea revisable judicialmente.

La experiencia desde su creación en 2011, Central al nivel de todo el Estado o de Comunidades autónomas, es muy positiva. Una muestra significativa es el elogio que hace el Tribunal Supremo en una sentencia de 23 de octubre de 2014. El asunto versaba sobre la concesión del servicio de abastecimiento de aguas a una amplia población que enfrentó con la *Generalitat* de Cataluña a dos importantes empresas, defendidas por destacados profesionales. La singularidad del pleito para el Tribunal Supremo radicaba, y es lo que interesa subrayar, en que se ponía en cuestión la resolución del Órgano administrativo de recursos contractuales que había declarado no conforme a Derecho la adjudicación.

El elogio se dirige a la iniciativa de la Unión Europea que instó a los Estados miembros a crear entes de ese tipo y erradicar la “firma acelerada de los contratos para hacer irreversibles las con-

⁵³ Cfr. MEILÁN GIL, J.L., “Las prerrogativas...” *op. cit.*, pp. 37-38. GARCÍA PÉREZ, M., “Medios de solución de controversias contractuales en el derecho español”, *Contratación Pública*, vol. II, Lima, Adrus Editores, 2013, pp. 137 y ss.

secuencias de la decisión de adjudicación de contratos”; un mecanismo de garantía prejudicial. El Tribunal, al resolver de acuerdo con el citado órgano administrativo independiente, elogia su hacer, que cuenta con una “cualificada presunción de legalidad y acierto” muy superior a la de los actos administrativos ordinarios; para decirlo de un modo más concreto, superior al ejercicio de la prerrogativa por la Administración, fundada en un “privilegio de autotutela” que se corresponde a la criticada anteriormente concepción del Derecho administrativo.

También han sido elogiados en sede doctrinal⁵⁴. Su conveniencia había sido sostenida antes de la transposición de las Directivas europea aludiendo a las insuficiencias de la tutela jurisdiccional, con la calificación de “el contencioso precontractual”⁵⁵ en una inercia de la doctrina generalizada que, por lo expuesto, no resulta adecuado en el caso de la anulación de la adjudicación, ya que el contrato existía.

No es cuestión de analizar las numerosas resoluciones que tienen en cuenta la jurisprudencia del TJUE y del TS español. Versan sobre los diferentes elementos del procedimiento licitatorio, declarando la inadmisión de ese recurso especial de contratación, su desestimación, pero también su estimación parcial o total. Se anulan pliegos de condiciones o cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, adjudicación del contrato en sus diferentes tipos y de las distintas Administraciones, del Estado, autonómico o municipal y por razones de forma y de fondo. En otras ocasiones han supuesto un dique para que la Administración evite la elección del contrato mediante una espuria utilización de las operaciones

⁵⁴ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, 2015. GIMENO FELÍU, J. M., *Sistema de control de la contratación pública en España* (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos), Observatorio de los contratos públicos, Aranzadi, 2016.

⁵⁵ BAÑO LEÓN, J. M., “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional” en GÓMEZ FERRER (coord.), *Comentarios a la ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2004.

in house providing,⁵⁶ en un intento de evadir el contrato, con las exigencias de publicidad y concurrencia⁵⁷.

Siempre queda la instancia del control judicial; la que se ha sustituido es la utilización de la prerrogativa, el acto administrativo ejecutivo. Lo expuesto sobre la modificación del contrato me ha llevado a sostener que el procedimiento ante los Tribunales administrativos de recursos contractuales podría generalizarse⁵⁸.

El artículo 40,2 c de la anterior ley de Contratos del Sector Público⁵⁹ decía que “no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que (...) sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”. Contra esa restricción me manifesté, proponiendo el abandono de las prerrogativas de la Administración pública en los contratos.⁶⁰

Pues bien, el artículo 44,2 de la nueva ley de contratos del sector público, no solo no exceptúa sino que, por el contrario, dispone que podrán ser objeto del recurso: d) “las modificaciones basadas en el incumplimiento de los artículos 204 y 205 de la presente Ley por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva licitación.

La ley 7/2017 amplía el ámbito de estos Tribunales. Su artículo 44 se refiere por igual a contratos que pretendan concertar las

⁵⁶ Sobre el tema cfr. PERNAS GARCÍA, J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, 2008, con prólogo de mi autoría.

