

## ACERCA DA NATUREZA NORMATIVA DOS PREGOS DE CLAÚSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

Carlos I. Aymerich Cano

*I. INTRODUCCIÓN. II. OS PCAP NA DOUTRINA. 1. Na doutrina española. 2. Na doutrina francesa. 3. Na doutrina italiana. III. OS PCAP NA XURISPRUDÉNCIA. IV. OS PCAP COMO NORMA OBXECTIVA. 1. Problemas da cualificación maioritaria. 2. Os PCAP no iter contractual. 2.a) Orixe da obrigatoriedade do PCAP. 2.b) PCAP e principio de legalidade. O PCAP como último elo do grupo normativo regulador do contrato. 2.c) Admisión do carácter regulamentario de figuras afíns ao PCAP. 2.d) Tutela xudicial efectiva, Dereito comunitario e natureza normativa dos PCAP. 3. A natureza normativa do PCAP do punto de vista do seu contido. V. CONCLUSIÓN.*

### I. INTRODUCCIÓN.

A formulación do proxecto de contrato ten lugar principalmente através da elaboración e publicación dos pregos contratuais que predeterminan – en degraus variábeis dependendo de cal for o obxecto do contrato e o sistema de selección do co-contratante da Administración – o contido do futuro contrato, ao tempo que regulan o procedemento de adxudicación do mesmo.

Esta existencia dun contido contractual predeterminado non é privativa da contratación administrativa nen é tampouco un endemismo do Dereito español. Non é unha particularidade da contratación administrativa porque tamén noutros sectores do ordenamento poden-se localizar fenómenos de elaboración unilateral do contido contractual (así acontece, por exemplo, no ámbito da contratación mercantil). Tampouco esta solución é descoñecida en ordenamentos como o francés, o italiano ou o comunitario europeo e, en xeral, en todos aqueles nos que a adxudicación dos contratos públicos se realice através de procedimentos inspirados nos principios de concorrência e publicidade.

Xunto coa autorización do gasto correspondente, a aprobación do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares (en diante, PCAP) pon fin á fase que podemos denominar de preparación do contrato, culminando un esquema contractual listo para ser presentado á concorrência das empresas interesadas. Porén, a vixente Lei de Contratos das Administracións Públicas (en diante, LCAP) semella non lles ter dado aos pregos contratuais toda a importancia que na práctica teñen. Se un dos trazos xerais da Lei é, como reconece a súa Exposición de Motivos, o de ter elevado de rango materias anteriormente reguladas en normas regulamentarias, os pregos contratuais non correron a mesma sorte: a Lei apenas lles dedica cinco artigos<sup>1</sup> e, en consecuencia, a remisión ao RXCE, que neste punto debe reputar-se vixente, segue a ser obrigada.

<sup>1</sup> Art. 49 a 53, Cap. I, Tít. III, Livro I.

A respecto dos PCAP, o art. 50 LCAP establece que “as cláusulas dos Pregos particulares consideran-se parte integrante dos respectivos contratos”. Para algúns autores, este preceito supón a confirmación legal da natureza negocial dos PCAP<sup>2</sup>, cuestión fundamentalísima da que depende non só o réxime xurídico destes pregos senón mesmo o do eventual contrato.

Sen embargo, e para irmos xa entrando en materia, interesa salientar que que o preceito que se ven de citar non di que sexan, mas só que “se considerarán parte integrante dos respectivos contratos” o cal, desde algún punto de vista pode ser mais ben o recoñecemento expreso de que non son parte dos ditos contratos, val dicir, que non teñen natureza contratual<sup>3</sup>.

Antes de expór a posición que neste traballo se mantén, cumpre examinar cal é o estado da cuestión na doutrina e na xurisprudencia española e estranxeira.

## II. OS PCAP NA DOUTRINA.

### 1. Na doutrina española.

Na doutrina española, aínda que o tema non teña sido tratado de maneira completa e detida, a tese da natureza contratual dos pregos - tanto dos PCAX como dos PCAP - parece ser a maioritaria. Dentro da mesma cabe inscreeber a PARADA VÁZQUEZ<sup>4</sup>. Tamén GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>5</sup> quen sosteñen “a natureza contratual e non regulamentaria dos pregos”, e outros autores como TORNOS MAS<sup>6</sup> ou FERNÁNDEZ FARRERES<sup>7</sup>.

Outros autores como BOQUERA OLIVER ou VILLAR PALASÍ, mesmo non afirmando claramente a natureza regulamentaria dos PCAP parecen sosté-la, ao menos polo que se refire a algunhas das suas partes. O catedrático de València entende que no PCAP poden diferenciar-se dúas partes: por un lado, as condicións do procedemento de

---

<sup>2</sup> Así TORNOS MAS (cfr., “Actuaciones relativas a la contratación: pregos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración”, en “Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, Civitas, Madrid, 1996, páx. 267 e ss.), quen os define como “o documento base do contrato conforme ao cal este ten de ser cumprido, ao se incluír nos ditos pregos os pactos e condicións definidores dos dereitos das partes (art. 14 LCE)”. Acrescenta aínda este autor que “partindo desta definición legal, a xurisprudencia ten repetido reiteradamente que os pregos son a lei do contrato, afirmación sucesivamente matizada relativamente ao seu concreto significado (...) os pregos determinan o contido da relación contratual na medida en que se convirten en cláusulas do contrato”.

<sup>3</sup> O art. 14 da derogada LCE, pola súa parte, establecía que os PCAP “incluían os pactos e condicións definidoras dos dereitos e as obrigas que asumirán as partes no contrato”, para engadir despois que “as declaracións contidas nestes pregos non poderán ser modificadas polos respectivos contratos, salvo o que se dispón nesta Lei”. Xa que logo, a LCE diferenciaba nitidamente entre o PCAP e o contrato, e recoñecía implicitamente que ambos tiñan naturezas xurídicas tamén diferentes.

<sup>4</sup> Cfr. o seu “Derecho Administrativo”, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1995, páx. 298. Este autor, refiríndose á relación de subordinación que existe entre os Pregos Xerais e os PCAP, entende que “non se trata dunha relación de xerarquía normativa, xa que en ningún caso teñen natureza normativa os PCAP que son, en definitiva, os determinantes reais do contido contratual, e parte integrante dos contratos (art. 50)”

<sup>5</sup> Cfr., “Curso de Derecho Administrativo”, t. I, Civitas, Madrid, 1997, páx. 698 e 699.

<sup>6</sup> Cfr., op. cit., páx. 269.

<sup>7</sup> Cfr., voz “Pregos de Cláusulas Administrativas”, na “Enciclopedia Jurídica Básica”, Civitas, Madrid, 1995, páx. 4907 a 4909. Sinala este autor que “en canto á natureza dos pregos, estes carecen de toda substancia normativa en sentido propio, sendo puramente contratual en canto que simples pezas integrantes dun contrato que tiran a súa forza precisamente, da súa inclusión no mesmo polas partes contratantes”.

selección e polo outro, o prego de condicións do contrato propiamente dito. As consecuencias xurídicas da distinción son claras: “O prego de condicións do procedemento é un regulamento; o prego de condicións do contrato antecipa futuras cláusulas contractuais”<sup>8</sup>.

Na mesma liña, ben que de xeito menos tallante, opina VILLAR PALASÍ que o PCAP encerra dúas realidades xurídicas: “o prego de condicións do procedemento de selección (subhasta, concurso, concurso-subhasta), que se limita a reproducir ou ampliar nalgún caso as normas vixentes na materia, e que ten carácter regulamentario mais que contractual, e o Prego de condicións do contrato, que cumpre unha dupla función: antes de nacer o contrato indica aos interesados as condicións que deben reunir as súas proposicións (homoxeneidade das ofertas) e describe as características da prestación que a Administración precisa, duración e prazo de execución, tipo da licitación etc. (...); cando o contrato nasce, convírte-se en cláusula contractual reitora dos seus efectos xurídicos”<sup>9</sup>.

MEILÁN, pola súa parte, adopta una postura ecléctica ao constatar a dupla consideración legal e xurisprudencial dos pregos contractuais: norma obxectiva e ídem subxectiva ou contractual, na medida en que “forma parte do contido do contrato”<sup>10</sup>.

Finalmente, algún outro autor, como MORENO GIL, parece cualificar - ao menos implicitamente - o PCAP como norma obxectiva, cunha eficacia xurídica que trascende do meramente contractual<sup>11</sup>.

