

EL PRINCIPIO PRO CONTRATO. ¿UN NUEVO PRINCIPIO GENERAL INSPIRADOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA O UNA SIMPLE REGLA? ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO ESPAÑOL

LUIS SALVADOR GIRALDES GUTIÉRREZ

*Jefe del Departamento de Actividades Educativas,
de la Dirección General de Educación y Juventud,
del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales
del Ayuntamiento de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Extracto:

ANTE el fenómeno de la motorización legislativa, se hace cada vez más necesario acudir al instrumento de los principios generales del derecho. Por medio de esa herramienta se aporta estabilidad a la labor de interpretación y aplicación del derecho. Resulta indudable que cualquier elaboración de un principio inspirador de la contratación pública debe buscar la compatibilidad del mismo con el derecho comunitario, labor que se hace en el presente trabajo, ya que sin esa complicidad no sería difícil afirmar su existencia. En el trabajo se aprovecha para el análisis de los contornos institucionales que presenta el principio comentado, destacando sus principales notas definitorias y los principios de los que se nutre.

Palabras clave: contrato público, principios generales del derecho.

THE PRINCIPLE OF LAW «PRO CONTRACT». A NEW GUIDING PRINCIPLE OF PUBLIC PROCUREMENT OR JUST A RULE?

LUIS SALVADOR GIRALDES GUTIÉRREZ

*Jefe del Departamento de Actividades Educativas,
de la Dirección General de Educación y Juventud,
del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales
del Ayuntamiento de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Abstract:

As a result of the frequent legislative changes, it becomes increasingly necessary to apply the instrument of the general principles of law. This tool provides stability to the work of interpretation and application of law. Certainly, any development of a guiding principle of public procurement should seek its compatibility with european community law, what is done in the present article, since without this complicity it would be difficult to assert its existence. This work is used to analyze the essentials characteristics presented by the principle commented, highlighting its main defining notes and the principles that inspire it.

Keywords: public procurement, general principles of law.

Sumario

- I. Introducción.
 - II. El contrato administrativo como institución. Valor de los principios informadores.
 - III. Origen, evolución y situación actual de la cuestión. ¿Se puede hablar de la existencia de un principio general del derecho?
 - IV. Posibilidad de extrapolarlo a los contratos del sector público.
 - V. Compatibilidad con el derecho comunitario.
 - VI. Fuentes de las que bebe el principio y delimitación conceptual del mismo.
 - VII. Conclusiones.
- Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Para hacer frente a los problemas que plantea la sociedad actual, el jurista debe tratar de usar todas las herramientas que le ofrece el ordenamiento jurídico, contextualizándolas en función del momento histórico en el que se tienen que utilizar.

El fenómeno de la globalización afecta a todas las ramas del derecho, siendo especialmente sensible en el caso del derecho administrativo, que es la rama del derecho más susceptible de variar, en función de cómo lo haga la sociedad ¹. El carácter contingente de las normas administrativas hace que tengan que buscarse reglas claras e inmutables que permitan al operador jurídico moverse en un terreno voluble como el descrito. Es precisamente en este punto en el que entran los principios generales del derecho, que se muestran como reglas estables que encuentran su fundamento en el alma de las instituciones jurídicas, siendo su alimento y la base de su existencia.

El uso de la técnica de los principios generales del derecho se encuentra avalado por nuestra mejor doctrina, que afirma que reducir el ordenamiento jurídico a las leyes equivale a incurrir en un positivismo ya superado ², apostándose decididamente por una vuelta a los principios generales del derecho como mecanismo técnico que permite hacer frente a la motorización legislativa ³.

El instrumento normativo de los principios generales del derecho es conocido y usado por el Tribunal Supremo, quién refiriéndose a los mismos dice que: «los principios generales del derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas –art. 1.4 CC– y que la Administración esté sometida no solo a la ley sino también al derecho –art. 103 CE–. Y es claro

¹ Sobre la problemática que desde el punto de vista legislativo representa el derecho administrativo, debemos citar al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas», *Cuadernos Civitas*, reimpresión 2000, pág. 48, que dice que: «Frente a lo que Maurice HAURIUO llamaba aún, a comienzos de este siglo, la *sage lenteur*, la sabia lentitud, de las asambleas deliberantes en el estudio y reflexión sobre las leyes, que venían creando en cuanto a perfeccionar y pulir el cuadro riguroso que habían establecido los grandes códigos, Carl SCHMITT pudo hablar ya en 1946 de la "legislación motorizada"». Ortega («individuo y organización», conferencia de Darmstaap) denunció igualmente en 1953 «legislación incontinent»... Se ha establecido, sigue diciendo, «la tendencia natural en el Estado a reglamentarlo todo, aunque la situación de peligro desaparezca, lo que trae consigo que se perpetúe esa impresión de peligro y que el individuo se sienta constantemente, como el personaje de Kafka, reo de no sabe qué posibles delitos».

² José Luis VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho administrativo*, parte general, tomo I, UNED, pág. 560, dice que: «Reconducir el ordenamiento a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los "principios y a la normatividad inmanente" de la naturaleza de las instituciones».

³ Esta es la tesis brillantemente defendida por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Justicia y seguridad jurídica en el mundo...», *op. cit.*

que si estos principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios ⁴».

Tal y como ha puesto de manifiesto Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, citando en este punto a SAVIGNY, no son las normas sino las instituciones las verdaderas unidades elementales de la vida jurídica. Teniendo cada una de esas instituciones una serie de principios generales del derecho propios y específicos, sin perjuicio de que puedan afectarles otros de radio más extenso ⁵.

El contrato administrativo es, por tanto, una institución que tiene una serie de reglas y de principios generales que la informan dotándola de autonomía y sustantividad propias, que lo individualizan con respecto a otras instituciones. Se verá que los principios generales del derecho que informan las instituciones son el armazón, el molde de las instituciones, que las configuran y delimitan, inspirando las interpretaciones que en torno a las mismas sea necesario realizar.

Acerca de la importancia que tiene la técnica de los principios generales del derecho en el campo de la contratación pública, se tiene que partir de una realidad que no es otra que el contrato es, por definición, un acto de previsión, que desde un punto de vista ideal debería tener su clausulado perfectamente redactado, siendo claro, preciso y ajustado a las variables que pudieran acaecer a lo largo de la vida del vínculo contractual ⁶. Pero la realidad no es tal y, como se ha expuesto, el contrato, en ocasiones, presenta lagunas, cláusulas oscuras que hay que interpretar, se plantean problemas durante la fase previa (o de tramitación) y también durante la ejecución. A todo lo anterior hay que añadir que la contratación pública no es un sector o coto exento del fenómeno de la motorización legislativa, más al contrario está sometido a continuos cambios de todo tipo ⁷.

Por todo lo anterior, en la rama del derecho administrativo aludida en estas líneas, es tanto o más necesario hacer uso de la técnica de los principios generales del derecho, que permitirá corregir los estragos que causa el fenómeno de la motorización legislativa y las dudas que surjan en torno a la interpretación del clausulado de un determinado contrato.

Moverse en el campo de la incertidumbre normativa hace aconsejable tener claros los conceptos, manejar y entender los contornos institucionales que presentan las figuras jurídicas. La comentada claridad permite al jurista guiarse en la nebulosa normativa, en la galaxia de pliegos y de cláusulas contractuales existentes, llegando con éxito al último estadio de la labor jurídica, que no es otro que la interpretación acertada de las normas.

⁴ La sentencia citada es la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1992, cuya cita he obtenido del trabajo de Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «Los principios generales del derecho administrativo en la jurisprudencia española», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 70, pág. 40.

⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Justicia y seguridad jurídica en el mundo...», *op. cit.*, págs. 104 y ss.

⁶ Incluso antes de que nazca el vínculo, si se toma en consideración la fase de preparación y de adjudicación del contrato. Es indudable que durante estas dos fases pueden surgir dudas y controversias interpretativas que se deberán salvar haciendo uso, entre otras herramientas, de los principios generales del derecho.

⁷ Aparecen nuevas modalidades contractuales, como es el caso del contrato de colaboración público-privada; desaparecen tipos ya existentes; véase la desaparición del contrato de consultoría y asistencia.

Admitida la realidad de que el derecho excede necesariamente a la ley ⁸, una de las labores más apasionantes que pueden ocupar a una persona que se dedica al estudio del derecho es precisamente la búsqueda de principios generales nuevos, que informen la arquitectura institucional, contribuyendo al auxilio del operador jurídico en el desarrollo de sus labores ⁹. Por lo tanto, en la búsqueda de un principio general del derecho se concilian dos labores: una de carácter práctico, consistente en conocer la normativa que regula una determinada institución, y otra, más teórica, que implica realizar una labor de abstracción de los conocimientos prácticos con el fin de llegar a delimitar una categoría general y abstracta informadora de la institución correspondiente.

En otro orden de cosas, tengo que destacar que el contexto en el que se mueve actualmente la contratación de las Administraciones Públicas exige que la búsqueda de principios generales del derecho se haga no solo desde la óptica nacional, sino que debe primar la visión comunitaria de la cuestión ¹⁰, no siendo adecuado afirmar la existencia de un nuevo principio general inspirador de la contratación pública sin valorar su repercusión sobre los objetivos institucionales comunitarios ¹¹, en concreto su compatibilidad, ya que la misma es un factor determinante de su existencia; o incluso la posibilidad de extrapolarlo al derecho comunitario.

El análisis de la conceptualización de lo que he llamado principio pro contrato oscila entre su consideración como simple previsión legal y la valoración acerca de la posibilidad de que la simple regla se abstraiga, se eleve por encima de la norma y la supere para llegar a ser un principio general del derecho. De esta manera, cuando una regla establecida en una norma se eleva y trasciende a la propia norma, nace un principio general del derecho que la supera y excede.

El objeto de este trabajo consiste, en pocas palabras, en realizar una elaboración teórica de un principio, que tenga una finalidad eminentemente práctica, por lo que no faltarán los ejemplos de aplicaciones prácticas de la cuestión objeto de estudio.

⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, pág. 212.

⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Reflexiones sobre la ley y los principios...», *op. cit.*, pág. 201, dice que: «... la ciencia jurídica no tiene otra misión que la de desvelar y descubrir a través de conexiones de sentido cada vez más profundas ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto, los principios generales sobre los que se articula...».

¹⁰ José Luis PIÑAR MAÑAS, «El derecho comunitario como marco de referencia del derecho español», *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, coordinada por Rafael GÓMEZ FERRER MORANT, Thomson-Civitas, pág. 29, dice que el sector de la contratación pública en el ámbito comunitario es de una extraordinaria importancia. Según datos de la Comisión Europea, «en 1986 la compras de las Administraciones Públicas stricto sensu representaban aproximadamente un 9 por 100 del producto interior bruto de la Comunidad. Si se añaden los pedidos de las entidades paraestatales y de las empresas públicas, dicha cifra se eleva a un 15 por 100 del producto interior bruto de la Comunidad» (1986: equivale a 530.000 millones de euros, aproximadamente). Esta cantidad considerable, que refleja el volumen de la actividad contractual pública, experimentó un notable incremento tras el ingreso de España y Portugal y como consecuencia del proceso de unificación Alemana».

¹¹ José Luis MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, pág. 94 y ss., dice que: «Las directivas respondieron a la convicción de que las prohibiciones establecidas en los tratados eran insuficientes para la realización del mercado único, en cuanto se refiere a los contratos públicos. No se trataba solo de prohibir prácticas contrarias a los principios y libertades reconocidas, sino de garantizar unas pautas de actuación de los Estados de conformidad con criterios de igualdad, para la participación en dichos contratos y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de los mismos. De esta manera se hacían más efectivas las libertades anteriormente citadas».

II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTITUCIÓN. VALOR DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES

Ya se ha analizado en la introducción de los problemas a tratar por medio del presente trabajo la importancia que tienen las instituciones en la vida del derecho. Ese protagonismo se duplica en el momento actual para el caso de las instituciones provenientes del derecho administrativo, ya que se trata de una rama del derecho especialmente necesitada de estabilidad y de conceptos claros y conocidos que sirvan de hilo conductor de las interpretaciones de las normas. También ha quedado claro que las instituciones se alimentan y sustentan sobre la base de una serie de principios que las informan y estructuran, siendo precisamente estos principios los pilares sobre los cuales se asienta la estructura de la institución de que se trate.

Pero ¿qué es una institución? La respuesta la da Maurice HAURIUO, que dice que la institución es: «... todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados¹²». Con esta definición el maestro francés acentúa el carácter estable de la institución, que trasciende a sus creadores y a los individuos, insertándose en el mundo del derecho de una manera continuada. Muestra de la estabilidad de las instituciones es que en el caso de que las mismas fueran atacadas, incluso por los poderes públicos, continuarían viviendo y desarrollándose en el tiempo, ya que esa desvinculación de la voluntad subjetiva de sujetos determinados es la pieza clave que da la definición y delimitación conceptual de la institución, así lo ha explicado brillantemente HAURIUO¹³. Finalmente, el maestro completa sus reflexiones acerca de la institución poniéndola en conexión con la sociedad, resaltando que la supervivencia de la institución en el tiempo depende de su capacidad de evolución a medida que lo haga la sociedad en la que se integra¹⁴.

Tal como se señaló, las instituciones se encuentran apuntaladas sobre la base de una serie de principios inspiradores, que tienen a su vez un carácter dinámico, ya que las vivifican y permiten su adaptación y entendimiento en un momento histórico determinado. Los principios generales del derecho institucionales no solo tienen el valor de estructurar la arquitectura institucional, sino que también son un instrumento, una herramienta que sirve para impulsar la adaptación de la institución a la

¹² Maurice HAURIUO, *Principios de derecho público y constitucional*, Comares, pág. 90. Traducción: Carlos RUIZ DEL CASTILLO, edición al cuidado de José Luis MONEREO PÉREZ.

¹³ Maurice HAURIUO, *Principios de derecho público...*, *op. cit.*, págs. 90 y 91, dice que: «El carácter común de todas estas cosas reside en el hecho de que su duración no depende de la voluntad de determinados individuos. Por más que ciertas personas, por ejemplo, algunos legisladores, tratasen de destruir tal o cual institución, ella viviría, y el propósito destructor resultaría impotente. Hace tiempo que el legislador francés se ceba en la destrucción de las congregaciones religiosas, pero nunca ha triunfado en este empeño. Los sindicatos profesionales han reaparecido poco después de la abolición de la jerarquía gremial y de la corporaciones. No en vano se denomina a estas instituciones "cuerpos espontáneos"; no solo nacen espontáneamente, sino que renacen; son cabezas cortadas que vuelven a brotar como las de la hidra mitológica del lago de Lerna».