⁵⁷ Acuerdo 75/2017 de 4 de julio de Aragón. Anula la encomienda de gestión de servicio de limpieza viaria de un municipio porque se ha adjudicado a una empresa pública como medio propio de un consorcio que, a su vez, actuaba como propio del municipio, pero no de este.

⁵⁸ Cfr MEILÁN GIL, J.L., “Las prerrogativas...” *op. cit.*

⁵⁹ Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.

⁶⁰ *Ibidem*, p.40: “Nosiempre la prerrogativa, como ha demostrado la historia y la praxis, se ha ejercido en favor del interés público. En no pocas ocasiones es una imposición que encubre las deficiencias de la Administración en la preparación de los contratos”

Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores. La tendencia a la generalidad es clara⁶¹.

Se reitera que son recurribles actos y decisiones constitutivos de la preparación y adjudicación del contrato, con una mayor concreción por lo que se refiere a la admisión o no admisión de candidatos o licitadores y a la admisión o exclusión de ofertas, irregularidades que pueden ser también alegadas al recurrir el acto de adjudicación. Además de la novedad sobre la modificación, se incluyen la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan con los requisitos legales, los acuerdos de rescate de concesiones.

A la vista de lo expuesto en este y en el anterior apartado puede preguntarse qué queda de la prerrogativa o *ius variandi* que sigue reconociéndose en la ley 9/2017. Más aun, es cuestionable seguir hablando de contrato administrativo; quedaría englobado en la categoría de contrato público, con referencia al interés general que lo fundamenta.

VIII. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y BUENA ADMINISTRACIÓN

La tesis expuesta, al sostener la unidad del contrato como fuente de los derechos y obligaciones, sin necesidad de acudir a prerrogativas de la Administración, así como el entendimiento de la licitación, predeterminada por los actos de preparación o planificación y las normas administrativas, como el específico modo que el poder, público o adjudicador, tiene de manifestar su decisión que con la aceptación del particular integra el contrato, y que no excluye la negociación, es razonable que se ponga el acento en

⁶¹ Se aplica también a contratos administrativos especiales de difícil cuantificación y a contratos subvencionados en todo caso.

la preparación del contrato y en lo que tradicionalmente se ha venido llamando licitación.

Por ello, cobran singular importancia los principios que la rigen expresamente previstos en el ordenamiento jurídico respectivo; en las Directivas para el caso de la Unión Europea. En sentido coincidente se ha podido rotular, también desde la perspectiva de la Unión Europea: “El nuevo Derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la Administración a la garantía de los principios generales” (Moreno Molina).

El artículo 34 del Texto refundido de la Ley 9/2017 de contratos del sector público dice que “podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”. La expresión proporciona una pista para sostener que no es un bloque compacto; se compone de varios principios que podrían ser integrados en el genérico de buena administración⁶².

A lo largo de la Directiva 2014/23/UE⁶³ se habla de transparencia unida a la publicidad de los actos; ha de existir en la cadena de subcontratación (105), y ha de tenerse en cuenta en la contratación electrónica emergente. De proporcionalidad, en la imposición de requisitos para hacer posible la participación de las PYME en la contratación pública (83); de eficiencia, relacionado con el de sostenibilidad, fundamental como criterio para la adjudicación y una interpretación omnicompreensiva de la tradicional “oferta económicamente más ventajosa”, que ahora se entiende desde el “cálculo del coste de ciclo de vida” (costes relativos a la adquisición, utilización, mantenimiento, final de vida, como los de recogida y reciclado), al establecer la relación coste-eficacia, calidad-precio, y que incluyen aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales, vinculados al objeto del contrato, que es determinante y que la Directiva ejemplifica (artículo 67); de diligencia, para prever las

⁶² Cfr. DEL PIAZZO, C. E., “La planificación...” *op. cit.*

⁶³ Las citas se corresponden con los números de los considerandos de la Directiva.

circunstancias que justifiquen la necesidad de modificación del contrato (artículo 72, i). Con base en lo dispuesto sobre motivos de exclusión para participar en el procedimiento de contratación (artículo 57) se ha enunciado el principio de integridad, de un innegable contenido ético, anticorrupción⁶⁴.

