

*La causa jurídico-pública de los contratos públicos**

José Luis Martínez López-Muñiz
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

Resumen: *La validez de los contratos públicos depende de su efectiva necesidad para los fines públicos para cuya consecución el ordenamiento jurídico haya habilitado a la Administración pública para contraerlos. La Administración pública carece de libertad contractual, y su potestad de constituir contratos con quienes están sujetos a su supremacía, al tiempo que tienen frente a ella derecho a la igualdad de trato, está positivamente vinculada al ordenamiento jurídico, también en cuanto a la causa determinante de su constitución, que ha de acreditarse en el expediente de contratación. Esta causa jurídico-pública tiene sus consecuencias en la ejecución, modificación y extinción de los contratos públicos, sean "administrativos" o "privados" en el régimen de sus efectos*

Palabras claves: *Contratos, contratos públicos, Administración pública, principio de legalidad*

SUMARIO

- I. LA CAUSA DE LOS CONTRATOS EN GENERAL COMO ELEMENTO DEFINITORIO DE SU NATURALEZA CONMUTATIVA SIN ALGAMÁTICA, Y SU RELACIÓN CON SU ORIGEN EN EL LIBRE CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES SITUADAS EN POSICIONES DE RECÍPROCA IGUALDAD JURÍDICA.
- II. LA CAUSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACIÓN CON LA VINCULACIÓN POSITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.
- III. LOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO VÍNCULO SIN ALGAMÁTICO CONSTITUIDO POR UNA ENTIDAD PÚBLICA CON OTRO SUJETO MEDIANTE UN ACTO ADMINISTRATIVO NECESITADO DE PREVIA SOLICITUD Y OFRECIMIENTO VOLUNTARIOS.
- IV. EXIGENCIAS CAUSALES JURÍDICO-PÚBLICAS DE LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.
- V. CONSECUENCIAS DE LA CONCURRENCIA DE CAUSAS EN EL CONTRATO PÚBLICO POR RAZÓN DE SU NATURALEZA CONTRACTUAL Y DE LA NATURALEZA JURÍDICO-PÚBLICA DE SU ACTO CONSTITUTIVO.
- VI. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA EXIGENCIA DE UNA CAUSALIDAD TÍPICAMENTE JURÍDICO PÚBLICA, PARTICULARMENTE RESPECTO A LA CONTRATACIÓN DE DETERMINADOS SUJETOS PRIVADOS, Y ESPECIALMENTE CUANDO ESTOS NO SON SINO PERSONIFICACIÓN INSTRUMENTAL FORMALMENTE PRIVADA DE ORGANIZACIONES SUSTANTIVAMENTE PÚBLICAS.

I. LA CAUSA DE LOS CONTRATOS EN GENERAL COMO ELEMENTO DEFINITORIO DE SU NATURALEZA CONMUTATIVA SINALAGMÁTICA, Y SU RELACIÓN CON SU ORIGEN EN EL LIBRE CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES SITUADAS EN POSICIONES DE RECÍPROCA IGUALDAD JURÍDICA

1. Aunque la doctrina ha sostenido diversas nociones sobre la causa en los contratos, distinguiendo, entre otras cosas, lo que puede considerarse su causa en sentido estricto y lo que sea la causa de las obligaciones que integran su contenido, etc.¹, nos limitaremos a recordar aquí que, con arreglo a la arraigada tradición jurídica que expresa en la legislación española el artículo 1.261 del Código civil, “no hay contrato sino cuando”, además del “consentimiento de los contratantes” y de un “objeto cierto que sea materia del contrato”, concurre el requisito de la “causa de la obligación que se establezca”. Además, como precisa el artículo 1.262 del mismo más que centenario cuerpo legal, “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” y es cabalmente ese consentimiento lo que origina el contrato, lo que genera el vínculo contractual (contrato *in facto esse*): “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”, afirma el artículo 1.254; “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan”, confirma el 1.258, ambos del mismo Código.

