

El Sistema de Contratación de las Administraciones Públicas: Objeto, Evolución y Prospectiva del Contrato Público

José Bermejo Vera*

Resumen:

En este trabajo se analizan los fundamentos y las formas en que se desenvuelve generalmente el «sistema de la contratación pública», una de las instituciones jurídicas en que se manifiesta más explícitamente la actuación colaborativa entre las Administraciones Públicas y los agentes económicos del sector privado. Si la actividad material de las Administraciones Públicas se desarrolla generalmente a través de sus propios medios, económicos, materiales y personales, también es fundamental la colaboración del sector privado a través de los contratos públicos.

La vinculación positiva a la ley resulta ineludible en los contratos públicos, pero es muy relevante el ahorro de gasto público aplicando normas de contratación con publicidad, igualdad de concurrencia y competitividad. Sirve como referencia el núcleo sustancial del Derecho español que, como la mayor parte de los Estados de Europa, sigue fielmente las normas de obligado acatamiento de la Unión Europea, sin duda una de las fórmulas políticas de integración estatal con mayor calado y éxito en el mundo.

Palabras clave:

Contratación pública – Cooperación Público-privada – Administración pública – Inversión privada – Unión Europea

Abstract:

This paper discusses the basics and the ways that generally develops the «Public procurement system» between the government and private sector operators. If the material activity of the Public Administrations usually develops through its own means, economic, material and personal, it is also essential collaboration of the private sector through public procurement. The positive connection to the law is unavoidable in public contracts, but it is also very relevant public expenditure savings applying procurement rules to advertising, equal competition and competitiveness. It serves as a reference the substantive core of Spanish law which, as most of the states of Europe, faithfully follows the rules to compliance with the European Union, undoubtedly one of the forms of state integration policies with greater depth and success in the world.

Keywords:

Public procurement – Public-private Partnership – Public administration – Private investment – European Union

Sumario:

1. Introducción: No hay contratación pública sin vinculación positiva a la ley y al Derecho – 2. Un modelo de contratación para las administraciones públicas: justificación y prerrogativas específicas – 3. Tipología de los contratos públicos: obras, servicios públicos, suministros y servicios – 4. Requisitos de los aspirantes a la contratación pública – 5. El procedimiento contractual como garantía de la perfección del contrato público – 6. Epílogo: La ejecución de los contratos públicos no debe estar exenta de rigurosos controles jurídicos

* Catedrático de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza. Premio Extraordinario de Doctorado de la Facultad de Derecho, curso 1972-73. Premio Nacional Calvo Sotelo Fin de Carrera (julio de 1969). Académico Numerario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Presidente de Honor de la Asociación Española de Derecho Deportivo (AEDED).

1. Introducción: No hay contratación pública sin vinculación positiva a la ley y al Derecho

El poder público, en las sociedades democráticas, está plenamente vinculado al Derecho. Un Derecho, por supuesto, elaborado a partir de la premisa mayor: la soberanía del pueblo, en su representación parlamentaria, decide las reglas de convivencia democrática que todos deben respetar, empezando naturalmente por quienes las promulgan con la legitimidad del voto igual, directo y secreto en elecciones libres.

En definitiva, el sometimiento pleno a la ley y al Derecho es condición necesaria, aunque no suficiente, para la existencia del Estado de Derecho, pues esa ley y sus principios y técnicas de exégesis o aplicación deben responder a la premisa principal o mayor¹. A partir de tan obvia constatación, o sea, de la génesis, estructura y funcionamiento del poder público constituyente, es posible analizar cualquier forma de acción de los poderes públicos constituidos, así como los objetivos, procedimientos y controles.

Se ha dicho, con toda razón que, además del exquisito respeto a los derechos fundamentales (o humanos) de los ciudadanos, la clave del Estado de Derecho no está en los sistemas democráticos de producción de la ley y de su *imperium*, sino más bien en los procedimientos de su ejecución o aplicación, incluyendo, por supuesto, el esquema de solventes garantías frente al poder. Y esas garantías deben proyectarse cuantitativa y cualitativamente en lo importante y en lo secundario, en los asuntos grandes y pequeños, en los temas complejos y en los simples. La justicia, en su más noble y amplio sentido, se legitima en cada conflicto. Sin embargo, la administración se justifica en el funcionamiento regular de las acciones y servicios públicos.

El planteamiento de las formas de actuación de las Administraciones públicas y demás entes públicos –el uso del plural es absolutamente necesario, habida cuenta de la dispersión organizativa de los «brazos ejecutivos» del poder público constituido– da testimonio, en mi criterio, no solamente de la legitimidad y legalidad de

las decisiones administrativas, sino, sobre todo, acerca de la eficacia y eficiencia en la gestión de los recursos públicos. Son justamente éstos, en su doble vertiente de obtención y utilización, los que confrontan el servicio correcto de los intereses generales, único referente válido de la tarea del poder público.

Aunque se trate de un asunto aparentemente secundario (ninguno lo es, cuando de la actuación de los poderes públicos se trata), la forma en que se desenvuelven las tareas encomendadas por el Poder legislativo a sus brazos ejecutivos –las Administraciones Públicas– es expresión también del principio de legalidad. En este sentido, la actividad material de las Administraciones se desarrolla generalmente a través de sus propios medios, económicos, materiales y personales. Pero también, y en gran medida, según se verá, mediante la colaboración del sector privado, es decir, de los particulares, previa constatación de la imposibilidad (o inconveniencia) de hacer frente a las impresionantes necesidades de la construcción y establecimiento de obras o de servicios públicos.

Pero, si las Administraciones Públicas, en su actividad ordinaria, llevan a cabo las encomiendas y mandatos del Legislador, también lo hacen otros órganos constitucionales, de acuerdo con «sujeciones» más o menos relativas a la ley y al Derecho. Estos últimos se consideran, a este y otros efectos, «sector público», pues desempeñan sus cometidos de acuerdo con instrucciones normativas de inexcusable observancia, es decir, con imposición de las prerrogativas o potestades legalmente configuradas, también con la colaboración de los particulares en muy diversos frentes.

Por todo ello, en suma, existe una positiva vinculación a la ley. No es posible, ni constitucionalmente viable para cualquier poder público, desprenderse de este fundamental deber que alcanza, no solamente a la acción unilateral o «de imperio» de los poderes públicos, sino a los particulares que colaboran con él. Y este es el caso de los contratos públicos, una de las instituciones jurídicas en que se manifiesta más explícitamente la actuación colaborativa entre las Administraciones Públicas y los agentes económicos del sector privado. La notoriedad

Presidente de la Asociación Española de Contratación Pública y Regulada (AECOPYR). Miembro del Consejo de Catedráticos del Instituto Internacional de Estudios de Derecho del Estado-IIIIDE (Instituto Internacional de Estudios del Estado), Porto Alegre, Capital de Rio. Miembro del Comitato Scientifico de la Revista «Rassegna di Diritto e di Economia dello Sport» Dipartimento di Economia de la Università degli Studi di Parma (Italia). Miembro del Comitato Scientifico de la Revista «Nuove Autonomie. Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico». Università degli Studi di Palermo. Dipartimento di Diritto Pubblico (Italia).

1 Para una visión clásica del significado del Estado de Derecho y la sumisión del poder público al imperio de la Ley, me remito -y sirva ello también de homenaje- a la formidable obra del gran Maestro de juristas, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cuyos libros y artículos están siempre inspirados por ese principio fundamental. En particular, sus excelentes libros: *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1996; *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Ed. Taurus, Madrid, 1981; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 3ª ed., 2006; y *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed Tecnos, Madrid, 3ª ed., 2007. Desde otra perspectiva, véanse también las clásicas obras de Elías DIAZ: *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Madrid, 1975; y M. GARCÍA Pelayo: *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1989.

e importancia del fenómeno de la contratación pública en la actualidad resulta patente².

Prácticamente, ninguno de los Estados del mundo prescinde de la cooperación del sector privado en el desarrollo de buena parte de las labores que justifican la propia existencia del poder. De ahí que dedique este trabajo a analizar los fundamentos y las formas en que se desenvuelve lo que podríamos calificar, sin ninguna duda, como «sistema de la contratación pública». Tomo para ello como referencia el núcleo sustancial del Ordenamiento jurídico español que, como la mayor parte de los Estados de Europa, sigue más o menos fielmente los «dictados» –en forma de normas de obligado acatamiento– de la Entidad supranacional que los agrupa, la Unión Europea, sin duda una de las fórmulas políticas de integración estatal con mayor calado y éxito en el mundo.

2. Un modelo de contratación para las administraciones públicas: justificación y prerrogativas específicas

Todas las Administraciones Públicas –en el nivel de las federaciones, de los estados, de los entes *subestatales* y locales, así como todos sus organismos dependientes o vinculados a aquellas– están obligadas a llevar a cabo actuaciones constructivas o de reparación de obras públicas de todo tipo (vías de comunicación y otras infraestructuras, como conducciones de agua, instalaciones de alumbrado, puertos y aeropuertos, dependencias y oficinas administrativas, etc.). Además, necesitan equipamiento mobiliario, bienes, y productos o asistencias, prestaciones y servicios indispensables para la gestión de sus tareas y, en definitiva, el cumplimiento de sus objetivos constitucionales y determinados concretamente por las leyes.