## 2. Na doutrina francesa.

Na doutrina francesa, a consideración dos Cahiers de Charges – tanto dos xerais (CCAG) como dos particulares (CCAP), coas especialidades que presenta a concesión de servizo público, é unánime: as disposicións dos mesmos que recollen as regras xerais segundo as que se ten de executar o contrato, son de natureza contractual; as que teñen por obxecto a regulación do procedemento de adxudicación, son de natureza regulamentaria e poden ser invocadas non só polas partes del contrato, mas tamén polos candidatos ao mesmo e os terceiros en xeral<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Cfr., “La selección de contratistas”, IEP, Madrid, 1963, pág. 43. Engade este autor que “o prego de condicións particulares da subhasta, concurso ou concurso-subhasta regula o procedemento a seguir. Para iso aplica, ou completa, os preceitos legais e regulamentarios vixentes” (pág. 44).

<sup>9</sup> Cfr., “Apuntes de Derecho Administrativo”, t. II, Cátedra del Prof. Villar Palasí, Madrid, 1977, pág. 263 e tamén “Principios de Derecho Administrativo”, cit., pág. 78 a 80.

<sup>10</sup> Cfr., “La distinción entre norma y acto administrativo”, ENAP, Madrid, 1967, pág. 68.

<sup>11</sup> “Isto supón que os licitadores, polo simple feito de o seren, aceptan plenamente o prego de condicións particulares, cuxo contido, por esta razón, ten un valor normativo indubidábel e claro” (cfr., “La revisión...”, cit., pág. 155).

<sup>12</sup> Esta consideración especial dos *cahiers de charges* nas concesións de servizo público arrinca de JEZÉ - cfr. “Los principios generales del Derecho Administrativo”, trad. de C. García Oviedo, t. I, Madrid, 1928, pág. 71 -, quen inclúe dentro dos que el denomina “actos xurídicos complexos” o “prego de condicións para a concesión de obras públicas”; é dicir, que para este autor o prego de condicións é un documento que contén distintos actos xurídicos de natureza tamén diferente (unilateral e normativa).

Un recente ditame do *Conseil d'État*, de 10 de xullo de 1996, afonda na distinción, dentro destes contratos, entre cláusulas puramente contractuais e ídem. regulamentarias - no ben entendido de que este carácter regulamentario da-se non entre as partes do contrato, mas fronte aos terceiros utentes ou afectados -, declarando admisible un recurso por *excès de pouvoir* prantexado polo veciño dun imóbel en réxime de co-propiedade, contra a cláusula dun contrato de xestión do servizo de recollida de lixo, pola que se obrigaba, no que aquí interesa, ás comunidades de veciños a custear parcialmente os contedores. Considera o Consello de Estado que tal cláusula é de carácter regulamentario e que, por tanto, pode ser impugnada por un terceiro ante o xuíz do recurso por *excès de pouvoir* (cfr., a nota de TERNEYRE, en CJEG, novembro de 1996, pág. 383 e ss.). No mesmo sentido o *arrêt* de 30 de outubro de 1996 que, a instancia de terceiros alleos ao contrato, anula certas cláusulas contidas no *Cahier de charges* anexo ao contrato celebrado entre o Estado francés e a *Société des Autoroutes du Sud de France* (comentado por COMBREXELLE en RFDA nº 4/1997, pág. 726 e ss.).

### 3. Na doutrina italiana.

Na doutrina italiana, a natureza xurídica dos *Capitolati Particolare* é pacífica: trata-se de normas de natureza contratual adoptadas unilateralmente pola Administración e aceptadas pola outra parte<sup>13</sup>.

## III. OS PCAP NA XURISPRUDÉNCIA.

Para a xurisprudencia española maioritaria, os PCAP teñen natureza contratual<sup>14</sup> e, neste sentido ten de se entender a súa cualificación xurisprudencial como “lei do contrato”, con forza vinculante para o contratista e a Administración<sup>15</sup> e prevalente sobre a escritura de formalización do contrato<sup>16</sup>.

Noutras ocasións – nomeadamente, pero non só, en relación co concurso - cualifícase aos pregos - agora preferentemente denominados “bases” - como lei do procedemento de selección de contratistas<sup>17</sup> ou “título xurídico base da licitación”<sup>18</sup>.

O PCAP é lei, pois, en dous sentidos:

- No primeiro, é-o co significado de norma contratual: norma aceptada polas partes dun convénio como reitora da súa conduta recíproca futura.

- No segundo, é-o no sentido mais literal do termo: como norma obxectiva que, por ser produto da Administración non pode ser senón de rango regulamentario. É neste

---

13 Cfr., MELE, “I contratti delle Pubbliche Amministrazioni”, Giuffrè, Milano, 1983, páx 63 a 69, e tamén FAZIO, “L’attività contrattuale della Pubblica Amministrazione”, vol. I, Giuffrè, Milano, 1988, páx. 38 e ss.

14 A S.TS de 28 de xuño de 1983, Sala 3ª, relator Roldán Martínez (Ar. 6796) considera que “... é incuestionábel que os PCAP forman parte do contido do contrato a celebrar, constituen un conxunto de pactos expresos concertados polas partes, teñen natureza negocial que deben aprobar-se e aceptar-se con anterioridade á licitación, nese prego inclúen-se os pactos e condicións definidores dos dereitos e obrigacións que asumiron as partes do contrato”.

15 Así na S.TS de 21 de xaneiro de 1994, Sala 3ª, Secc. 3ª, relator Morenilla Rodríguez (Ar. 144): “Esta Sala ten reiteradamente declarado (Sent. de 10 de marzo de 1982 - Ar. 1692; 6 de febreiro e 8 de novembro de 1988 - Ar. 695 e 8795- e 22 de xaneiro de 1990 - Ar. 402) que o prego de condicións na contratación administrativa constitúe a *lex contractus* con forza vinculante para a contratante e a Administración”. Tamén nas anteriores Ss.TS de 20 de abril de 1992, Sala 3ª, Secc.4ª, relator Reyes Monterreal (Ar. 3927) - “O PCAP é para as partes a lei do contrato, calquer que for o obxecto deste” (Ar. 1692-82, 926-85, 9287-87, 645-88) polo que ten de estar-se sempre ao que neste se consignara para o cumprimento deste (Ar. 6067-88)” - e de 3 de febreiro de 1992, da mesma Sala, sección e relator que a anterior (Ar. 1479), que cualifica ao PCAP como “réximen obrigacional do contrato”.

16 Cfr., Ss.TS de 25 de abril de 1990, Sala 3ª, Secc. 7ª, relator Moreno Moreno (Ar. 2838); de 20 de abril de 1992, Sala 3ª, Secc. 4ª, relator Reyes Monterreal (Ar. 3927) e de 21 de xaneiro de 1994, cit., entre outras.

17 Aínda que se utilicen indistintamente ambas expresións - lei do contrato e lei do concurso - como sinónimas. Así na S.TS de 3 de abril de 1990, na que se afirma como irrefutábel “a regra de que o prego de condicións, como norma fundamental da convocatória é a lei do contrato con forza vinculante para ambas partes” ou na de 26 de outubro de 1993, Sala 3ª, Secc. 5ª, relator García-Ramos Iturralde (Ar. 7915) que, analisando a adxudicación definitiva dunhas obras non considera que tal acto, “a todas luces discrecional, sexa constitutivo dun acto arbitrario tomado sen base obxectiva ao se suxectar o prego de condicións, que constitúe a lei do contrato entre as partes, ao outorgar á oferta mais vantaxosa economicamente conxuntamente coas puntuacións obtidas no baremo do prego ao valorar o proxecto”. Como sinalara BOQUERA, esta imprecisión xurisprudencial responde a que os Tribunais adoitan falar de maneira indeferenciada das dúas partes que compoñen o PCAP, que el denomina “prego de condicións do procedemento de selección” e “prego de condicións do contrato” (cfr., op. cit., páx. 43, nota 46).

18 Expresión utilizada pola S.TS de 27 de xuño de 1980, Sala 3ª, relator Garralda Valcárcel (Ar. 3364).

mesmo sentido - lei do concurso ou da oposición – que a expresión utiliza-se en relación cos procedementos de selección de funcionarios<sup>19</sup>.

En calquer caso, non sempre se diferéncia suficientemente entre lei do contrato e ídem do procedemento seleitivo. Esta imprecisión terminolóxica - trasunto da conceptual, xa denunciada no seu momento por BOQUERA<sup>20</sup>, segue a ser observábel na xurisprudencia máis recente, que utiliza indistintamente a expresión “lei do contrato” para calquera das dúas realidades expostas, que a doutrina costuma diferenciar dentro dos PCAP<sup>21</sup>.