Más específicamente sobre la causa, el artículo 1.274 del citado Código, en sucinta formulación que ha generado comprensiblemente no pocas dificultades hermenéuticas, indica que “en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

2. Sin entrar ahora en mayores consideraciones, cabe destacar algo que puede deducirse suficientemente de este texto del 1.274 del Código civil español y su contexto, de acuerdo con la tradición jurídica en la que se ha decantado.

* Ponencia presentada al *IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo* celebrado en Lima los días 22-24 de abril de 2010 e inserta en el libro con las ponencias de este Congreso, *Modernizando el Estado para un país mejor*, Palestra, Lima 2010, pp. 675-705. Fue preparada durante la estancia del autor en la Universidad de Boston en los primeros meses de 2010 con objetivos prioritarios de investigación un tanto alejados de los contratos públicos y sin fácil acceso a la necesaria bibliografía europea e iberoamericana, sobre la base de una Comunicación que sobre este tema presentó en Barcelona, en 2002, en el V Congreso Luso-Hispano de Derecho Administrativo, no publicada, pero de la que se han hecho eco, entre otros, Manuel Rebollo Puig, en la doctrina española [“Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública”, en AA.VV., *La contratación pública en el horizonte de la integración europea* (V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo), INAP, Madrid 2004, p. 55] y Víctor S. Baca Oneto, en la peruana [*La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Madrid 2006, pp. 115 y ss.]. Aunque la tesis central es la misma sostenida entonces, la exposición ha sido renovada, adaptándose al cambio legislativo producido en España e incorporando algunas referencias al más reciente Derecho peruano, francés y europeo. *Véase, con todo, la nota especial que hemos debido incorporar al final del apartado 3.*

1. *Vid.*, entre otros muchos, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, “El concepto de causa en el negocio jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, 16 (1963) 1, pp. 3-32, y De los Mozos, José Luis, *El negocio jurídico* (Estudios de Derecho civil), Montecorvo, Madrid 1987, pp. 277 y ss.

En efecto, puede afirmarse que la causa, en cuanto requisito esencial del contrato, radica en suma en la necesaria concatenación o interdependencia sinalagmática que ha de mediar entre las obligaciones recíprocas de las partes, anudadas entre sí como contenido del vínculo que constituye lo que llamamos contrato. La redacción literal del precepto prescinde de referencias al consentimiento y funda los contratos en la obligación que genera para cada una de las partes (*cada parte contratante*) el que la otra haga o prometa una determinada prestación en su favor, aunque eso se aplique explícitamente tan sólo a los contratos más característicos, que son efectivamente los onerosos. Los que el Código llama *remuneratorios*, en realidad, pueden ser reconducidos también a los onerosos, susceptibles de ser contemplados más bien como una variedad de estos, mientras que serían necesarias otras aclaraciones con respecto a los denominados contratos *gratuitos* o por *mera liberalidad* a que, como acabamos de ver, se refiere también el citado artículo 1.274 del Código civil español, pues es no poco discutible que sean verdaderos contratos².

Si prescindimos de este supuesto de los llamados contratos de *mera liberalidad*, vemos, pues, que el contrato se basa, como hemos dicho, en el sinalagma conmutativo con que se vinculan las partes. Eso es cabalmente lo que hace que una relación jurídica merezca el nombre y el régimen jurídico propio del contrato, siendo a la vez, por ello, componente esencial del mutuo consentimiento que lo genera, como ya hemos dicho que se exige asimismo de modo expreso por el Código civil español en el citado artículo 1.262.

Convendrá, con todo, advertir desde ahora que esa fuerza eficiente o generadora del mutuo consentimiento es tal, lógicamente, cuando, como ocurre en las sociedades libres en el caso común de los sujetos privados susceptibles de contratar entre sí, tales partes son sujetos libres y jurídicamente independientes entre sí antes de la concurrencia de sus voluntades en relación con el objeto contratado. Pero veremos que la relación sinalagmática contractual puede –e incluso debe– ser generada de modo distinto al mutuo consentimiento en supuestos en que no se da este presupuesto de igual libre independencia en la respectiva situación jurídica previa con respecto al objeto del contrato por parte de quienes lleguen a ser sus partes respectivas.