Por supuesto, las llamadas «políticas públicas» permiten y facilitan los ámbitos de discrecionalidad oportuna para singularizar los tipos de actuación material, aunque siempre con estricta sujeción a Derecho. Sea como sea, estas políticas públicas que se traducen en actuaciones materiales se llevan a cabo, en ocasiones, directamente con los propios medios y personal dependiente de las

Administraciones Públicas, pero, por regla general, estos medios nunca son suficientes. Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, los propios poderes públicos crean o constituyen «medios propios» que les ayuden en la ejecución de obras, gestión de servicios, adquisición de suministros o prestación de asistencias, consultorías y demás servicios, precisamente para evitar cumplir los deberes esenciales de publicidad o transparencia, concurrencia, etc., que se les imponen en garantía de la igualdad de trato, no discriminación y competitividad de los agentes económicos en el mercado.

En efecto, las «compras públicas» –curiosa denominación que se ha impuesto en la terminología jurídica y económica de la contratación pública– se ejecutan ya con cierta frecuencia bajo la fórmula de origen anglosajón del «medio propio» (*in house providing*). Esta conocida técnica no supone otra conducta que la ejecutar directamente por los poderes públicos infraestructuras de obras y servicios, equipamiento mobiliario o prestaciones diversas de carácter inmaterial, en el más amplio sentido, soslayando la colaboración o participación del sector privado³.

Dicho esto, que, por lo conocido, parece inusual, lo cierto es que el cumplimiento de mandatos legales o la puesta en valor de políticas públicas en su desarrollo habilita a las Administraciones y demás sujetos de predominante naturaleza jurídico-pública para requerir la colaboración de terceros, bien sean personas físicas o jurídicas (empresarios), en la realización de objetivos públicos y satisfacción de los intereses generales. La «colaboración» se expresa en los pactos con particulares que convierten la típica acción administrativa unilateral, caracterizada por la imposición de sus decisiones amparadas en las potestades públicas, en relaciones jurídicas atípicas de carácter bilateral. Esta es la esencia del contrato público (*Public procurement, marchés o travaux publics, Öffentliche aufträge, appalti pubblici*, en los países de lenguaje inglés, francés, alemán o italiano) que, por lo demás, echa sus raíces en el negocio jurídico bilateral, en términos de supraconcepto que recibe la denominación de «contrato»⁴.

2 Me parece muy recomendable orientar al lector hacia el «Observatorio de los Contratos Públicos», especie de foro intelectual, académico y práctico, puesto en marcha a partir de la iniciativa de los profesores de la Universidad de Zaragoza, J. M^a Gimeno Feliú y M. Angel Bernal Blay, integrantes del Grupo de Investigación ADESTER (acrónimo de Administración, Desarrollo y Territorio) que tengo el honor de presidir. Nacido hace algunos años, con la inestimable colaboración de otros muchos profesores de las Universidades españolas (como el Magistrado del Tribunal Constitucional Luis Ortega, fallecido días pasados, J.A. Moreno Molina, Isabel Gallego Córcoles, Belén Noguera de la Muela, Silvia Díez Sastre y otros muchos), el Observatorio ha venido desarrollando una tarea incesante y encomiable en la investigación y análisis de las vertientes teóricas y prácticas de la contratación pública. Objetivo principal: aportar ideas para el debate y reflexión sobre el sistema de contratación pública. Contacto: www.obcp.es.

3 Una amplia información sobre este tipo de encomiendas, en Belén NOGUERA DE LA MUELA: *Los encargos in house en la ley de contratos del sector público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria*, Revista de Administración Pública, nº 182, año 2010, págs. 159-190, con cita de abundante bibliografía.

4 El Maestro Sebastián MARTÍN-RETORTILLO reflejó perfectamente la influencia del Derecho civil en las instituciones jurídico-administrativas y, concretamente, en el contrato, en su magnífica monografía *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

Ahora bien, como veremos, los pactos o compromisos que singularizan la relación jurídico-pública de carácter bilateral, no son –no pueden serlo– como en el ámbito privado, de naturaleza autónoma, esto es, fruto de la libre voluntad de los contratantes y hechos al amparo o bajo la cobertura de la libre disposición de las partes. Ni las Administraciones públicas (y demás poderes públicos, incluidos los órganos legislativos, tribunales y otros organismos constitucionales), ni los particulares que contratan con ellas expresan libremente su voluntad al conformar tales pactos.

En primer lugar, porque las Administraciones Públicas no abandonan nunca su «gigantesca» acumulación de prerrogativas y potestades otorgadas por las leyes –y, también, no se olvide, directamente por la suprema norma constitucional– (decía el genial Parkinson, en conocida frase, que «la Administración es como un gigante, que por mucho que se agache, sigue siendo un gigante»). En segundo lugar, porque las anclas del principio de legalidad retienen cualquier movimiento improcedente del poder público. En tercer lugar, porque los propios «contratistas» particulares asumen que su voluntad está condicionada por virtud de un régimen jurídico muy específico, es decir, el régimen jurídico-público de contratación, que les sirve, precisamente, de máxima garantía de su interés económico en la relación bilateral con la Administración.

Por añadidura, la genéricamente denominada «contratación pública» no se considera exclusivamente un sistema o siquiera un instrumento para realizar construcciones y reparaciones, abastecerse de materias, bienes o servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado y demás sujetos públicos. Es casi

unánime la opinión de que, a través de estas fórmulas contractuales, se puede llevar a cabo –y se lleva efectivamente– una notable política de intervención en la vida económica y social de cada colectividad, atendiendo a la importantísima cuantía del gasto público en este ámbito. La cuestión ha inquietado en la Unión Europea (se citará en adelante como UE), hasta el punto de que en el Derecho «originario» de esta importantísima entidad supraestatal existe «base jurídica» suficiente, aunque no especificada expresamente, para «derivar» muy relevantes normas de obligada adaptación –e ineludible cumplimiento– a los Ordenamientos internos de los Estados miembros⁵.

La importancia económica de los bienes y servicios destinados al sector público y paraestatal y, por consiguiente, el impacto de la mayor o menor regulación de la contratación pública, se pone de relieve porque esos bienes y servicios representan una parte nada desdeñable y siempre creciente del consumo global de la Unión Europea y sus Estados miembros. Por añadidura, alguno de los sectores de producción afectados ocupa una posición estratégica de primer orden para potenciar una política industrial y tecnológica que fortalece la cohesión entre los Estados europeos⁶. Por otro lado, es indudable que las reglas del mercado abierto a la competencia, en lo que se refiere a los suministros y servicios requeridos por las Administraciones Públicas, constituye un factor anti inflacionista.

Finalmente, tampoco se trata, exclusivamente, de la competencia o igualdad de los agentes económicos (empresas) en el mercado a la hora de circular sus productos, sino también de los flujos económicos que puso de relieve un dictamen de las instituciones de la Unión Europea, conocido como «Informe Cecchini»⁷. La conclusión de este

Sobre el origen, significado y peculiaridades del contrato administrativo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La figura del contrato administrativo*, Revista de Administración Pública, nº 41, año 1963. En el Derecho francés, es clásica e imprescindible la obra de G. JÉZE: *Théorie generale des contrats de l'Administration*, 3 vols., París 1934-1936.

- 5 El «Derecho comunitario» procede de uno de los más importantes Tratados internacionales o, por mejor decirlo, de la incorporación del Estado español en 1986 a la Entidad supranacional, denominada entonces Comunidad Económica Europea, por medio del Tratado de 12 de junio de 1985. La Unión Europea está integrada actualmente por 28 Estados. La UE –y, por tanto el Derecho comunitario– extendió sus efectos a otros Estados europeos no integrados en ella. Así en 1992, se aprobó el «Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo», suscrito entre la Comunidad Europea y tres Estados europeos no integrados (Noruega, Islandia y Liechtenstein –además, Suiza tiene una especial relación y otros Estados tienen Acuerdos singulares–) para beneficiarse, mutua y condicionadamente, de algunos efectos jurídicos derivados de las normas comunitarias. El Tratado de Lisboa de 2007 ha introducido sustanciales modificaciones en el régimen de la UE. Las normas de Derecho derivado –Reglamentos y Directivas, fundamentalmente– que se elaboran por las instituciones europeas constituidas (Consejo, Parlamento y Comisión), a partir del Derecho «originario» (Tratado de la UE y Tratado de Funcionamiento de la UE)– gozan de primacía sobre los Ordenamientos internos de los Estados miembros y son de obligado acatamiento por éstos. Las Directivas, normas típicas de la UE, son «normas de resultado», o sea, los Estados han de incorporarlas a su Derecho interno por medio de la «transposición», que debe respetar absolutamente el objetivo de las Directivas aunque puedan adaptarlas según sus fórmulas propias. Lo importante, pues, es el resultado pretendido. Es decir, una especie de «homogenización a la carta» de los múltiples y variados Ordenamientos de los Estados miembros. Para una información sencilla de esta metodología, puede verse, entre otras muchas, la monografía de R. ALONSO GARCÍA: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, especialmente, págs. 95-133.
- 6 Vid. la clásica y excelente monografía de A. MATTERA: *El Mercado Unico Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Ed. Júpiter, París, 1989 (hay edición en lengua española en Ed. Civitas, Madrid, 1991).
- 7 Según los expertos que trabajaron en la elaboración de este Informe, el ahorro potencial en el gasto público de los Estados europeos en el año 1986, al eliminar los métodos «proteccionistas» (es decir, las normas de cada Estado que favorecían a sus respectivos empresarios contratistas), superarían la cifra de 530 (quinientos treinta) billones de Ecus. El Informe de P. CECCHINI, en forma de libro,