Noutras ocasións, os pregos de condicións parecen confundir-se coa convocatória, ao se lles asignar implicitamente a condición de actos administrativos. Con efecto, e non sen vacilacións<sup>22</sup>, o TS considera os PCAP como actos administrativos, máis concretamente como actos separábeis cualificados<sup>23</sup> ou tamén, con igual frecuencia, como actos consentidos aos efectos do art. 40 LXCA, dos que a adxudicación non sería senón confirmación ou aplicación<sup>24</sup>. Afirmación realizada tamén para limitar as posibili-

---

<sup>19</sup> É expresiva, na liña do indicado no texto, a S.TS de 5 de outubro de 1994, Sala 3ª, Secc. 7ª, relator Lescure Martín (Ar. 8314), para a cal “... é coñecida a reiterada doutrina xurisprudencial do TS declaratoria de que a convocatória fixa as regras de xogo dentro das que han de mover-se os órganos administrativos intervinientes no procedemento de selección, xa que mediante as bases a Administración autolimita-se e ten que axustar-se ao disposto nas mesmas (Sent. de 22 de maio de 1986, Ar. 3328), pois os principios de boa fé nas relacións entre os administrados e a Administración impedían ao Alcalde interpretar dun modo peculiar as bases da convocatória introducindo unha innovación que ao beneficiar a un dos concursantes prexudica aos restantes, co que viola o principio de xerarquia normativa do art. 9.3 CE pois aclara un acto que provén do Pleno do Concello, sen que o órgano que o dictara coñeza nen autorice tal corrección, o que o fai incorrer na nulidade establecida no art. 47.1.a) da LPA, e isto determina que o recurso deba ser estimado anulando a adxudicación da praza realizada a prol de Sr. M., que seguindo a puntuación do Tribunal deba ser adxudicada ao recorrente”.

<sup>20</sup> Cfr., “La selección ...”, cit., páx. 43, nota 46, onde recomenda reservar a expresión “prego de condicións” para o “documento que contén as cláusulas contratuais”.

<sup>21</sup> Así, entre outras, a S.TS de 3 de abril de 1990, Sala 3ª, Secc. 8ª, Ar. 2850, que considera irrefutábel “a regra de que o Prego de condicións, como norma fundamental da convocatória, é a lei do contrato” ou a de 18 de maio de 1989 (Sala 3ª, relator Martín Martín, Ar. 3947) para a cal, mesmo advertindo a Administración a nulidade dalgunha cláusula (no caso de autos, unha do PCAX non excepciónada polo PCAP) resulta igualmente vinculada polo Prego, sen poder “... anular sen máis a adxudicación feita a un dos concursantes que non participou na redacción do prego e se limitou a dar o seu consentimento ás bases oficiais, lei do concurso, segundo reiterada xurisprudencia”.

<sup>22</sup> Na S.TS de 9 de marzo de 1990 (Sala 3ª, Secc. 3ª, relator Martínez Sanjuán, Ar. 1819), cualifícase sorprendentemente o PCAP de “oferta” e a proposición do interesado como “contraoferta”.

<sup>23</sup> Cfr., entre outras, a S.TS de 8 de marzo de 1982, (Sala 3ª, relator Ruíz Sánchez, Ar. 1337), na que se cualifica o acto de convocatória dun concurso de “acto separábel quen de producir indefensión, ao limitar a posibilidade de acceso ao concurso-subhasta”, sendo a regulación dos requisitos de capacidade e solvencia esixidos aos licitadores unha das mencións obrigadas dos PCAP.

<sup>24</sup> A aplicación da doutrina dos actos consentidos aos PCAP conduz a importantes restricións no exercicio do dereito á tutela xudicial efectiva e, en consecuencia, da fiscalización xudicial da actividade administrativa contratual que non por denunciadas - cfr., BOQUERA, “La selección ...”, cit., páx. 72 a 80 e 147 a 149 - deixaron de afirmar-se en recentes sentencias, como a xa citada de 3 de abril de 1990 - “se a entidade recorrente submeteu-se ao concurso tal e como foi convocado, sen que en ningún momento impugnase ningunha das condicións do mentado prego, tomando parte no mesmo coa presentación da súa correspondente oferta, prestando o seu consentimento tanto ás propias condicións da licitación como á participación das restantes entidades, carece obviamente de lexitimación para impugná-lo, contraviñendo os seus propios actos, cando non resultou favorecido polas adxudicacións que pretendía” - ou a de 10 de febreiro de 1987 - “consentidas as bases da convocatória non é posíbel, normalmente, que quen se aquietou ante as mesmas e tomou parte nas probas de selección poda despois, ante o resultado adverso das probas, impugná-las con base en discutíbeis motivos de legalidade” -, en materia, esta última, de selección de funcionarios. Para algún autor, sen embargo, este sería un de “eses principios esenciais que deben manter-se en todos os seus termos na próxima reforma”. Con efecto, para ARIÑO ORTÍZ - cfr., “La reforma de la Ley de Contratos del Estado”, Unión Editorial, Madrid, 1984, páx. 53 e ss. - “un contrato viciado de ilegalidade, unha vez aperfizoado, constitúe a primeira lei para as partes (antes que a Lei e o Regulamento xeral)”. Esta afirmación,

des da Administración de volver sobre os seus propios actos, a non ser através das vías de revisión dispostas nas leis de procedemento<sup>25</sup>.

En conclusión, e sen distinción algunha que atenda ao contido das súas diferentes cláusulas, para o TS, o PCAP partilla a natureza xurídica propia da convocatória do procedemento seleitivo: un acto preparatorio do contrato, de carácter xeral e autonomamente impugnábel. En calquer caso, a xuriprudencia rexeita terminantemente que se trate dunha norma obxectiva<sup>26</sup>, excepción feita dalgunha senténcia isolada e xa relativamente antiga<sup>27</sup>.

Debe reseñar-se sen embargo a S.TS de 16 de novembro de 1993<sup>28</sup> na que o alto tribunal reconece que,

“... se ben é certo que o PCAP constitúe a norma fundamental do contrato, através do cal o contido contratual individualiza-se e se definen as prestacións de ambas partes, non o é menos que o prego encerra dúas realidades xurídicas, o prego de condicións do procedemento de selección e o prego de condicións do contrato, debendo-se limitar o primeiro a reproducir ou ampliar nalgún caso as normas vixentes na materia, tendo carácter regulamentario mais que contratual, polo que a Administración neste aspecto apenas está facultada para engadir calquer condición lícita que considere conveniente ou necesaria, se tal non lle está prohibido por algunha Lei, mas nunca para excluir a aplicación de preceitos legais”.

---

que se partilla, non debe sen embargo ser entendida como impeditiva da impugnación da adjudicación definitiva dun contrato por quen tendo participado na licitación - e por tanto, segundo esta tese, tendo “consentido” os pregos - non resultase adjudicatario. Neste sentido, debido ao carácter subxectivo, *inter partes*, da norma contratual, nada impede a quen non sexa parte en tal relación pretender a súa invalidez sempre que, como aquí se mantén, os pregos sexan concebidos como verdadeiros regulamentos. Acerca da diferenza entre contrato e pregos, vid. *infra*.

<sup>25</sup> Así por exemplo a S.TS de 18 de maio de 1989, Sala 3ª relator Martín Martín, Ar. 3947, que anula a resolución administrativa de anulación, á súa vez, das bases dun concurso para a concesión do servizo público de ambulancias entre varias localidades da provincia de Cádiz, ao dictar-se a resolución anulada con ocasión dun recurso de alzada no que en ningún momento se impugnaran as mencionadas bases. Para o TS, “aprovcitar a circunstancia de ter sido recorrida a adjudicación por motivos relativos unicamente a vicios da oferta gañadora para, en fraude dos art. 109 e ss. LPA, declarar a nulidade dunhas bases que ninguén lle pedira senón que por todos os concursantes foran aceptadas [supón] unha revisión de oficio á marxe da regulación prevista no capítulo I, título V, da referida Lei, declarando en realidade a nulidade dun acto non recorrido administrativamente (a aprobación das bases do concurso) co gallo da nulidade da adjudicación do dito concurso”.

<sup>26</sup> Como paladinamente ven confirmar o A.TS de 24 de xullo de 1995 (Ar. 6097), relativo á impugnación por varios concelleiros da oposición dun acordo municipal de aprobación dun PCAP. A respecto da natureza xurídica do PCAP e frente á alegación do grupo municipal apelante, o TS inclina-se decididamente contra natureza regulamentaria do PCAP, entendendo que, “... dito Prego de Condicións é expresión dunha serie de condicións e determinacións de carácter estritamente particular, aplicábeis en relación coa determinación do concesionario resultante da licitación convocada, e única e exclusivamente para a mesma, e a validez e a aplicabilidade do Prego citado esgota-se co acto de adjudicación carecendo, pois, das condicións de xeneralidad e permanencia propias de toda norma regulamentaria, tendo de se desestimar en consecuencia as alegacións da parte recorrente baseadas na suposta condición regulamentaria do Prego de Condicións da concesión”. (fx 3º).