¹⁴ Maurice HAURIUO, *Principios de derecho público...*, *op. cit.*, pág. 97, dice bajo el epígrafe de: «Las condiciones de duración de las instituciones», que: «Las instituciones duran un tiempo más o menos largo, según que respondan mejor o peor a las necesidades del medio social y según que las ideas sobre las que reposan estén más o menos cerca de la verdad y de la justicia... Las instituciones responden a necesidades, prestan servicios; cuando cesan de rendirlos, o se han transformado las necesidades o se han corrompido las instituciones parasitarias, en este caso, la confianza del público se aparta de ellas lentamente».

sociedad, permitiendo que la misma se mueva o se oriente a la realidad social de cada momento en el que debe ser interpretada y aplicada, por lo que los principios generales del derecho se erigen como un mecanismo técnico de vivificación de las instituciones, que sirve, a su vez, para contribuir a la supervivencia de las mismas, haciéndolas aptas para adaptar a la institución al tiempo que se trate. A modo de ejemplo, se puede aludir al principio de eficacia, que informa la actuación de las Administraciones públicas, según declara el artículo 103.1 de la Constitución de 1978. Este principio no ha permanecido petrificado desde el año 1978, sino que ha evolucionado convirtiéndose en un instrumento proactivo para la modernización de las estructuras burocráticas. Por lo tanto, si en su origen era concebido como un principio inspirador de la actividad material de la Administración, actualmente se estructura como un principio pluriforme que afecta a la estructura interna de la organización dinamizándola y actualizándola. Este principio ha sido el argumento jurídico para la introducción de las políticas de calidad en la Administración y está sirviendo actualmente de acicate para la implantación e impulso de la Administración electrónica. De esta forma, se puede comprobar de qué manera un principio general dinamiza el ordenamiento en el que se inserta, mostrándose como una herramienta adecuada para adaptar el ordenamiento al momento histórico de que se trate.

Partiendo de todo lo anterior, pueden distinguirse dentro del entramado institucional unas instituciones genéricas y otras específicas o concretas. El contrato administrativo es una buena muestra para explicar esa diferenciación; de esta manera el contrato es una institución genérica, que a su vez conoce variantes concretas y específicas, como el contrato civil, el mercantil o el administrativo. Así, al contrato administrativo le resultarán de aplicación los principios generales del contrato y los específicos del contrato administrativo, en cuanto a variante específica de la institución contractual.

Pasando a la figura del contrato administrativo, considerado como institución, dentro de la misma se puede advertir la existencia de unos principios generales explícitos, que son los que aparecen proclamados en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP)¹⁵, y unos principios implícitos, que son los que se infieren de los preceptos de la ley en relación con la naturaleza institucional de la figura¹⁶. Es precisamente dentro del segundo grupo de principios en el que nos vamos a mover en este trabajo.

Me gustaría apuntar que el hecho de que cada vez sea más frecuente que el legislador, a la hora de dictar una ley sobre una materia determinada, haga una enumeración de una serie de principios generales que inspiran la regulación de que se trate no es más que una confirmación de la importancia que actualmente tienen los principios generales del derecho. En este mundo de legislación incontinente, se trata de aportar por uno de los protagonistas de esa incontinencia un punto de coherencia

¹⁵ Estos principios aparecen proclamados dispersos a lo largo de todo el articulado de la ley. A modo de ejemplo, se puede citar el artículo 1 que habla de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos...

¹⁶ En este sentido, Sonia Esperanza RODRÍGUEZ BONETE, *Los principios generales del derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, pág. 19, dice que: «A juicio de RAMOS PASCUA queda así consagrada legislativamente "la concepción positivista de los principios", según la cual el fundamento de la vigencia de los mismos radica en el hecho de haber sido puestos y establecidos, bien explícitamente o bien de manera implícita, por el legislador».

y de estabilidad, enumerando una serie de principios generales que ayuden a resolver los problemas interpretativos que se susciten ¹⁷.

Concluidas las disquisiciones de carácter dogmático acerca de la institución y la influencia que sobre la misma ejercen los principios generales del derecho, se hace necesario pasar al análisis del contrato administrativo como institución, partiendo de sus orígenes para acabar en la regulación actual de la figura.

Se puede decir que es pacífica la doctrina española al situar el origen del contrato administrativo con la atribución del conocimiento del mismo a la jurisdicción contencioso-administrativa, acontecimiento este que tiene lugar en los años 1845 y 1846. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA cita ¹⁸ la Ley de 2 de abril de 1845 ¹⁹, sobre los Consejos Provinciales, su artículo 8 ²⁰ y su Reglamento de 11 de octubre de 1845; el Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846 ²¹, en concreto su artículo 1, que decía que: «Corresponde al Consejo Real conocer en primera y única instancia: 1.º De las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados por el Gobierno o por las Direcciones Generales de los diferentes ramos de la Administración civil». Esta misma norma atribuía a los Consejos Provinciales los contratos y remates «para toda especie de servicios y obras públicas» ²². De esta manera, el contrato celebrado por la Administración y atribuido por esta normativa a la jurisdicción contencioso-administrativa era considerado como un contrato civil ²³, por lo tanto, sin autonomía y sustantividad propia ²⁴, que por razones o bien prácticas ²⁵, o de conveniencia en la defensa de los intereses de la Adminis-

¹⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Justicia y seguridad jurídica en el mundo...», *op. cit.*, pág. 107, dice que: «Pero ocurre que en leyes ordinarias está apareciendo también con mayor frecuencia la formulación de principios generales, que se positivizan para ordenar la aplicación de las innumerables normas de un sector determinado».

¹⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 41, pág. 101.

¹⁹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Enciclopedia jurídica básica*, Aranzadi, pág. 1.551, advierte que en la legislación moderada de 1845 quedaban fuera del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa determinados contratos de la Administración relativos a la gestión del patrimonio privado, los cuales se asignaron a los tribunales ordinarios o civiles.

²⁰ Cuyo tenor literal es el siguiente: «Cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración civil, o con los provinciales y municipales, para toda especie de servicios y obras públicas». Sobre este precepto, Enrique RIVERO Y SERN, «El contrato administrativo ante las jurisdicciones contencioso-administrativa y civil», *Revista de Administración Pública*, núm. 67, pág. 200, dice: «Se establecía aquí el criterio de la finalidad: obra o servicio, lo que traía aparejado el fuero parcial».

²¹ José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, págs. 97 y 98, dice que de este precepto se deduce el fuero total para los contratos celebrados por la Administración.

²² Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de derecho administrativo*, Thomson-Civitas, pág. 367, dice, al comentar el Reglamento de 1846, que se hace una atribución general al Consejo Real y una condicionada a los Consejos Provinciales.

²³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato...», *op. cit.*, pág. 101: «... no obstante todo lo cual tanto la *mens legislatoris* como la doctrina, sin la menor excepción, aceptan que la naturaleza de estos contratos cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, es puramente de derecho civil...».

²⁴ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Enciclopedia jurídica...*, Aranzadi, pág. 1.550, dice: «Inicialmente, la distinción entre contrato administrativo y contrato privado jugó exclusivamente en el plano procesal, a los meros efectos jurisdiccionales, careciendo de toda trascendencia en el plano sustantivo...».

²⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo I*, 10.ª ed., Civitas, pág. 676, dicen, aludiendo a los motivos que justificaban la atribución del conocimiento de los contratos de la Administración

tración²⁶, o por eficacia, o simplemente por motivos de división del trabajo²⁷, era atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta tendencia continúa con el Real Decreto de 27 de febrero de 1852²⁸ y con la Ley Jurisdiccional Santamaría Paredes de 1888²⁹; sobre la misma son interesantes las consideraciones que hacen los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, que dicen que: «... seguirá proclamando que los contratos de la Administración, cualesquiera que sean, suscitan simples "cuestiones de índole civil", sin perjuicio de que aquellos que tengan por objeto "obras o servicios públicos" se atribuyan a la jurisdicción contencioso-administrativa³⁰». Por lo tanto, en sus orígenes, los contratos celebrados por la Administración, aunque suscitaban cuestiones de naturaleza civil³¹, eran atribuidos a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando tenían por objeto una obra o un servicio público³². Gaspar ARIÑO considera que situar el origen del contrato

a la jurisdicción contencioso-administrativa, que: «... estos tribunales son más rápidos y expeditivos y porque conocen mejor el funcionamiento de la Administración, que conviene no perder de vista al enjuiciar estas cuestiones contractuales».

²⁶ José María BOQUERA OLIVER, «Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, pág. 14, dice, aludiendo al motivo que justifica la atribución del conocimiento de estos contratos a la jurisdicción contencioso-administrativa, por la Ley Santamaría Paredes de 1888, que este se debe a que, debido a la composición que tienen los tribunales administrativos, la resolución será más favorable a la Administración; recuerda que estos tribunales estaban compuestos con una parte de jueces y otra de funcionarios.

²⁷ Rafael ENTRENA CUESTA, «Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 24, pág. 61, dice, citando a GARCÍA-TREVIJANO: «La razón básica e histórica que fundamenta la existencia de dos tipos de contratos, escribe este autor, es, en primer lugar, la división del trabajo, y en segundo lugar, la división de jurisdicciones...».

²⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de...*, *op. cit.*, pág. 676, dicen, aludiendo al Real Decreto de 27 de febrero de 1853, que: «el mismo no hace ninguna distinción expresa que permita el reparto jurisdiccional del bloque contractual y solo por vía interpretativa, gracias a la influencia francesa y a los recelos que entonces suscita la jurisdicción contencioso-administrativa, llega a implantarse el reparto sobre la base de la referencia que el real decreto hace a los contratos que tengan por objeto obras o servicios públicos».

²⁹ El artículo 5 de esta ley dispone que: «Continuarán, sin embargo, atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración Central, provincial y municipal para obras y servicios públicos de toda especie. Continuarán también atribuidas a dicha jurisdicción aquellas cuestiones respecto de las cuales se otorgue recurso, especialmente en una ley o reglamentos, si no estuviesen comprendidas en las excepciones del artículo anterior».

³⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de...*, *op. cit.*, pág. 676.

³¹ Sobre las diferencias que existían entre los contratos administrativos y los contratos civiles, José Luis VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho...*, *op. cit.*, pág. 218, dice que: «Así, pues, sobre estos tres contratos se configura inicialmente la partición de jurisdicciones. Pero hemos de preguntarnos: ¿supone ello una simple singularización jurisdiccional, por razones puramente prácticas, de la figura del contrato administrativo o entraña también una cierta sustantivación jurídico material de la figura?, es decir, ¿supone simplemente un fuero especial o también una diferencia de naturaleza? Como afirmación provisional diremos que en todos ellos son registrables diferencias en cuanto a las reglas de fondo, en cuanto al contenido de sus obligaciones y derechos, si bien inicialmente estas se configuran como excepciones de derecho común, básico regulador de la materia contractual».

³² José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del...*, *op. cit.*, pág. 96, dice, aludiendo a los criterios de atribución de competencias establecidos por la normativa de 1845 y 1846, que: «... la atribución total o parcial, en materia contractual, a la jurisdicción administrativa, no podía sostenerse tajantemente en los inicios, aunque el Consejo Real zanjó el problema, al exigir, para que el contrato fuera conocido por los tribunales administrativos, que tuviera por finalidad una obra o servicio público». Roberto PAREJO GAMIR, «Contratos administrativos atípicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 55, págs. 400 y ss., dice que: «La naturaleza del contrato no viene determinada por la atribución a una jurisdicción, sino que la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa es consecuencia de la naturaleza del contrato». A pesar de estar totalmente de acuerdo con las consideraciones que hace este autor, me gustaría puntualizar, señalando que debemos ser conscientes de que nos encontramos en una etapa de formación no solo de la figura del contrato administrativo, sino también del propio derecho administrativo. Es la disciplina la que se está formando en este momento; nacen o se importan de otros países (principalmente de Francia) conceptos jurídico-administrativos, conceptos que se tienen que aposentar,

administrativo en la atribución del conocimiento del mismo a la jurisdicción contencioso-administrativa constituye una tesis parcial acerca de la justificación de su origen. Se pregunta a qué se debe esa diferencia de fuero, concluyendo que la misma se debe a que los contratos cuyo conocimiento se atribuía a esta jurisdicción revestían una especial importancia política para la vida del Estado y de la sociedad, que exigía la protección especial de algunas operaciones contractuales³³, que no podían verse frustradas o puestas en peligro por las rigideces y el sistema de garantía que ofrecía el derecho común³⁴. Esta tesis de Ariño es compartida también por José Luis VILLAR PALASÍ³⁵.

Independientemente de los motivos que justifican el origen de la figura, resulta evidente su inconsistencia dogmática. Sobre la misma se puede decir que es tributaria de su tiempo, ya que nos encontramos en un momento histórico en el que el derecho administrativo en nuestro país comienza a ver la luz³⁶, razón que justifica sobradamente la ausencia de sustantivación³⁷ de la figura del contrato administrativo³⁸, debido fundamentalmente a que no existía una noción dogmática clara del mismo.

Por lo que a modo de caracterización de los primeros rasgos institucionales de la figura del contrato administrativo se puede decir que el mismo no presenta ninguna diferencia institucional significativa con respecto a la institución que representa el contrato civil. Únicamente se advierte una diferencia de fuero a la hora de otorgar o conceder el conocimiento de las cuestiones litigiosas que derivan del contrato.

modelar y consolidar en nuestro país. Por eso creo que no puede criticarse con virulencia la falta de conceptualización de la figura, ya que, en este momento, no se tenía clara su naturaleza jurídica.

- ³³ Creo que resulta muy bien traída a esta nota la cita que hace de COLMEIRO el profesor José Luis VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho...*, *op. cit.*, pág. 218, que dice que: «Si fueran los jueces ordinarios –escribirá COLMEIRO– los llamados por ley a sentenciar las demandas y reclamaciones promovidas contra el interés público, entorpecerían la marcha rápida y eficaz de la Administración. Tan clara es esta doctrina que desde antiguo se acudió al establecimiento de juzgados privativos como medio de excluir a la Administración del fuero común y librarla del yugo de los tribunales ordinarios».
- ³⁴ Gaspar ARIÑO ORTIZ, «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172, pág. 94.
- ³⁵ José Luis VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho administrativo*, UNED, pág. 212, dice que: «Sin embargo, entre las situaciones contractuales en que la Administración es parte, hay tres que van a presionar para que, pese a ser actos de gestión, queden inmunes a la jurisdicción ordinaria. Estas tres situaciones son: los contratos de suministros al Ejército, la venta de bienes nacionales y los contratos o concesiones de obras. En todos ellos se pretende una estabilidad que no se vea comprometida por posteriores revisiones judiciales; de ser residenciables los contratos ante los tribunales ordinarios, estos se verían revisados, frustrándose así la desamortización».
- ³⁶ Sobre la aparición del derecho administrativo en las universidades españolas, puede consultarse el trabajo de Ignacio BORRAJO INIESTA, en la obra colectiva *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, titulado «El derecho administrativo en los orígenes de la universidad española», pág. 167, que dice que: «Esta incorporación será una constante en las Facultades de Leyes, que el regente Espartero refunde con las de Cánones, mediante Decreto de 15 de junio de 1842, en las Facultades de Jurisprudencia. El 1 de octubre siguiente se aprueba el plan de estudios de las nuevas facultades, que desgaja el estudio del derecho público en un "Derecho Político Constitucional", con aplicación a España, y en unos "Elementos de Derecho Administrativo". La aparición de esta signatura, a su vez, induce la aparición de los primeros manuales de derecho administrativo, entre los que destacan el de GÓMEZ DE LA SERNA y el de ORTIZ DE ZÚÑIGA. Por último, el Plan Parcial de 1845 acuña una asignatura de "Derecho Político y Administrativo", que perdurará el resto del siglo».
- ³⁷ Por sustantivación debe entenderse regulación autónoma o diferenciada a la contenida en el derecho civil.
- ³⁸ Sobre la evolución del derecho administrativo y sus orígenes en nuestro país, véase Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de derecho administrativo*, Thomson-Civitas, pág. 38 y ss. También, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre la formación del derecho administrativo español contemporáneo», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, págs. 23 y ss.