trabajo se expresaba lacónica y gráficamente como «el coste de la no Europa», que era, sin duda, muy alto, caso de no adoptar las medidas que se proponían allí. Las instituciones de la Unión, sobre la base del citado Informe, elaboraron un «Libro Verde sobre la contratación pública en la UE: reflexiones para el futuro» (COM -96-, 583 final, 27-11-96), verdadero monumento a las reglas uniformes de la contratación pública. Pero vayamos de nuevo a la sustantividad del sistema de contratación pública y a la justificación de las prerrogativas del poder público en las relaciones jurídicas bilaterales que en ella se generan.

El régimen jurídico de los contratos públicos entronca, sin duda, con el Ordenamiento jurídico-privado o común de los negocios jurídicos contractuales. No es difícil explicar, por tanto, que buena parte –si no todas– las técnicas y fórmulas que se traslucen de la regulación del contrato público proceden de sus homólogas clásicas del sistema de contratación privada. No obstante, si al formalizar un contrato privado, cualquiera que sea su naturaleza, los contratantes persiguen –y ello es bastante lógico– sus intereses privados respectivos, las Administraciones Públicas, como el resto de organismos constitucionales, sólo pueden encaminar su acción a la satisfacción de los intereses generales. Por ello, incluso la inexcusable bilateralidad que caracteriza a las figuras contractuales está teñida, en lo que concierne al contrato público, con algunas prerrogativas o potestades, justamente las precisas para proteger dichos intereses.

Podría considerarse algo contradictorio el hecho de que el predominio de una de las partes contratantes desnaturalice la figura del negocio jurídico contractual y que, de paso, la imposición a las Administraciones Públicas del deber de contratar conforme a parámetros de publicidad, transparencia, igualdad y no discriminación, concurrencia y competitividad supone una merma importante en el desarrollo de la actuación pública. No es así. Las prerrogativas de las Administraciones Públicas, como parte del poder, se encuentran justificadas por la finalidad estrictamente pública de los contratos que realizan y por el innegable carácter de *potentior personae* del ente público contratante, que se traslada lógicamente a las relaciones jurídico-contractuales.

Pero, además, ese conjunto de prerrogativas se equilibran perfectamente con los límites

existentes en la propia regulación de los contratos públicos, en los controles y garantías que los condicionan y, por supuesto, en ciertos principios del Ordenamiento jurídico común que le son aplicables directa o subsidiariamente. Como después veremos, ni las reglas de obligatoria observancia del Derecho de la UE, «externo» en la producción (por instituciones de la UE), pero «interno» en su aplicación (por los Estados miembros), excluyen la existencia de las potestades o prerrogativas en el Derecho de la contratación pública.

Se trata, pues, en este epígrafe, de identificar los principales privilegios contractuales de la Administración pública, advirtiendo que, no solamente porque los prevé la ley, son aceptados de buen grado por quienes contratan con ella. En el fondo, y aunque esta manifestación pueda parecer ingenua, el «contratista» particular concibe también el contrato público que aspira a realizar (o realiza), además de una fuente de satisfacción de su interés, como una forma de colaboración con los objetivos públicos.

En principio, vale la pena advertir que las potestades contractuales de que tratamos se atribuyen –o deben ceñirse– exclusivamente a los entes que gozan de la condición de Administraciones Públicas (y demás poderes públicos) en sentido estricto, pues hay otras entidades que se consideran integrantes del «sector público»⁸ cuya contratación se lleva a cabo con sujeción al Derecho privado. Cuestión muy distinta es la del juicio que merezca este tipo de «descentralizaciones funcionales», frecuentemente realizadas para escapar de la rigidez de las reglas del Derecho público.

Obviamente, estas «fugas del Derecho administrativo» son propiciadas por el Legislador, responsable en exclusiva de que se multipliquen, y a veces por carioquinesis, una serie de entes de incuestionable propiedad y finalidad públicas que, sin duda, se encontrarían mejor posicionados en el ámbito del sector privado. Entre las más significativas prerrogativas de las Administraciones Públicas a la hora de contratar sus obras y servicios destacaríamos, desde las que permiten interpretar y solucionar unilateralmente las dudas que ofrezca el contenido y cumplimiento del contrato, hasta las que habilitan para revisar o anular los contratos indebidamente formalizados.

⁸ *The european challenge. 1992. The Benefits of a Single Market*, se editó en W.H. Aldershot, año 1988. Una información detallada en la tesis doctoral de Miguel CATELA: *European Integration and Public Works Contracts Regulation*, Instituto Europeo de Florencia, año 1995. Concretamente, se trata de todas las figuras empresariales constituidas o participadas por los poderes públicos en forma de sociedades de capital (Sociedades Anónimas o de Responsabilidad Limitada), cuyo objeto estatutario es de carácter industrial o mercantil y, por tanto, desde el punto de vista legal, no persiguen fines de interés público.

Pero hay más. Suele plantearse como necesidad conectada con los intereses públicos que objetivamente defienden las Administraciones Públicas la potestad de modificar el contrato ya celebrado y en curso de ejecución. No a cualquier precio y de cualquier manera, desde luego, sino dentro de las coordenadas que la ley marca. Así, por ejemplo, se entiende que la modificación de las cláusulas de un contrato ya formalizado y en ejecución es contraria a los principios esenciales de la contratación privada, pero debe ser consustancial a la contratación de los poderes públicos.

No es difícil aceptar –y, de hecho, así lo hacen los contratistas de la Administración– que la protección del interés general puede justificar una alteración de las condiciones pactadas si tal cambio no incide o no afecta sustancialmente al clausulado del contrato público. La propia finalidad de la contratación pública está vinculada a esos intereses generales, por lo que la variación de alguna de las convenciones no esenciales, siempre que se produzca exclusivamente por razón de interés público y atendiendo al fin propio del contrato, puede mejorar las prestaciones del contrato y, por ende, facilitar la satisfacción del interés público. Conocida en el Derecho universal como *ius variandi*, esta potestad debe someterse estrictamente, en primer lugar, al procedimiento preestablecido, y, en segundo lugar, al rígido control de órganos ajenos y más o menos independientes respecto de la Administración Pública contratante.

Por otra parte, la ley privilegia el mantenimiento de la dirección y control de la ejecución del contrato público en manos de la Administración Pública contratante. Sin duda, esta importante prerrogativa quiebra, aparentemente, el principio de igualdad de las partes en un contrato. Pero, también en este caso, el correcto, eficaz y eficiente desarrollo del «objeto» de la contratación, así como la acertada consecución del «objetivo» del contrato, explican y justifican la reserva de las aludidas facultades de dirección y control. Esta potestad se materializa generalmente a través de las órdenes, instrucciones e inspecciones que las Administraciones Públicas pueden llevar a cabo mientras se ejecutan los contenidos del contrato, incluyendo, por supuesto, la previsión de imposición de sanciones a los contratistas en caso de desobediencia o incumplimiento de aquellas órdenes e instrucciones o de las advertencias que se deriven de las inspecciones realizadas. La legislación contractual y, además, los pliegos de condiciones del contrato prevén, con diferentes fórmulas adecuadas a los diversos tipos de contrato, esta posibilidad perfectamente vinculada a la finalidad de la contratación pública.

En lo que se refiere al cumplimiento y la extinción, resulta ineludible la prerrogativa de la «resolución» del contrato. Se trata, ante todo, de preservar el interés público, lo que determina el ajuste de los contratos celebrados a las condiciones legales, más, incluso, que a las contractuales. Esta prevalencia de la ley sobre el pacto no es típica de los contratos públicos, puesto que también la contratación privada, aun regida por las voluntades autónomas de las partes, se encuentra sometida a la ley, o, por decirlo de otro modo, nunca puede extralimitarse de la ley ni vulnerar sus prohibiciones. Sin embargo, hay una sustancial diferencia: la ley marca los límites insuperables del contrato privado, mientras que la ley señala los parámetros indispensables del contrato público.