<sup>27</sup> Trátase da S.TS de 1 de marzo de 1966, Sala 5ª, relator Fernández Hernando, na que - sen muita clareza - díse que o prego de condicións dun concurso-subasta constitúe, “se non verdadeiro dereito obxectivo, un modo de bloco normativo cal ocorre na contratación civil dos denominados contratos de adhesión”, concretado en que a conxunción do RCCL e do prego de condicións do concurso-subasta, “constitúe a Lei do Contrato, mesmo na súa fase preparatoria con forza vinculante para ambas e dúas partes, segundo o art. 22, párr. 2º do repetido Reglamenteo”.

<sup>28</sup> Sala 3ª, Secc. 5ª, relator Barrio Iglesias, Ar. 8506.

Senténcia, a que se ven de citar, que non mereceu, salvo erro ou omisión, confirmación en pronunciamentos posteriores, fóra de *obiter dicta* dos que se pode inferir, mais ou menos claramente, tal cualificación xurídica<sup>29</sup>.

#### IV. OS PCAP COMO NORMA OBXECTIVA.

##### 1. Problemas da cualificación maioritária.

Tanto para a doutrina maioritária como para a xurisprudéncia, o PCAP é - como parte da convocatória do procedemento seleitivo - un acto xeral que, unha vez aperfeizoado o contrato, convirte-se en contido negocial do mesmo ao ser expresamente aceptado polo adxudicatário.

Porén, esta tese é insatisfactoria por varios motivos: dun punto de vista dogmático, porque non explica cal é o fundamento da obrigatoriedade do PCAP na fase anterior á adxudicación definitiva<sup>30</sup>. Dun punto de vista práctico, porque conduz a situacións de negación de xustiza por meio da limitación dos suxeitos lexitimados para impugnar ben o propio PCAP, ben os actos subseguintes dictados durante o procedemento de adxudicación e mesmo na fase de execución do contrato<sup>31</sup>.

Para a cumprida análise dos PCAP, é preciso diferenciar segundo dous criterios: un primeiro criterio cronolóxico - antes ou despois da adxudicación definitiva do contrato -, e un segundo material - que repare no contido das súas diversas cláusulas ou, por utilizar unha expresión mais neutra, disposicións, que integran o prego.

##### 2. Os PCAP no iter contratual.

###### 2.a) Orixe da obrigatoriedade do PCAP.

Nunha perspectiva temporal, a común denominación de “lei do contrato” debe entender-se referida, ao menos nos momentos anteriores á perfección do contrato, a unha verdadeira norma obxectiva. Aínda non hai contrato e, sen embargo, o PCAP xa é obrigatorio tanto para a Administración como para os licitadores.

<sup>29</sup> Por exemplo, o contido na S.TS de 15 de marzo de 1997 (Sala 3ª, Secc. 5ª. P.: Garzón Herrero, Ar. 1689), relativa a un concurso de adxudicación de frecuencias de FM: “consentidas as bases do concurso (...) as alegacións tendentes a probar que unha opción é mellor que outra non poden prosperar neste ámbito xurisdiccional, pois non se sustentan en **vulneración de normas** senón en valoracións, cuxo axuizamento non corresponde aos tribunais “ (o subliñado é meu).

<sup>30</sup> Considerando polo de agora como diría o TS, a feitos dialécticos, que a súa obrigatoriedade unha vez aperfeizoado o contrato explica-se apartir do principio de *contractus lex* proclamado con carácter xeral no art. 1091 Cc.

<sup>31</sup> A aplicación da doutrina dos actos consentidos leva a que a non impugnación das bases impida recorrer contra o acto de adxudicación, que se considera confirmatorio daquelas. Por outra parte, aperfeizoado o contrato, os licitadores pasan a ser considerados terceiros e, en consecuencia, suxeitos carentes de lexitimación para impugnar eventuais avatares relativos á execución e cumprimento do contrato (en particular, os actos administrativos de modificación unilateral do mesmo) que afectan directamente aos seus intereses por canto poden falsear ou variar substancialmente as condicións establecidas nas bases iniciais. Esta falta de lexitimación superaría-se se se considerase os PCAP como normas regulamentarias e non como documentos contractuais.

Para os licitadores, conforme coa explicación tradicional, porque a súa participación no procedemento seleitivo envolve “a aceptación incondicionada” das súas cláusulas<sup>32</sup>.

Para a Administración, a prohibición legal de modificar os pregos unha vez iniciado o procedemento seleitivo, que tal é a principal manifestación para ela de tal obrigatoriedade, pode explicar-se unha vez que a opinión maioritaria renuncia a as cualificar como ofertas de contrato -, ben como consecuencia do principio de irrevogabilidade dos actos administrativos<sup>33</sup> ou ben do de inderrogabilidade singular dos reglamentos<sup>34</sup>. No primeiro caso, son cualificados como actos administrativos; no segundo - ao menos parcialmente -, de regulamentos.

Na miña idea, a obrigatoriedade do PCAP na fase de preparación e adxudicación do contrato, deriva do seu carácter de norma obxectiva, como se comproba atendendo ao papel que cumpre dentro da dinámica propia do principio de legalidade: o prego de condicións atribúe<sup>35</sup> e regula<sup>36</sup> as potestades do órgano de contratación<sup>37</sup>, desenvolvendo - e non só aplicando - as leis e regulamentos superiores<sup>38</sup>; pola mesma razón, a violación das disposicións contidas nos pregos envolve a invalidez do acto de adxudicación, sendo que tal invalidez ven definida no ordenamento español, no seu degrau inferior de anulabilidade, como “calquier infracción do ordenamento xurídico” (art. 63.1 LPAC). Do mesmo xeito, a motivación da adxudicación do contrato ten ao PCAP como referente fundamental e, consistindo a motivación en “fundamentos de feito e de dereito” (art. 54 LPAC), é claro que é o PCAP quen fornece dos segundos, en grande medida, á Administración contratante. Eis unha confirmación do carácter normativo, ordinamental, dos repetidos pregos.

---

<sup>32</sup> Cfr., art. 80 LCAP, en termos idénticos aos dos art. 29 LCE e 97 RXCE. Tamén numerosas sentencias, entre elas a recente de 27 de febreiro de 1996, Sala 3ª, sec. 5ª, Ar. 1651: “Como é ben coñecido - artigo 14 da Lei de Contratos do Estado e 34 do seu Regulamento - conforme a reiterada doutrina xurisprudencial desta Sala, o prego de cláusulas ou condicións particulares dos contratos administrativos constitue lex inter partes, con forza vinculante para elas, tendo sido aceptado, neste suposto, pola Agrupación Temporal participante no concurso aquí contemplado o citado prego, ao ter concursado sen formular alegación ou obxexión algunha fronte ao mesmo”.

<sup>33</sup> Por canto tal variación unilateral constituiría un fraude do principio licitatorio.

<sup>34</sup> Tese sostida por BOQUERA OLIVER (cfr., “La selección ...”, cit., pág. 46). Dalgún xeito, a idea recollíase xa na Exposición de Motivos da Lei de Bases de 1963, segundo a cal “o que en ningún modo pode verificarse é a alteración discricionaria do prego en beneficio dun licitador ou a posibilidade de cláusulas distintas para estes en función dun mesmo tipo de contrato” (apartado I, parágrafo 5º *in fine*).

<sup>35</sup> Así os numerosos casos, coñecidos através da xurisprudencia, nos que os PCAP recoñecen aos órganos de contratación unha potestade discricionaria na adxudicación do contrato (v.gr., Ss.TS de 19 de abril de 1991, Sala 3ª, Sec. 4ª, relator Baena del Alcazar, Ar. 3511; de 11 de xuño de 1991, Sala 3ª, Sec. 5ª, relator Delgado Barrio, Ar. 4874, analizando as dúas supostos nos que o PCAP atribuíu á Administración contratante a facultade de “declarar deserto o concurso se, na súa apreciación libre, nengunha das proposicións presentadas resultasen convenientes aos seus fins” ou afirmando máis simplemente que a resolución do concurso había ser “discricionaria”). En relación coas bases reguladoras dos procedementos de selección de persoal ao servizo das Administraciones Públicas, vid., por exemplo, a S.TS de 3 de setembro de 1994, Sala 3ª, Sec. 7ª, relator Cancer Lalanne, na que se fala - FX 1º - de “potestades conferidas polas bases do concurso-oposición” ao Tribunal cualificador de ditas probas.

