

PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

José Luis Meilán Gil

Sumario: I. PLANTEAMIENTO. II. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. 1. Relevancia del sujeto. 2. Dialéctica acto-contrato como ejecución de la norma. 3. Instrumentalidad de las categorías. 4. Fundamento dogmático de la elección del acto o del contrato. 5. Explicación histórica de la elección del acto o del contrato. 6. Sustantividad actual de la contratación administrativa. 7. Relevancia de los actos en la contratación administrativa. III. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

I. PLANTEAMIENTO

Siempre he sostenido la necesidad de la aproximación histórica para comprender el Derecho positivo, incluso sus preceptos aparentemente más técnicos. Detrás de ellos existen muchas circunstancias culturales, económicas, geográficas, políticas, que los explican. ¿Por qué y cómo se han construido categorías jurídicas que, a veces, se presentan como dogmas? ¿Qué sentido y alcance tiene hablar de contrato o contratos administrativos?

Tengo para mí que para la contestación de éstas –o equivalentes preguntas- tiene una relativa eficacia acudir al Derecho comparado. Constituye éste, ciertamente, un interesante elemento para la reflexión y, como se verá, también en ocasiones formará parte de esa historia que ayuda a explicar el presente de un ordenamiento nacional. Pero entiendo que habrá que evitar “importaciones indiscriminadas”, que desgaja las categorías o las instituciones del medio ambiente en que nacieron y se desarrollaron, una operación de trasplante realizada sin pericia que termina por producir inevitables –y lógicamente- rechazos.

Es preciso partir de la realidad varia de los ordenamientos jurídicos, que ofrecen soluciones diferentes a los mismos problemas. Antes de cualquier calificación convendrá analizar el porqué de esas diferencias y la profundidad de las mismas.

De acuerdo con ese método habrá que desmontar primero las piezas actuales para indagar su procedencia y el modo en que se montaron e inducir qué puede haber de mudable y duradero, de compatible o incompatible.

Para esta labor, como para cualquier otra en el ámbito de la investigación –quizá particularmente en las ciencias sociales- se precisa una suerte de liberación de la mente, de prejuicios para no sorprenderse de las inconsecuencias y saltos lógicos que revele la historia, sobre todo si se compara con depurados criterios actuales y se tiene en cuenta, además que estamos tratando de un tema que afecta al Poder –poder político- y a sus titulares y a su ejercicio.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Relevancia del sujeto

Para iniciar el análisis, podemos partir de un modo natural y lógico del título de la vigente Ley (TR. aprobado por R.D legislativo 2/2000 de junio) de Contratos de las Administraciones Públicas. El primer elemento a tener en cuenta es que se trata de una actividad –o una actuación- de la Administración Pública (utilizando el singular para mayor comodidad en la expresión) que se califica como contrato. ¿Hasta qué punto influye el sujeto en la naturaleza de la actuación?

Conviene retener lo que justifica la existencia de la Administración Pública y la caracteriza. En su configuración contemporánea –como en sus antecedentes en el Antiguo Régimen europeo- es una organización estable o permanente ligada esencialmente a la fundación ejecutiva del Estado. Tomando como referencia la Constitución española, se trata de un poder público que sirve con objetividad y eficacia los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, como dice su Artículo 103. Poder –o función – vicario, no sólo sometido a la Ley y al Derecho –principio de legalidad y de constitucionalidad- sino también al titular democrático del Poder, en nuestro caso el Gobierno que concreta lo que en un momento determinado signifique ese interés general, como expresión de las aspiraciones y necesidades de la sociedad manifestada e interpretada a través de los diferentes modos de participación pública, singularmente en las elecciones periódicamente realizadas.

Poder caracterizado por la eficacia en servir ese interés general, de forma vicaria, pero dotado de cierta capacidad de elección de medios pudiendo, para ello, dictar normas y producir actos que inciden en las situaciones de los ciudadanos, en sus derechos e intereses.

La Administración, por eso, es esencialmente activa. Y el Derecho administrativo es esencialmente un Derecho de realización. Para aquella no es indiferente que sean reales y efectivos los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, ni la consecución y preservación de lo que se considera como interés general, concepto jurídico indeterminado y variable de acuerdo con los estándares de calidad que se persigan en un determinado lugar y tiempo.

En ese ámbito del interés general –o los intereses generales- opera la actividad contractual de la Administración, bien distinto en el que se mueve el particular, cuya actividad contractual está dominada por la autonomía de la voluntad al servicio de intereses cuya disponibilidad no está impedida por una imposibilidad esencial, la cual, en cambio, afecta a la Administración Pública sobre el interés general de que no es titular, y menos “dominus”.

Estos dos ámbitos fundamentales (“*duae sunt positiones*”) que tradicionalmente se han configurado como Derecho público y Derecho privado, se han proyectado en la construcción doctrinal de los contratos en el Derecho administrativo, como ha sucedido con otras categorías y he explicado en alguna ocasión.

El fenómeno, en relación con los contratos de la Administración, se presenta de diferentes maneras: identidad sustancial, modulación o matización, exorbitancia... son respuestas que se han dado desde la doctrina iusadministrativista a planteamientos civilistas. ¿Cómo puede haber contrato si las partes no están en situación de igualdad? ¿Cómo puede quedar la Administración –o el Príncipe- ligados por la “*lex contractus*”?

La categoría del contrato en Derecho administrativo, he escrito, ha sido piedra de escándalo, catalizador de polémicas y, en más de un caso, sus vicisitudes coinciden con la del Derecho administrativo y otras de sus instituciones, singularmente el “servicio público”.