3. La necesidad de que los contratos tengan una causa en este sentido (hasta el punto de que el artículo 1.275 reafirma que los que carezcan de ella *no producen efecto alguno*), evidencia lo esencial que para el contrato resulta precisamente el nexo conmutativo sinalagmático que vincula a las recíprocas obligaciones asumidas por las partes, de manera que, sin él, no habrá contrato por más que quisieran establecerlo las partes en un equivocado ejercicio de una autonomía de sus voluntades a la que el ordenamiento no reconoce virtualidad para cambiar la realidad sustantiva de lo que social y jurídicamente se reconoce como contrato. De modo que, para que haya contrato en términos jurídicos, no basta el acuerdo de dos o más voluntades sobre algo, si ese algo no comporta el establecimiento de un vínculo de esa naturaleza, que es lo que constituye propiamente el contrato. El ordenamiento jurídico trata además de mantener con ello, aunque sea mínimamente, un principio de justicia, netamente conmutativa, por más que la inclusión en el Código civil español, dentro del esquema contractual, de los que llama contratos *gratuitos* o de *mera liberalidad*, no deje de ser una ampliación cuya coherente justificación con la naturaleza propia del contrato resulta, como ya hemos apuntado, bien discutible.

2 Aunque la posición del Código español en este punto responde a una antigua tradición intelectual. *Vid.*, al respecto, James Gordley, *The Philosophical origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford 1991, pp. 77 y ss.

4. Es claro que, entre sujetos situados recíprocamente en posiciones de igualdad jurídica –cualquiera que sea la valoración que merezcan en el orden de una igualdad económica, cultural o social-, el contrato, como hemos ya indicado, cada contrato no puede tener otro origen que su libre consentimiento mutuo en lo que decidan establecer entre sí. Pero, como, para que la relación que se establezca en ellos sea reconocida como contrato, será necesaria la causa sinalagmática a que acabamos de referirnos, ésta desempeña un importante papel condicionante y limitador de la potencialidad del libre consentimiento en orden a originar algo reconocible como contrato. No basta, en suma, la nuda voluntad, sino que es necesario que la de cada una de las partes acepte imputar o asumir determinada o determinadas prestaciones u obligaciones propias a cambio de las que acepten imputar o asumir recíprocamente a su cargo, de similar modo, la de la otra u otras³. En esto, en ese nexo de recíprocas prestaciones y obligaciones, precisamente, radica lo esencial de todo contrato, es decir lo que basta para que haya contrato y lo que no puede dejar de darse para que lo haya.

Como todos los seres humanos y sus organizaciones voluntarias son libres y, en principio, se encuentran entre sí en posición recíproca de independencia e igualdad jurídicas (prescindiendo ahora, obviamente, de las relaciones de dependencia que existan entre ellos en virtud de situaciones preexistentes jurídicamente garantizadas, como las basadas en situaciones de incapacidad de obrar o las establecidas por contratos previos) y ninguno puede arrogarse el imponer a los demás obligación o prestación alguna, que no sea aceptada libre y voluntariamente, el intercambio de bienes y servicios entre particulares se instrumenta, como es bien sabido, comúnmente, a través de esas relaciones conmutativas que se constituyen como contratos, sobre la base del libre consentimiento (y mientras este perdure) y de las lógicas exigencias de justicia conmutativa inherentes a la dinámica contractual. Los sistemas jurídicos serán luego más o menos rigurosos en garantizar esa justicia conmutativa contractual y en oponerse, en cuanto sea posible, a la explotación inicua de unos por otros en los contratos. Determinar la plena justicia de la causa de cada contrato no será siempre fácil ni aun posible, dada la relevancia que debe reconocerse a las legítimas apreciaciones subjetivas de las partes, pero sin causa contractual –valga la redundancia- no puede, efectivamente, haber contrato y esa misma causa sí que implicará en todo caso algunas exigencias básicas de justicia, que podrán ser más o menos amplias, según el objeto y las modalidades de los contratos y –también- el *ius cogens* que legítimas leyes les impongan.