Por eso, la finalización de los contratos privados puede producirse en los términos previamente convenidos por las partes o cuando éstas han cumplido sus respectivos compromisos, en tanto que la terminación –resolución– de los contratos públicos depende, en ocasiones, de la voluntad de las Administraciones Públicas contratantes, siempre dentro de los límites y con sujeción a los requisitos señalados en la ley. Una variante *soft* de esta potestad se encuentra en la facultad de «suspensión» (o paralización provisional del cumplimiento) del contrato público, que, si bien es incompatible con el principio de la voluntad contractual en el ámbito de la contratación privada, resulta imprescindible en el de la contratación pública, siempre que se exprese la motivación, se consignen documentalmente las circunstancias y, por añadidura, se indemnice al contratista perjudicado por los daños y perjuicios causados, en su caso.

Por último, en los «contratos de concesión», un modelo muy especial y típico mediante el que las Administraciones Públicas «delegan» en particulares la construcción de infraestructuras vinculada a su gestión y explotación, o bien la prestación de servicios públicos, existen prerrogativas de mayor calado. Así por ejemplo, de acuerdo con lo que establecen las normas, la Administración «concedente» pueden restablecer el equilibrio económico del contrato a favor del interés público, establecer o controlar las tarifas de gestión o explotación, inspeccionar la conducta de los «concesionarios», imponer cláusulas de penalización por los incumplimientos del contratista concesionario, ejercer directamente funciones de policía en el uso y explotación de la obra o servicio público, aplicar temporalmente condiciones de utilización de la obra o servicio en situaciones excepcionales y, finalmente, asumir la explotación de la obra pública o gestión del servicio público en caso de «secuestro»⁹ del contrato de concesión.

Y, aunque no pueda considerarse estrictamente un privilegio, la asignación a la Jurisdicción contencioso-administrativo del conocimiento de las cuestiones litigiosas surgidas en la ejecución de prerrogativas sobre la interpretación, modificación, suspensión resolución y demás efectos de los contratos públicos, lo es en la medida en que las Administraciones Públicas ostentan ante dicho orden jurisdiccional una cierta posición preferente.

3. Tipología de los contratos públicos: obras, servicios públicos, suministros y servicios

En principio, dentro del concepto de contrato caben muy diversas modalidades. El negocio jurídico convencional admite y permite multitud de formas de pacto, siempre que no atenten contra la ley, el orden público o perjudiquen a terceros. Este principio esencial se reproduce, por qué no, en el ámbito de la contratación pública, donde se incluyen cualesquiera compromisos bilaterales que celebran las Administraciones públicas, sus entidades del «sector público» dependientes de las mismas y organismos constitucionales (Tribunales, Parlamentos, Cámaras de Cuentas, etc.) dotados de potestad pública que también necesitan equipamiento y servicios para desarrollar sus funciones.

En este último caso, suelen ser los poderes ejecutivos –y, en concreto, las Administraciones– quienes dotan de las infraestructuras, instalaciones o equipos mobiliarios a esos órganos constitucionales, a través de la correspondiente contratación. Pero no es infrecuente que la «independencia» de tales organismos recomiende o exija una capacidad autónoma de decisión al respecto, es decir, que sean ellos mismos los que formalicen sus imprescindibles adquisiciones contractuales empleando sus propios recursos presupuestarios. En cualquier caso, al tratarse de poderes públicos los negocios jurídicos convencionales que celebran se someten –o deben someterse– estrictamente al procedimiento legal establecido para contratar sus bienes y servicios. Justamente para identificar a los poderes públicos contratantes, sujetar su actuación contractual a Derecho y evitar que su «autonomía» degeneren en arbitrariedad, se ha acuñado en el

Derecho europeo contemporáneo el novedoso concepto de «Poder adjudicador»¹⁰.

Conviene señalar en primer término, no obstante, que los contratos que celebran los poderes públicos, como ocurre en Derecho privado, se caracterizan en función de su objeto y del régimen jurídico que les es aplicable. Su naturaleza jurídica depende, en primer lugar, del contenido concreto, la finalidad perseguida y el objeto de cada contrato. Por ello, la más elemental y originaria clasificación de los contratos se bifurca entre los *contratos de carácter estrictamente administrativo* (o público) y los *contratos privados*.

La frontera que separa a estas figuras convencionales es verdaderamente imprecisa, aunque la condición de poder público no lo sea. Son las leyes, más que los parámetros contractuales, las que delimitan la naturaleza de esta doble distinción. Así, los contratos privados que pueden celebrar las Administraciones Públicas (y demás poderes públicos) se identifican legalmente por su especial contenido que deriva de la materia a que afectan o de la finalidad perseguida.

La ley considera, por ejemplo, que los contratos relativos a servicios financieros, creación o interpretación artística y literaria, espectáculos de esparcimiento, culturales o deportivos, suscripciones a revistas o bases de datos, son «contratos privados». También se califican como contratos privados los que, aun celebrados por la Administración, tienen una identificación absoluta con figuras y categorías contractuales del Derecho civil y mercantil, tales como la compraventa, donación, permuta, arrendamiento de inmuebles o valores negociables, etc.

Y, precisamente, por tratarse de negocios jurídicos de configuración y naturaleza jurídico-privada, estos contratos se rigen, en cuanto a sus efectos y extinción, por el Derecho civil o mercantil, al igual que los conflictos o controversias planteadas en su ejecución que, lógicamente, competen a la Jurisdicción civil. Ahora bien, la formalización (actos de preparación y adjudicación) de estos contratos privados por los poderes públicos, los llamados «actos separables»¹¹ no se libra –no debe

9 El denominado secuestro de las concesiones administrativas del contrato de gestión de servicios públicos implica la asunción por la Administración concedente de la gestión del servicio concedido, por causa de un incumplimiento grave del concesionario que pone en peligro la buena prestación del servicio. El rescate puede hacerse con carácter temporal o definitivo: en este último caso supone la extinción del contrato. Véase al respecto A. RUIZ OJEDA: *La concesión de obra pública*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

10 Sobre la génesis y motivos del concepto de «poder adjudicador», puede verse el trabajo de J.M^a GIMENO FELIÚ: *La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública*, Revista de Administración Pública, nº 151, año 2000, págs. 425-439.

11 Se consideran «actos separables» del propio contrato las decisiones de las Administraciones Públicas sobre preparación, selección y adjudicación de los contratos públicos o privados que se dispongan a celebrar. De esta forma, identificando así los actos preparatorios de cualquier clase de contratos, es competente la Jurisdicción contencioso-administrativa para controlar la legalidad de la contratación pública. Una completa información sobre esta peculiar técnica jurídica, de origen francés, en J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, especialmente págs. 706 y siguientes.

librarse– ni de los «precauciones» generales que supervisan la actuación pública, ni del control jurisdiccional final que corresponde a los jueces y tribunales contencioso-administrativos. No puede extrañar esta doble vigilancia, en tanto las decisiones adoptadas por las Administraciones Públicas para realizar cualquier tipo de acción –y, por tanto, también para celebrar contratos privados– se encuentran rigurosamente sometidas a la ley y al derecho, expresión concisa del formidable «principio de legalidad».

Dicho lo cual, el género de los contratos administrativos contiene varias especies típicas e incluso atípicas. Se consideran «contratos administrativos típicos», sin duda los más importantes, los que celebran órganos de la Administración Públicas y sus entidades dependientes para la realización y/o concesión de obras públicas, para la gestión de servicios públicos y para la adquisición de suministros o prestación de servicios (excluidos los de carácter privado, como se ha dicho antes). Son contratos administrativos típicos también los llamados *contratos menores*. Pero, en este caso, sólo porque se refieren a obras, suministros y servicios de pequeña cuantía –o por debajo de los umbrales señalados en las normas– y corta duración, cuya preparación, adjudicación y ejecución o cumplimiento sigue pautas simples o mucho menos rígidas que las del resto de contratos.

Asimismo, se deben considerar «atípicos» los contratos mixtos y los muy recientemente calificados como «contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado» (*PPP -Public Private Partnerships-*, por sus siglas en inglés, o *CPP*, en español). Los contratos mixtos se identifican así porque su contenido integra objetos o prestaciones materiales de distinta naturaleza. Los contratos de colaboración público-privada (*PPP* o *CPP*), aunque, en el fondo, todos los contratos administrativos (públicos) implican, según hemos visto, una colaboración entre el poder público y el sector privado, entroncan perfectamente con el fenómeno de la cooperación entre los poderes públicos y el mundo empresarial. Tienen por objetivo la «financiación» compartida de la

construcción, gestión o explotación de grandes infraestructuras (grandes redes de transporte, etc.) o, además, de relevantes servicios de responsabilidad pública (sanidad, educación, seguridad, etc.). Nótese bien que se destaca deliberadamente el objetivo de financiación, porque es aquí donde radica, según veremos luego, el auténtico *leit motiv* de esta peculiar tipología contractual.

Todos los contratos administrativos (públicos, por tanto) se rigen por las normas del Derecho administrativo de la contratación pública¹². En lo no previsto expresamente en este Ordenamiento especial y en el clausulado específico de cada contrato, opera la supletoriedad, en primer grado, del Ordenamiento administrativo general y, en segundo grado, del Derecho civil o mercantil. La jurisprudencia avala este sistema de supletoriedad invocando el «principio de autointegración» que supone la aplicación prioritaria del Ordenamiento administrativo especial y general respecto del Ordenamiento jurídico-privado.