El siguiente paso legislativo de importancia se encuentra en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911³⁹, cuyo Capítulo V fue suspendido por el Decreto-Ley de 22 de octubre de 1936 debido a la guerra civil. La suspensión fue levantada por medio de la Ley de 20 de diciembre de 1952, que no solo la levanta, sino que introduce algunas reformas⁴⁰; no obstante, el planteamiento normativo sigue siendo el mismo que el que se ha expuesto hasta ahora, así que los contratos serán administrativos cuando tengan por objeto obras o servicios públicos. Se puede citar, para comprobar esta línea mantenida por el legislador de 1952⁴¹, el artículo 47 de la mencionada ley, que dice que:

«La realización de obras y servicios públicos mediante contratos concertados por la Administración, y la ejecución directa por la misma de unas y otros, en los casos en que se halle autorizada, se ajustará a las disposiciones que se consignan en los artículos siguientes.»

Continúa la evolución con el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953⁴². Sobre este reglamento el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha señalado que el mismo apostó, al abordar el tema del contrato administrativo, por hacer una regulación similar a la que se hace del contrato civil⁴³. Sin embargo, si bien es posible que la regulación, desde el punto de

³⁹ José Ramón PARADA VÁZQUEZ, «La nueva Ley de Contratos del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 47, págs. 400 y ss., dice que: «Esta ley hace, en su Capítulo V, una regulación de los sistemas de selección de contratistas, la subasta, el concurso, el concierto directo, conteniendo también normas referentes a la capacidad de los contratistas, controles administrativos, y privilegio, según una técnica paccionada de decisión de oficio, esta regulación resultaba de aplicación con carácter general a toda clase de contratos».

⁴⁰ Ya que el simple restablecimiento no se acomoda a las circunstancias actuales (así lo dice la Exposición de Motivos de la ley).

⁴¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 10, págs. 241 y ss., dice que: «La nueva ley ha respetado la estructura del anterior Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad, que estaba dominada, más que por el propósito de una regulación sustantiva de la contratación administrativa, por el de establecer garantías formales para la aprobación de gastos con motivo de la ejecución de obras y servicios públicos». Fruto de esta concepción es la regulación preponderante de las «formas» o sistemas de contratación con relación a su contenido. Continúa diciendo: «Como consecuencia de esta posición inicial se ha insistido en la concepción que el contrato administrativo merecía para nuestro anterior derecho, según la cual esta figura, aunque singularizada por su objeto y procedimiento, no tenía en el momento de su regulación de fondo particularidades sobre el puro contrato civil». Advierte GARCÍA DE ENTERRÍA que: «1.º Las normas sobre contratación administrativa se presentan con el carácter puro y simple de *ius singularis* o, incluso más, de privilegios, en el sentido de que solo se aplican como excepciones de las normas del derecho común; 2.º Pero es que, además, si bien se analiza, resulta que esas normas específicas de la contratación administrativa no son en rigor tales normas en el sentido de partes integrantes del derecho objetivo, las únicas disposiciones de fondo que contiene el nuevo Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad son meras remisiones a pliegos de condiciones a insertar en los respectivos contratos (arts. 61 y 62), y este mismo carácter de pliegos de condiciones que han de insertarse, salvo particularidades o condiciones especiales, tienen en general las disposiciones administrativas específicas sobre la materia: lo cual quiere decir que toda la regulación de fondo del contrato administrativo es construida en nuestro derecho al amparo del principio civil de autonomía dispositiva... no existe un verdadero derecho objetivo, jugando como tal... el derecho de la contratación privada».

⁴² Luis Enrique FLORES DOMÍNGUEZ, «La contratación local en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 70, dice que: «La contratación en el ámbito local se ha caracterizado históricamente por disponer de un régimen jurídico propio y diferenciado del régimen de la contratación del Estado».

⁴³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Dos regulaciones orgánicas...», *op. cit.*, pág. 268, dice sobre el Reglamento de 1953: «Lisa y llanamente observaremos que el Reglamento abandona en su totalidad la teoría del contrato administrativo, tal como ha

vista formal, se aproximara a la que del contrato hace el Código Civil ⁴⁴, no lo es menos que se comienzan a advertir ciertas potestades de la Administración en relación con el contrato que ha celebrado ⁴⁵; así se recoge la posibilidad que tiene la Administración de resolver el contrato en caso de incumplimiento por parte del contratista (arts. 65 y ss.) en el caso en que tanto la corporación como el contratista, en el cumplimiento de sus obligaciones, incurrieran en dolo, negligencia o morosidad; la corporación puede, como manifestación de su potestad de autotutela, fijar el importe de las indemnizaciones que correspondan (así lo dicen los arts. 92 y ss.); y, finalmente, la Administración ostenta la potestad de interpretar el contrato (arts. 99 y 100)... Algún autor ha advertido que con este reglamento comienza la sustantivación de la figura del contrato administrativo en nuestro ordenamiento jurídico ⁴⁶, postura que comparto, ya que la regulación comienza a exceder los límites del Código Civil. Por último, hay que señalar que esta innovación afectaba a los contratos de las corporaciones locales que tuvieran por objeto la contratación de bienes, obras y servicios ⁴⁷.

Pasando al plano institucional, se comienzan a advertir ciertas modulaciones de la clásica figura civil, modulaciones que tienden a dotar a la Administración Local de una serie de poderes superiores (potestades) a los que tiene un contratista en el contrato privado. El motivo de esa modulación institucional, que salta del plano formal o procesal (fuero) al sustantivo, no es otro que evitar que los intereses públicos en juego en el contrato suscrito por la corporación no se vean afectados por los avatares que se producen durante la vida del contrato. Por lo tanto, esta normativa supone un tímido intento de modulación institucional de la figura del contrato administrativo.

Avanzando con la evolución de la figura del contrato administrativo en el ordenamiento español hay que citar la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 ⁴⁸. Esta norma supone un avance en la sustantivación de la figura del contrato administrativo; así lo dice su Exposición de Motivos señalando:

sido recibida en nuestro derecho desde los orígenes mismos del régimen administrativo hasta la actualidad, para sustituirla por una concepción que hace rigurosamente de todo contrato de la Administración, sin discriminar entre ellos, un contrato puro y simplemente privado. Continúa diciendo que el legislador no ha podido prescindir de las exigencias de la práctica, estableciendo una serie de normas que no son sino las acostumbradas reglas exorbitantes del derecho civil».

⁴⁴ Es indudable que el artículo 1 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, cuyo tenor literal es el siguiente: «Los contratos que celebren las corporaciones locales habrán de reunir para su validez y eficacia los siguientes requisitos: a) Consentimiento de los contratantes, b) Objeto cierto que sea materia del contrato, c) Causa del contrato que se perfeccione, y d) Cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes», guarda gran parecido con el artículo 1.261 del Código Civil.

⁴⁵ Lo que implica una cierta sustantivación con respecto al contrato civil.

⁴⁶ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Enciclopedia jurídica...*, op. cit., pág. 1.551, dice refiriéndose al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales: «... en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales se estableció ya una regulación sustancial para los contratos que celebrasen los entes locales, concretándose la misma, en lo fundamental, en un conjunto de reglas especiales, desconocidas en el derecho civil, relativas entre otras cuestiones a la causa, al interés público, al poder de interpretación, a la decisión ejecutoria, a la sanción, a la vigilancia y control, a la modificación unilateral o en fin, a la utilización de la *exceptio non adimpleti contractus*. Sentando el precedente normativo, con la Ley de Contratos del Estado se dio cobertura definitiva a la separación entre una y otra categoría contractual...».

⁴⁷ Disposición adicional primera del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales: «La celebración de los contratos en que intervengan las corporaciones locales se regirá por este reglamento, el cual será aplicable a la contratación de bienes, obras y servicios».

⁴⁸ José Ramón PARADA VÁZQUEZ, «La nueva Ley de Contratos...», op. cit., págs. 419 y ss., critica esta normativa. Hace, entre otras, las siguientes consideraciones: en primer término critica la mala redacción de la norma diciendo que abusa de expresiones pseudotécnicas que oscurecen notablemente su contenido; también considera que incurre en un error la

«La sumisión preferente al derecho administrativo es la característica normativa que otorga a los contratos del Estado regulados por la ley su perfil institucional⁴⁹, y los configura como una categoría independiente, con alejadas raíces en el derecho privado⁵⁰ de obligaciones que seguirá aportando, mañana como ayer, el valor secular de su esquema jurídico: contrato y derecho administrativo se unen para dar vida a un ente original. Aceptando este axioma, no es difícil discernir el concepto de contrato administrativo del que parte la Ley de Bases; basta acudir al derecho administrativo para descubrir la causa del negocio, para comprender la razón de sus peculiaridades normativas y para sentir la necesidad de sus procedimientos especiales de elaboración del contrato y de enjuiciamiento de la relación jurídica cuando el restablecimiento del derecho exige intervención del poder jurisdiccional»⁵¹.

El apartado reproducido debe valorarse, en primer término, como una muestra del criterio que se viene manteniendo, ya que afirma la naturaleza institucional del contrato (institución específica), reconociendo, por otro lado, una dependencia del contrato civil (institución genérica). En este punto, siento la obligación de hacer referencia a las afirmaciones de HAURIUO acerca del método de estudio del derecho constitucional, que dice que este debe ser el de la observación, teniendo esta observación dos direcciones, una histórica y otra comparativa⁵². En este caso, el legislador español rinde tributo a las raíces históricas del contrato administrativo.

Pasando al plano institucional, el legislador español reconoce la autonomía institucional del contrato administrativo, lo que implica que el mismo se asiente sobre unas bases institucionales propias o específicas.

Independientemente de la fortuna con la que se expresara el legislador, lo verdaderamente significativo de esta regulación es la intención por parte del legislador de buscar una sustantivación del contrato administrativo, de perseguir la autonomía de esta modalidad contractual con respecto a la figura del contrato civil; por lo que independientemente del acierto terminológico de la Ley de Bases de 1963, es evidente la voluntad del legislador de configurar al contrato administrativo como una figura autónoma, de dotarle pues de una sustantividad propia y diferenciada con respecto al contrato civil.

exposición de motivos al decir que la contratación pública tenía poca importancia en el siglo XIX; dice que la Ley de Bases incurre en imprecisiones terminológicas al encuadrar la actividad contractual de la Administración dentro de la técnica de fomento; señala que tomando la clásica delimitación de funciones de la Administración dada por Jordana DE POZAS debe encuadrarse dentro de la actividad de servicio público.

⁴⁹ Ya el legislador comienza a configurar el contrato como una institución autónoma.

⁵⁰ Se advierte aquí un intento por parte del legislador de alejar la figura del contrato administrativo de la del contrato civil. Se puede ver por lo tanto un esfuerzo en la sustantivación de la figura del contrato administrativo.

⁵¹ José Ramón PARADA VÁZQUEZ, «La nueva Ley de Contratos...», *op. cit.*, pág. 425, critica esta redacción diciendo que: «Esta justificación incurre, a mi juicio, en una evidente petición de principio: si por derecho administrativo se entiende las leyes y disposiciones de este carácter, al remitirse esta al derecho privado para la regulación del fondo de los contratos de la Administración, no podía surgir de ese extraño connubio entre contrato y derecho administrativo ningún "ente original", que aparece pura y simplemente por voluntad del legislador; de la misma forma que si este quiere regular por normas con rango de ley, los contratos que celebre la Organización Sindical o la Iglesia, tendríamos también unos contratos sindicales y unos contratos eclesiásticos, de la misma forma que tenemos contratos mercantiles».

⁵² Maurice HAURIUO, *Principios de derecho público...*, *op. cit.*, Comares, pág. 4. Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones de Carlos RUIZ DEL CASTILLO, edición al cuidado de José Luis MONEDERO PÉREZ.

Por Decreto de 8 de abril de 1965, se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, cuyo artículo 1 dice lo siguiente:

«Los contratos que tengan por objeto directo la ejecución de obras o la gestión de servicios del Estado o la prestación de suministros al mismo estarán sometidos al derecho administrativo⁵³ y se regirán peculiarmente por la presente ley y sus disposiciones complementarias. Solo en defecto del ordenamiento jurídico-administrativo será de aplicación el derecho privado.»

De la simple lectura de este precepto se pueden hacer dos consideraciones: la primera es que esta normativa supone una regulación de fondo especial para los contratos administrativos⁵⁴, teniendo tal consideración los de obras, los de gestión de servicios públicos y los de suministro⁵⁵; y la segunda, es que definitivamente se consagra normativamente⁵⁶ la distinción entre la categoría del contrato administrativo y la del contrato civil⁵⁷.

También es necesario hacer una referencia a una figura creada por esta ley en sus artículos 18⁵⁸ y 19⁵⁹, cual es la figura del contrato administrativo por naturaleza⁶⁰, señalando que desde sus orí-

⁵³ Proclamación expresa de la regulación del contrato por el derecho administrativo, lo que supone un avance definitivo en la sustantivación de la figura del contrato administrativo en el ordenamiento jurídico español, rompiendo definitivamente con la regulación civil del contrato.

⁵⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, pág. 679.

⁵⁵ José Ramón PARADA VÁZQUEZ, «La nueva Ley de Contratos...», *op. cit.*, pág. 453, dice que: «Lo que singulariza decisivamente a la nueva Ley de Contratos frente a la legislación anterior y frente al derecho comparado, como ya hemos expuesto, es el montaje de una regulación de fondo para el contrato de obras, para el de gestión de servicios públicos y para el de suministros...».

⁵⁶ Puesto que doctrinalmente ya se venía afirmando esta distinción, cabe citar como ejemplo el trabajo del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Dos regulaciones orgánicas...», *op. cit.*, págs. 241 y ss., año 1953.

⁵⁷ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Enciclopedia jurídica...*, *op. cit.*, pág. 1.551.