5. Así conceptualizada, la causa de los contratos no comprende el fin ni los motivos que puedan perseguir las partes al decidir contraerlos, ni tampoco la relación que puedan guardar sus compromisos con ellos. Nada impedirá que tales elementos teleológicos se vean dotados de relevancia de alguna manera condicionante de los compromisos recíprocos del contrato, o para complementarlos con elementos accidentales de carácter condicional o modal. Podrán así integrarse en los derechos y obligaciones que anuda la estructura del nexo causal del contrato, pero seguirán sin ser en sí mismos componentes de la causa. La causa es siempre estrictamente el nexo, la interrelación sinalagmática de las obligaciones (y en su caso también prestaciones) de las partes, sean cuales sean éstas en sus elementos esenciales, naturales o accidentales, ninguno de los cuales se confunde con ella ni forma parte de ella. Todos son más o menos relevantes para ella, en cuanto término o referencias de la relación sinalagmática causal, pero no forman parte de ella. Su relevancia se ciñe a su inclusión conjunta en el valor o en el peso específicos de lo comprometido sinalagmáticamente por las partes respectivas. En todo caso, la causa, como el propio nexo recíproco en que realmente consiste, será

3 Escritas estas consideraciones, me alegra comprobar su alto grado de conformidad con la posición sostenida sobre la causa por José Luis De los Mozos, *El negocio jurídico*, cit., pp. 283 y ss.

siempre algo eminentemente objetivo y suficientemente mensurable externamente, con independencia del papel que en cada contrato jueguen las apreciaciones subjetivas de las partes.

6. Algo análogo cabría decir de los presupuestos fácticos de cada nexo contractual en el régimen general de los contratos surgidos del libre consentimiento entre las partes. No forman parte de la causa contractual, aunque puedan ser integrados en el alcance de las obligaciones recíprocas aunadas en el contrato, como en el caso de las cláusulas *rebus sic stantibus*, y sin perjuicio de que posibles cambios muy importantes de la realidad que sirve de sustrato al contrato puedan llegar a revelar la desaparición de la pervivencia de la causa o la necesidad de recomponer su esencial estructura.

II. LA CAUSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SU RELACIÓN CON LA VINCULACIÓN POSITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Conforme a una norma básica del sistema jurídico español, que ya se contenía claramente en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, el artículo 53 de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone en su ap.2 que “*el contenido de los actos*” (administrativos) habrá de ser “*adecuado a (sus) fines*”.

2. Constituye un principio constitucional de los que integran la “garantía constitucional del Derecho administrativo”⁴, que la Administración Pública sólo puede actuar al servicio objetivo de “*los intereses generales*” (artículo 103.1 de la Constitución Española), con el correspondiente “*sometimiento de*” cada “*actuación administrativa a los fines que la justifican*”, tal y como preceptúa el artículo 106.1 del texto constitucional español, encargando expresamente a los Tribunales el control de que así sea.

3. La Administración está vinculada positivamente al ordenamiento jurídico porque ha de actuar “*con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”, según la expresión bien conocida del art.103.1 de la Constitución Española. Carece de libertad. Los entes públicos no son sujetos de libertad. Sólo pueden actuar para lo que diga el ordenamiento jurídico, con los medios que éste les proporciona y siguiendo los procedimientos y modos de actuar que prevea el ordenamiento⁵.

4. Es, por lo tanto, consustancial a la legitimidad y validez de toda actuación administrativa el que se produzca por la debida causa legal o jurídica, por causa, en suma, justificada en las previsiones del ordenamiento jurídico.