<sup>36</sup> Limitando-as e suxeitando-as a un procedemento - tamén regulado nos pregos - de exercicio.

<sup>37</sup> O prego opera como cláusula atributiva de potestades administrativas e isto constitúe a proba definitiva do seu carácter normativo. Neste sentido, en referencia concreta ás potestades discricionarias DWOR-KIN, “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1984, páx. 84-85, quen afirma que “o concepto de discricionarieidade só é adecuado nun único tipo de contexto: cando alguén está, en xeral, encargado de tomar decisións suxeitas ás normas establecidas por unha autoridade determinada”, ou sexa, que só se cabe falar de atribución ou condicionamento de potestades dentro de contextos normativos. Sobre este tema, vid. tamén ANÓN, “Notas sobre discricionarieidade e legitimación”, en DOXA nº 15-16, vol. II, 1995, páx. 904.

<sup>38</sup> Val dicer, inovando, cal é o propio das normas fronte aos actos administrativos.



**2.b) PCAP e principio de legalidade. O PCAP como último elo do grupo normativo regulador do contrato.**

A discricionariedade que a Administración exerce ao elaborar os PCAP non se diferéncia en nada da que se pode predicar da súa potestade regulamentaría: en ambos casos reconece-se lle á Administración a mais ampla latitude, as mais amplas facultades inovativas, sempre informadas polo fin de “servizo aos intereses xerais”. En ambos casos, mais que vinculacións funcionais, afirman-se límites cuxo respecto opera como condición de validez.

Isto mesmo é o que a xurisprudencia establece a respecto dos PCAP: de respeitaren as leis e os regulamentos de contratación, serán válidos e obrigatórios para a Administración e os licitadores<sup>39</sup> e mesmo, aínda vulnerándo-os, seguen a desprezar esa obrigatoriedade entanto a invalidez non sexa declarada polas vías de dereito pertinentes<sup>40</sup>.

Mas o caso é que mesmo cando o contrato está xa aperfeizoado, o PCAP non se confunde con el. O documento de formalización recolle o contido dun contrato que resulta da concorréncia dunha oferta - a proposición do adxudicatario - e dunha aceptación - o acto de adxudicación definitiva -, que non se limitan a un mero refrendo do PCAP. Ou, dito por outras palabras, os requisitos esenciais dos contratos das Administracións Públicas listados no art. 11 LCAP deben referir-se non ao PCAP senón ao contrato perfecto, afirmación doadamente verificábel polo que atinxe ás esixencias de prezo certo e de obxecto determinado que poden non se cumprir coas previsións do PCAP pero que, en calquer caso, teñen de se cumprir no contrato.

Do mesmo modo, en todos os supostos de contratación negociada, malamente se pode remitir o contido contratual ao PCAP que, nesta forma de contratación, limita-se na maioría dos casos, a unha expresión xenérica das necesidades que a Administración pretende satisfacer sen conter un verdadeiro proxecto de contrato, dedicando-se principalmente o prego á regulación do procedemento de selección<sup>41</sup>.

E sen embargo, o PCAP segue en vigor, non se ve substituído polo contrato, como se observa particularmente en sede de interpretación do mesmo, que é onde a prevalencia do prego cobra toda a súa virtualidade.

<sup>39</sup> Así, entre outras moitas, as Ss.TS de 21 de outubro de 1981, Sala 3ª, Ar. 4614 - que claramente establece que “aínda que en principio o prego de condicións ten forza vinculante para as partes, unha vez que foi aprobado sen oposición, constituindo a lei do contrato, non se pode descoñecer que tal principio básico, en materia de subhasta, non pode vulnerar o principio de legalidade” -; de 9 de marzo de 1987, Sala 3ª, relator Ar. 3515 - “o prego de condicións é lex inter partes en tanto no vulnere normas de dereito necesario”; de 8 de marzo de 1989, Sala 3ª, relator García-Ramos Iturralde, Ar. 1776 - “A respecto do valor deses pregos de condicións nas concesións administrativas outorgadas polos Concellos, temos de ter presente desde este momento o art. 21 RCCL, ao que se remite o 40, que lles outorga forza de Lei no contrato, con forza vinculante para as partes, co único requisito de que estean subordinados ao referido Regulamento” -; de 16 de novembro de 1993, Sala 3ª, sec. 5ª, relator Barrio Iglesias, Ar. 8506, acerca da exclusión das UTEs dun procedemento selectivo por disposición do PCAP.

<sup>40</sup> Neste sentido, pode ver-se a xurisprudencia escolmada por VILLAR PALASÍ e VILLAR EZCURRA, quen concluen: “a Administración non pode descoñecer o prego naaqueles casos en que se opoñan á Lei e aplicar ésta, e tal é o sentido exacto do art. 44 da LCE ao indicar que ‘as obras executarán-se con estrita suxeición ás cláusulas estipuladas no contrato’”(cfr., “Principios ...”, cit., páx.81 a 83).

<sup>41</sup> Así por exemplo na S.TS de 26 de marzo de 1990, Sala 3ª, Sec. 7ª, relator Moreno Moreno (Ar. 2112), en relación coa contratación directa de subministracións para RTVE, na que se afirma que a Administración obrou correctamente ao se ater ao “... Prego de Condicións que serviu de base á contratación porque tivo en conta, segundo puxemos de manifesto, a oferta mais conveniente, seguindo ao efecto o informe emitido polos servizos técnicos e os antecedentes do propio recorrente en relación ao incumprimento coa propia RTVE de contratos anteriores”.

Non é outra cousa o que sinala o propio texto da LCAP: con efecto, o xa citado art. 50.1 dispón que os PCAP “considerarán-se parte integrante dos respectivos contratos”, é dicer<sup>42</sup>, non que o sexan senón que, máis non o seren, considerará-se-lles como tais.

Xa que logo, a prevalencia do PCAP sobre o contrato non decorre de que a formalización a que se refire a LCAP sexa-o apenas *ad probationem* e non *ad solemnitatem*, no sentido do art. 1278 Cc<sup>43</sup>. Mais simplemente, é consecuencia do principio de legalidade aplicado á actuación da Administración através de contratos: acto e contrato son dúas formas distintas de executar as normas, mas as dúas son “actuación administrativa” no sentido do art. 106 CE. Para o caso dos contratos, o que a Administración contratante actúa é un grupo normativo no que o PCAP integra-se como último elo.

É tamén neste sentido que se debe interpretar a “liberdade de pactos” que para a Administración consagra o art. 4 LCAP, en termos practicamente idénticos aos da derogada LCE: non se trata de que na actuación administrativa contractual o principio de legalidade xogue de xeito diferente a como o fai na unilateral ou, en palabras de VILLAR PALASÍ, que o principio xeral *quae non permisa, prohibita intelliguntur* se transforme no contrario *quae non prohibita, permisa intelliguntur*<sup>44</sup>: o que acontece é que xunto a límites decorrentes da propia configuración constitucional do poder público administrativo ou de principios extraxurídicos<sup>45</sup>, a referencia ao “ordenamento xurídico” debe-se entender feita, en concreto, ao grupo normativo reitor de cada procedemento concreto de contratación, grupo normativo fechado por abaixo polo PCAP<sup>46</sup>, como a propia LCAP ven confirmar no seu art. 95. Por esta razón - excepción feita dos contratos negociados - mais que recoñecer-lle unha ampla potestade negocial á Administración, o que realmente fai o art. 4 LCAP é establecer - desenvolvendo o art. 97 CE e actuando como *lex specialis* a respecto do 51 LPAC - os límites concretos aos que, no ámbito contractual, deberá suxeitar-se a potestade normativa da Administración na fase de preparación do contrato.

---

42 Como recoñecen mesmo os partidarios da natureza meramente contractual do PCAP (neste sentido, cfr., RUÍZ OJEDA e GARCÍA BERNALDO DE QUIROS, “Comentarios ...”, cit., páx. 226, para quen o PCAP “é, en definitiva, o contrato mesmo”, razón pola cal “debe considerarse desafortunada a redacción da alínea 5 deste artigo [50 LCAP], que di que as cláusulas do Prego considerarán-se parte integrante dos respectivos contratos”).