⁵⁸ El artículo 18 de la ley dice que: «Los contratos del Estado que reconozcan un objeto diferente de los enumerados en el artículo 1 de esta ley, como los de compraventa de inmuebles, de muebles que no tengan la consideración de suministros, préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, explotación patrimonial, laborales o cualesquiera otros, se regirán por sus normas privativas y, en su defecto, se observarán las reglas siguientes:

Cuando se trate de contratos que, según su naturaleza, deban quedar sometidos al ordenamiento jurídico-administrativo, este funcionará como derecho supletorio, siendo peculiarmente aplicables con tal carácter las normas contenidas en esta ley.

Si la naturaleza del contrato excluye la aplicación general del ordenamiento jurídico administrativo se observarán, no obstante, los principios establecidos en esta ley sobre competencia y procedimiento, a falta de reglas específicas al respecto, sin perjuicio de acudir como derecho supletorio a las leyes civiles o mercantiles».

⁵⁹ El artículo 19 señala que: «Los contratos que celebre el Estado que carezcan en el ordenamiento jurídico de régimen específico se regularán, según su naturaleza, conforme a los principios consagrados en los párrafos segundo y tercero del artículo anterior».

⁶⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, págs. 678 y 679, dicen: «Esta es, en líneas generales, la situación que hemos heredado, a partir de la recepción en nuestro país de la doctrina del servicio público, doctrina que fue tempranamente importada por FERNÁNDEZ DE VELASCO, que prendió muy pronto también en nuestra jurisprudencia (la Sentencia de 20 de abril de 1936 afirma, en efecto, que es la característica de los contratos administrativos la presencia de "cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común, que asumen la consideración de una competencia administrativa retenida, tales como las consignadas en las estipulaciones con referencia a un pliego de cláusulas y condiciones generales elaborado por la Administración para las necesidades y atenciones de los servicios públicos, las cuales, por no hallar equivalente en derecho civil, donde juegan los elementos personales en plano de igual-

genes se vio rodeada de una cierta polémica doctrinal⁶¹. Germán FERNÁNDEZ FARRERES fundamenta la conceptualización del contrato administrativo por naturaleza en el amplio número de prerrogativas de la Administración contratante y en las especificidades que se establecen como contrapartida a esas prerrogativas⁶².

Llegados a este punto, y a modo de recapitulación, se puede decir que encontramos, en este momento (año 1965), dos regulaciones de la figura del contrato administrativo: la primera, la contenida en la legislación de régimen local⁶³, que como ya se ha apuntado supuso un paso hacia delante en la conceptualización de la figura del contrato administrativo en el ordenamiento jurídico español, que resultaba de aplicación a la contratación de bienes, obras y servicios por las corporaciones locales⁶⁴. La segunda, la que regula la Ley de Contratos del Estado de 1965, que representa la aparición en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del contrato administrativo con autonomía y sustantividad propias con respecto al derecho civil. Se advierte pues la existencia de dos regulaciones diferentes en función de la Administración que celebre el contrato (Estado/corporación local), lo que representaba una cierta esquizofrenia normativa⁶⁵, pues no parece lógico que aparezca en el año 1965 la figura del contrato administrativo, presentada como una figura completa y autónoma, figura que aparece motivada por la necesidad de adaptar la institución contractual a las necesidades que se le plantean a la Administración en su tráfico jurídico⁶⁶, y que sin embargo otras Administraciones públicas, como eran las corporaciones locales, queden huérfanas de una regulación completa y autónoma⁶⁷. Así, si en el año 1953 se produce un avance en la sustantivación del contrato administrativo con res-

dad, solo pertenecen al dominio de los poderes estatales que las imponen en virtud de imperio") y que, un tanto sorprendentemente, vino a consagrar el propio legislador, estando ya avanzado el proceso de revisión y depuración conceptual, al entronizar en la primera edición de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 la tesis del contrato administrativo por naturaleza (arts. 18 y 19), luego corregida parcialmente por la Ley de 17 de marzo de 1973 y solo ahora, con la novísima Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sustancialmente superada».

⁶¹ PARADA VÁZQUEZ, «La nueva Ley de Contratos...», *op. cit.*, pág. 426, dice acerca de estos dos preceptos: «Las incongruencias son aquí evidentes: si la naturaleza del contrato comporta la sumisión al ordenamiento jurídico administrativo, ¿cómo se puede afirmar a continuación que este funcionará como derecho supletorio, y con este carácter supletorio peculiarmente la Ley de Contratos del Estado? Si, por el contrario, la naturaleza del contrato excluye la aplicación del derecho administrativo, ¿cómo se puede afirmar que las leyes civiles y mercantiles se aplicarán con carácter supletorio? ¿No es esto caer en el puro vacío al no declarar la aplicación principal del derecho privado no del derecho administrativo a la regulación de fondo?».

⁶² Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Enciclopedia jurídica...*, *op. cit.*, pág. 1.551.

⁶³ Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953.

⁶⁴ Disposición adicional primera del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

⁶⁵ Laureano LÓPEZ RODÓ y Aurelio GUAITÁ, «Los contratos de obras públicas en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 21, dicen que: «Los criterios que presiden una y otra regulación (la del Estado y la local) no son concordantes en todos sus extremos, sino que en ocasiones obedecen a principios antagónicos».

⁶⁶ Considero que el análisis que estamos haciendo resultaría plano, vacío, si no intentáramos bucear en los motivos que condujeron a la sustantivación de la figura del contrato administrativo, en la intrahistoria de la figura. Creo que el fundamento de esta sustantivación se debe a que nos encontramos en un momento de plenitud del derecho administrativo, de solidez dogmática de la disciplina, solidez que se expande a las figuras y conceptos propios de la disciplina, siendo uno de ellos el contrato administrativo. Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de derecho...*, *op. cit.*, pág. 67, califica el periodo en el que aparece esta ley como de afirmación y esplendor del derecho administrativo. También puede consultarse a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre la afirmación del derecho...», *op. cit.*, págs. 23 y ss.

⁶⁷ La incongruencia de esta situación se advierte mejor si tenemos en cuenta que las dos son Administraciones Públicas que sirven a los intereses generales, por ese motivo no se justifica un tratamiento jurídico diferente.

pecto a las corporaciones locales, frenándose el mismo con respecto a la contratación del Estado, en el año 1965 se produce el fenómeno inverso⁶⁸.

El siguiente paso en la evolución normativa de la figura del contrato administrativo se produce por medio de la Ley de 17 de marzo de 1973⁶⁹, que modifica la Ley de 1965. Esta reforma no es radical, sino que trata de introducir algunas mejoras en el sistema de contratación de la Administración General del Estado⁷⁰.

Otro momento a destacar en la aproximación de los regímenes jurídicos de la contratación del Estado y de las corporaciones locales se da con el Real Decreto 3046/1077, de 5 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1977, de Bases del Estatuto de Régimen Local⁷¹, en lo relativo a los funcionarios públicos locales y otros extremos. Esta norma dedica el Capítulo III de su Título IV a regular la contratación local. Sobre este cuerpo normativo cabe destacar tres cuestiones: la primera es que por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico los contratos de las corporaciones locales son calificados como administrativos; la segunda consiste en que se produce un acercamiento a los contratos del Estado proclamándose el carácter supletorio de la Ley de Contratos del Estado de 1965 con respecto a la regulación contenida en el mencionado real decreto⁷²; y, finalmen-

⁶⁸ Jaime SÁNCHEZ ISAC, *La contratación en las corporaciones locales*, pág. 28, dice: «Una característica de nuestro sistema administrativo ha sido la coexistencia de un doble régimen de contratación: el local y el estatal».

⁶⁹ Valentín RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, «Teoría y práctica de la contratación administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 77, dice que: «... la Ley de Revisión de la de Contratos del Estado, de 1973, tuvo su origen en la necesidad de precisar lo que hasta entonces había parecido como sumariamente claro, o sea, el mismo concepto de contrato administrativo, resultando que una ley que desde el principio había tenido por objeto la regulación de tal tipo de contratos, venía a confesar a través de su revisión, que durante toda su vigencia se había estado moviendo sobre una noción vaga y difusa de dicho contrato».

⁷⁰ Pedro María LARRUMBE BIURRUN, «Comentarios a la reforma del texto articulado de 8 de abril de 1965, de contratos del Estado, por la Ley 5/1973, de 17 de marzo», *Revista de Administración Pública*, núm. 72, págs. 332 y ss., dice en relación con la reforma: «La reforma no es drástica, ni mucho menos revolucionaria. Se ha partido de una situación dada (la dualidad de contratos del Estado), la cual se mantiene introduciendo en ella una buena dosis de sensatez y elasticidad. Se trata de lograr, pues, que la legislación reguladora de los contratos celebrados entre la Administración del Estado y los particulares se contemporece lo mejor posible con las exigencias actuales». Continúa señalando este autor que: «de la lectura de la exposición de motivos de la ley y de sus preceptos se extraen los siguientes principios inspiradores de la reforma: 1. Establecer un orden, lo más claro posible, de las fuentes normativas de los contratos del Estado, 2. Flexibilizar la figura del contrato administrativo, 3. Residenciair la potestas contractandi en órganos "ad hoc", 4. Relegar los principios de desconfianza y del contratista interpuesto».

⁷¹ Jaime SÁNCHEZ ISAC, *La contratación en...*, op. cit., pág. 29, dice que: «La incidencia del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, fue muy grande, en nuestra materia. El sistema de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955 y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, sufrió el impacto de la necesidad de adaptación a unas nuevas necesidades sociales y económicas. La tónica general fue la asimilación del sistema de contratos del Estado a cualquier precio. Las novedades doctrinales e institucionales no fueron considerables, aunque si lo fue el sesgo del conjunto, claramente decidido a liquidar la autonomía jurídica de los contratos locales, para convertirlos en un apéndice de los del Estado, en un péndulo que hasta ahora, no ha encontrado un lugar sistemático, su emplazamiento armonioso, en una materia vibrante y cotidiana, poco favorable para los ensayos teóricos y muy necesitada de una clasificación clarificadora precisa exacta».

⁷² El artículo 109 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, dice: «La normativa jurídica aplicable a los contratos que celebren las entidades locales se ajustará a las siguientes reglas: 1.ª Los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos a cargo de las entidades locales, así como la prestación de suministros a las mismas, tienen carácter de administrativos y se regirán por las presentes normas y sus disposiciones reglamentarias y supletoriamente, por la Ley de Contratos del Estado y las restantes normas de derecho administrativo. En defecto de este último serán de aplicación las normas de derecho privado».

te, se proclama la vigencia del Reglamento de Contratación de 1953 en lo que no se oponga a la nueva normativa. También hay que aludir a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, cuyo Capítulo III del Título VI está dedicado a la contratación, no introduciendo ninguna novedad significativa.

Los pasos que ha dado la contratación administrativa desde 1963 hasta 1995 se pueden resumir en la tendencia a su mejora institucional mediante la introducción de novedades de índole técnico-jurídica y la búsqueda de una aproximación institucional entre los contratos de las corporaciones locales y los del resto de Administraciones.

Otro acontecimiento de gran trascendencia es la adhesión de España a la Unión Europea⁷³; esto supone que nuestro país se vea inmerso en un proceso de integración supranacional y que como consecuencia del mismo tenga que adaptar su ordenamiento jurídico a las exigencias que impone la integración, teniendo como una de sus vertientes más significativas la integración jurídica⁷⁴.

Uno de los sectores que más ha notado la incidencia de la integración ha sido el de la contratación de las Administraciones Públicas⁷⁵. El cumplimiento de la normativa comunitaria (que en este campo se ha manifestado normalmente por medio de directivas⁷⁶) se buscó por medio del Real

⁷³ El tratado de adhesión fue firmado el 12 de junio de 1985 en el Palacio de Oriente de Madrid y entró en vigor el 1 de enero de 1986.

⁷⁴ Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, págs. 98, 116, 128 y 130; sobre las normas que integran el ordenamiento jurídico comunitario dice que está compuesto por: 1. Derecho originario, integrado por: los tratados constitutivos, los tratados de reforma, así como sus protocolos y anexos; 2. Por el derecho derivado (véase art. 249 del tratado); 3. Por los principios generales del derecho comunes a los Estados miembros, en virtud de la extensión que se ha realizado de la previsión específica del artículo 288 del Tratado de la Comunidad Europea (en materia de responsabilidad extracontractual) al ordenamiento jurídico comunitario globalmente considerado; 4. Por los tratados internacionales suscritos por la Comunidad (art. 300.7 TCE: «Serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad, así como para los Estados miembros, cita este autor, el Asunto Comisión v. Alemania, en el que el Tribunal de Justicia tuvo la ocasión de afirmar: «la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre las disposiciones de derecho comunitario derivado impone interpretar estas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos»).

⁷⁵ Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de Derecho...», op. cit.*, pág. 369, dice: «Esta materia, como pocas, es expresión de fenómeno tan condicionante, y de tanta actualidad, como es el de la aplicación del derecho europeo. En todo caso, y en relación con lo que antes se dijo, una idea conviene tener clara: las modificaciones llevadas a cabo en materia de contratación pública lo han sido porque así lo imponía el derecho comunitario. No por ningún otro motivo. Lo que dicho más frontalmente significa, en expresión de Germán FERNÁNDEZ FARRERES, que se trata de modificaciones que "se han tenido que introducir, no sin resistencia, porque no quedaba más remedio, y desde luego, sin entusiasmo alguno"». Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, pág. 279, dice: «Se puede hablar de un derecho público europeo llamado a desempeñar funciones que se asemejan más a las que en su tiempo desempeñó el *ius commune*, en el sentido de que no se trata tanto de un cuerpo jurídico que venga a suplantar a los derechos nacionales, como un molde al que estos se irían acomodando progresivamente, de manera que los derechos internos seguirían elaborando y aplicando su propio derecho público pero no ya de una forma aislada o autónoma, sino a la luz de este derecho comunitario».

⁷⁶ Timothy MILLETT, letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, pág. 106, nos dice sobre los campos propios del ámbito de actuación de la directiva que: «Generalmente, se estima que la directiva corresponde a los ámbitos ligados estrechamente al ejercicio de la soberanía nacional o que afectan, de forma íntima, al modo de vida de un pueblo, que el Gobierno nacional está más capacitado para apreciar. Por esta razón las directivas se utilizan en ámbitos como el derecho fiscal, el derecho social y el derecho laboral. Por su parte, el reglamento corresponde a sectores más técnicos, pero sobre todo, a ámbitos en los que la transferencia de soberanía de los Estados miembros hacia las instituciones comunitarias es más completa, como es el caso de la política agraria común».

Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo ⁷⁷, y el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre ⁷⁸, por los que se modificaron respectivamente la Ley de Contratos del Estado de 1965 y el Reglamento General de Contratación de 1975 ⁷⁹.

También en el ámbito de la contratación de las corporaciones locales tuvo un impacto la adhesión a la Unión Europea; así como el Capítulo III del Título VI del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local ⁸⁰.