4 *Vid.* nuestro estudio “La garantía constitucional del Derecho administrativo”, en Manuel Balado y J. A. García Regueiro (dirs.), J. López de Lerma, A. Prada y A. Rubiales (coord.), *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Barcelona 2003, pp. 1079-1087; y en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, 9, julio-diciembre 2002, pp. 17-27. También, nuestra contribución “El Derecho Administrativo moderno. El Derecho Administrativo en la construcción de una sociedad moderna”, *Revista de Derecho* (Universidad de Piura), 2003, pp. 133-161.

5 Nos hemos ocupado más ampliamente de esta trascendental cuestión recientemente en Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho, *Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid*, 23 de octubre de 2009, pp. 21 y ss.

5. Esa necesaria causa consiste cabalmente en la adecuación del contenido de la actuación de que se trate al fin público específico para el que esté jurídicamente prevista, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas en que se produzca o haya de producirse, a la vista, pues, de la concurrencia de los presupuestos fácticos para los que tal actuación esté asimismo prevista.

6. La causa no es el fin, ni tampoco los presupuestos fácticos, pero uno y otros, a diferencia de lo que ocurre en los actos jurídicos privados y concretamente en los contratos privados, forman parte de ella, son piezas esenciales de ella, porque, como hemos dicho, la causa es la relación de adecuación, idoneidad y proporcionalidad que debe mediar entre el contenido del acto o de la actuación de la Administración, el fin público al que deba servirse con ello y la realidad de los presupuestos fácticos para los que haya sido prevista. El fin y los presupuestos se integran precisamente en la estructura del acto jurídico-público y en particular del administrativo solamente en su razón de su relevancia para la su justificación causal (a diferencia de los términos de la causa general de los contratos, que, al constituir ya por sí mismo su objeto, tienen su propio lugar en la estructura del contrato, aunque además sea necesario el nexo causal que los vincule).

7. A la causa se alude, sin duda, en el ya mencionado artículo 53.2 de la Ley española citada 30/1992 cuando se exige, como decíamos, que el contenido de los actos habrá de ser “*adecuado a los fines de aquéllos*”.

8. Todo el gran tema de la razonabilidad de la decisión administrativa, como exigencia derivada del principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución), tiene aquí su encaje, como límite intrínseco a la discrecionalidad y a los márgenes de apreciación que puedan proporcionar a la Administración las normas con conceptos jurídicos indeterminados⁶.

9. Y conviene recordar, por otra parte, que la exigencia formal de la motivación, tan ampliamente generalizada por el art. 54 de la citada Ley 30/92, se justifica principalmente en la necesidad precisamente de que la Administración dé cuenta explícita de la causa que justifica su actuación. Aunque la motivación es un requisito formal y no sustantivo, su trascendencia deriva cabalmente de ser el medio que permite discernir la causa efectiva del acto y su conformidad con el ordenamiento, aunque, desde luego, no basta para asegurarlo.

III. LOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO VÍNCULO SINALAGMÁTICO CONSTITUIDO POR UNA ENTIDAD PÚBLICA CON OTRO SUJETO, MEDIANTE UN ACTO ADMINISTRATIVO NECESITADO DE PREVIA SOLICITUD Y OFRECIMIENTO VOLUNTARIOS

1. Si hablamos de contratos públicos es porque reconocemos la posibilidad evidente de que las entidades públicas queden vinculadas entre sí o con terceras personas –en particular con los administrados– mediante relaciones jurídicas cuya estructura responda a la naturaleza sinalagmática, de concatenación causal de las obligaciones recíprocamente asumidas en ellas por las partes, que es propia de los contratos.

6 Es aquí obligada la referencia al libro de Tomás R. Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008.

2. A nuestro juicio, son contratos públicos cualesquiera contratos en los que una de sus partes es una Entidad pública, una Administración pública (dejando ahora fuera los tratados y convenios internacionales y limitándonos a los contratos sujetos a un Derecho “interno”⁷).