Por último, conviene advertir que, pese a su incuestionable naturaleza convencional, las leyes suelen excluir algunos negocios jurídicos bilaterales por razones que no es fácil explicar –y que las leyes no explicitan–, pero pueden deducirse perfectamente de sus contenidos. Así, por ejemplo, ocurre en la formalización de «relaciones» de las Administraciones Públicas con sus empleados (funcionarios o personal laboral), porque se trata de contratos «personalistas» sujetos a las normas estatutarias que definen derechos y deberes de los empleados.

Se excluyen también, lógicamente, los «convenios» que celebran entre sí las Administraciones Públicas y los demás entes del sector público¹³. Asimismo, quedan fuera de la legislación contractual los «convenios internacionales» celebrados entre Estados y, en el caso de los estados miembros de la UE, los relativos a materias protegidas en el ámbito de la UE¹⁴. Es lógico, por otra parte, que los contratos relativos a «servicios de arbitraje y conciliación», y los referentes a «servicios de valores e instrumentos financieros», se excluyan de la

12 Lo expresó perfectamente una sentencia del Tribunal Supremo español, señalando: «...El principio de autointegración del ordenamiento administrativo (...) en caso de silencio contractual o legal será la propia Ley y los principios generales inspiradores los que han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la regulación iusprivatista... (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 9 de octubre de 1987).

13 Ciertamente, cabe sospechar que convenios de colaboración pueden –y suelen– constituir una auténtica vía de escape para la aplicación de las reglas de la contratación. Por eso, el Tribunal de Cuentas (órgano constitucional español que vela por la eficacia y eficiencia de las cuentas públicas) considera imprescindible el control de este tipo de convenios, a causa de la constatable frecuencia con la que las Administraciones y demás entes del sector público utilizan los convenios de colaboración, cuyo deslinde conceptual respecto de los contratos sujetos a la legislación contractual no resulta fácil, como medio de eludir la aplicación de la más rígida legislación de contratos públicos (Instrucción del Tribunal de Cuentas, de 29 de marzo de 2009).

14 Se trata de los contratos relativos a objetivos vinculados a la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares (art. 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

normativa general, simplemente por su inevitable vinculación a la confianza y confidencialidad que los inspira.

Sin duda, una de las más polémicas excepciones afecta a los negocios jurídicos contractuales celebrados por las Administraciones Públicas (y todos los demás «Poderes adjudicadores») con otros entes, organismos y entidades del sector público –o sea, poderes públicos en sentido amplio– considerados «medios propios» o servicios técnicos de aquéllos. Ya lo adelanté en el primer epígrafe: los poderes públicos suelen disponer de entidades instrumentales que utilizan, no solamente para participar activamente en el mercado privado, con sujeción a las reglas de competitividad, sino también para ayudar a las Administraciones Públicas matrices en la realización de obras, gestión de servicios, adquisición de suministros o prestación de asistencias, consultorías y demás servicios (método del «*in house providing*»).

No se debe ocultar que el uso de estos medios soslaya evitar deberes fundamentales de concurrencia y competitividad, habida cuenta de las ventajas que ofrece su condición o naturaleza jurídico-pública en las cuestiones financieras y presupuestarias. Desde la perspectiva de las reglas de competencia en el mercado, no parece fácil justificar la compatibilidad de estas reglas con la evidente falta de transparencia, publicidad o igualdad de trato de los agentes económicos. Por ello, ante la ausencia de garantías en estos ámbitos, este tipo de contratación se encuentra muy vigilada por los responsables de la UE¹⁵.

3.1 Contrato de obras

El de mayor relieve de entre los contratos públicos es el *contrato de obras*. Las Administraciones Públicas, como muchos agentes empresariales e incluso personas particulares, necesitan construir equipamientos imprescindibles para desenvolverse en el tráfico mercantil o en la vida privada. Pero son los poderes públicos quienes responden de la satisfacción de intereses colectivos imprescindibles, a cuyo servicio se encuentran, por ejemplo, las vías de comunicación –carreteras, ferrocarriles, instalaciones portuarias y aeroportuarias, etc.–, de esparcimiento y recreación u ocio –plazas, jardines, parques, etc.– canales, presas, embalses, monumentos,

instalaciones eléctricas y demás inmuebles afectados al dominio público.

Se incluyen aquí cualesquiera trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo (por ejemplo, dragados, perforaciones o sondeos, prospecciones, inyecciones, correcciones de impacto medio ambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas, reforma, reparación, conservación o demolición de los mismos, limpieza de escombros, etc.). *At last, but not least*, también entran dentro del contrato de obras las operaciones de restauración, rehabilitación, reforma, reparación, conservación o demolición de cualesquiera inmuebles de titularidad pública.

La adjudicación de estos contratos, previa elaboración, aprobación de los proyectos, en los que se deben definir con precisión los contenidos a realizar, exige, como mínimo, una memoria, planos, pliego de prescripciones técnicas, presupuesto y programa de desarrollo. La ejecución comienza necesariamente –salvo en la tramitación de emergencia y en el caso de los «contratos menores» o de escasa importancia– con el acta de replanteo (comprobación de la realidad geométrica de la misma y de la disponibilidad de los terrenos necesarios) para la ejecución.

Los contratistas son responsables de cualquier defecto de la ejecución, incluso en las obras «subcontratadas» (es decir, si se encomienda a terceros la realización de parte de las obras) hasta que se cumpla el plazo de garantía, salvo cuando sean imputables a órdenes de la Administración contratante o se deba a «fuerza mayor» (incendios atmosféricos, catástrofes naturales, destrozos bélicos o tumultuarios, etc.). Por otro lado, el contratista es responsable de los vicios ocultos de la obra, dentro del plazo señalado en las leyes.

Aludiré ahora a dos tipos especiales de contratos de obras: el *contrato bajo la modalidad de abono total del precio* y el *contrato de concesión de obra pública*. El primero de ellos –contrato «a tanto alzado» o «llave en mano»– consiste en la financiación anticipada de la obra por parte del contratista (que percibe el precio al final); en el segundo, la Administración Pública contratante –«concedente»– autoriza al contratista –«concesionario»– durante un plazo para que construya y explote, o sólo explote, la obra mediante la percepción de los correspondientes cánones tarifarios por los usuarios. La construcción

15 Como ya se anticipó páginas atrás, se trata aquí de un supuesto muy polémico y debatido en la UE, porque los poderes adjudicadores de los Estados miembros, inexcusablemente vinculados al Derecho comunitario Ordenamiento de la contratación pública, intentan buscar resquicios para la desvinculación y consiguiente contratación directa, esto es, sin ajustarse a las exigencias de la legislación contractual pública. Por ello, esta fórmula de exclusión legal habrá de interpretarse muy restrictivamente. Para simplificar, diríamos que no es posible adjudicar directamente un contrato a un poder adjudicador, por parte de otro poder adjudicador, si aquél se configura como una sociedad de capital mixto sobre la que la Administración Pública contratante no tiene el control análogo al que ostenta respecto de sus propios servicios (En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la UE, por ejemplo en sentencias de 11 de enero de 2005 y 18 de enero de 2007).

y explotación de este tipo de obras se realiza «a riesgo y ventura» del contratista concesionario. Eso significa que éste asumirá los riesgos económicos derivados de la ejecución y explotación¹⁶. Pero, por otro lado, acompañan al clausulado de estos contratos ciertas prerrogativas muy importantes, tales como la posibilidad de ocupar y usar privativamente los bienes de dominio público necesarios para las obras, o el beneficio de la expropiación forzosa, la posibilidad de exigir el restablecimiento del equilibrio económico-financiero cuando se produzcan determinadas circunstancias, etc.¹⁷.

Como, sin duda, el régimen normativo del contrato de obras es el más completo –y perfecto por clásico y por experimentado–, podría decirse que el régimen de los demás tipos de contrato público hunden sus raíces en aquél, conteniendo las especificidades adecuadas.

3.2 Contrato de gestión de servicios públicos

La prestación o gestión de «servicios públicos» en sentido estricto se lleva a cabo, bien directamente por las Administraciones, bien a través de la creación de entidades públicas instrumentales, o bien por encomienda a empresas privadas.

En este último caso, se hace por el cauce de la contratación y, en concreto, mediante el *contrato de gestión de servicios públicos*. Es, en suma, una de las fórmulas de gestión indirecta que abre el campo de actuación a los particulares convertidos así en gestores de una actividad originaria y primordialmente de titularidad pública. El contratista, en estos supuestos, viene obligado a mantener en todo momento la continuidad y regularidad de su prestación.

Las Administraciones Públicas contratantes conservan en todo caso las potestades de dirección y control sobre el servicio¹⁸. En estos contratos no es posible la «subcontratación», salvo para prestaciones estrictamente accesorias. No obstante, es posible la cesión o transmisión de los mismos, cuando las cualidades personales o técnicas del contratista cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato. Para la transmisión, se exige, en todo caso, permiso de la Administración concedente y que el contratista cesionario posea la capacidad y solvencia necesarias.