En definitiva, la buena administración de la contratación pública consistiría en el cumplimiento de esos o equivalentes principios⁶⁵ que no son meros principios programáticos ya que tienen suficiente densidad jurídica para ser invocados jurisdiccionalmente. Como ha quedado expuesto, no solo inciden en la ejecución del contrato, sino sobre todo se encuentran presentes en la preparación y licitación del contrato⁶⁶. En ese sentido, los principios de buena administración, en plural, constituyen una pauta para la libertad de pactos prevista en los contratos públicos⁶⁷.

Convendría no minusvalorar la buena administración como principio cuya realización equivaldría a la realización de lo justo, el fin primordial del Derecho, en el ámbito de los contratos públicos. No tiene que forzarse, en este caso, su comprensión configurándolo como un derecho fundamental, actuando de manera que el jurista es sustituido por el politólogo. El artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea no le proporciona esa cobertura.

Como principio general de derecho de la UE, que puede ser invocado por los Estados, se reconoce expresamente en la jurisprudencia (STJ de 8 de mayo de 2014, asunto C-604/12 y STJ, Gran Sala, de 20 de diciembre de 2017, asunto 521/15). La jurisprudencia de la UE ha concretado también que (sentencia del Tribunal

⁶⁴ Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "La contratación pública desde los principios", *Bases y retos de la contratación pública en el escenarios global*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017, pp. 801 y ss.

⁶⁵ La jurisprudencia de la UE, reconoce como buena administración la imparcialidad subjetiva y objetiva, que evita cualquier prejuicio (STJ de 20 de diciembre de 2017 C-521/17 con cita de otras.).

⁶⁶ En esa dirección se ha hablado de su "transversalidad", MORENO MOLINA, J.A., ROMERO MOLINA, C. A., *apud*. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., *op. cit.*, p. 805.

⁶⁷ Artículo 34,1 de la ley 9/2017 de contratos del sector público.

General de 26 de febrero de 2013, asuntos T-65/10, T-133/10, T-138/10, España/ Comisión Europea) “los redactores de la Carta no concibieron el derecho a la buena administración como un derecho autónomo, sino más bien como derechos específicos; que el derecho a la buena administración no constituye, por sí misma, que tenga por objeto conceder derechos a los particulares (sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2001, Area Cova y otros/Consejo y Comisión, T- 166/99, con cita de otras), excepto cuando constituye la expresión de derechos específicos”.

Solo tienen esa consideración las concretas manifestaciones de la genérica buena administración que en él se relacionan y no es este el momento de desarrollar⁶⁸, como tampoco para analizar hasta qué punto principios pueden identificarse o no con los derechos fundamentales. Es cierto, por ejemplo, que “el proceso debido” (el *due process* americano), considerado como principio, equivale al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; pero entiendo que la equivalencia es generalizable en el sentido en que suelen presentarse en doctrina latinoamericana⁶⁹ puestos en relación con los derechos fundamentales de orientación alemana

68 Derecho de audiencia, de acceso al expediente, obligación de la administración de motivar sus decisiones, derecho a la reparación de daños causados. Cfr. MEILÁN GIL, J.L., “La buena administración como derecho fundamental en la Carta de la UE y su invocación en los Estados miembros”, *Liber ami corum Fausto de Quadros*, Coimbra, Almedina, 2016. El artículo 2 de la ley orgánica 1/2008 de 31 de junio dispone que los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

69 En esa doctrina los principios, como los fundamentos del ordenamiento jurídico, son más amplios que los derechos fundamentales de la persona y libertades que cuentan con una garantía jurídica precisa. Se presentan como una superación del positivismo de la norma. Está presente en la producción científica de J.C. CASAGNE, cfr. *ad. ex. El acto administrativo*, México, Porrúa, 2014, pp. 44 y ss. En dirección análoga, siguiendo a M. R. BRITO, cfr. DEL PIAZZO, C. E., “Planificación de la contratación pública”, *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017, p. 313, que concibe la buena administración como “uno de los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo”.

introducidos como categoría en una ley de 1977⁷⁰ e incorporados a la Constitución de 1978 en la que se reconocen principios que, por ello, cobran una especial relevancia.⁷¹

En la Constitución se reconocen concretos derechos fundamentales y libertades públicas; su ejercicio podrá regularse solo por ley “que en todo caso deberá respetar su contenido esencial” –esto es clave para su calificación– y que han de ser interpretados también de conformidad con declaraciones universales y tratados y acuerdos internacionales. Desde esa perspectiva cobra su razón de ser la centralidad de la dignidad de la persona y, en consecuencia, el carácter servicial de la Administración, ya que esos derechos constituyen el núcleo esencial de los intereses generales, y cuya efectividad ha de ser garantizada.