3. Ocurre, sin embargo, que el común de los contratos públicos –salvo contadas excepciones en que se producen entre sujetos en pie de igualdad: contratos interadministrativos de cooperación, contratos en mercados regulados (en Bolsa) o para el uso reglado por la Administración de servicios públicos a cargo de otras Administraciones- no se constituyen, a nuestro entender, por el consentimiento de las partes, como es regla en el Derecho privado, sino por un acto administrativo unilateral de la Administración adjudicadora, aunque condicionado a la previa expresión, por la parte adjudicataria, de su voluntad de ser parte en el contrato de que se trate, lo que incluye frecuentemente, además de su expresa solicitud, el ofrecimiento de alguno o algunos de los elementos del contrato que se desea contraer⁸.

4. Siguiendo una ya larga y certera tradición legislativa, el artículo 27 de la vigente Ley española de contratos del sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007) dispone que “*los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso (...), se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella*”⁹. El contrato público nace así de este acto administrativo de adjudicación que,

7 Vid. las precisiones sobre la noción de *Derecho interno que ya hacíamos en nuestra Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid 1986, pp. 133-136.

8 Hemos ido exponiendo esta doctrina en sucesivos trabajos: “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y consecuencias”, en Juan Carlos Cassagne (dir.), *Derecho Administrativo (Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, pp. 947-969, “La adjudicación” en Juan Carlos Cassagne & Enrique Rivero Ysern (dir.), *La contratación pública*, 2, Hammurabi, Buenos Aires 2006, pp. 681-721, “La formación de la doctrina del contrato administrativo. Evolución legislativa”. *Materiales para el Estudio del Derecho (Derecho administrativo II)*, <http://www.iustel.com>, PortalDerecho 2001 (adaptado en diciembre de 2007), “Naturaleza jurídica del contrato público”, AA.VV., *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, Cameron May, London 2008, pp. 481-522, y *Derecho público y Derecho privado...*, 2009, cit., pp. 36 y ss. Se han ocupado de analizarla, complementarla y contrastarla más ampliamente, entre otros, Macera, Bernard F., *La teoría francesa de los actos separables y su incorporación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona 2001, y *Les actes détachables dans le droit public français*, PULIM, Limoges, 2002, y Baca Oneto, Víctor S., *La invalidez...*, cit., passim.

9 La Ley de contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en su texto del 2000 –derogado por la nueva Ley 30/2007- decía lo mismo en el artículo 53, siguiendo lo ya establecido a su vez en 1965 por la anterior Ley de Contratos del Estado. El artículo 27 de la Ley 30/2007 extiende ahora esta regla a “los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17”. En la medida en que no correspondan a entidades públicas, aunque, por extensión y por recepción indebidamente acrítica e inadaptada del Derecho comunitario, se les llame también contratos públicos, es evidente que no estaremos ante actos administrativos y que, por lo tanto, tal regla habrá de adecuarse a lo que es propio de los contratos privados, de modo que la “adjudicación” equivaldrá, en efecto, al momento de concurrencia de las voluntades de las partes en el necesario consentimiento generador del contrato. Es cierto, con todo, que el peculiar régimen de la celebración de estos contratos, aunque sigan siendo privados, reconoce unos derechos a cuantos estén en condiciones de participar en los procedimientos selectivos y especialmente a los que participen efectivamente en ellos, que aproxima su *fieri* a lo que es característico comúnmente de los contratos públicos (que no se celebren entre sujetos en posición recíproca de igualdad e independencia jurídicas), lo que pondrá al límite las técnicas jurídicas privadas –y procesales privadas- aconsejando la creación de vías administrativas de reclamación para la protección de los intereses y derechos de los terceros distintos del que acabe siendo seleccionado como

como todo acto administrativo en el Derecho español, es un acto jurídico unilateral, adoptado en ejercicio de una potestad pública administrativa, conforme a la ley y al Derecho. Y, entre otras cosas, por eso dirá el artículo 140.3 que si, después de perfeccionado, el contrato no se formaliza por culpa del contratista en el plazo que allí se establece, “*la Administración podrá acordar la resolución*” del contrato, que ciertamente ya existe desde la adjudicación.