Motivado por el incumplimiento de la normativa comunitaria ⁸¹ se dictó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas ⁸², que introdujo novedades significativas ⁸³; en primer lugar, en cuanto a su denominación, ya que su calificación como de «Contratos de las Administraciones Públicas» supuso un acierto debido a que la misma recoge la realidad de la pluralidad de Administraciones Públicas que existen en España; muy en particular recibe a las comu-

⁷⁷ Francisco SOSA WAGNER, *Manual de derecho local*, Aranzadi, 8.ª ed., pág. 207, dice: «... supuso un paso decisivo en la homogenización de los regímenes contractuales. Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de derecho...*, op. cit., pág. 374, dice: «El Real Decreto-Ley 931/1986, de 2 de mayo, llevó a cabo distintas modificaciones en la Ley de Contratos del Estado, adaptándola a las directrices de la Comunidad Europea; también, y a efectos de la competencia del Estado en la materia, declara básicos una serie de preceptos».

⁷⁸ Esta normativa fue elaborada con carácter urgente debido a las necesidades que imponía la adhesión, así lo dice el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁷⁹ José María ESQUERDA ROSET, «Principales innovaciones de la ley de contratos de las Administraciones Públicas, con especial referencia a la Administración local», *Revista de Administración Pública*, número 138, pág. 363, dice aludiendo a los objetivos que se pretendían lograr con la transposición: «Esta adaptación no llegó a cumplir las exigencias antes mencionadas, tal como hizo patente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 17 de noviembre de 1993, que declaró que el reino de España había incumplido las obligaciones que en materia de contratos de obras y suministros imponían las Directivas 71/307 y 77/62, respectivamente, vigentes en aquel entonces».

⁸⁰ El artículo 112.1.2.º del Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local dice: «En los términos de la presente ley, los contratos de las entidades locales se regirán por los principios comunes a la contratación del Estado y, en cualquier caso, por el derecho de las Comunidades Europeas relativos a la contratación administrativa».

⁸¹ Sobre el ámbito de la normativa comunitaria, el Dictamen del Consejo de Estado 214/1992, de 21 de mayo de 1992, destaca su carácter parcial, al centrarse de manera exclusiva en lo relativo a la adjudicación de los contratos. José María BAÑO LEÓN, *La figura del contrato en el derecho...*, op. cit., pág. 18, dice que: «La irrupción de las Directivas Comunitarias marca un antes y un después respecto a la libertad que tenían los países miembros que utilizan unas u otras técnicas jurídicas...».

⁸² Acerca del impacto que supuso esta nueva ley en el ordenamiento jurídico español, cabe citar a José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias*, Iustel, pág. 2, quien dice que: «... abriéndose otra nueva etapa (con la Ley 13/95), que sin embargo, no comporta ruptura alguna con la etapa anterior, sino más bien continuidad e intento de perfeccionamiento».

⁸³ Una novedad que merece la pena resaltar por lo menos a pie de página es la relativa a la nueva estructura con la que se diseña la Ley de Contratos, que diferencia entre una parte general y otra especial; abundando en esta novedad hay que citar a José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Naturaleza de los contratos públicos a la luz...*, op. cit., quien dice que: «Una de las principales innovaciones de la nueva ley se refiere a la técnica legislativa aplicada y refleja el considerable grado de madurez doctrinal a que se ha llegado en la materia. Si hasta ahora la regulación legal de los contratos de la Administración se había efectuado de manera específica para cada tipo contractual y otorgando a la regulación del contrato de obras el valor de un fondo normativo general aplicable supletoriamente a todos los demás, la nueva ley ha optado ya decididamente por la redacción de una auténtica parte general de la contratación de las Administraciones Públicas, que es el objeto de todo el Libro I, sin perjuicio de dedicar luego la segunda parte –Libro II– a la determinación de normas específicas para cada uno de los cuatro o seis grandes tipos contractuales administrativos más arriba mencionados».

nidades autónomas y a la nueva autonomía local constitucionalmente garantizada⁸⁴; en segundo término, y pasando a las innovaciones, interesa resaltar la nueva forma de delimitación de los contratos administrativos típicos, que son enumerados en el artículo 5.2 a) de la ley, que dice así:

«2. Son contratos administrativos: a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.»⁸⁵

Se hace una delimitación del contrato a través de su objeto⁸⁶, completándose esta delimitación mediante el uso de una técnica legislativa descriptiva, enumerando las prestaciones que podían ser objeto de cada contrato típico en los artículos 120⁸⁷, 155⁸⁸, 172⁸⁹, 173⁹⁰ y 197⁹¹. Este criterio seguido por

⁸⁴ Véanse artículos 137 y 140 de la Constitución de 1978.

⁸⁵ Con esta nueva normativa aparecen en el ordenamiento español nuevos contratos administrativos típicos, como el de servicios, consultoría y asistencia, y los de trabajos específicos y concretos no habituales.

⁸⁶ José Luis DE LOS MOZOS, «El objeto del negocio jurídico», *Revista de Derecho Privado*, 196, pág. 372, dice que: «El objeto del negocio no es más que la realización jurídica del interés práctico o intento práctico de las partes».

⁸⁷ El artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 dice: «A los efectos de esta ley se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea:

- a) La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil.
- b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos.
- c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores».

⁸⁸ El artículo 155 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 dice: «Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio».

⁸⁹ El artículo 172 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 dice: «A los efectos de esta ley se entenderá por contrato de suministro el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento financiero o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorpóreas y valores negociables que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso».

⁹⁰ El artículo 173 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 dice:

«1. En todo caso se considerarán incluidos en el artículo anterior los contratos siguientes:

- a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.
- b) La adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de estos últimos.
- c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características específicas peculiares fijadas previamente por la Administración, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

2. No obstante lo expresado en el apartado anterior, la adquisición de programas de ordenador a medida se considerará contrato de servicios.

3. Por otra parte también tendrá la consideración de suministro el mantenimiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o el arrendamiento.»

⁹¹ El artículo 197 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1997 dice:

«1. Los contratos de consultoría y asistencia, los de servicios y los de trabajos específicos y concretos no habituales que celebre la Administración se regirán por la presente ley.

el legislador de 1995 ha sido criticado por José María BOQUERA OLIVER, que lamenta que el legislador no haya entrado en una delimitación de fondo del contrato administrativo, en la delimitación de sus especialidades jurídicas; considera que no hay nada más acientífico que resolver los problemas jurídicos haciendo una lista ⁹². Sobre las consideraciones del profesor BOQUERA OLIVER, cabe señalar que si bien puede que la solución ideada por el legislador de 1995 adolecía de una ausencia de delimitación conceptual de la figura del contrato administrativo, es cierto que esta técnica legislativa está acorde con los criterios utilizados para la delimitación de los contratos de la Administración por las directivas comunitarias ⁹³, y también contribuye a dar satisfacción al principio de seguridad jurídica ⁹⁴, puesto que da certidumbre a las relaciones jurídicas que crea la contratación pública ⁹⁵.

En el año 1999 se dicta la Ley 53/1999, de 28 de diciembre ⁹⁶, que modifica a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 ⁹⁷. Su disposición final segunda autoriza al Gobierno, para que en el plazo de seis meses a partir de su publicación dicte un texto refundido, por lo que haciendo uso de este mandato se dicta el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP) ⁹⁸. No se introducen novedades importantes a la hora de definir el contrato administrativo.

Desde el año 1995 hasta el 2007 los pasos que ha dado el legislador español han sido conducentes a adaptar el derecho nacional a las normas comunitarias. Se advierte aquí la órbita de una institución supranacional, que influye al contrato administrativo modulando sus contornos institucionales.

2. Son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto:

- a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.»

⁹² José María BOQUERA OLIVER, *Los contratos de...*, *op. cit.*, pág. 13.

⁹³ Que en definitiva era el derecho que se buscaba trasponer al ordenamiento español.

⁹⁴ Sobre el principio de seguridad jurídica, la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo, dice que: «...la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas... Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es derecho y no... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el derecho aplicable, cuáles consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean estas».

⁹⁵ Así, a modo de ejemplo, cabe señalar que desde 1995 todo contratista que celebre un contrato, cuyo objeto sea uno de los enumerados en el artículo 5.2 a) de la ley y desarrollados, en cuanto a las prestaciones sobre las que puede recaer el contrato en los artículos 120, 155, 172, 173 y 197, sabe que será administrativo.

⁹⁶ Dentro de sus objetivos se encuentra, como veremos, la transposición de la Directiva 97/52/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre, siendo el último día de plazo para su transposición el 13 de octubre de 1998, por lo que se incumplió el plazo de transposición.

⁹⁷ Según señala su Exposición de Motivos se dicta para conseguir cuatro objetivos: primero, incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad de los procedimientos de adjudicación; segundo, simplificar los procedimientos de contratación; tercero, adaptar la legislación española a la normativa comunitaria sobre contratación pública teniendo en cuenta que las Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE y 92/50/CEE, sobre contratos de suministros, obras y servicios, cuyo contenido incorpora la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, han sido modificadas por la Directiva 97/52/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre; cuarto, se suprimen ciertas figuras contractuales y se crean otras nuevas.

⁹⁸ La Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, introduce en el Libro Segundo el Capítulo V.

Por lo que, en este periodo, la evolución institucional del contrato ha sido tendente a acercarse a los principios institucionales que constituyen un mecanismo de garantía de los objetivos de la Unión Europea, tales como los de libertad de acceso a las licitaciones, igualdad de trato o no discriminación por razón de la nacionalidad.

Finalmente, con el objeto de adaptar la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁹⁹, reforma que no es admitida como tal por algún sector de la doctrina¹⁰⁰, se dicta la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP)¹⁰¹, que adopta, como dice su Exposición de Motivos, un planteamiento de reforma global¹⁰² que ha sido objeto de duras críticas por parte de algunos sectores económicos que consideran que rompe con una tradición normativa de varias décadas¹⁰³; también por parte del Consejo de Estado¹⁰⁴. No obstante lo anterior, otros creen que no se da esa ruptura tan radical; simplemente se acoge otra estructura en la plasmación normativa del proceso de contratación¹⁰⁵ o se

⁹⁹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 80 de la mencionada directiva, la misma debería haberse traspuesto el 31 de enero de 2006, por lo que se han incumplido nuevamente los plazos de transposición.

¹⁰⁰ Silvia DEL SAZ, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, pág. 347, dice que: «... no parece fácil admitir, como pretende la Exposición de Motivos, que la LCSP haya supuesto una reforma global, un cambio radical en la regulación de los contratos públicos».

¹⁰¹ José Antonio MORENO MOLINA, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: principales novedades y aspectos problemáticos», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 44, dice que: «Lo que es evidente es que la nueva Ley de Contratos es mucho más ambiciosa en sus objetivos que la mera incorporación del derecho europeo y esta valentía es digna de elogio. Así la norma mejora sustancialmente aspectos de la legislación de contratos que en España no se habían abordado por conservadurismo respecto al modelo que se adopta desde la Ley de Contratos de 1965. Sin embargo, la opción legislativa comporta riesgos importantes que se han traducido en contradicciones, confusión de regímenes jurídicos, huida de la jurisdicción contencioso-administrativa y problemas aplicativos y de manejo que comporta la nueva ley; entre ellos, cabe destacar la dificultad de encontrar a lo largo de todo el texto de la LCSP las normas aplicables a los distintos contratos».

¹⁰² Véase el apartado primero de la Exposición de Motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que dice que: «La norma resultante, en consecuencia, no se constriñe a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias...». José Antonio MORENO MOLINA, «La nueva Ley de Contratos...», *op. cit.*, dice en relación con la transposición que de la directiva comunitaria ha hecho la LCSP que: «El legislador español podía haber optado por limitarse a una reforma del TRLCAP o a aprobar una nueva Ley de Contratos incorporando las previsiones que venían exigidas por el derecho europeo. Sin embargo, fue más ambicioso en sus objetivos y optó por una reforma integral de la normativa contractual».

¹⁰³ Este proyecto de ley de contratos del sector público ha sido criticado por los consejeros del grupo segundo del Consejo Económico y Social, *Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, 1.ª ed., marzo 2006, Consejo Económico y Social, pág. 22, quienes dicen que: «Nuestro actual régimen contractual público tiene algo más de cuatro décadas de vigencia siendo, en algunas materias, referente europeo de modernidad, dinamicidad y de adaptación de la norma a las exigencias del tráfico jurídico mercantil, a las necesidades de las empresas y de la Administración. Por ello, ciertamente no se entiende la causa de querer hacer un cambio diametral de la forma y el fondo, cuestión que, sin duda, conllevará un ulterior y más complicado desarrollo: nuevo reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; nueva doctrina administrativa; adaptación de los órganos administrativos, en especial en el ámbito local y, sobre todo, la creación de una nueva jurisprudencia».

¹⁰⁴ Dictamen 514/2006 del Consejo de Estado.

¹⁰⁵ Sobre las afirmaciones del grupo segundo del Consejo Económico y Social, referentes al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, creo que no se produce ese punto de inflexión entre la antigua regulación y la nueva, como apuntan

innova únicamente desde el punto de vista sistemático¹⁰⁶. Esta nueva estructura de la ley la hace especialmente compleja en lo que a la delimitación del ámbito de aplicación se refiere. Algunos han llegado a hablar del sudoku al referirse a la delimitación del ámbito de aplicación de la ley¹⁰⁷. El Consejo de Estado también ha sido especialmente duro en este punto, llegando a recomendar un cambio absoluto de planteamiento¹⁰⁸. Finalmente, por lo que respecta al modo de delimitación del contrato, se continúa con el criterio seguido por el legislador de 1995¹⁰⁹, si bien se advierte una cierta ruptura, ya que el legislador del año 1995 utilizaba una técnica de delimitación definiendo su objeto de una manera excesivamente descriptiva¹¹⁰, técnica que parece que abandona la LCSP¹¹¹.

Con la nueva ley aparece en nuestro ordenamiento jurídico, una nueva figura que es la del Contrato del Sector Público¹¹², figura sobre la que va a pivotar la nueva regulación.

El mayor impacto institucional que ha supuesto la LCSP ha sido la creación de la figura del Contrato del Sector Público; figura que es concebida como un ropaje amplio comprensivo de todos los distintos contratos típicos susceptibles de celebrarse por cualquier ente del sector público. La anterior figura constituye un nuevo reto para el operador jurídico, ya que a las clásicas figuras administrativas, las cuales ya tienen unos principios institucionales propios, debe añadirse un nuevo tipo (en ocasiones sometido al derecho privado) que tiene unos principios institucionales que variarán en función del ente que lo celebre. Ahora todas esas previsiones se recogen en el TRLCSP.