Pese a alguna resistencia doctrinal a admitir lo que es Derecho positivo, el problema de la existencia de contratos administrativos, dentro de los contratos de la Administración, está resuelto en España. La vigente Ley (como las anteriores de 1963-1965) de 1995 en su Artículo 5º declara que “los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado”. Existen contratos administrativos nominados y especiales, y contratos que tendrán la consideración de contratos privados.

2. Dialéctica acto-contrato como ejecución de la norma

¿Por qué este pronunciamiento del Derecho español que puede corresponderse con el francés y que no es universal? Existe una explicación histórica a la que me referiré seguidamente. Pero, antes, quisiera plantear la cuestión de los contratos de la Administración Pública, no como una dialéctica con el contrato civil, sino desde la funcionalidad servicial de la Administración anteriormente expuesta. En ese sentido antes que contraponer contrato administrativo y contrato civil, conviene subrayar la bipolaridad acto-contrato, ya que la Administración actúa mediante actos unilaterales y contratos, un punto de partida, no deudor del Derecho civil, sino propio del Derecho administrativo. Y esto por varias razones:

- a) En primer término, porque el acto unilateral tiene en el Derecho civil mucha menos importancia que en el Derecho administrativo. El Derecho civil tiene un cierto horror a la imposición unilateral de obligaciones; todo lo contrario de lo que sucede a la Administración, que es titular de potestades, que mediante los recursos de la Hacienda Pública mantiene servicios para el interés general.

La Administración es el “Estado actuante” (Von Stein). Los actos de la Administración –no digamos el acto administrativo- tienen una relevancia especial en el Derecho administrativo, como creadores o moduladores de derechos.

- b) En segundo lugar, por el distinto juego del contrato en uno y otro Derecho dentro de las fuentes de las obligaciones. En el Derecho civil el contrato es la fuente característica de las obligaciones ligada a la autonomía de la voluntad de los particulares. Las obligaciones procedentes de la Ley quedan –en cambio- vergonzantemente reguladas en los Arts. 1.089 y 1.090 del Código civil.

En el Derecho administrativo derechos y obligaciones nacen directamente de la norma o de su ejecución.

Los fines del Estado no pueden alcanzarse con el puro establecimiento de leyes. Hace falta una actividad de carácter inmediato, típica de la Administración, puesto que la Ley, según ya formulara Aristóteles en su Retórica, no puede cubrir la infinitud de los supuestos.

Es ésta una aproximación deliberadamente formal, aunque resulta obvio que la “ejecución de la norma” hay que entenderla en el contexto material de “realización” ligado al complejo de ideas que subyace en expresiones como “obras y servicios”, prestaciones administrativas, utilidad pública, interés social, “procura existencial”, interés público, derechos fundamentales y, en definitiva, con las formulaciones y principios

constitucionales del Estado social y democrático de Derecho, que rebasan un mero positivismo jurídico.

Pero volvamos al análisis dogmático. En ocasiones la norma administrativa se impone a los casos concretos sin necesidad de previo acto de requerimiento o sujeción individual. La creación de derechos y deberes en los particulares surge entonces por su conexión directa a la norma. Esto es lo que sucede cuando se opera sobre un objeto uniforme e inalterable, sin que haya necesidad de concretar el cuánto, el cuándo o el cómo. Pero no siempre esto es posible. Lo normal es que la creación de derechos y obligaciones sea el resultado de un desarrollo y una concreción de la norma, que puede hacerse mediante actos unilaterales o mediante contratos.

3. Instrumentalidad de las categorías

Cuándo la concreción se realiza por actos o por contratos, es algo que no puede ser predeterminado de una manera absoluta. En la elección del acto unilateral o del contrato hay siempre una buena dosis de oportunismo; la elección está marcada por el signo de la instrumentalidad.

La contemplación del ordenamiento jurídico en su conjunto o de alguna de sus partes muestra la ambivalencia en el uso de las técnicas. Una misma finalidad pública puede ser conseguida mediante expropiación forzosa o mediante compraventa, e incluso pueden mezclarse íntimamente las dos técnicas. La expropiación puede encubrir un auténtico contrato: incoada la expropiación se fija el justiprecio por acuerdo directo de la Administración expropiante y administrado expropiado.

Esa instrumentalidad puede comprobarse si se observa la trayectoria de un ordenamiento en el tiempo o si se comparan los distintos ordenamientos nacionales que coexisten en una misma época. Así, la concreción por contratos no ofrecerá la menor dificultad para el Derecho francés y el español; por el contrario, la concreción por actos va a ser extraordinariamente grata al Derecho alemán.

A lo largo de toda la producción de Otto Mayer hay una insistencia repetida sobre la función y el valor central del acto administrativo. El Estado -dirá- manda siempre unilateralmente. Las relaciones jurídico-públicas no pueden ser sino de carácter unilateral, fundadas en la exclusiva voluntad del Estado, constituyendo, por tanto, una imposibilidad lógica la figura del contrato administrativo en cuanto relación jurídico-pública de carácter bilateral.

Los contratos celebrados por la Administración no presentan ninguna especialidad respecto de los celebrados entre particulares: unos y otros están íntegramente sometidos al Derecho civil, como residuo histórico de la teoría del Fisco.

Como el propio Mayer razona, dentro de la herencia que el Estado de Derecho recibe del Estado-policía está “por una parte, la soberanía absoluta del Estado; por la otra, la sumisión de ciertas esferas de la actividad del Estado al Derecho civil y a la jurisdicción civil”, pero a un Derecho civil que se le aplica no a título de Derecho supletorio -como Derecho común- sino, por el contrario a título de excepción “siendo menester, en cada oportunidad, justificar especialmente su aplicación”.