3.3 Contratos de suministro

La provisión de los productos o materiales que necesitan los poderes públicos para el funcionamiento de sus servicios y dependencias, se celebran los *contratos de suministro*.

Tienen por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos, equipos y sistemas para el tratamiento de la información. También se incluyen en esta tipología los llamados «contratos de fabricación», a través de los cuales deben elaborarse por el contratista la cosa o cosas encargada por las Administraciones contratantes, de acuerdo a las características técnicas que aquéllas determinen. La ejecución del contrato sigue las pautas generales (cumplir en plazo y condiciones pactadas, asumir el coste de los defectos, averías o pérdida de la mercancía originados durante el transporte, etc.). Los contratistas corren a cargo de los gastos derivados del contrato y son responsables de los defectos del bien o producto¹⁹.

16 La alusión a la doctrina del «riesgo y ventura», como principio rector de la contratación pública, exige una cierta explicación, pues afecta, en clave jurídica. En efecto, si el *riesgo* implica contingencia o proximidad de un daño ajena a la esfera de actuación de las partes del contrato, la *ventura* expresa que algo se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien. En suma, los contratistas deben asumir íntegramente, en la ejecución del contrato, los fracasos y los éxitos que puedan derivarse de múltiples incertidumbres. Sobre este importante principio hay abundantísima literatura que sintetiza J.L. BERMEJO LATRE: *Riesgo y ventura del contratista*, voz del «Diccionario de Contratación» (J. BERMEJO VERA, Director, M.A. BERNAL BLAY, Coordinador), Ed. Iustel, Madrid, 2009, pág. 614 y siguientes.

17 La iniciativa para estos contratos de concesión compete normalmente a la Administración Pública, a través de un estudio de viabilidad. Cabe también la iniciativa particular, siempre que el aspirante a la concesión acompañe dicho estudio de viabilidad, en el que deberán incluirse todos los datos, análisis, informes sobre, al menos, la finalidad y justificación de la obra y su rentabilidad, previsiones respecto de la eventual demanda de utilización, riesgos operativos y tecnológicos, alternativas consideradas, costes de la inversión (en los que se admite la financiación mixta), previsiones de seguridad y salud, etc. En suma, los elementos indispensables para la justificación de la solución elegida.

18 En el Derecho comparado pueden detectarse varias modalidades de contratación de gestión de servicios públicos. La *concesión* es el modelo tradicional e implica la gestión del servicio a riesgo y ventura del contratista que incluso puede ejercer algunas potestades de policía; por otro lado, en la fórmula de *gestión interesada*, la Administración contratante y el contratista o gestor participan en los resultados de la explotación, sean ganancias o pérdidas, según la proporción que se establezca; el *concerto* es característico del Derecho español: se trata de un convenio específico con la persona o Entidad que está realizando prestaciones análogas a las del servicio público interesado (por ejemplo, centros de investigación, transporte, etc.); por último, la Sociedad mercantil de «*economía mixta*», es una fórmula bastante generalizada mediante la que las Administraciones Públicas participan por sí, o por medio de un Ente público instrumental, en concurrencia con sociedades mercantiles privadas. La participación de las Administraciones es, en este caso, minoritaria respecto al capital privado.

19 Vid. una excelente explicación de este tipo de contrato en F. SOSA WAGNER: *El contrato público de suministro*, Ed. Thomson-Civitas, 2ª ed., Madrid, 2003. Las características principales de este contrato se resumen así: la Administración tiene derecho a la devolución o reparación durante el plazo de garantía y el derecho a devolver el producto durante este plazo de garantía sin pagar el precio b) el contratista se encuentra sometido a una «especial relación de sujeción» que habilita a la Administración contratante para

3.4 Contrato de servicios

Distintos, en la sustancia y en la forma, al contrato de gestión de servicios públicos, los *contratos de servicios* tienen por objeto «prestaciones de hacer» de naturaleza jurídico privada –o sea, que cualquier empresa o particular las necesita en su actividad ordinaria–, pero imprescindibles para el desarrollo de la acción pública, es decir, que no impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

En efecto, se trata de prestaciones relativas al mantenimiento y reparación de instalaciones o equipos, servicios de transportes y mensajerías, de telecomunicación, financieros, de seguros, de defensa jurídica y judicial, de investigación y desarrollo, de actividades docentes, de consultoría y asistencia, de contabilidad, de limpieza, de hostelería, etc. En estas fórmulas contractuales, la determinación del precio –elemento esencial, como se sabe, del contrato– podrá establecerse referido a componentes, unidades de tiempo, etc., fijarse a tanto alzado, o de una combinación de estas modalidades. Habitualmente, la prestación de actividades de carácter docente (cursos de formación de personal, seminarios, coloquios, conferencias o similares) se lleva a cabo por medio de esta figura contractual.

3.5 Contratos de Colaboración Público - Privada

Por último, y como ya adelanté, los contratos PPP (o CPP, siglas en español) constituyen una innovadora fórmula contractual de enormes

posibilidades para la consecución de objetivos públicos que evita, además, comprometer fondos públicos por encima de los límites presupuestarios establecidos.

En la práctica, los CPP se producen de ordinario, bien mediante la encomienda a entes privados de la realización de una actuación global e integrada de servicio público o de interés general, o bien a través de la «institucionalización de la colaboración», a través de la creación de una nueva empresa, cuyo capital pertenece conjuntamente al Poder (público) y al «socio privado». La consolidación y expansión de esta figura contractual pueden encontrarse en las graves crisis económicas que azotan el mundo actual, con las consecuentes restricciones presupuestarias impuestas a los poderes públicos y en el ineludible recurso a la financiación privada²⁰. Hemos de advertir que la celebración de este tipo de contratos es, en cierto modo, excepcional, pues sólo podrán llevarse a cabo cuando se justifique que no es posible otra modalidad contractual típica. Por eso es imprescindible, antes de la iniciación de un expediente de contrato de colaboración público-privado, que la Administración Pública concernida elabore un «documento de evaluación»²¹, auténtica clave de bóveda de este tipo de contrato, que debe ser realizado por expertos cualificados.

4. Requisitos de los aspirantes a la contratación pública

Si la Administración Pública y demás entidades

inspeccionar -y recibir información- del proceso de producción de los bienes, pudiendo incluso realizar análisis, ensayos y controles de calidad; c) la Administración puede modificar el objeto del contrato, sin que el suministrador tenga derecho a indemnización. Pero si estas modificaciones impuestas provocan un aumento, reducción o supresión de las unidades de suministro o la sustitución de unos bienes por otros, que impliquen una variación superior al veinte por ciento del importe o precio del contrato, el contratista suministrador puede optar por la resolución del contrato; d) la resolución del contrato se produce en varios supuestos, tales como la suspensión de la iniciación del suministro, el desistimiento o la suspensión. En todos estos casos, se producirá la devolución recíproca o la indemnización al contratista conforme a determinados porcentajes.

20 Los contratos CPP se formalizan mediante la constitución de una entidad de capital mixto, público y privado, o a través de la participación de un socio privado en una empresa pública ya existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente merced a relaciones instrumentales o internas. Hay una fundamental distinción entre este tipo de contrato y el ya mencionado de concesión de obra pública. Éste se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el concesionario y el usuario final, prestando un servicio a la población en lugar del poder público concedente, pero siempre bajo su control y percibiendo directamente de los usuarios las tarifas, cánones u otras formas de retribución. Sin embargo, en el modelo CPP la misión del socio privado (individual o empresa mixta) consiste en realizar y gestionar una infraestructura o equipamiento (o ambas cosas a la vez) para las Administraciones y Entidades públicas, y su remuneración la percibe de éstas en forma de pagos periódicos. Los contratos que instrumentan las CPP pueden ser para: a) construcción y mantenimiento, explotación o gestión de obras, instalaciones, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos; b) gestión integral de instalaciones complejas; c) fabricación de bienes y prestación de servicios con tecnología específica u otras prestaciones de servicios ligados al servicio público o actuación de interés general. Véase un completo análisis de este novedoso negocio jurídico contractual, en C. CHINCHILLA MARÍN: *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 132, año 2006, págs. 609-644. Sobre la etiología y fundamentos de este tipo contractual, con alusión específica a sus motivos económico-presupuestarios, A. PEÑA OCHOA: *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público*, en «El Derecho de los contratos del sector público», Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2008, págs. 87-108.