La aparición de la figura del contrato del sector público, cuando el mismo no está sometido al derecho privado, tiene como objetivo inicial evitar la lamentable huida del derecho de la contrata-

los consejeros del grupo segundo, y por consiguiente no se modifican las bases jurídicas sobre las cuales se asienta y se ha asentado la contratación de la Administración durante los últimos cuarenta años, sino que se ha abordado la reforma siguiendo una sistemática diferente, rompiendo la regulación que diferenciaba entre parte general y especial, para regular siguiendo el camino por el que atraviesa un contrato, durante su tramitación, manteniéndose intactos a nuestro juicio los principios básicos de la contratación administrativa, en lo que afecta a los contratos de las Administraciones Públicas».

¹⁰⁶ José María GIMENO FELIÚ, «Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público*, pág. 19, dice que: «...la LCSP se nos presenta quizá como conservadora en el fondo y "excesivamente" innovadora en la sistemática utilizada».

¹⁰⁷ Victoria MARTÍNEZ-VARES, «El sudoku de la ley de contratos públicos dificulta su aplicación», *Expansión Jurídico* (revista digital), artículo publicado el 2 de mayo de 2008.

¹⁰⁸ Dictamen 514/2006 del Consejo de Estado.

¹⁰⁹ Criterio de delimitación del contrato por conducto de su objeto.

¹¹⁰ José Antonio MORENO MOLINA, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, pág. 1.063, dice, comentando el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que: «El artículo 196 del TRLCAP utiliza una técnica descriptiva y por vía de ejemplos.

¹¹¹ Silvia DEL SAZ, *La nueva ley...*, *op. cit.*, pág. 337, dice, sobre la figura de los contratos típicos, que: «La LCSP ha abandonado el término contrato típico para designar a los contratos de obras, servicios, suministros, gestión de servicios públicos, concesión de obra y contrato de colaboración entre los sectores público-privado, a los que ahora llama calificados. No obstante, los contratos calificados ya no son, como antes los contratos típicos, una tipología dentro de los contratos administrativos, pues dichos contratos pueden ser administrativos pero también privados si se celebran por entidades distintas de las Administraciones Públicas».

¹¹² Podemos decir que esta denominación es una de las formas o mecanismos mediante los cuales el legislador ha tratado de adaptar la Nueva Ley a la realidad administrativa española, en concreto al complejo entramado de entes que forman parte del sector público.

ción pública que tanto se ha producido en los últimos años. No obstante lo anterior, creo que esa idea primigenia se ha visto excedida, ya que no se puede negar que debajo de las formas jurídico-privadas de personificación existen intereses públicos que justifican la realización de una expansión de los principios institucionales provenientes del derecho administrativo.

A modo de recapitulación de lo hasta ahora dicho, y por lo que al contrato administrativo como institución respecta, cabe señalar que el contrato administrativo es concebido inicialmente como un contrato civil, cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa por razones de oportunidad. Posteriormente, el contrato se va perfilando y singularizando, adquiriendo autonomía y sustantividad propia. Es precisamente durante este proceso de sustantivación cuando se van creando los principios generales del derecho inspiradores del contrato administrativo como institución.

Ya se ha visto que al crearse el contrato administrativo como figura sustantivada se busca conceder prerrogativas y privilegios a la Administración, que aparece en la relación jurídica creada investida de *imperium*. Ahora hay que preguntarse cuál es el motivo de la atribución de esas potestades a la Administración, por qué el legislador considera que en determinadas relaciones contractuales debe aparecer revestida de *imperium*. El motivo de todo lo anterior es que la consecución de los intereses públicos que hay implícitos en todo contrato administrativo no se vean perjudicados, garantizando al máximo la consecución de los fines perseguidos con el contrato.

Dentro de las potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración hay dos que resultan de especial interés, cuales son la potestad de interpretación del contrato, cuya finalidad es resolver las dudas que se susciten durante la ejecución, garantizando de esta manera la continuidad del contrato, y la potestad de modificación, que permite a la Administración modificar el contrato, cuando concurren determinadas circunstancias, para adaptarlo a las necesidades que tiene la Administración. Si se reflexiona sobre esas dos potestades, se puede comprobar que lo que subyace en las mismas es el interés por la continuidad del vínculo contractual, resolviendo las dudas que dificultan su continuidad, en el primer supuesto, o evitando licitar un nuevo contrato, en el segundo.

III. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA CUESTIÓN. ¿SE PUEDE HABLAR DE LA EXISTENCIA DE UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO?

Los principios generales del derecho implícitos en las normas no nacen de una manera espontánea, sino que son fruto de una evolución, tienen una raigambre histórica que los alumbró en un determinado contexto político-social. Por ese motivo resultaría un simplismo acudir a la regulación actual de la ley, tratando de entresacar un determinado principio. La operación adecuada implica bucear en la historia institucional del contrato administrativo buscando los orígenes del correspondiente principio general en las distintas regulaciones que han existido del contrato.

En primer lugar, acudo al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953. El artículo 68.1 decía lo siguiente:

«1. En caso de fallecimiento del contratista, la corporación podrá denunciar el contrato.»

Este precepto atribuía una facultad a la corporación en el caso de fallecimiento del contratista. La misma consistía en decidir, en ese caso, si continuar o no con la ejecución del contrato, relevando los herederos al contratista. Como fácilmente se habrá podido comprobar, al fallecer el contratista y decidir la corporación continuar con la ejecución del contrato, se produce una novación subjetiva en el contrato suscrito, novación que se fundamenta en que no se considera conveniente entorpecer la ejecución del contrato, comprometiendo los intereses públicos existentes en el mismo; por ese motivo puede decidirse continuar con la ejecución del mismo.

En segundo término, se tiene que reproducir el artículo 71.2 del citado reglamento; el mismo dice lo siguiente:

«2. Cuando fuere el contratista quien declare la resolución, rescisión o denuncia, no podrá interrumpir las prestaciones a su cargo hasta que se hubiere reconocido la procedencia de la declaración formulada o se autorice para suspenderlas mientras se dilucida la discrepancia.»

Nuevamente el reglamento apuesta decididamente por la continuidad en la ejecución del contrato y del vínculo contractual. En este caso, cuando surge un acontecimiento que puede poner en peligro la vida del vínculo contractual, se opta por mantener el vínculo y, por lo tanto, que se continúe con la ejecución del mismo, no comprometiéndose los intereses públicos que subyacen a la prestación pactada.

Finalmente, aparecen dos preceptos singularmente significativos, que son los que regulan la potestad de interpretación del contrato que dispone la Administración. Son los siguientes:

El artículo 99 del reglamento, que dice que:

«La Administración interpretará los contratos en que intervenga y resolverá las dudas que ofrezca su cumplimiento.»

Y el artículo 100, que decía:

«Los acuerdos que las corporaciones adopten sobre la interpretación de los contratos serán inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio del derecho de los contratistas a obtener en vía jurisdiccional la declaración que proceda sobre la inteligencia de lo pactado, si no se conformaren con lo resuelto por la corporación.»

En este caso, el reglamento atribuye a la Administración la potestad de interpretar el contrato cuando surja una duda sobre su cumplimiento. La finalidad es clara, se quiere evitar que la resolución de la controversia paralice la ejecución del contrato. A todo lo anterior, debe añadirse que el acuerdo de interpretación es ejecutivo, lo que implica una clara apuesta en pos de la continuidad del vínculo.

Enlazando con lo hasta ahora dicho acerca de la evolución institucional de la figura, nos encontramos en un momento histórico en el que el contrato administrativo comienza a dar sus primeros pasos, apareciendo ya, desde sus orígenes, reglas conducentes a garantizar la primacía del vínculo contractual.

Interesa a esta exposición la Ley de 28 de diciembre de 1963 de Bases de Contratos del Estado. El interés es doble: en primer lugar, la misma supone un avance significativo en la conceptualización de la figura del contrato administrativo, tal y como se ha podido ver; y en segundo término, la regulación contenida en esta ley aporta un valor superior al trabajo, motivado por la naturaleza que tienen estas leyes, que no es otra que se trata de leyes que contienen principios que debe servir de fundamento a la regulación que nazca de las mismas ¹¹³.

En primer lugar, en la Exposición de Motivos de la ley se dice lo siguiente acerca del contrato de obra:

«En efecto, el contrato persigue la ejecución de una obra, pero más importante que la ejecución de la obra misma, es la oportunidad de su promoción y la valoración de los fines públicos a que sirve.»

Con esta afirmación se esboza uno de los fines institucionales propios del contrato administrativo, que no es otro que mediante el mismo se busca la consecución de fines públicos, fines que trascienden los aspectos formales del contrato. Se podría decir que la salvaguarda del interés público es uno de los principios institucionales propios del contrato administrativo desde su origen.

Continúa diciendo el legislador en la Exposición de Motivos:

«La sumisión preferente al derecho administrativo es la característica normativa que otorga a los contratos del Estado regulados en la ley su perfil institucional.»

Abundando en esta sumisión al derecho administrativo, se puede decir que el derecho administrativo es un derecho de privilegios y prerrogativas, pensado para la satisfacción del interés público. Por lo que el perfil institucional definitorio del contrato administrativo es que mediante el mismo se salvaguardan los intereses públicos; se trata, por lo tanto, de una regulación pensada para la satisfacción de los intereses públicos, siendo ese fin institucional el que la hace nacer y justifica su existencia.

Pasando a un plano más concreto, la Exposición de Motivos justifica el tratamiento legal que se da a la mora en la ejecución del contrato de la siguiente manera:

«El tratamiento de la mora se resuelve de conformidad con el Derecho ya promulgado, dando opción a la Administración, cuando aquella se produce, para optar por la resolución del contrato con pérdida de fianza o por la imposición de penalidades especiales, admitiéndose la prórroga de los plazos cuando el retraso fuera producido por motivos imprevisibles ¹¹⁴.»

¹¹³ El artículo 82.4 de la Constitución de 1978 dice que: «Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio».

¹¹⁴ Esta previsión se desarrolla ulteriormente en la Base Quinta.

En el caso de constituirse el contratista en mora, la Administración no está obligada a resolver el contrato, sino que tiene la opción de valorar si procede la resolución del mismo, pudiendo optar por que continúe el vínculo contractual. Entiendo que la valoración del ejercicio de esta potestad debe hacerse conforme a los fines institucionales propios del contrato, abogando por la satisfacción de los intereses públicos, apostando por la continuidad cuando se estime que los mismos se van a satisfacer si se continúa con la ejecución del contrato. Me gustaría advertir que este precepto supone una modulación de la facultad resolutoria que contiene el artículo 1.124 del Código Civil ¹¹⁵.

Por otro lado, se justifica en la Exposición de Motivos la necesidad de someter a autorización administrativa previa la cesión del contrato, ya que la entrada de un nuevo contratista en la relación contractual puede dificultar la ejecución del contrato.

A modo de reflexión final, en lo que a la evolución de la regla que apuesta por la continuidad del contrato respecta, cabe señalar que la misma se expande, comprendiendo casos que no contemplaba en el Reglamento de 1953; esta expansión no es sino más que un síntoma de la generalización de la misma.

La plasmación normativa de los principios recogidos en la Ley de Bases de 1963 tuvo lugar por medio del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por medio del cual se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado. Interesan a este trabajo dos artículos que sirven de base para analizar la evolución de la regla/principio que se analiza:

En primer lugar, el artículo 39.2.º, que dice que:

«Cuando por causas imputables al empresario no pudiese formalizarse el contrato, la Administración acordará la resolución del mismo, previa audiencia del contratista interesado y con incautación de la fianza provisional.»

En este supuesto el legislador no apuesta por la continuidad del contrato, ordenando a la Administración resolverlo. Esta solución legislativa supone un espaldarazo al principio objeto de análisis, que ante la falta de formalización en plazo no puede operar, viéndose el contrato abocado a la extinción.

En segundo lugar, el artículo 77.1.º de la ley, que para el contrato de gestión de servicios públicos contiene la siguiente previsión:

«Si el incumplimiento del contrato por parte del empresario se derivase perturbación del servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquella desaparezca.»

¹¹⁵ El artículo 1.124 del Código Civil dice que: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe/El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible/El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo/Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.»

Se encuentra nuevamente aquí una manifestación de la regla/principio pro contrato, resultando la misma un ejemplo de la expansión que ha ido teniendo a lo largo de su existencia; permitiendo que continúe el vínculo contractual, ocupando transitoriamente la Administración la posición del contratista como prestador del servicio.

Dando un salto en el tiempo, me sitúo en la regulación contenida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, resaltándose dos novedades o añadidos a lo hasta ahora dicho:

El artículo 55.3 de la ley atribuye la facultad a la Administración, en el caso de no formalizarse en plazo el contrato, de resolverlo o no. Acabando pues con la obligación de resolución que se establecía por la regulación anterior, apostando nuevamente por la continuidad en la ejecución del contrato.

Por otro lado, aparece un artículo esencial que representa un salto cualitativo espectacular en el desarrollo de esta regla/principio, que es el artículo 66.3 de la ley, que dice que:

«3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.»

La regla/principio pro contrato adquiere con este precepto su máxima virtualidad y expansión, apostando aquí claramente por la continuidad en la ejecución del contrato aún en el caso de que se rompa el nexo que une a la Administración con el contratista. Por ese motivo se apuesta por mantener vigente el clausulado del contrato, evitándole de esta manera los trastornos al servicio público. Esta solución legislativa constituye una auténtica diferenciación con respecto a la contratación civil, que tiene su base en los fines institucionales del contrato administrativo. Actualmente se recoge en el artículo 35.3 del TRLCSP.

Recientemente se ha introducido una importante novedad en la LCSP, por medio de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Por lo que interesa a este trabajo, se ha reestructurado el Capítulo V, del Título I, del Libro I de la ley, introduciéndose dos secciones nuevas: una Sección 1.^a que lleva por rúbrica «Régimen general» y una Sección 2.^a titulada «Supuestos especiales de nulidad». La comentada reforma legal tiene por objeto adaptar el régimen de recursos en materia de contratos a la nueva directiva comunitaria reguladora de la cuestión (ahora acogida por el TRLCSP).

Dentro de las particularidades que acoge esta nueva regulación, debe destacarse que el legislador ha singularizado los contratos que interesan al legislador comunitario (art. 37.1 TRLCSP), sometiéndolos a una serie de reglas especiales. Al regular las consecuencias de la declaración de nulidad de los contratos sujetos a un régimen especial, se concede al órgano competente para declararla la posibilidad de mantener los efectos del contrato, cuando razones imperiosas de interés general así lo aconsejen. En este caso la declaración de nulidad deberá sustituirse por una sanción (art. 38.3 TRLCSP), sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse (art. 38.4 TRLCSP).

Debe destacarse que el legislador hace un esfuerzo por delimitar la potestad de mantener los efectos del contrato, señalando cuándo los intereses económicos pueden constituir razones imperiosas de interés general (art. 38.2.2.º TRLCSP) y estableciendo una serie de supuestos que no pueden considerarse razones imperiosas de interés general (art. 38.2.3.º TRLCSP).