En dos lugares de su obra principal, argumenta Mayer significativamente este régimen jurídico-privado de la contratación administrativa, a partir de su concepción de la relación jurídico-pública: al negar el carácter contractual del funcionario público y de la concesión de empresa o establecimiento público.

Respecto de la relación de servicio de los funcionarios públicos, entiende este autor que “el Derecho público proporciona las ideas dominantes para todos los elemen-

tos de las instituciones que le pertenecen: esas instituciones deben necesariamente resentirse al ser constituidas sobre la base de la desigualdad jurídica de los sujetos que en ellas intervienen” y, de esta consideración de principio se concluye con naturalidad que “lo que surte efecto en el acto jurídico de la incorporación al servicio del Estado debe ser la voluntad del Estado, el acto administrativo que contiene el nombramiento”.

Con mayor claridad, respecto de la concesión de empresa o establecimiento público, equiparable a la categoría española de la concesión de servicio público, y tomando como ejemplo el caso de las empresas concesionarias de ferrocarriles, Mayer niega cualquier sustancia contractual a dicha concesión en la idea de que se trata de un acto administrativo “que determina discrecionalmente lo que debe ser derecho en el caso individual”.

Esta actitud inicial condicionará el desarrollo ulterior de la doctrina alemana. A un lector francés o español chocan los esfuerzos llevados a cabo en la doctrina alemana o en la suiza para admitir la figura del contrato cuando una de las partes es la Administración. Por eso, no es sorprendente que la problemática de la doctrina administrativa de esos países haya estado centrada en la afirmación o negación de la posibilidad de los contratos de la Administración.

En investigaciones (Martens) sobre el contrato administrativo en Alemania dominan ideas como las siguientes: que el Estado se enfrenta al ciudadano fundamentalmente con relaciones de superioridad y no de coordinación; que el medio más apropiado para realizar las tareas administrativas es la orden soberana u unilateral, el acto administrativo; que en estos casos, aunque la voluntad de los súbditos tenga algún papel, como ocurre con los actos necesitados de colaboración, su importancia es muy relativa. Bullinger afirmará rotundamente que es indigno para el Estado pactar con los súbditos ya que esto supondría escaparse a la responsabilidad y atadura soberana.

La evolución del Derecho alemán, venciendo no sin resistencias la objeción mayeriana, ha supuesto el reconocimiento de las relaciones jurídico-públicas bilaterales, actualmente condensadas en el denominado “contrato de Derecho público” (*Öffentlich-rechtliche Vertrag*), como instrumento válido de actuación de la Administración democrática y, como tal, esta figura se recoge en la Ley de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976.

Sin embargo, este “contrato de Derecho público” no puede asimilarse al contrato administrativo, tal y como éste es concebido en el ordenamiento español o francés. Estos “contratos de Derecho público” se definen por su objeto (crear, modificar o extinguir una relación jurídico-pública, en el sentido del Art. 1º de la *VwVfG*). La remisión al Art. 1º de la *VwVfG* excluye del ámbito de la figura que comentamos los contratos celebrados por la Administración para la satisfacción de ciertas necesidades públicas (obras, suministros) que siguen íntegramente sujetos al Derecho privado.

4. Fundamento dogmático de la elección del acto o del contrato

Pero, ¿por qué esa resistencia a admitir el contrato y esa facilidad en utilizar el acto?

A mi modo de ver hay un doble fundamento dogmático y práctico y hay una explicación histórica.

4.1. La tendencia hacia el acto se explica en primer término dogmáticamente. La Administración reacciona por actos. Esto se confirma desde el punto de vista contencioso: lo que impugna el que se relaciona con la Administración –trátese de situación reglamentaria o contractual- es un acto administrativo o más precisamente se juzga de

una pretensión con ocasión de un acto, de una actuación de la Administración dentro de la que hay que considerar también la omisión de una actuación debida.

Esa tendencia se explica también por razones de carácter práctico: la imposición unilateral es, en principio, más ventajosa y más coherente para una Administración montada sobre la prerrogativa. La Administración, en cuanto puede, huye del contrato, pretende evitar la pesada carga que –en frase de Forsthoff- supone la doble vinculación del contrato.

Las consecuencias que se derivan del acto unilateral o del contrato son, por tanto, un factor decisivo que lleva a elegir o evitar una y otra forma jurídica. Esto se pone especialmente de manifiesto en relación con derechos adquiridos.

Inicialmente –porque se han producido aproximaciones desde los extremos- el acto es el campo de la revocabilidad, en tanto que el contrato lo es de la irrevocabilidad. El Príncipe podía actuar por “*modum privilegii*” –otorgando rescriptos- o por “*modum contractus*”. Pero en este caso recordará Belluga (en el siglo XVII) los derechos nacidos del pacto irrevocabilia fiunt. El contrato clama por el respeto de lo pactado. (Si Princeps vendit vel donat in casum, permisum ... tunc non potest revocare).

Toda la larga historia de los pleitos colombinos tienen por fondo este mismo planteamiento: el Rey ha concedido una merced y puede ser revocada o, por el contrario, se alega que las capitulaciones tiene alma y cuerpo de contrato.

5. Explicación histórica de la elección del acto o del contrato

Las consecuencias derivadas del acto o del contrato son un factor importante para elegir una u otra figura jurídica. También lo es la historia de cada país.

Aunque los ordenamientos persigan la misma meta, los puntos de partida son diferentes: primacía del acto en el Derecho alemán; predominio del contrato en el Derecho americano y británico. Los Derechos francés y español se sitúan en una posición intermedia.