21 Se trata de un documento, cuya justificación puede incluso ser breve cuando concurren razones de urgencia, en el que se pondrá de manifiesto -y explicar- que la complejidad del objeto contractual no permite a la Administración Pública definir con precisión los medios técnicos necesarios para su realización, ni establecer los mecanismos jurídicos y financieros del contrato. Por otro lado, en el documento de evaluación debe realizarse un análisis comparativo con otras figuras alternativas de contratación, a fin de facilitar la pertinente ponderación de los costes globales, la eficacia, los riesgos (y, en su caso, la urgencia), etc., que justifiquen la elección de la fórmula contractual más idónea. Tras la evaluación, la Administración contratante elabora un llamado «programa funcional» con los contenidos básicos que servirán para la adjudicación del contrato. En este caso, la adjudicación se lleva a cabo por el procedimiento de «diálogo competitivo» (que, como diré luego, es una fórmula que permite el debate entre el poder público contratante y los candidatos previamente seleccionados a petición suya, con el fin de buscar la mejor propuesta). Véase J.V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Contrato de colaboración público-privada*, Revista de Administración Pública, nº 170, año 2000, págs. 7-39.

invertidas de poder público se encuentran –o deben encontrarse– absolutamente vinculadas por las leyes y principios que regulan e inspiran la contratación pública²², quienes aspiran a contratar con los poderes públicos han de responder a exigencias coherentes con la relevancia de los objetivos públicos. El primer y fundamental requisito reside en las condiciones de solvencia económica, financiera, técnica o profesional de los futuros contratistas. No puede haber ninguna duda al respecto: toda persona, física o jurídica, que aspire a un contrato público debe acreditar sus «capacidades» para responder al reto de la cooperación en la acción pública. Asegurar la fiabilidad o habilitación profesional del contratista y su capacidad técnica de llevar a buen término el contrato público objeto de licitación, resulta obvio en la medida en que se encuentra en juego el interés general.

Por ello, juegan también en este terreno las prohibiciones para contratar. Se ha de impedir que participen en la contratación pública aquellas personas o empresas en que concurren determinadas circunstancias, pero de acuerdo con las normas preestablecidas objetivamente, no al albur o capricho de las Administraciones Públicas contratantes. De este modo, los responsables de actividades fraudulentas o delictivas, de fraudes a las subvenciones, de incumplimiento de la legislación fiscal o laboral, etc., o cuando se planteen dudas en la objetividad e imparcialidad de los órganos de la Administración contratante, por razones de familiaridad, jerarquía laboral, etc., con los futuros contratistas, tienen prohibida

la contratación. En el fondo, se trata de impedir preventivamente la eventual corrupción. Naturalmente, estas prohibiciones afectan a todos los que desean contratar con el poder público, sea a nivel individual o en asociación con otros a los que no afecten las prohibiciones²³.

Finalmente, una fórmula de asegurar el «buen orden contractual», en todos los sentidos, conecta con el sistema de *garantías*. Las garantías legales pretenden cubrir eventuales responsabilidades de quienes contratan con poderes públicos, con el fin de preservar los intereses públicos en presencia²⁴.

5. El procedimiento contractual como garantía de la perfección del contrato público

La necesidad y oportunidad de la decisión y de la legalidad de la misma es consustancial a la actuación de las Administraciones Públicas, según es perfectamente sabido. El «expediente» de la contratación sirve a esa finalidad esencial, no solamente por el gasto público que va a suponer cada contrato, sino porque exige inevitablemente la igualdad de trato de los futuros contratistas. Así, la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, la certificación de la existencia de crédito suficiente, la previa fiscalización de los órganos administrativos de intervención o de control y la justificación de la elección de los criterios que se utilizarán en la adjudicación del contrato, integran el expediente y garantizan –o deben garantizar– el acierto, la legalidad y la oportunidad del contrato público.

22 Para lo cual es absolutamente imprescindible, en primer término –y así lo dispone el Derecho comunitario de la UE–, que los poderes públicos contratantes difundan a través de INTERNET un «perfil de contratante». La finalidad de esta obligación no es otra que asegurar la transparencia de la actividad contractual y el acceso público a la información relacionada con ella (por ejemplo, anuncios previos de los contratos a realizar, licitaciones en curso, contrataciones adjudicadas, etc.), con la consiguiente posibilidad de control. La legislación, por otra parte, debe prever la competencia orgánica para celebrar los contratos públicos, de modo que se garantice legalmente la responsabilidad del cumplimiento del contrato y, sobre todo, el compromiso del gasto.

23 En general, no pueden contratar con las Administraciones Públicas personas físicas o jurídicas condenadas, en sentencia firme (es decir, no basta la imputación o procesamiento) por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones internacionales, de cohecho, de malversación de fondos públicos, revelación de secretos o de información privilegiada, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas a los funcionarios o contra la Hacienda Pública. La prohibición se extiende a la persona jurídica, cuando el condenado o procesado es un administrador o representante de la misma. Tanto las prohibiciones de contratar como los requisitos de capacidad son disposiciones imperativas, ineludibles también en los supuestos de Uniones de empresarios (UTEs). Estas agrupaciones de empresarios, que se constituyen expresa y temporalmente para aspirar a la adjudicación y realización de un contrato determinado, asumen una responsabilidad solidaria. En relación con este tema, me remito a J. BERMEJO VERA: *Las prohibiciones de contratar en la ley de contratos del sector público*, en «El Derecho de los contratos del sector público», Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2008, págs. 109-140.

24 La fórmula principal de garantía es la «fianza». El contratista que resulte adjudicatario del contrato debe «afianzar» su cumplimiento correcto y completo a través de un depósito económico, a disposición de la Administración contratante. Normalmente, este depósito se cifra en un porcentaje del importe de adjudicación del contrato, no del presupuesto, es decir, del precio que resulte una vez seleccionada la oferta ganadora. La fianza puede ser por medio de avales bancarios, seguros de caución o cualquier otra forma legalmente admisible. Las garantías pueden ser depósitos de dinero en efectivo o valores de deuda pública, pero también fianzas pueden ser prestadas por terceros, tales como avales bancarios, seguros de caución u otras formas admitidas en Derecho. En algunos contratos distintos a los de obra o concesión de obra pública (por ejemplo, en contratos de servicios de consultoría o asistencia jurídica), las bases de la contratación establecen una previsión lógica, cual la «retención» de una parte del precio a pagar por las Administraciones Públicas a los contratistas. En ciertos contratos, cuyas circunstancias lo justifican, cabe también exigir una «garantía provisional» que los aspirantes al contrato deben constituir en el momento de formalizar sus ofertas. Como se comprenderá fácilmente, la finalidad de esta fianza provisional es asegurar, por parte de los licitadores concurrentes, el mantenimiento de sus ofertas o proposiciones hasta que se decida la adjudicación del contrato, evitando la retirada de dichas ofertas antes de la selección del contratista, momento en el cual se devuelve. Para mayor información, remito a J. BERMEJO VERA: *Garantías en la contratación del sector público*, en «Diccionario de Contratación Pública», Ed. Iustel, Madrid, 2009, pág. 345-359.

Pero, en el sistema de contratación pública toda cautela es poca ante la peligrosidad de los «hechos consumados», es decir, cuando, ante la reclamación de aspirantes rechazados, las obras ya han sido realizadas, los suministros entregados, los servicios prestados, etc., por el contratista seleccionado. Téngase en cuenta que los recursos administrativos y jurisdiccionales suelen resolverse tardíamente o, al menos, después de iniciada la ejecución del contrato y, a veces, ya finalizada. Sólo por este riesgo está más que justificada la introducción de un recurso especial, así como la posibilidad de adoptar medidas cautelares específicas. Los modelos de precaución varían según los ordenamientos jurídicos, pero existen –o deberían existir– universalmente. La fórmula más generalizada es la de los órganos «independientes» especializados, con potestad de suspender la tramitación (y adjudicación) de los contratos hasta que se resuelvan las incidencias reclamadas²⁵.

En principio, la «licitación», o sea, la forma de selección de los contratistas exige publicidad –salvo lógicas excepciones, como los contratos menores– suficiente y adecuada, como elemento indispensable para la concurrencia libre e igualitaria de los agentes económicos²⁶ y, en definitiva, lograr el *fair play* en el desarrollo de la actividad pública y, de paso, hacer posible un control preventivo de los candidatos contractuales. La licitación (o puja) es el trámite fundamental del procedimiento contractual. Licitarse (o pujar) es ofrecer precio por algo en una subasta a través de las proposiciones u ofertas de los aspirantes al contrato. Estas ofertas –en realidad, materializan o dan forma a las solicitudes de participación en la selección de contratistas– se acompañan de todos los documentos acreditativos encaminados

a demostrar el cumplimiento de los requisitos legales y contractuales.

Tras la presentación de proposiciones u ofertas, el poder público contratante «adjudica» provisionalmente el contrato al mejor candidato. Obviamente, debe garantizarse la confidencialidad de la información facilitada (secretos técnicos o comerciales y aspectos confidenciales de las ofertas) por los aspirantes al contrato, pero los motivos de la adjudicación son siempre públicos. Una vez que se han presentado las ofertas, los órganos de contratación las clasifican, motivadamente, por orden decreciente, en aplicación de los criterios y, si es necesario, previos los informes técnicos que se estimen convenientes. Y, precisamente, son estos motivos los que constatan la objetividad de la contratación pública, en la medida en que expresan la evaluación idónea de las proposiciones y, en consecuencia, la legalidad y justicia del procedimiento. Luego se adjudica, definitivamente, el contrato al mejor postor²⁷.