IX. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La tesis que se ha desarrollado permite servir el interés general, que justifica la existencia de contratos en que interviene un poder, sin desnaturalizar la categoría jurídica contractual común. No es preciso acudir al ejercicio de potestades públicas ajenas al contrato. Lo que caracteriza a ese contrato es el singular modo en que se compromete el poder público, que no es un mero procedimiento precontractual.

⁷⁰ Fue objeto de una enmienda personal a la Ley para la reforma política 1/1977 de 4 de enero “los derechos fundamentales son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado” reconocido por doctrina científica. Cfr. LAVILLA ALSINA, L., *Una historia para compartir. Al cambio por la reforma (1976-1977)*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2017. Un testimonio como Ministro de Justicia que tramitó la ley que califica la enmienda de “trascendencia” así como manifestar “al propio enmendante la satisfacción que nos produjo la inserción de un principio tan fecundo en artículo 1 del proyecto” (p. 223).

⁷¹ En el artículo 9,3: principio de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, seguridad jurídica, responsabilidad, interdicción de la arbitrariedad.

Desde esa aproximación es más fácil encontrar un punto de encuentro con los contratos del poder en el mundo anglosajón y en definitiva en nuestro mundo globalizado. De ello es una muestra la reconocida aproximación, con sus dificultades, entre la UE y la OMC en el modo de contratar⁷², en el ámbito y umbrales de los contratos y en la resolución de diferencias, y también que resultan más hacederos los contratos de Estado celebrados al amparo de Tratados para fomento de las inversiones.

En lo que se ha expuesto se ha tratado de reflejar la coherencia de la reflexión sobre la contratación pública desde el comienzo lejano de la actividad académica. Aunque se haya recorrido respetuosamente “contra corriente”, no han faltado reconocimientos doctrinales y de Derecho positivo. Existe un método jurídico, un modo de razonar que es quizá lo más importante a transmitir.

La depuración de gangas ajenas al Derecho, no impide caer en una falaz pureza del mismo. No es, ni puede ser ajeno a hechos, como la corrupción en la contratación pública que tiene un inegable sentido ético, aunque no sea el único remedio⁷³. En ese sentido se ha incorporado a los ordenamientos jurídicos el principio de

⁷² Cfr. MORENO MOLINA, J.A., “La influencia del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE” en GIMENO FELIÚ, J.M^a, *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2013, Thomson Reuters, 2014, pp.123 y ss.; MIGUEZ MACHO, L. “La reforma de la legislación española de contratos del sector público en el marco del acuerdo revisado sobre contratación pública de la OMC y su influencia sobre las nuevas directivas de contratación pública de la Unión Europea”. *Ponencia, XII Congreso hispano-portugués de profesores de Derecho administrativo*, Lisboa, Universidad Lusíada, 2016. MEILÁN GIL, J.L. *Una aproximación... op. cit.*, pp.60 y ss.

⁷³ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., GESTA LEAL, G. (dir.), *La respuesta jurídica a la corrupción en Brasil y España*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016. AYMERICH CANO, C., “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas Europeas de contratos y concesiones públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 45-46, 2015, pp. 209-2039.

integridad⁷⁴. Que existe campo para progresar lo testimonia las discordancias del ámbito penal y administrativo⁷⁵.

Desde la doctrina de la “pureza” del Derecho se ha pretendido establecer un muro insalvable entre el *sein* y el *sollen*, que ha terminado por ser volado. En el caso expuesto como en otros muchos, la incorporación del *sollen* al *sein* se evidencia en la apelación a la buena administración, adjetivo que tiene una connotación ética, y puede llevarse a cabo a través de principios, reconocidos como mínimo por el de convencionalidad internacional, de los derechos fundamentales que tienen una referencia inexcusable en la dignidad de la persona. Desde esa perspectiva ha de entenderse la misión servicial que ha de cumplir el poder en la contratación pública, sea o no Administración Pública. El interés general determina todos los contratos públicos a diferencia de los que se celebran entre los particulares.

⁷⁴ Cfr. CERRILLO MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Thomson Reuters- Aranzadi, 2014.

⁷⁵ Cfr. AYMERICH CANO, C. *Un problema pendiente... op. cit.*