La explicación tiene que ver con el distinto equilibrio de poder entre el Estado y sociedad.

En Gran Bretaña el triunfo del parlamentarismo es temprano. La experiencia de Cronwell vacunó de la tentación de una excesiva concentración de poder ejecutivo. El dogma de la democracia, la primacía del pueblo, están en el nacimiento mismo del Estado americano. En Francia, aunque más tardíamente, se llegará en 1875 a la instauración de una república parlamentaria: el Estado será la burguesía triunfante.

Alemania irá por derroteros distintos. La supremacía del Estado sobre la sociedad tendrá un fundamento ideológico -Hegel- y un instrumento político -Bismark-. “El Estado es la realización de la idea moral o ética”, sostendrá el primero. La virtualidad del “principio monárquico” será desplegada por el Canciller y respaldada por sus éxitos internacionales: “*Macht geht vor Recht*.” La sociedad alemana “capitula” ante el Estado. La fortalecida Administración del naciente imperio alemán, ni ideológica ni económicamente, está acuciada por la necesidad de pactar con la sociedad para el desarrollo de sus actividades.

Justamente la contraria es la situación de España a lo largo de todo el siglo XIX. Un Estado débil, política y económicamente ante grupos pequeños, pero activos, de burguesía nacional o ante los inversores extranjeros; una Administración endeudada, además, por las guerras carlistas.

En estas circunstancias, el contrato viene a ser el punto de unión entre Estado y sociedad, aquí, al menos, nunca tajantemente separados. El contrato será la salida normal para la realización de las obras y los servicios públicos reclamados insistentemente por la sociedad, según testimonio expresivo de los documentos de la época. Y es que cuando el Estado no puede imponerse a los particulares pacta con ellos. La técnica contractual proporciona entonces a los administrados fortalecidos, una garantía a imagen y semejanza a la del Derecho civil.

El protagonismo de los particulares en la ejecución de las obras y los servicios públicos no obedece sólo a una razón ideológica, sino también a la reconocida impotencia de la Administración para llevar a cabo esas actividades, reclamadas por la sociedad. Ambas circunstancias están reflejadas en el libro de Reynoso, publicado en 1857, sobre Política administrativa del Gabinete Bravo Murillo, en el que fue Ministro de Fomento, y en ellas descansa la defensa de la oportunidad de su gestión contra sus numerosos adversarios.

Son circunstancias políticas con las que se teje la historia de Francia o de España las que explican, en concreto, las peculiaridades de sus ordenamientos referidos a los contratos de la Administración Pública. No se tendrá de ellos un cabal juicio sin analizar lo que aconteció con las ventas nacionales.

Antes conviene recordar brevísimamente algo que marca desde su origen al Derecho administrativo surgido de la Revolución francesa. Que ese Derecho administrativo nace como instrumento de poder es suficientemente conocido. Se manifiesta en la consagración de la inmunidad del acto administrativo o lo que es lo mismo en su sustracción de la competencia de los tribunales ordinarios. En este sentido, los revolucionarios franceses se curan por anticipado, escaamentando en la cabeza ajena del Rey. Por eso la tendencia inicial es definir con la mayor amplitud posible el concepto de acto administrativo. Las disposiciones que desarrollan las leyes de 1790 llegarán a calificar como administrativos “todas las operaciones que se ejecutan por orden del Gobierno, por sus agentes inmediatamente bajo su vigilancia y con fondos procedentes del Tesoro”.

Bajo esta concepción, se afirmará que en los contratos de la Administración existe un acto administrativo. Posteriormente, como esa amplitud parece desmesurada, se procede a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión. Los contratos entrarán dentro de los actos de gestión, hasta el punto de que puede hablarse de una auténtica identidad entre ambos conceptos. Así se revela en Vivien y todavía está presente en Hauriou.

El bandazo posterior será el reconocimiento de que hay unos actos de gestión que participan de los caracteres de la “puissance publique”. Dicho más claramente, con palabras de Hauriou al comentar el arrêt de Saint- Etienne, “son ciertamente contratos, pero contratos administrativos, con reglas y jurisdicción peculiares”. Estamos en el estadio de elaboración doctrinal que no es familiar.

La instrumentalidad que surgieron esas construcciones doctrinales se revela de una manera paladina en las ventas de bienes nacionales, anteriormente enunciada. Cormenin lo ilustrará prolijamente. Aproximadamente una cuarta parte de sus “Questions administratives” –de la segunda edición fechada en 1823- está dedicada a esta materia, que, como es lógico, había planteado serios problemas.

Lo primero que destaca en la exposición es la finalidad política de las ventas de bienes nacionales –del clero, de los emigrados políticos- realizadas como consecuencia de la Revolución. Fue, indudablemente, un medio eficazísimo de consolidarla. “Las asambleas nacionales que querían favorecer el espíritu de la democracia –dice CORMENIN- y ligar más a los franceses al sistema de la revolución por los lazos de la pro-

piedad, habían pensado que para ello era indispensables la división y subdivisión hasta el infinito de los bienes nacionales” (p. 396).

A toda costa se quiere que queden firmes esas ventas; se quiere garantizar su inviolabilidad y marcarlas –son expresiones de Cormenin- con el sello de la irrevocabilidad (pp. 395-6). Y esto aún siendo conscientes de que las ventas de esos bienes “hechas con la misma precipitación con que se hizo su confiscación”. (p. 60), están llenas de irregularidades desde el punto de vista civil. Por eso, las sucesivas disposiciones para dar seguridad y confianza a los compradores, para incrementar su número e impedir las reclamaciones de sus antiguos propietarios –muchos de ellos emigrados- contendrán reglas claramente exorbitantes del derecho civil. “Para dar a las ventas administrativas –dice refiriéndose a los bienes nacionales- un privilegio de estabilidad que no tienen las ventas civiles, no se admiten más que dos casos de rescisión del contrato” (p. 397). Por otra parte no afecta a la validez de las ventas el error de la cabida; y las ventas se entienden hechas libres de toda carga.