Las formas de adjudicación suelen adecuarse a la naturaleza y objeto de los contratos públicos. En general, el procedimiento ordinario de adjudicación es «abierto» (todos pueden participar) o «restringido» (participan unos pocos previamente seleccionados). También pueden prevalecer fórmulas de «negociación» (consiste en la libre y directa adjudicación del contrato, justificándola, o previo «diálogo competitivo» con varios aspirantes), reservadas a situaciones concretas y excepcionales, por ejemplo, cuando fracasen los otros procedimientos, por falta de aptitud de los aspirantes, incumplimiento de obligaciones fiscales, etc. Actualmente, goza de gran reputación, por su eficacia y rapidez, la llamada «subasta electrónica»²⁸.

25 Efectivamente, la demora en la resolución de las protestas o reclamaciones de los licitadores rechazados propicia la consumación de los efectos del contrato ya formalizado y ejecutado o en ejecución avanzada. Por eso, no siendo suficientes los instrumentos ordinarios de recurso administrativo, resulta necesaria la previsión de mecanismos de control inmediato por órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales con potestad de paralizar el curso de las adjudicaciones hasta que se resuelvan las incidencias o dudas planteadas. En el Derecho francés, está prevista la intervención previa de los jueces ante cualquier protesta –el llamado *référé précontractuel*–, que garantiza la corrección y limpieza del procedimiento. Pero, valen también, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE –órgano supremo para la interpretación del Derecho de la contratación pública en Europa (o sea, el que se debe aplicar en todos los Estados miembros de la UE), los órganos «autónomos» o dotados de probada independencia funcional que desempeñen tareas de carácter jurisdiccional, con rapidez y eficacia. En Derecho español, actúan los «Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales» (a nivel estatal y de Comunidades Autónomas). Puede verse, para mayor información, J. M^o BAÑO LEÓN. *El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional*, en «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», Ed. Thomson-Cívitas, Madrid, 2^a ed., 2004, págs. 329-363; y B. NOGUERA DE LA MUELA: *El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 89/665/CEE*, en «El Derecho de los Contratos del Sector Público», Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2008, págs. 305-312.

26 J. BERMEJO VERA, *La publicidad en el procedimiento de contratación*, en la revista Noticias CEE núm. 21, año 1986.

27 No siempre es el precio de la oferta el único criterio valorable objetivamente, pero cuando lo es puede suceder que haya ofertas con valores anormales o desproporcionados, denominados popularmente como «bajas temerarias» porque proponen importes económicos muy por debajo presupuesto que la Administración Pública contratante ha previsto para el contrato en cuestión. En estos casos, se consideran ofertas desproporcionadas las que desentonan, es decir, que se desvían mucho del precio base de licitación o de otros parámetros semejantes, por referencia al conjunto de ofertas presentadas. No hay rechazo automático de este tipo de ofertas anormalmente bajas, pero, para prevenir eventuales fraudes, los poderes públicos contratantes deben solicitar informes técnicos y objetivos, dando audiencia también al licitador que hubiera presentado la oferta considerada desproporcionada o anormal para que la justifique, si es posible.

28 La subasta electrónica es, en realidad, una relevante fórmula de flexibilización de los procedimientos de contratación. Vid., sobre el particular, J.F. MESTRE DELGADO: *La subasta electrónica: consideraciones sobre el empleo de medios telemáticos en la contratación pública*, Revista General de Derecho Administrativo, nº 2, año 2003; y el libro de J. M^o GIMENO FELIU: *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público...* Ed. Thomson-Reuters-Cívitas, Navarra, 2010, especialmente págs. 287-296.

Ahora bien, estas modalidades de adjudicación contractual no son compatibles con las reglas de competencia, imprescindibles formal y materialmente para salvaguardar la igualdad de los agentes económicos, la transparencia de la acción pública y el destino correcto y eficiente de los fondos públicos. Por ello, una oportuna y completa motivación serviría no solamente para explicar el sentido de las decisiones administrativas, sino para verificar su adecuación a Derecho.

Finalmente, resultan de gran utilidad los «acuerdos marco» que simplifican los procedimientos contractuales cuando se trata de prestaciones muy semejantes de obras, suministros o servicios que requieren una homogeneidad de trato. Estos acuerdos marco viabilizan la celebración y adjudicación de contratos en los términos y condiciones (especialmente, en lo relativo a precios y cantidades) fijados por unos parámetros previos que sirven de modelo y a los que deben atenerse quienes deseen participar en la contratación.

6. Epílogo: La ejecución de los contratos públicos no debe estar exenta de rigurosos controles jurídicos

Si importantes son las normas cuyo extractado contenido hemos visto que identifica, perfectamente, los objetivos de la contratación pública, no puede dejar de analizarse, con brevedad, el sistema de control del «contrato en marcha». Atenerse a las normas legales y reglamentarias y, sobre todo, a los pliegos de cláusulas generales y particulares y prescripciones técnicas (o instrucciones de los poderes públicos contratantes), es consustancial a la finalidad del sistema. Un contrato público sólo se entiende cumplido cuando se haya realizado de acuerdo con los términos del mismo y de las leyes.

Recordemos que la ejecución de los contratos se realiza siempre «a riesgo y ventura» de los contratistas, lo que significa que éstos habrán de asumir las pérdidas –al igual que se benefician de las ganancias– que se produzcan. Pero, también, que los contratistas tienen derecho al «equilibrio contractual», método por el que se resarcen condiciones sobrevenidas y extraordinarias de frustración económica. También en caso de «fuerza mayor» el contratista tiene derecho a una indemnización por causa de las pérdidas sufridas.

Pues bien, en caso de incumplimiento del contrato, por una o por otra de las partes contratantes, puede producirse, o bien el ajuste obligado de alguna de sus cláusulas, o bien la extinción o finalización de las relaciones jurídicas contractuales. Si, en efecto, el modo normal de terminación del contrato está en su cumplimiento, también por lo contrario, esto es, su incumplimiento.

Los supuestos de incumplimiento obedecen a múltiples causas. No todas determinan la extinción o resolución a instancias de la parte incumplidora, sino solamente las que prevé la ley o el clausulado del contrato. Cuando es la Administración o entidad pública contratante quien extingue o resuelve el contrato, deberá indemnizar al contratista por los daños y perjuicios causados. Si la resolución del contrato obedece a motivos imputables al contratista, la Administración Pública contratante le incauta las garantías o fianzas prestadas y, además, le exigirá una indemnización por los daños ocasionados en todo lo que exceda del importe de dichas garantías. Finalmente, cuando la resolución del contrato es por acuerdo mutuo, los derechos y obligaciones de las dos partes se pactan expresamente.

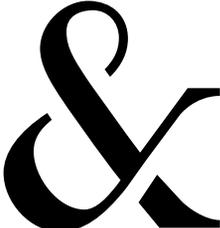
Ahora bien, los intereses públicos deben quedar a salvo en todo caso. Y es, precisamente, esta cuestión la que ofrece mayores dificultades en orden a la resolución del problema de la ejecución o cumplimiento. Todo el esfuerzo dotar de una mayor transparencia, información, accesibilidad, especificación y equidad a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, queda en entredicho cuando fracasan los compromisos contraídos por imperio de la ley y por constancia contractual.

El «coste» que ello supone para la gobernanza pública es enorme. Los recursos financieros se consumen inadecuadamente y merman, notoriamente, los fondos que deberían destinarse, ineludiblemente, a satisfacer necesidades colectivas de variada índole. Y más: el funcionamiento del mercado se resiente cuando no hay competencia en condiciones de igualdad a la hora de colaborar con las Administraciones Públicas –estatales y subestatales o locales– en la realización de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministros de bienes o productos y prestación de servicios. Por el contrario, la eliminación de las deficiencias y malas prácticas, no solamente en la competitividad o competencia abierta, sino en el riguroso cumplimiento de la ley, aumenta la eficacia de las fórmulas de contratación pública, con el consiguiente ahorro y eficiencia del gasto público.

¿Es la ley reguladora del sistema de contratación pública el único camino para lograr esas irrenunciables eficacia y eficiencia en la utilización de fondos públicos? La respuesta no es sencilla. Los comportamientos y actitudes de los responsables públicos, en la interpretación de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados que las normas habilitan, son también determinantes. La aplicación por los poderes públicos del modelo de subvenciones o incentivos fiscales puede condicionar asimismo el gasto público, por lo que existe el peligro de

elusión de las leyes contractuales, sólo combatible mediante la extensión de las reglas de contratación pública a los sujetos beneficiados –legítimamente, claro– por tales acciones de fomento. Pero, lo

que parece claro es que la vulneración de la ley produce consecuencias negativas e inaceptables y frente a ese riesgo conviene presentar todo tipo de batallas. ☒



**Payet, Rey,
Cauvi, Pérez**
Abogados

d Av. Víctor Andrés Belaúnde 147
Edificio Real 3, Piso 12
San Isidro, Lima - Perú

t 511 612 3202

w www.prc.com.pe