43 En sentido contrario ao proposto no texto, entre outras, a S.TS de 8 de marzo de 1989, Sala 3ª, relator García-Ramos Iturralde (Ar. 1776), na que se xustifica a prevalencia do prego de explotación sobre a escritura de formalización dunha concesión de servizo público: “A respecto do valor dos ditos pregos de condicións nas concesións administrativas outorgadas polos Concellos, temos de ter presente desde este momento o art. 21 RCCL, ao que se remite o 40, que lles outorga forza de lei no contrato, con forza vinculante para as partes, co único requisito de que estean subordinados ao referido Regulamento. Pois ben, cumprindo o Prego de Condicións a que facemos referencia cos preceitos do dito Regulamento ...”.

44 Cfr., “Principios ...”, cit., páx. 41 e 42. Noutro lugar - cfr., “Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General”, t. III, Madrid, 1977 - o mesmo autor expón mais polo miúdo a súa teoría, ao dicer que no caso do contrato “a Lei non constituc para a Administración senón o marco no interior do cal debe moverse para a xestión do interese público, atendendo para isto con completa liberdade (autonomía da vontade) a unha serie de consideracións que son extrañas, en principio, á Lei (potestade doméstica da Administración). A Lei xoga así como límite da súa actuación válida, ou mellor, como límite de validez da súa autonomía da vontade, mas non como inspiradora do contido desta” (páx. 249 e 250). O art. 3 LCE - antecesor directo do actual art. 10 LCAP - non era para este autor mais que a admisión do principio de autonomía da vontade na LCE (páx. 250 e 251).

45 Tal é a consideración que do principio de boa administración parece soste-lo xeralmente, en especial na doutrina da XCCA.

46 Evidentemente, o afirmado no texto contradiz abertamente o sostido por algúns autores, para quen “a contratación administrativa rexe-re, en primeiro termo, como norma fundamental, polo prego de condicións particulares. En segundo termo procede a aplicación de acordado en escritura contractual. En defeito de ambos documentos serán aplicábeis as disposicións da normativa legal” (cfr., MORENO GIL, “La revisión ...”, cit., páx. 154).

### 2.c) Admisión do carácter regulamentario de figuras afíns ao PCAP.

Desde o criterio ordinalista dominante na doutrina e a xurisprudencia españolas, o principal indicio negador da natureza normativa dunha actuación administrativa sería o da súa consunción. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, “o acto administrativo, sexa singular ou xeral o seu círculo de destinatarios, esgota-se no seu simple cumprimento, consume-se neste; para un novo anuncio haberá que dictar eventualmente un novo acto (unha nova convocatoria, un novo anuncio de licitación ou de información pública, unha nova orde xeral). En troques, a norma ordinalista non se consume co seu cumprimento singular, pola contra, afirma-se, consolida-se, mantén-se e é susceptible dunha pluralidade indefinida de cumprimentos; segue a ordear a vida social desde a súa superioridade”<sup>47</sup>. O mesmo autor propón como exemplo de acto xeral non normativo as “licitacións públicas” e as “convocatorias de oposicións”<sup>48</sup>.

Porén, e como xa puxera de manifesto MEILÁN<sup>49</sup>, tampouco o ordinalista salva-se do carácter funcional que xeralmente presentan os criterios de distinción entre normas e actos administrativos. Con efecto, hai normas que ninguén discute que o sexan que, sendo xerais canto aos seus destinatarios, son particulares canto ao suposto que regulan, consumindo-se unha vez verificado este: tal é o caso, entre outros, das normas reguladoras de programas de subvencións ou outras axudas públicas, dictadas en virtude de autorizacións legais mais ou menos amplas ou mesmo sen outra cobertura legal que a lei anual de orzamentos<sup>50</sup>.

Doutrina<sup>51</sup>, xurisprudencia<sup>52</sup> e a propia regulación positiva das subvencións e axudas públicas non dubidan en cualificar de normas as bases destes procedementos concursais de concesión de subvencións<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Cfr., “Curso...”, cit., páx. 191. A primeira formulación desta tese no Dereito Administrativo español debe-se tamén a este autor, no seu artigo “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, RAP nº 27/1958, páx. 70 e ss.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Cfr., “La distinción...”, cit., páx. 70.

<sup>50</sup> O principio de legalidade en relación coa actuación administrativa de dispensación de axudas suscitou unha interesante discusión na doutrina administrativista española, ao fio da cal puxeron-se de manifesto dúas concepcións contrapostas do principio de legalidade administrativa: unha que podemos denominar clásica, defendida por DÍAZ LEMA - cfr., “Subvenciones y crédito oficial en España”, IEF-ICO, Madrid, 1985, páx. 71 e ss. - que equipara este principio á existencia dunha lei previa, xa que “para subvencionar, a Administración ha de estar previamente autorizada pola Lei; é mais, ha de ser a que permita ou imponha á Administración o deber de subvencionar a un sector ou zona determinada”; outra concepción, que podemos denominar dinámica, é a sostida por FERNÁNDEZ FARRERES - cfr., “La subvención: concepto e natureza jurídica”, IEF, Madrid, 1993, páx. 471 e ss. - que considera que este principio equivale, nas condicións do Estado social de Dereito, á existencia dunha norma previa, sexa esta legal ou regulamentaria sen prexuízo das reservas materiais de Lei que resulten da Constitución. Un excelente resumo desta discusión - que non ven senón a reproducir na literatura española a anteriormente producida na alemana principalmente entre JESCH (no seu “Ley y Administración”, IEA, Madrid, 1978) e BULLINGER (en “Vertrag und Verwaltungsakt”, Kohlhammer, Stuttgart, 1962) - en LAGUNA DE PAZ, “Las empresas públicas de promoción económica regional”, Montecorvo, Madrid, 1991, páx. 203 e ss., autor que en calquer caso inclínase polas teses de FERNÁNDEZ FARRERES.

<sup>51</sup> Así, FERNÁNDEZ FARRERES falando das “previsións normativas das bases concursais” ou do “marco normativo previo” en relación aos procedementos de concesión de subvencións - cfr., “La subvención...”, cit., páx. 669 e 671. DÍAZ LEMA - cfr., “Subvenciones...”, cit., páx. 109 e ss. -, pola contra, e facendo directa referencia aos concursos de concesión de subvencións, cualifica-os de “actos administrativos de execución directa do orzamento e indirecta do plano” (páx. 111) e de “actos administrativos instrumentais ou de execución” (páx. 112), considerando que as bases reguladoras dos mesmos non son verdadeiras normas senón “el ejemplo palmario de actos administrativos discrecionales, en tanto que ejecutan la norma, pero teniendo en cuenta no caso dos funcionarios as circunstancias do posto a cubrir e en consecuencia exixindo determinadas aptitudes” (páx. 112).

<sup>52</sup> O recoñecemento do carácter normativo dos RD de convocatoria dos concursos de beneficios no marco das Grandes Areas de Expansión Industrial constitúe doutrina xurisprudencial reiterada. En especial,

A mesma consideración unánime merecen as bases reitoras dos concursos de adxudicación de vivendas. Por exemplo, en relación co RD 1133/1984, de 22 de febreiro, sobre “actuacións de remodelación e realoxamento en varios bairros de Madrid”<sup>54</sup>, non parece dúbida a natureza normativa máis se facer referencia a unhas concretas actuacións públicas en materia de vivenda.

Pola súa parte, as bases reitoras dos procedementos de selección de funcionarios - cuxas similitudes cos de selección de contratistas non deixou de ser advertida pola doutrina - veñen-se cualificando, polo xeral, de actos xerais, por referencia á figura a que alude o art. 46.1 da derogada LPA<sup>55</sup> mas, e isto debe salientarse, tal cualificación refírese á convocatoria<sup>56</sup>, non ás bases. A respecto destas últimas, aquel entendemento inicialmente doutrinal callou tamén na xurisprudencia<sup>57</sup>, aínda que algúns autores parecen abrigar certas dúbidas acerca dunha cualificación que, en calquier caso, aceitan<sup>58</sup>.