Esta es la razón básica que explica la competencia de la jurisdicción administrativa sobre estas ventas. Así lo reconocerá enfáticamente Cormenin en un texto definitivo. “materias que por su naturaleza eran judiciares porque se trataba de contratos, fueron, por excepción, atribuidas a os cuerpos administrativos”.

El mecanismo jurídico que justificará esta competencia será la existencia de un acto administrativo. El Directorio lo expresará claramente, al afirmar que “la Administración tenía derecho a la resolución de todas las cuestiones que naciesen de los contratos de venta de bienes nacionales, porque en este asunto había intervenido un acto administrativo”.

En definitiva, este supuesto de la venta de bienes nacionales subraya claramente la instrumentalidad del contrato administrativo desde su nacimiento: aparece como una figura intermedia entre el puro acto administrativo y el contrato civil. Del primero –del acto- toma la inmunidad respecto de la jurisdicción ordinaria; el segundo –del contrato- la irrevocabilidad, la inmunidad ante el futuro, porque si fuese un simple acto administrativo, podía ser revocado por otro acto emanado de un gobierno ulterior.

Con esa calificación de figura intermedia las ventas de bienes nacionales sirven espléndidamente a la finalidad política de la Revolución, como agudamente observó Posada Herrera en España o Berthelemy en Francia.

En España, el fenómeno es análogo, aunque no se desarrolle en un contexto formalmente revolucionario. Son las ventas de bienes nacionales consecuencia de las diferentes medidas desamortizadoras (Decreto de Mendizábal de 19-II-1836, Ley de 1855).

También en España las contiendas sobre esas ventas se adscribirán a la jurisdicción contencioso-administrativa de la época, como dispone la Ley de Administración y Contabilidad de 1850 (Art. 10). Una Real Orden de 1852 aclarará que ello se debe a “razones políticas de importancia”. En España, como en Francia, esa decisión perseguía evitar impugnaciones ante los Tribunales ordinarios, basadas en el Derecho civil, que retrajesen a los compradores y que, consecuentemente, impidiesen o retrasasen los ingresos en el Tesoro.

El mismo oportunismo político explica la configuración del contrato de suministros como administrativo en España, cuyo siglo XIX está afectado por las guerras carlistas y que permite también observar la alternancia instrumental del acto y del contrato.

En el comienzo de las guerras es lógica la tendencia a la imposición, a la requisa militar; pero cuando una guerra se prolonga, sobre todo si es civil, es Estado no puede seguir imponiéndose unilateralmente a un pueblo con el que tiene necesidad de contar. El puesto de la requisa lo ocupa entonces, de una manera natural, el contrato de sumi-

nistro; pero la guerra –y esto conviene subrayarlo- exigirá condiciones exorbitantes de la contratación ordinaria.

No parece por tanto, forzado hablar del oportunismo que explica el nacimiento de los contratos administrativos y de la instrumentalidad en el uso del contrato por la Administración alternativamente al del acto, aunque también no creo que valga la pena embarcarse en una pugna por defender o atacar la naturaleza del contrato administrativo “por esencia”. Como ha dicho gráficamente Ariño, el contrato administrativo no es una “esencia” sino una “existencia histórico-jurídica”, pero eso no implica desconocer que existen regímenes jurídicos específicos. En este sentido no es desdeñable, en la historia española, la perspectiva de la Hacienda; hasta el punto que las regulaciones de los contratos de la Administración han procedido tradicionalmente de ese Ministerio.

Se ha insistido en España por un sector doctrinal (Parada) en la importancia que para la materia tuvo la Ley de 2 de abril de 1845 sobre Consejos Provinciales que les atribuye la competencia para entender de las cuestiones –contenciosas- relativas al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados por la Administración “para toda clase de servicios y obras públicas”. La Ley no se plantea la naturaleza civil o administrativa de los contratos y no es del caso extenderse acerca de la amplitud de esa referencia. Pero esa expresión –obras y servicios públicos, invirtiendo el orden de las palabras- servirá, andando el tiempo, para configurar en el Derecho positivo españoles contratos administrativos típicos e innominados.

Más allá de la instrumentalización de la jurisdicción contencioso-administrativa conviene recordar que la necesidad de una regulación sustantiva surgirá para responder a fenómenos sociales –escándalos financieros con motivo del impulso de las obras públicas, carreteras y ferrocarriles- y para disponer de una ordenación estable de la Hacienda (Bassols), entendiendo la contratación de los servicios desde la perspectiva del gasto público y de la necesidad de rendir cuentas antes la Cortes.

De ello es una muestra el R.D. de 27 de febrero de 1852 de Bravo Murillo. Conviene subrayar –porque será de interés para el presente- que su gran aportación fue generalizar el principio de publicidad en la contratación administrativa, estableciendo la subasta como el sistema ordinario para la selección de contratistas frente a la adjudicación directa. El contenido material de los contratos se remite a los pliegos de condiciones. A través de éstos se irá configurando el contrato administrativo de obras. En este sentido, según una Real Orden de 16 de abril de 1846, citada por Martín Bassols, los pliegos generales para los contratos de obras públicas exigían a los contratistas la renuncia “al Derecho común en todo lo que sea contrario al tenor de estas cláusulas y condiciones, sujetándose a las decisiones y tribunales administrativos establecidos por las leyes y órdenes vigentes” (Art. 39).