Esta nueva regulación introducida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, constituye un nuevo ejemplo de la fuerza expansiva del principio comentado, fuerza que afecta no solo a los contratos administrativos, sino también a los privados que adjudiquen poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública; así resulta de lo establecido en el artículo 37.1 del TRLCSP.

Por último, en la línea ya vista, por medio de este precepto se abunda en la ampliación de los casos en los cuales se aplica el criterio pro contrato, aumentando de esta manera su generalidad y expansión.

En cuanto al TRLCSP, el mismo mantiene latentes reglas que vienen de la regulación anterior y que suponen una manifestación del pro contrato. Con el objeto de adelgazar la exposición y facilitar la lectura del trabajo, se cita: la posibilidad de suceder en el procedimiento, en el caso de fusión, escisión y absorción de empresas (art. 149 TRLCSP); la posibilidad de adjudicar el contrato al siguiente licitador, en el caso de que el adjudicatario provisional propuesto no reúna las condiciones de adjudicación (art. 151.5 TRLCSP); el carácter tasado y excepcional que tiene la renuncia a la celebración del contrato (art. 155 TRLCSP); la continuidad en el caso de fusión, escisión y absorción una vez adjudicado el contrato (art. 219.4 TRLCSP), etc.

Se ha podido comprobar que el principio/regla pro contrato arranca con los orígenes de la figura del contrato administrativo; se trata de un instrumento técnico que ha acompañado a la figura del contrato administrativo desde su nacimiento y que ha ido experimentando una fuerte expansión a lo largo de las sucesivas regulaciones que han ido apareciendo. Una vez comprobada la raigambre histórica de la regla/principio que nos ocupa, se tiene que pasar a la labor nuclear de este trabajo, que no es otra que determinar si se trata de una regla o de un principio general informador de la institución contractual.

Para la determinación de si se trata de un principio general del derecho, se tiene que partir de los rasgos definitorios de tales principios para comprobar si el pro contrato los tiene, lo que le permitiría elevarse a la categoría de principio general del derecho, o si no los tiene, lo que le convertiría en una simple previsión legal, una regla contenida en un precepto concreto. En este sentido, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA dice acerca de los principios generales del derecho: «La expresión "principios generales del derecho", empleada un tanto intuitivamente por el artículo 6 del Código Civil en su primera redacción (hoy art. 1.4), y más tarde generalizada en casi todos los países, es muy certera para indicar su verdadero contenido. Al decir que se trata de "principios" se está precisando su carácter básico, en el sentido ontológico, no solo lógico, como soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son "generales" por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y, a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la

exigencia de una supuesta "justicia del caso concreto" y mucho menos con opiniones subjetivas del intérprete; lo general, lo comunitario, es lo propio del mundo jurídico, aunque por supuesto, el primero de los valores comunitarios, más aún, el fin propio de todos ellos, sea justamente la libertad humana. Pero son, finalmente, principios "del derecho", esto es, como ya hemos notado, fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales, o menos aún, las famosas buenas intenciones o vagas o imprecisas directivas ¹¹⁶».

La clave del nacimiento de un principio general del derecho hay que buscarla en el hecho de que el mismo trascienda a las normas concretas, que se eleve sobre las mismas abstrayéndose y situándose en un plano normativo superior ¹¹⁷.

En primer lugar, hay que analizar si el pro contrato puede ser calificado de «principio», en el sentido apuntado por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, es decir, si puede ser considerado como soporte estructural del ordenamiento. En este caso la reflexión tiene que partir de la base de que el principio pro contrato se concibe como un pilar propio de la institución contrato administrativo, a la cual sustenta e informa, siendo necesario que comparta los mismos fines institucionales que la institución que sustenta ¹¹⁸. Tal y como se ha podido ver, la figura del contrato administrativo tiene como uno de sus fines institucionales garantizar la satisfacción de los intereses públicos que hay en la relación que se crea por medio del contrato. El principio pro contrato contribuye a la consecución de esos fines, erigiéndose en un pilar básico de la figura «contrato administrativo» a la que informa y vivifica.

Se trata de un principio que nace de las entrañas de la institución, constituyéndose como un pilar de la misma.

El siguiente rasgo definitorio es el de la «generalidad» o abstracción. En este caso hay que comprobar que el principio excede a la norma, la trasciende, superándola y colocándose en un lugar superior, más elevado. Como se ha visto al analizar la evolución normativa del principio pro contrato, la regla fue apareciendo inicialmente en pocos preceptos, pero poco a poco fue aumentando, expandiéndose, en definitiva generalizándose, conociendo su grado máximo de abstracción con el artículo 55 de la LCAP. Se trata a mi juicio de una regla que se abstrae a los propios preceptos que la contienen, que inspira e informa la regulación completa de los contratos y que no solo es compatible con los fines institucionales del contrato, sino que es un instrumento técnico adecuado para conseguir la realización de esos fines institucionales. En definitiva el principio pro contrato impregna toda la regulación contenida en la Ley de Contratos (ahora Texto Refundido).

Finalmente, el principio general tiene que serlo del derecho. Aquí no cabe lugar a duda de que se trata de un principio general del derecho, debido a que es evidente que el mismo constituye una solución técnico-jurídica. Es una herramienta que se pone en manos del operador jurídico.

¹¹⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de...*, *op. cit.*, pág. 83.

¹¹⁷ En este sentido, Sonia Esperanza RODRÍGUEZ BONETE, *Los principios...*, *op. cit.*, pág. 96, dice que: «... los principios generales del derecho se obtienen a través de la abstracción lógica».

¹¹⁸ Se encuentra una referencia a los fines institucionales del contrato en el artículo 1.3.º de la LCSP, que dice que: «Es igualmente objeto de esta ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar».

Una vez advertida la existencia del principio pro contrato como un principio general del derecho, es preciso caracterizarlo dentro de las diferentes clasificaciones existentes sobre los principios generales del derecho:

- Se trata de un principio implícito. Una de las clasificaciones de los principios generales del derecho es la que diferencia entre principios explícitos, que son los que aparecen recogidos en las normas jurídicas, y los principios implícitos, que son los que se deducen por la vía de la abstracción de las normas escritas, no estando expresamente formulados ¹¹⁹. El principio pro contrato es un principio implícito, que se deduce del articulado del TRLCSP.
- Es un principio institucional. Jesús LEGUINA VILLA hace una clasificación de los principios generales del derecho distinguiendo entre principios institucionales y ordinamentales. Los primeros son dimanantes de las instituciones positivas y los segundos son los que presiden la construcción, la organización y la estructura de cada ordenamiento jurídico ¹²⁰. Esta clasificación es importante no solo desde el punto de vista conceptual, sino también desde la perspectiva práctica, ya que el origen del principio determina sus posibilidades de actuación. En este caso, al ser un principio general informador de la contratación pública, ese ámbito institucional determinará sus posibilidades de actuación.
- Finalmente, una de las clasificaciones de los principios generales del derecho los diferencia por su origen, diferenciándose entre unos principios prelegales, superiores o constitucionales y unos principios legales o consecuenciales a la ley ¹²¹. Este principio es un principio legal, debido a que procede o se deduce de la ley.

IV. POSIBILIDAD DE EXTRAPOLARLO A LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

En las líneas anteriores se ha advertido la existencia de un principio general del derecho, de carácter institucional, y que tiene su origen bajo el paraguas de la institución del contrato administrativo. Pero la LCSP (ahora TRLCSP) ha creado una nueva figura, que es la del contrato del sector público, figura que engloba a los contratos administrativos y a los contratos privados suscritos por los entes que integran el sector público ¹²². Por ese motivo la pregunta que se hace en este epígrafe del trabajo es lógica: ¿se puede extrapolar el principio pro contrato a los contratos del sector público o, por el contrario, se trata de un principio que opera exclusivamente en la órbita de los contratos administrativos? Antes de contestar a esa pregunta es necesario hacer una serie de reflexiones sobre los contratos del sector público que permitan un encuadre adecuado de la cuestión.

La figura del contrato del sector público es una figura tributaria de su tiempo, que responde a la realidad de la estructura administrativa actual. Desde hace años se han ido creando una serie de

¹¹⁹ Sonia Esperanza RODRÍGUEZ BONETE, *Los principios...*, op. cit., pág. 19.

¹²⁰ Jesús LEGUINA VILLA, «Principios generales del derecho y Constitución», *Revista de Administración Pública*, núm. 114, pág. 8.

¹²¹ Antonio GORDILLO CAÑAS, «Principios generales del derecho (derecho civil)», *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, pág. 5.101.

¹²² El artículo 18 de la LCSP dice que: «Los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado».

entes que escapan a su calificación como Administración Pública y, por lo tanto, escapan a la aplicación del derecho administrativo; a estas entidades se les encomienda la prestación de servicios o la realización de actividades que revisten un interés general y que, siguiendo el esquema clásico de distribución de funciones en base a la forma de personificación¹²³, correspondería realizar a la Administración. Mediante este mecanismo se conseguía, entre otras cosas, eludir la aplicación del derecho regulador de la contratación pública.

Las distintas leyes de contratos que se han ido dictando y las sucesivas modificaciones que se han introducido en las mismas han sido tendentes a eliminar este fenómeno de la huida del derecho regulador de la contratación pública. La figura del contrato del sector público constituye el último instrumento técnico-jurídico ideado por el legislador para reflejar la gran variedad de entes que rodean a la Administración y que se encuentran vinculados a la misma.

El trasfondo, la esencia en la que se basa el principio pro contrato no es otra que los intereses generales que se encuentran insertos en el contrato administrativo no se vean entorpecidos por los avatares que pudieran surgir durante la tramitación del expediente de contratación o durante la ejecución del contrato, debiendo resolverse toda controversia siempre a favor de la continuidad del vínculo contractual.

También se ha podido comprobar que la LCSP (ahora TRLCSP) se mantiene bajo la inercia de la regulación anterior, conteniendo todas las aplicaciones concretas del principio pro contrato en los apartados de la ley dedicados a los contratos administrativos.

Por todo lo anterior, parece que el principio pro contrato tiene un campo de actuación bien definido, que es el constituido por los contratos administrativos. No obstante, me acuerdo en este punto de las reflexiones de HAURIUO acerca de las condiciones de validez de las instituciones que exigen su adaptación al medio social del momento en el que las mismas se deben desarrollar¹²⁴; y el carácter que se ha resaltado de los principios generales del derecho institucionales, como vivificadores de las instituciones. Por todo lo anterior creo que merece la pena reflexionar acerca de la posibilidad de expandir este principio al campo de los contratos del sector público.

Actualmente el binomio «forma pública de personificación igual a organización que persigue intereses generales» y «forma privada de personificación igual a organización que persigue intereses de otro tipo» se encuentra claramente superado. Desde hace ya muchos años alrededor de las Administraciones han ido surgiendo una serie de entes bajo formas jurídicas de lo más diverso¹²⁵ que presentan una relación de instrumentalidad con respecto a la organización que los crea. Estos entes persiguen con toda normalidad la consecución de fines de interés general o prestan servicios públicos. Pero ¿acaso no reviste interés público la continuidad en la prestación del servicio de vigilancia de las instalaciones del metro de Madrid o su limpieza, independientemente de que la entidad que las gestiona esté constituida bajo la forma de sociedad anónima?; es más, ¿no revisten de un mayor interés público esos con-

¹²³ Este sistema clásico supone en resumen, «función pública, forma pública de personificación»; «función privada, forma privada de personificación».

¹²⁴ Maurice HAURIUO, *Principios de derecho público...*, op. cit., pág. 97.

¹²⁵ Sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, fundaciones, asociaciones, etc.

tratos que los de vigilancia y limpieza de unas oficinas en las que trabajan 30 funcionarios?; recordemos que por las instalaciones del metro de Madrid a diario transitan más de dos millones de personas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el objeto de garantizar la aplicación de la normativa de contratos públicos, viene realizando una interpretación funcional de la noción de poder adjudicador ¹²⁶; esta interpretación funcional del concepto de poder adjudicador ha pasado a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios ¹²⁷ y a la LCSP ¹²⁸. La solución jurisprudencial y normativa apuntada se basa en el reconocimiento de la realidad que rodea al sector público actualmente, que no es otra que el mismo se desenvuelve en el tráfico jurídico bajo ropajes diversos; se trata de romper la estructura formal, rasgar las vestiduras de la persona jurídica para ver quién se oculta tras la forma de personificación y cuáles son los fines que se persiguen bajo la misma.

A la hora de valorar la extensión del principio pro contrato más allá de las fronteras del contrato administrativo, hacia el ámbito de los contratos del sector público, yo soy partidario de extender el principio haciendo una interpretación funcional en términos idénticos a los ya expuestos. El motivo es que, ya sea bajo el ropaje de contrato administrativo o bajo el de contrato del sector público privado, se están tutelando intereses generales que no deben verse comprometidos.

De esta manera puede que los orígenes del principio pro contrato se encuentren en la institución del contrato administrativo, pero la legislación ha ido evolucionando, creando un nuevo concepto de contrato que es el de contrato del sector público. Por medio de ese contrato se satisfacen intereses generales tan dignos de protección y de tutela como los que se consiguen mediante el uso de la figura del contrato administrativo. Por ese motivo es necesario reconocer la expansión del principio a todos los contratos del sector público.

¹²⁶ En este sentido pueden consultarse las siguientes sentencias: STJCE asunto 31/87, de 20 de septiembre de 1988, Gebroeders/ Países Bajos; STJCE asunto 360/96, de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding BV, ARA; STJCE asunto C 353/96, de 17 de diciembre de 1998, Irish Forestry Board; y STJCE asunto C-237/99, de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia.

¹²⁷ El artículo 1.9 de la Directiva dice que: «Son considerados "poderes adjudicadores": el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público.

Es considerado "organismo de derecho público" cualquier organismo:

- a) Creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) Dotado de personalidad jurídica y
- c) Cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público».

¹²⁸ El artículo 3.3 del TRLCSP dice que: «3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios de los sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores».

Toda la argumentación que se viene manteniendo y defendiendo en este epígrafe ha sido validada recientemente por el legislador por medio de la reforma que se ha introducido en la LCSP por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Esta reforma permite mantener los efectos de un contrato, en el caso de nulidad, cuando el mismo haya sido adjudicado por un poder adjudicador; así resulta de los artículos 37.1 y 38.2 del TRLCSP. Haciendo una interpretación sistemática de esos dos preceptos, junto con el artículo 3.3 del TRLCSP, se puede comprobar cómo se concede la posibilidad de mantener los efectos del contrato (aplicando, por lo tanto, el pro contrato) a entes que no tienen la condición de Administración Pública.

V. COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO COMUNITARIO

La compatibilidad del principio pro contrato con el derecho comunitario, o incluso el análisis de su existencia en ese ordenamiento, ha de partir de una serie de consideraciones generales acerca del objetivo y el ámbito del derecho comunitario regulador de la contratación pública.