Sen embargo - aínda dentro dos procedementos de selección de persoal ao servizo das Administracións Públicas - o Tribunal Constitucional recoñeceu claramente o carácter normativo destas bases. Así por exemplo, as Ss.TC 193/1987<sup>59</sup>, de 9 de decem-

---

do punto de vista indicado no texto de constituiren aquelas a normatividade á cal, no xogo propio do principio de legalidade da Administración, debe esta suxeitar-se no exercicio das súas potestades. Así por exemplo, as Ss.TS de 23 de xaneiro de 1990 (Sala 3ª, Sec. 3ª, relator Martínez Sanjuán, Ar. 594), 16 de novembro de 1990 (Sala 3ª, Sec. 3ª, relator Morenilla Rodríguez, Ar. 9170), de 20 de setembro de 1990 (Sala 3ª, Sec. 2ª, relator Llorente Calama, Ar. 9082), nas que se empregan argumentos do teor seguinte: “En principio, en materia de subvencións, o ánimo de liberalidade implícito na gratuidade do beneficio, aínda que comprendido con outras previsións propias da política de fomento, dota á oferta da Administración dunha marxe de autonomía na selección dos concursantes favorecidos de filiación máis próxima da discricionariedade, pero ao ter que suxeitar-se ás condicións establecidas no marco de su propio réxime xurídico, existen sen dúbida elementos regrados no acto, asequíbeis á función xurisdiccional revisora, susceptíbeis de provocar unha declaración de nulidade” (cfr., S.TS de 20 de setembro de 1990, cit.). Ou tamén: “A discricionariedade do Consello de Ministros na resolución do concurso exercitou-se dentro dos límites regrados do RD que fixaba a marxe da concesión de beneficios” (cfr., S.TS de 16 de novembro de 1990, cit.).

<sup>53</sup> O art. 81.2º LXO dispón que “polos Ministros correspondentes, establecerán-se, caso de non existiren previamente á disposición dos créditos, as oportunas bases reguladoras da concesión”. O adxectivo “reguladoras” que cualifica ás bases no preceito citado non ofrece, ao meu xuízo, dúbida algunha acerca da corrección da tese que se mantén no texto. Notar tamén a grande semellanza que existe entre o contido destas bases reguladoras da concesión de subvencións e o dos PCAP establecido para estes polo art. 82 RXCE.

<sup>54</sup> Acerca desta norma, vid. a S.TS de 16 de maio de 1996 (Ar. 4442).

<sup>55</sup> Así no clásico traballo de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Actos administrativos generales y reglamentos”, en RAP nº 40, 1963, páx. 225 e ss.

<sup>56</sup> Íbidem, páx. 225 e ss., en especial, 235 a 247.

<sup>57</sup> Así as Ss.TS de 22 de xuño de 1975 e 22 de setembro de 1986 que as cualifican de “acto administrativo de carácter xeral, referido a unha actuación singular e concreta como é a abertura dun procedemento selectivo para a provisión de prazas vacantes, sen que a tal cualificación sexa obstáculo a pluralidade ou indeterminación dos seus destinatarios, esgotando os seus efectos e eficacia xurídica cando o proceso selectivo finaliza”.

<sup>58</sup> Para CASTILLO BLANCO - cfr., “Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)”, Comares, Granada, 1993, pág. 96 - as bases carecen de poder normativo ou inovativo do ordenamento xurídico, “e non poden vulnerar, por suposto, preceitos de rango superior aos que se subordenan segundo a orde xerárquica de fontes anteriormente analizado”. Co cal, quizais guiado este autor por unha irreflexiva lectura da xurisprudencia, cai nunha evidente contradición: se non teñen carácter normativo, da que, como é que poden estar subordenadas a outras normas segundo a “orde xerárquica de fontes” (notar a patente contradición: non é norma mas ocupa un lugar dentro da xerarquía das fontes). A seguir, acrescenta o autor: “constituen a manifestación do exercicio dunha potestade discricionaria que, no meu xuízo, non é puramente executiva, aínda que tampouco constitue o exercicio puro dunha potestade normativa (...) representa un plus a respecto da actividade discricionaria executiva da Administración: con efecto, dun lado, o feito do seu carácter xeral e público e, do outro, o carácter normativo limitado no tempo e no fondo para a regulación concreta do devir dun procedemento administrativo, lle atribuen especiais características. A xurisprudencia e a lexislación vigente deduciron das mesmas unha forza vinculante para todos os suxeitos que interveñen no proceso selectivo”.

<sup>59</sup> Cfr., FX 2º.

bro, 203/1991, de 28 de outubro<sup>60</sup> e 93/1995, de 19 de xuño<sup>61</sup>, nas que se cualifica ás respectivas ordes de nomeamento ou resolución de concursos de traslado de funcionarios de “actos de aplicación” das bases contidas nas respectivas convocatorias.

De forma mui clara, a última das sentencias citadas reconece a natureza normativa destas bases ao se referir a elas como “disposicións xerais”, ao obxecto de lembrar cal é o obxecto do recurso de amparo, indicando que cumpre reparar en que

“... o carácter esencialmente subxectivo do dito recurso como via de protección de dereitos e liberdades, procedendo o exame das disposicións xerais neste tipo de recurso só en canto prius necesario para determinar se se violaron dereitos fundamentais protexidos por esta via (...). O exame por tanto da convocatoria e bases para a cobertura en propiedade de 159 prazas de auxiliares administrativos, aprobadas polo Concello de València o 10 de xullo de 1986, é o prius necesario para a resolución do presente recurso de amparo”<sup>62</sup>.

Fai-se, pois, urxente, atendido o valor que ás sentencias do TC outorga o art. 5 LOPX, un cambio de rumbo na liña xurisprudencial que nesta materia aínda mantén o TS, cualificando as bases como actos xerais non normativos<sup>63</sup> aos que se aplica, caso de non seren impugnados autonomamente, a doutrina dos actos consentidos, coa consecuencia de inadmisión da impugnación contra os actos de resolución dos correspondentes procedimentos concorrenciais<sup>64</sup>.

## **2.d) Tutela xudicial efectiva, Dereito comunitario e natureza normativa dos PCAP.**

Aínda este non sexa o suposto contemplado pola xurisprudencia constitucional que se ven de comentar, cumpre reconecer lexitimación a interesados distintos dos participantes no procedemento selectivo de que se trate non só para impugnar a convocatoria ou as bases reguladoras do procedemento selectivo<sup>65</sup> mas tamén o acto de adjudicación ou outros avatares do procedemento que afecten negativamente a algún interese

<sup>60</sup> Cfr., FX 6º. Vid. tamén a crítica que a esta liña a xurisprudencial dirixe GARCÍA-TERVIJANO GARNICA (cfr., “La impugnación de los actos administrativos de trámite”, Montecorvo, Madrid, 1993, páx. 197, nota 194).

<sup>61</sup> Cfr., 4º e en especial 5º.

<sup>62</sup> Cfr., FX 5º.

<sup>63</sup> Así por exemplo, entre outras, as Ss.TS de 12 de setembro de 1987, Sala 3ª, relator Mateos García (Ar. 6606), ou de 3 de setembro de 1994, Sala 3ª, Secc. 7ª, relator Cancor Lalanne (Ar. 7844), a da mesma data, sala e sección, relator Martín de Hijas (Ar. 7841) e a de 13 de outubro de 1994, Sala 3ª, secc. 7ª, relator Trillo Torres (Ar. 9293).

<sup>64</sup> Serva como mostra dunha doutrina xurisprudencial aínda viva, a S.TS de 21 de abril de 1970 (Ar. ): “... o recorrente, polo mero feito de concorrer á subhasta (...) submeteu-se tamén a todas e demais condicións contidas no prego e non hai dúbida que se infrinxiria o principio de dioreito que impede ir contra os propios actos, ao admitir que quen inicialmente se submeteu, sen protestar, a todas e cada unha das condicións do prego, tomando parte na subhasta, puidese despois destes actos propios impugnar parcialmente o prego de condicións, xa que tal levaría a consecuencia de que a lei da subhasta non sería o prego senón a conveniencia das partes, rompendo así toda confianza na seguranza xurídica, sobre todo cando esta dimana do transcurso duns prazos preclusivos (art. 24 RCCL), que convirten en firme e consentido todo acto administrativo non recorrido en tempo e forma”.

Tamén a xurisprudencia italiana, como destaca MASSI (cfr., “Alcune riflessioni sulla trattativa privata e sulle posizioni giuridiche degli offerenti”, *Il Diritto della Economia*, 1992, páx. 122, e “Orientamenti giurisprudenziali in tema di trattativa privata”, *Il diritto della Economia*, 1989, páx. 509 y ss.), mantén que a participación na licitación sen manifestar reserva algunha supón unha forma de aquiescencia ao acto administrativo de selección do procedemento.

<sup>65</sup> Recoñecimento que a xurisprudencia realiza xa con naturalidade.

lexítimo, como pode ser, mui especialmente, o denominado “interese competitivo”, recoñecido suficiente a efectos impugnatorios por unha xurisprudencia xa idosa<sup>66</sup>.

Por outra parte, tamén o Dereito comunitario esixe un amplo recoñecimento da lexitimación para impugnar as actuacións administrativas en materia contractual. O art. 1.3º da Dir. 89/665/CEE<sup>67</sup> esixe que as vías estatais de recurso “sexan accesíbeis como mínimo, a calquer persoa que teña ou tivese interese en obter un determinado contrato público” e que, á mais, “se vise ou poda ver prexudicada por unha presunta infracción”.