El Derecho civil será supletorio en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública –sintomáticamente- de 1911 supletoriedad que retrocederá ante el Derecho administrativo en la Ley de 1963-65 y en la de 1995, y el texto refundido actual que contiene una parte general sobre los contratos de la Administración que rebasa la anterior –y criticada- generalización implícita del contrato de obras públicas.

Aunque es cierto que la jurisdicción contencioso-administrativa jugó un papel importante inicialmente para la configuración de los contratos administrativos, no lo es menos que se busca ese “refugio” que no ofrecía la jurisdicción ordinaria porque, quiérase o no, se trataba de unos contratos –sí- pero “especiales”: en unos casos porque consistían en unas ventas muy peculiares que tenían como fin asegurar –hacer irreversibles- la revolución o consolidar a una clase burguesa –es decir, la consolidación del propio régimen político- o unos suministros realizados bajo las condiciones especiales de la guerra o gestionar unos recursos que al mismo tiempo tenían que ver con la satisfacción política general – en beneficio notorio de la burguesía dominante- las obras y los servicios.

Se buscó la protección de lo contencioso-administrativo por la especialidad de los contratos. La tosquedad de su justificación se iría –o debería ir– erosionando con el tiempo; pero la especialidad permanece en el Estado social y democrático de Derecho de nuestros días.

En todo caso esa peculiaridad del régimen jurídico de los contratos administrativos proviene de la incorporación a ellos de notas características del acto administrativo, marcado por la imposición unilateral propia de la ejecutividad que lo caracteriza.

6. Sustantividad actual de la contratación administrativa

La evolución del ordenamiento jurídico español en materia de contratos de la Administración evidencia un pronunciamiento a favor del diferente régimen jurídico de los que denomina administrativos –nominados o especiales– y de los contratos de la Administración sometidos al derecho privado.

Me parece inconsistente seguir manteniendo la tesis del “contrato civil modulado por la presencia de la Administración”. Se ha insistido, en mi opinión excesivamente, en los privilegios de la Administración, de lo que quedan, ciertamente, muestras atávicas en el Derecho español en el que se sigue hablando de prerrogativas. La tesis del “contrato civil modulado por la presencia de la Administración” para referirse a los contratos administrativos no me parece que se corresponda a la configuración histórica de la categoría y tampoco constituye una explicación dogmática satisfactoria.

Desde una lectura del Estado social y democrático de Derecho como se autodefine constitucionalmente no parece correcto insistir en los “privilegios” de la Administración que es titular de potestades. Sería, más bien, una inercia –y una remora– de estadios anteriores heredados del Antiguo Régimen –privilegios del Príncipe, el Fuero de la Corona– construidos sobre el Derecho romano, como pone de relieve la obra de Dou y Bassols. No parece, por ello, necesario referirse al, de otra parte, “incontable” privilegio de “autotutela”, para hacer descansar en él las evidentes divergencias entre contratos administrativos y contratos privados.

La vigente ley dedica un capítulo (el III del título III del libro I) a las “prerrogativas de la Administración”. Es evidente que la lectura constitucional del término no puede ser otra que la de potestades administrativas, sometidas en los diferentes aspectos de su ejercicio, como es bien, sabido, a la ley y al Derecho y se justifican por el fin que no es otro, expresado genéricamente, que el servicio directo a concretos intereses generales declarados como tales. En ellos radica el fundamento de la evidente diferencia con los contratos civiles.

No se trata de calificar si es mejor o peor que los contratos de la Administración se sometan o no íntegramente al Derecho civil. Ni tampoco parece muy pertinente contraponer un abstracto contrato administrativo con un también abstracto contrato civil, en ambos casos realmente inexistentes si nos liberamos de la construcción de la pandectística alemana.

Sí interesa dejar constancia de que existen regímenes jurídicos diferentes. Las diferentes disposiciones sobre revisión de precios dictadas como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, o de la guerra civil en España, no se fundan tanto en prerrogativas de la Administración, como en el aseguramiento de unas obras y servicios de interés general cuyos contratos no podrían ser cumplidos por los contratistas de acuerdo con la inmutabilidad de los contratos. Y lo que fue una disposición de emergencia es hoy una prescripción normal de acuerdo con índices y fórmulas de carácter oficial en los términos previstos por la ley (arts. 103, 104, 105).

Aquellas potestades no existen obviamente en los contratos civiles que operan sobre la igualdad posicional de las partes, pero tampoco en los contratos privados de la Administración. Estos se rigen, en cuanto a sus efectos y extinción, por el Derecho privado, y las denominadas prerrogativas del artículo 59 del texto refundido- interpretación, modificación, resolución, y determinación de sus efectos- operan precisamente en ese ámbito propio de los contratos administrativos, tanto nominados como especiales como expresan los artículos 7 y 8 y los 94; 96 y 101 ad exemplum.

El fundamento de las prerrogativas –potestades- se reconoce explícitamente en el citado artículo 59 para la modificación que ha de ser “por razones de interés público”; trátase de necesidades nuevas o de causas imprevistas (art. 101).

Que esas prerrogativas se den en unos determinados contratos de la Administración Pública y no en otros que podrían tener la misma naturaleza, obedece, en último término, a decisiones de quienes representan e interpretan los intereses generales en el momento presente. Desde ese punto de vista pueden entenderse las excepciones contenidas en el Texto refundido de la ley vigente (art 5, 2, a) así como algunos de los negocios excluidos de su ámbito (art 3) lo que no impide que tengan naturaleza de contratos administrativos otros no previstos en la misma (caso de los contratos de profesores asociados en las Universidades de acuerdo con la LRU, ley derogada).