Como todos sabemos, uno de los objetivos principales, en materia de contratos, perseguido por las instituciones comunitarias es la creación de un mercado comunitario de contratos públicos, para lo cual, haciendo uso de un instrumento jurídico flexible (la directiva), se han acotado una serie de contratos que se consideran esenciales para la creación de ese mercado, sometiéndolos a una serie de reglas específicas que buscan fomentar el acceso de todos los licitadores a ese mercado común de los contratos públicos.

El legislador comunitario entiende que para el logro de los objetivos que persigue no es necesario que reglamente todas las fases del procedimiento de contratación¹²⁹, sino que los objetivos que persigue se pueden lograr centrando sus esfuerzos regulatorios en las dos fases que más le interesan para la creación y el mantenimiento del comentado mercado común, que son las fases de preparación y de adjudicación del contrato. Por lo tanto, la posible existencia y aplicación del principio pro contrato en el derecho comunitario únicamente tendrá virtualidad sobre esas dos fases. A todo lo anterior hay que añadir que lo establecido en el derecho comunitario resulta de aplicación a todos los entes que tienen la consideración de poder adjudicador.

El primer antecedente del pro contrato en el derecho comunitario lo he encontrado en el artículo 2.6 de la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, que establecía la posibilidad de que una vez formalizado un contrato, en el caso de ser necesaria la anulación, el órgano responsable de acordarla se limite a fijar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. La regulación contenida en la directiva es bastante parca en explicaciones; no obstante, se deduce que el único motivo que puede conducir a no anular el contrato, manteniendo el vínculo exis-

¹²⁹ Las fases del procedimiento de contratación son las de preparación, adjudicación, ejecución y extinción.

tente, es la necesidad de tutelar los intereses públicos en juego, que no pueden verse perjudicados por un error en la tramitación del contrato del cual resulte la nulidad del mismo. En ese caso, el regulador comunitario entiende que la solución más justa es indemnizar los daños que se han producido, continuando con el vínculo contractual, o, lo que es lo mismo, continuar con la ejecución del contrato.

Recientemente la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, ha sido más generosa en explicaciones que la norma que modifica; en particular se destaca lo siguiente: en primer lugar, el considerando 24 justifica cuándo los intereses económicos pueden considerarse razones imperiosas que justifiquen el mantenimiento de los efectos del contrato; en segundo lugar, el artículo 2.5 obliga al órgano responsable de los procedimientos de recurso a ponderar, a la hora de tomar sus decisiones, los intereses en juego; en el artículo 2.7 se mantiene la facultad del responsable del procedimiento de indemnizar los daños y perjuicios; finalmente, el artículo 2 quinquies, apartado tercero, al regular la ineficacia del contrato, establece la posibilidad de mantener sus efectos cuando así lo exijan razones imperiosas de interés general, acotando cuándo los intereses económicos constituyen razones imperiosas de interés general.

De todo lo expuesto se observa que el principio pro contrato no solo es compatible con el derecho comunitario, sino que es un principio que ya existe en ese ordenamiento. También cabe señalar que, al igual que en el ordenamiento español, en el derecho comunitario el pro contrato ha ido expandiéndose, aumentando progresivamente su campo de actuación.

Se puede concluir este punto del trabajo señalando que el principio pro contrato es un principio que existe en el derecho comunitario, afectando a las fases de preparación y de adjudicación del contrato; no existiendo ningún impedimento por parte de este ordenamiento a que el citado principio se aplique a las fases de ejecución y de extinción, ya que las mismas carecen de interés para el legislador comunitario, concediendo esa carencia de interés libertad a la regulación de los países miembros.

VI. FUENTES DE LAS QUE BEBE EL PRINCIPIO Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL MISMO

a) Los principios generales del derecho como un sistema de fuentes que se interrelaciona dándose sentido los unos a los otros. Especial referencia al principio pro contrato.

Los principios generales del derecho no están huérfanos, caminando por el sistema jurídico de una manera aislada, sino que se integran dentro de un molde (en este caso, una institución) formando un sistema o conjunto que lo vivifica e informa. Los principios generales del derecho institucionales se interrelacionan los unos con los otros, se autoalimentan, encontrando los unos el sentido en los otros. Con el objeto de ilustrar esta reflexión me gustaría acudir a la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea para ver de qué manera este tribunal juega con los principios inspiradores de la contratación pública interrelacionándolos entre sí, creando un sistema:

- En primer lugar, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea T-345/03, de 12 de marzo de 2008, *Evropaïki Dynamiki*, el tribunal interrelaciona dos principios como son el de igualdad de trato y el de transparencia; de esta manera dice que: «Resulta de la jurisprudencia que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto». Lógicamente no se puede fiscalizar el trato que se dispensa a los licitadores si no se conoce el comportamiento del poder adjudicador. En este caso nos encontramos ante una interrelación de principios generales del derecho.
- También se pueden encontrar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea principios que son origen, a su vez, de otros principios generales. Encontramos esta interacción de principios en el caso de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, teniendo el primero unos contornos más extensos que el segundo; así, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-458, de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, el Tribunal dice: «El principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad. De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad».

Finalizados los aspectos introductorios del problema planteado, es necesario tomar en consideración una serie de principios que por razones diversas se relacionan íntimamente con el principio pro contrato, o son pilar o fundamento del mismo. Este ejercicio ayudará a delimitar los contornos del principio:

- A) Principio de proporcionalidad. Supone que toda medida que se adopte debe ser necesaria y apropiada al fin perseguido. Se trata de un principio general del derecho aceptado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como parte del derecho comunitario ¹³⁰. La doctrina que condensa este principio supone que el derecho no es derecho si es desproporcionado. Este principio modula el principio pro contrato, en la medida en la que la finalidad del principio pro contrato es garantizar la continuidad en la realización de las prestaciones del contrato; ningún sentido tiene aplicar este principio si mediante su aplicación no se va a conseguir esa continuidad; no tiene sentido rescatar mediante este principio prestaciones de un contrato que por el propio devenir de los acontecimientos resulta inviable. En este caso, el principio de proporcionalidad aconsejaría no aplicar el principio pro contrato.

Por medio del anterior razonamiento se pretende destacar que el principio pro contrato no tiene que ser concebido como un principio absoluto, sino que se encuentra sometido a una serie de límites provenientes, entre otros lugares, de los principios generales del derecho.

- B) Principio de eficacia. Es sin duda uno de los principios más trascendentes que inspiran la actuación de las Administraciones Públicas. Su finalidad es que la Administración gestione de una manera diligente los intereses generales. Este principio puede considerarse como un tronco común del que han ido naciendo otros principios generales que informa la actuación de

¹³⁰ José Antonio MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, pág. 66.

la Administración. En el sentido apuntado, cabe citar el principio de celeridad, que impone a la Administración actuar con rapidez; el principio de economía, que impone un uso eficiente de los recursos con los que cuenta la Administración ¹³¹.

Pues bien, creo que el principio pro contrato es una rama que nace del tronco común de la eficacia debido a que es un principio que trata de evitar el entorpecimiento en la satisfacción de los intereses generales, abogando por la resolución de los conflictos y controversias que surjan durante la ejecución del contrato a favor de la pervivencia del clausulado del contrato, lo que permite continuar con la ejecución del mismo. Con una solución como la comentada se logra una mejor gestión de los intereses generales o, dicho de otra manera, una gestión más eficaz de esos intereses.

b) Delimitación conceptual del principio pro contrato. Análisis de sus rasgos definitorios principales.

Ha llegado el momento de definir los perfiles del principio pro contrato, de delimitarlo a la vista de todo el trabajo precedente. En este sentido, el principio pro contrato se puede definir como un principio general informador de los contratos del sector público, que tiene por objeto la salvaguarda de los intereses generales intrínsecos a todo contrato de ese sector, apostando, en todas las fases del proceso de contratación¹³², por la continuidad, o bien del vínculo contractual, o bien del proceso de tramitación del contrato, como mecanismo para asegurar la más rápida realización de las prestaciones que se pretenden pactar o que se encuentran ya pactadas.

Por lo tanto, el principio pro contrato tiene tres ámbitos de actuación diferentes:

- a) Durante la preparación del contrato: las controversias que surjan deben resolverse en el sentido de continuar con el proceso de preparación con el objeto de evitar dilaciones y retrasos.
- b) Durante la fase de adjudicación: en esta fase ocurre lo mismo que en la anterior, así que toda controversia que surja debe resolverse apostando por la continuidad de esta fase del procedimiento, continuidad que permitirá a su vez que se produzca la adjudicación del contrato lo más rápido posible, permitiendo que se comiencen a ejecutar las prestaciones cuanto antes.
- c) Durante la fase de ejecución del contrato: es precisamente en esta fase en la que el principio adquiere un mayor protagonismo. En esta fase las dudas y dificultades que surjan han de solventarse a favor de la pervivencia del vínculo y, por lo tanto, de la continuidad en la realización de las prestaciones.

Hay que señalar que el principio pro contrato es un principio que no solo informa los actos que se producen a lo largo del proceso de contratación, sino que también es un principio informador del clausulado del contrato.

¹³¹ Con eso se comprueba que el principio de eficacia se proyecta en diferentes planos, como el derecho procedimental o el derecho presupuestario.

¹³² Este principio informa no solo la fase de ejecución del contrato, sino también la de preparación y la de adjudicación del contrato.

VII. CONCLUSIONES

So pretexto de indagar en la búsqueda de un nuevo principio general del derecho informador de la institución del contrato del sector público, he aprovechado para hacer un análisis de las instituciones jurídicas y de la importancia que tienen los principios generales del derecho.

En este trabajo luce claramente la concepción de que el derecho es algo más que normas escritas. Se trata de un sistema moral de principios y de valores que informa e inspira a las normas jurídicas. Por ese motivo se puede decir que hay más derecho que el que se encuentra escrito en los textos articulados de las leyes y reglamentos.

Motivado por el carácter dinámico de la sociedad y del ordenamiento jurídico, el operador jurídico tiene que buscar herramientas sólidas y estables que le permitan entender los contornos de las instituciones en un mundo tan cambiante como el actual. Los principios generales del derecho son sin lugar a duda un mecanismo idóneo para proporcionar estabilidad a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Cualquier persona que se dedique al estudio del derecho no debe renunciar a buscar nuevos principios generales que se añadan a los ya existentes y que contribuyan a perfilar un sistema de principios que permita al operador jurídico moverse con comodidad y, sobre todo, con seguridad dentro de la maraña normativa actual.

El principio pro contrato es un principio que nace del tronco común que es el principio de eficacia; en sus orígenes históricos informa a los contratos administrativos, pero, actualmente, debido a los cambios que se han producido en la realidad administrativa informa a todos los contratos del sector público.

La auténtica razón de ser del principio, la razón que justifica su nacimiento y su existencia es que los intereses públicos que se gestionan por medio de los contratos del sector público no pueden verse comprometidos. Debe apostarse por la realización de las prestaciones pactadas en el contrato, ya que con esa realización se protegen los intereses generales, siendo precisamente esa protección de intereses lo que justifica la propia existencia del sector público, por lo que se trata de un principio que nace del alma del derecho regulador del sector público.

Bibliografía

ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas.

— *Derecho Comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas.

- ARIÑO ORTIZ, G.: «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 172.
- BOQUERA OLIVER, J.M.: «Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150.
- BORRAJO INIESTA, I.: «El derecho administrativo en los orígenes de la universidad española», en la obra colectiva *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, 1.ª ed., Consejo Económico y Social, marzo 2006.
- DE LOS MOZOS, J.L.: «El objeto del negocio jurídico», *Revista de Derecho Privado*, núm. 196.
- DEL SAZ, S.: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas», *Revista de Administración Pública*, núm. 174.
- ENTRENA CUESTA, R.: «Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 24.
- ESQUERDA ROSET, J.M.: «Principales innovaciones de la ley de contratos de las Administraciones Públicas, con especial referencia a la Administración Local», *Revista de Administración Pública*, núm. 138.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Enciclopedia jurídica básica*, Aranzadi.
- FLORES DOMÍNGUEZ, L.E.: «La contratación local en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 70.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas», *Cuadernos Civitas*, reimpresión 2000.
- «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 10.
- «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 40.
- «La figura del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 41.
- «Sobre la formación del derecho administrativo español contemporáneo», *Revista de Administración Pública*, núm. 174.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T.: *Curso de derecho administrativo I*, 10.ª ed., Civitas.
- GIMENO FELIÚ, J.M.: «Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública X: El derecho de los contratos del sector público*.
- GORDILLO CAÑAS, A.: «Principios generales del derecho (derecho civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas.
- HAURIU, M.: *Principios de derecho público y constitucional*, Comares, pág. 90. Traducción: Carlos RUIZ DEL CASTILLO, edición al cuidado de José Luis MONEREO PÉREZ.
- LARRUMBE BIURRUN, P.M.: «Comentarios a la reforma del texto articulado de 8 de abril de 1965, de contratos del estado, por la Ley 5/1973, de 17 de marzo», *Revista de Administración Pública*, núm. 72.
- LEGUINA VILLA, J.: «Principios generales del derecho y constitución», *Revista de Administración Pública*, núm. 114.

- LÓPEZ RODÓ, L. y GUAITÁ, A.: «Los contratos de obras públicas en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 21.
- MARTÍN RETORTILLO, S.: *Instituciones de derecho administrativo*, Thomson-Civitas.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L.: *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias*, Iustel.
- MARTÍNEZ-VARES, V.: «El sudoku de la ley de contratos públicos dificulta su aplicación», *Expansión Jurídico* (revista digital), artículo publicado el 2 de mayo de 2008.
- MEILÁN GIL, J.L.: *La estructura de los contratos públicos*, Iustel.
- MILLETT, T.: «La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción», *Consejo General del Poder Judicial*.
- MORENO MOLINA, J.A.: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: principales novedades y aspectos problemáticos», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 44.
- *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas.
- *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla.
- «La nueva Ley de Contratos del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 47.
- PAREJO GAMIR, R.: «Contratos administrativos atípicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 55.
- PIÑAR MAÑAS, J.L.: «El derecho comunitario como marco de referencia del derecho español», *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, coordinada por Rafael GÓMEZ FERRER MORANT, Thomson-Civitas.
- RIVERO YSERN, E.: «El contrato administrativo ante las jurisdicciones contencioso-administrativa y civil», *Revista de Administración Pública*, núm. 67.
- RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, J.: «Los principios generales del derecho administrativo en la jurisprudencia española», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 70.
- RODRÍGUEZ BONETE, S.E.: *Los principios generales del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, V.: «Teoría y práctica de la contratación administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 77.
- SÁNCHEZ ISAC, J.: *La contratación en las corporaciones locales*.
- SOSA WAGNER, F.: *Manual de derecho local*, 8.^a ed., Aranzadi.
- VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de derecho administrativo*, parte general, tomo I, UNED.