A práctica, restritiva do acceso ao recurso, que seguen os tribunais españois non semella, deste punto de vista, acorde co establecido na Directiva e desminte a alegre afirmación contida na Exposición de Motivos da LCAP acerca da inecesidade de realizar unha transposición específica desta Dir. 89/665/CEE no ordenamento español. Ben ao contrario, o Dereito europeo empra ao legislador español a acometer unha urxente reforma da legislación procesual e procedimental administrativa<sup>68</sup>.

### 3. A natureza normativa do PCAP do punto de vista do seu contido.

No segundo dos sentidos expostos, reparando no seu contido, resulta claro que o PCAP é algo mais que mera anticipación do contido do contrato subseguente. As disposicións reguladoras da capacidade e demais requisitos de participación, as que escollen e disciplinan un determinado procedemento e forma de selección de contratistas é

---

<sup>66</sup> Xa unha S.TS de 25 de febreiro de 1970 (Ar. 961) recoñecía lexitimación para impugnar a adxudicación de subvencións aos que ostentasen “intereses competitivos comerciais”, mesmo que non optaran á concesión (vid. FERNÁNDEZ FARRERES, “Interés competitivo, comercial o industrial e impugnación directa de disposiciones de carácter general”, REDA nº 22/1979, páx. 465 e ss. e, do mesmo autor, “Régimen jurídico de las ayudas públicas a las actividades económicas”, en “La intervención administrativa en la economía”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, páx. 148). Sen embargo, en materia contractual, o TS mostra-se -- aberta e sorprendentemente - contrario a esta abertura da lexitimación a persoas distintas dos licitadores, equiparando tal abertura a unha admisión franca da acción popular (así, a S.TS de 30 de xuño de 1997, Ar. 5390, f.x. sétimo) cando, tal e como no texto se defende, é palmária a existencia dun interese lexítimo.

<sup>67</sup> De “coordenación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas referentes a aplicación dos procedimentos de recurso en materia de adxudicación dos contratos públicos de subministracións e de obras”.

<sup>68</sup> Debe indicarse que o TXCE condean recentemente ao Estado grego por non ter integrado, ou non o ter feito de forma completa, a mencionada Dir. 89/665/CEE no seu ordenamento interno, por sentenza de 19 de setembro de 1996 (as. C-236/95, Rec. I-4467), que contén algunhas consideracións de interese para a miña argumentación: en primer lugar, considera o Tribunal que máis prever o art. 52 do Decreto grego 18/1989 con carácter xeral, a suspensión da execución dos actos administrativos, “presupón a existencia dun recurso principal de anulación do acto administrativo impugnado, mentres que en virtud do art. 2 da Directiva, os Estados membros están obrigados, máis en xeral, a conferir aos orgaos que coñezan dos procedimentos de recurso a facultade de adoptar, independentemente de calquer acción previa a todas as medidas provisórias, incluídas as medidas destinadas a suspender ou a facer que se suspenda o procedemento de adxudicación do contrato público en cuestión” (punto 11), incumplimento que no desaparece polo feito de que o Consello de Estado grego interprete ese art. 52 de conformidade coa Directiva (punto 12) pois, “como resulta de reiterada xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, para cumprir coa esixencia de seguranza xurídica, é especialmente importante que os particulares disfruten dunha situación xurídica clara e precisa que lles permita coñecer a plenitude dos seus dereitos e exercitá-los, no seu caso, perante os órganos xurisdiccionais nacionais” (punto 13) e, en fin, para o TXCE, “unha xurisprudencia como a do Consello de Estado non pode, en caso ningún, cumprir con esas esixencias de seguranza xurídica” (punto 14).

Na miña opinión, as carencias que esta sentenza detecta no ordenamento grego son tamén visibles no español, co agravante de que neste non existe unha xurisprudencia que aplique as normas procedimentais e procesais administrativas de conformidade coa Dir. 89/665/CEE.

claro que non se poden considerar como cláusulas contractuais. Ao menos en relación con elas estaremos ben ante unha norma obxectiva, ben ante un acto xeral, unha vez que, pacificamente, a doutrina exclue que a convocatória dun procedemento de selección de contratistas sexa unha oferta contractual<sup>69</sup>.

Pero resulta que tamén as demais mencións do PCAP, as que BOQUERA denominara integrantes do “prego contractual”, analizadas desde a perspectiva que proporciona o principio de a concorrência, deben ser cualificadas como disposicións regulamentarias. Desde unha aproximación realista<sup>70</sup>, conclúese que tamén as xenéricamente denominadas cláusulas ou condicións contractuais producen sobre o xogo da concorrência efectos en nada diferentes aos producidos por condicións regulamentarias como as reguladoras do procedemento de adxudicación do contrato ou o de selección de candidatos.

Repare-se no suposto analisado pola S.TXCE de 22 de setembro de 1988<sup>71</sup>: en relación coa obriga imposta polo poder adxudicador á adjudicatária de contratar traballadores en paro prolongado inscritos na oficina local de emprego, é evidente que a súa influencia sobre a concorrência, o incentivo ou desincentivo que poda supór para que os interesados presenten unha proposición, non depende realmente de como se cualifique tal esixencia, val dicir, de se debe ser considerada criterio de adxudicación, condición de aptitude ou, como propón a senténcia, condición contractual. En calquer caso, pase ou non a integrar o contido obrigacional do contrato, inflúe sobre a concorrência afectando a terceiros distintos das partes contratantes. E, deste punto de vista, semella que non existen razóns que xustifiquen unha cualificación xurídica distinta da que se lles asigne, por exemplo, aos criterios de adxudicación do contrato.

Este mesmo razoamento pode aplicar-se á definición do obxecto contractual: igual que no caso da senténcia “Beentjes”, o feito de pasar a formar parte do contrato non impede entender que, como parte do prego que condiciona de forma efectiva a concorrência no procedemento de adxudicación, debe participar da común natureza normativa deste.

## V. CONCLUSIÓN.

Non só por razóns dogmáticas, mas tamén por motivos prácticos debe recoñecerse que os pregos de cláusulas administrativas particulares ostentan, no ordenamento español, carácter normativo. Deben ser cualificados como normas obxectivas e, en canto que procedentes da Administración, de rango regulamentario.

<sup>69</sup> Tanto a doutrina como a xurisprudéncia desistiron hai tempo da súa anterior cualificación da convocatória como unha oferta de contrato (como exemplo desta postura tradicional, vid. FERNÁNDEZ DE VELASCO, “Los contratos administrativos”, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, páx 107), para cualificá-la de *invitatio ad offerendum*, por mais que senténcias isoladas do TS sigan considerando o PCAP como “oferta” e as proposicións dos licitadores como “contraofertas” (p.ex., a senténcia de 9 de marzo de 1990, Sala 3ª, Sección 3ª, relator Martínez Sanjuán, Ar. 1819, relativa a un concurso para a concesión de aproveitamentos hidroeléctricos a pé de encoro). Sobre a posición actual da doutrina española, vid. por todos DE SOLAS RAFECAS, “Contratos de la Administración...” cit., páx. 172 a 178, autor para o que “a cuestión terminolóxica consistente en denominar ás proposicións ofertas de contrato, carece de importancia”.

<sup>70</sup> Proposta por MEILÁN para o estudo da Administración económica (cfr., “El estudio ...”, páx. 74 c, en especial, páx. 86 e 87) e que ten unha actualidade indiscutíbel por ser precisamente a adoptada polo Dereito comunitario (sobre o *criterium* material ou funcional empregado polas normas comunitarias para apreender as institucións xurídicas, vid. en xeral GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Derecho Administrativo Privado”, Montecorvo, Madrid, 1996).

<sup>71</sup> As. 31/87, “Beentjes”, Rec. 4635.

Seguindo a senda aberta polo TC, a tese que se defende neste traballo semella a mais adecuada para solventar os problemas – en especial, no relativo ao acceso á xurisdición e, en xeral, ao recurso – levantados pola súa consideración tradicional e maioritaria como acto administrativo.

Mesmo, esta consideración non deixará de proxectar os seus efectos para alén do procedemento de adxudicación, ao permitir que terceiros interesados distintos das partes no contrato (competidores da empresa contratista ou previos licitadores) impugnen as resolucións dictadas pola Administración durante a fase de execución na medida en que podan ser consideradas contrárias a unhas bases de natureza normativa e, neste sentido, ilegais. Porén, esta cuestión, a estudar no futuro, sobardaría os límites deste traballo.