La misma tesis, aunque con diferente alcance, puede sostenerse para explicar la diferencia entre contratos administrativos nominados y los especiales recogidos en los apartados a y b, respectivamente, del artículo 5 del Texto refundido.

¿Hasta qué punto existe convergencia o en qué medida subsisten diferencias entre las posiciones? Para contestar, puede utilizarse un nuevo test: la influencia del Derecho comunitario –un auténtico “meeting point” o “carrefour”- en los diferentes ordenamientos que forman parte de la Unión Europea y cuyos puntos de partida en materia de contratos de la Administración son diferentes.

A los efectos que aquí interesa conviene subrayar que en el primer apartado del artículo 5 del TR se ha producido una ampliación respecto de la Ley de 1965. Junto a los tradicionales contratos de ejecución de obras, gestión de servicios públicos y suministros, aparecen ahora los de consultoría y asistencia o de servicios y los de concesión de obras públicas.

En ese sentido puede sostenerse que existe una evolución, presidida por la experiencia, según la cual contratos innominados o especiales al adquirir una cierta madurez pasan a ser tipificados específicamente dentro de los contratos administrativos. Así ha sucedido con la consideración actual del contrato de suministro, de los antiguos contratos especiales de adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas informáticos (informe nº 45/1972).

Por ello, se ha sostenido razonablemente que la calificación es prevalente a la tipificación y, para lo que aquí más importa, que los contratos especiales constituyen la zona por la que se amplía el ámbito de los contratos administrativos, como ha reconocido la propia jurisprudencia (S.TS. 27 de mayo 1981).

El Artículo 5, 2, b del TR a diferencia de lo que disponía la ley de 1965 (Art. 4, 2ª) y el RCE (Art. 7, 1, a) sitúa la determinación por ley al final del mismo. Las notas prioritarias son “por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla”.

De un lado estos contratos se distinguen fácilmente de los nominados del apartado anterior. La definición legal encuentra su mayor utilidad para distinguirlos de los contratos privados de la Administración. Esa es su primordial funcionalidad. Y ello se

corroborar con las precisiones de que se trata de competencia específica o de satisfacer de forma directa o inmediata la finalidad pública.

Por su naturaleza de contratos administrativos han de consignarse, en las cláusulas administrativas particulares, las prerrogativas de la Administración (art 8, 2 c).

El ejercicio de esas potestades se manifiesta a través de actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa (art 59) contra los que procederá el recurso contencioso-administrativo (art 60). Así se concreta en relación con cada una de ellas: resolución del contrato administrativo por demora (art. 96) o modificación “justificándolo debidamente” (art 101, 1) manteniendo obviamente el equilibrio económico o financiero, en el entendimiento de la “inalterabilidad” contractual como una “estabilidad dinámica” (Villar Palasí, Aymerida).

Esta configuración legal de los contratos administrativos no ha tenido dificultades para adaptarse al Derecho comunitario por lo que se refiere a la subsistencia de las citadas prerrogativas; sí, en cambio, para los actos integrantes del procedimiento de preparación y adjudicación de los contratos (S.TS.C.E 17 noviembre de 1993): adjudicación directa de contratos de obra pública o suministros; exigencias de determinados requisitos de los contratos en perjuicio de los no españoles; no publicidad y concurrencia en la adjudicación de determinados contratos.

En el momento actual puede afirmarse que, en gran medida, la contratación pública europea ha sido construida a partir de los “contrats administratifs” franceses y de cuya orientación participa el ordenamiento español. Es decir, supone la publicación de fases tan importantes de la contratación como la preparación y la adjudicación del contrato, el reconocimiento de derechos públicos subjetivos a favor de los concurrentes, el establecimiento de recursos administrativos y jurisdiccionales para la resolución de controversias relativas a la adjudicación, la unificación del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratación pública, etc.

Esta unificación a escala europea del Derecho regulador de la contratación pública extiende también el régimen jurídico-público de contratación a ciertas entidades perfectamente jurídico privadas, empresas públicas y titulares de “derechos especiales y exclusivos” (Dir 93/38/CEE y 98/4 CE del Parlamento y relativas a los denominados sectores “excluidos” o “especiales” del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones) no sólo desde un punto de vista material, sino también procesalmente, aún cuando para estos contratos la Dir. 92/13/ CEE (reguladora de los recursos en estos “sectores excluidos”) abra con generosidad otras vías extrajudiciales de resolución de conflictos (certificación, conciliación, etc.). La Ley 48/1988 de 30 de diciembre, que incorpora esta Directiva al Derecho español, administrativiza estos contratos al establecer una vía administrativa previa ante el órgano administrativo concedente del “derecho especial o exclusivo” o al que se adscriba la empresa pública, cuya resolución puede ser impugnada en vía contencioso-administrativa.

Dentro de este movimiento de “publicación” de determinados contratos privados, deben situarse los contratos privados subvencionados (Art. 2. TR).

De otra parte se advierte también en la actuación contractual de las Administraciones Públicas en sentido escrito una aproximación al régimen aplicable a las empresas privadas, porque el concepto de concurrencia que inspira a las Directivas tiene una raíz económica, de manera que la adjudicación de los concursos, (Art. 86 TR), concepto tradicional de la contratación pública en cuanto que manifestación concreta del principio de igualdad, se aproxima progresivamente al de competencia propio del Derecho mercantil.

7. Relevancia de los actos en la contratación administrativa

El acto administrativo, como aplicación de la norma a un caso concreto en el que se agota, ha sido históricamente -y de ello existen también ejemplos en el Derecho comparado de lo que es paradigmático, el alemán- una alternativa al contrato administrativo, incluso su precedente en el que ha dejado claras huellas en las prerrogativas –potestades –de la Administración para modificarlo o extinguirlo, como se ha expuesto anteriormente.

La influencia del acto sigue siendo muy significativa después de admitirse la figura del contrato administrativo, como evidencia la construcción de los “actos separables”, para aumentar la garantía de los particulares, pero que tiene un sólido fundamento dogmático.

El Derecho comunitario confirma la importancia que tiene la adjudicación y lógicamente toda la preparación de los contratos de la Administración. Aquí sí tiene una singular significación la Administración Pública, como sujeto de un contrato. Habrá que generalizar los principios de publicidad y concurrencia y en todo caso los de igualdad y no discriminación, como recoge el artículo 11 del vigente TRLCAP, y de otra parte contribuir a la eficacia en la consecución de interés general al que sirve el contrato, evitando disfuncionalidades en la ejecución del contrato: por ejemplo, modificaciones espurias porque el proyecto no ha estado bien realizado, en definitiva, porque no se ha determinado correctamente el objeto del contrato.

Ese ámbito de la preparación y adjudicación de los contratos de la Administración Pública es el propio de los actos administrativos que, aunque separables del contrato, influye decisivamente en él. Y los actos son, a su vez, aplicación de una norma.

La elección del contratista por la Administración está limitada por las prohibiciones establecidas en la ley (art 20) y por los requerimientos no sólo capacidad de obrar sino también solvencia económica y financiera (art 16) técnica o profesional (art 19) que se especifica para contratos de obras y suministros (art. 17 y 18) para los que en algunos casos predeterminados por la ley se exige la obtención de la correspondiente clasificación (art. 25 y ss) como también es un requisito predeterminado legalmente la prestación de garantía (art. 35 y ss).

También la Administración Pública se encuentra sometida, obviamente, en su actuación a la norma: competencia del órgano de contratación, existencia de crédito adecuado y suficiente si derivan obligaciones económicas, aprobación del gasto (art. 11, 2).

El protagonismo de los actos administrativos se pone de manifiesto en las fases de preparación y ejecución de procedimiento y, como es normal del actuar administrativo, se incluye en un procedimiento administrativo.

La adjudicación de los contratos va precedida por la tramitación del expediente de contratación (art. 67) cuya aprobación por resolución motivada abre el procedimiento de adjudicación (art. 69), que puede ser abierto o restringido o negociado (art. 72, ss).

El contenido del expediente no es precisamente algo baladí ya que a él “se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, que han de seguir el contrato” (art. 67).

La adjudicación, mediante la cual se perfecciona el contrato ha de realizarse por el órgano competente (art. 53) que ha de formalizarse en documento administrativo (art. 54, 1) y si por causas imputables al contrato no puede hacerse en el plazo indicado de

treinta días “la Administración podrá acordar la resolución del mismo” siempre con audiencia del interesado (art 54, 3).

La constatación del cumplimiento del contrato exige “por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad (art. 10, 2). La resolución del contrato, cuando procede de conformidad con las causas legalmente previstas “se acordará por el órgano de contratación” mediante el procedimiento correspondiente y que determinará el alcance de ella (art. 112, 1 y 113, 5).

La relevancia de los actos se pone de manifiesto por su incidencia en la validez y en la invalidez de los contratos mismos. Así lo declara el artículo 61 de la ley vigente: los contratos serán inválidos cuando lo sean algunos de sus actos preparatorios o el de adjudicación”, con expresa referencia a las causas de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos en general (art 62, a y 63), a las derivadas del no cumplimiento de los requisitos establecidos específicamente en la ley de contratos anteriormente expuestos (art 62, b y c).

No se trata, por tanto, de la invalidez de esos actos sino del contrato mismo como, “a contrario sensu” se desprende del artículo 65,2 del TRLCAP (“la nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a estos y sus consecuencias”).

III. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Es razonable repensar los contratos de la Administración Pública a la luz de los postulados y exigencias e un Estado social y democrático de Derecho, donde los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central y vinculan a todos los poderes públicos.

Desde esa perspectiva, el tradicional principio de desconfianza –Alzola hablaba de que la Administración española estaba basada en el principio de la más absoluta desconfianza- debe ser modificado por el “principio de confianza legítima en la Administración”, hoy ya precepto de Derecho positivo, y amparar una legitimación amplia a favor de terceros concursantes y no contratistas.

Desde la misma perspectiva el control de la potestad se ha afinado más y no tiene sentido seguir hablando de privilegios y prerrogativas. No es la posición de la Administración lo que produce modulaciones –siempre desde el Derecho civil- sino el interés público, en función del cual –y sólo desde él- se justifican potestades y competencias.

También desde esa perspectiva, acorde con el carácter de realización del Derecho administrativo, la eficacia en servir los intereses generales debe explicar que se ponga especial énfasis en una concepción económica de la concurrencia, típica del derecho comunitario, más que en la mera igualdad jurídico-formal, como ha sido tradicional, que ha proporcionado insatisfacciones y corrupción.

No es comparando las instituciones jurídico-administrativas con las civiles como se encontrarían, en mi opinión, razonables soluciones a los problemas con que aquellas se enfrentan, sino con los preceptos y principios constitucionales en lo que encuentran su razón de ser y su vigor.