También, por la misma razón, la invalidez de los contratos públicos, como se desprende de los artículos 31 y ss. de la misma Ley, se reconduce en realidad a la invalidez del acto administrativo de adjudicación, cualquiera que sea la causa -dice el artículo 31- “*de derecho administrativo o de derecho civil*” que lo motive; es decir cualquiera que sea la infracción ordinamental que genere esa invalidez, tanto si corresponde a normas del llamado Derecho administrativo como si se refiere a normas de Derecho privado -en cuanto sede tradicional de ciertas normas de Derecho general o común, las más de las veces- que fueran de aplicación.

La redacción del mencionado artículo 31, con todo, ha regresado a expresiones inadecuadas, aunque inocuas, que habían sido superadas en la redacción de la anterior Ley de contratos del Estado, a partir de su modificación en 1999, tal y como constaba en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000. En esta redacción se decía simplemente -artículo 61- que *los contratos regulados en la presente Ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes*. Sobraba incluso la expresa mención de los actos preparatorios, ya que, obviamente, una de las causas de invalidez de cualquier acto administrativo definitivo puede derivar precisamente de la invalidez de alguno de los actos de trámite que sirven para prepararlo. En definitiva invalidez del contrato e invalidez del acto de su adjudicación son una y la misma cosa.

El texto de la Ley actual antepone, en el mencionado artículo 31, al texto heredado del 61 de la Ley anterior, la indicación de que *además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado*, pudiendo generar así la impresión de que la invalidez de un contrato público no se agota con los supuestos en que lo sea el acto de su adjudicación, ya que podría serlo también e independientemente por *ilegalidad de su clausulado*. Pero la verdad es que tal *además* es completamente imposible. Cualquier ilegalidad del *clausulado* de un contrato público viciará necesariamente de ilegalidad el acto de su adjudicación, directamente por tratarse de un elemento del clausulado introducido precisamente en la fase selectiva y de adjudicación *stricto sensu* del contrato, o por comunicación de la invalidez de que adolezca el acto de trámite o preparatorio correspondiente de aprobación de los pliegos particulares y de todo el denominado expediente de contratación en la fase procedimental preparatoria. No es posible, en suma, distinguir o diferenciar ilegalidad del clausulado del contrato e

adjudicatario del contrato, como ya se venía haciendo en la legislación española sobre contratos en los llamados sectores especiales excluidos del régimen general comunitario de la contratación pública (tanto en la primitiva Ley 48/1998, de 30 de diciembre, como en la que luego le ha sustituido, Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales: véanse sus artículos 101 y ss.). Los artículos 173 y ss. de la Ley 30/2007 establecen algunas particularidades -aun no suficientemente explícitas- sobre la adjudicación de contratos más o menos sometidos a esta Ley, no celebrados por Administraciones públicas sino por otras entidades del sector público con personalidad jurídica privada o sometidas en su actuación al Derecho privado, pero el artículo 21.2 atribuye los litigios al respecto a la Jurisdicción civil, salvo cuando se trate de contratos de regulación armonizada, esto es, sometidos a las directivas comunitarias sobre contratos públicos.

ilegalidad del acto de su adjudicación. La primera no es más que la parte objetiva de las ilegalidades en que puede incurrir éste, pero no algo distinto, repetimos, o diferenciable de la ilegalidad misma del acto de adjudicación¹⁰.

En cuanto a la anulación de los contratos públicos inválidos, no puede producirse en rigor en Derecho español, incluso aunque el régimen de su cumplimiento sea privado¹¹, sino mediante la anulación del acto de adjudicación, lo que justifica la reserva que la legislación hace en esta materia a los mecanismos jurídico-administrativos de anulación y a la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 34 a 36 y 21 de la Ley 30/2007 y artículo 2.b) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), sin perjuicio de lo que puedan decidir las Jurisdicciones civil o laboral como cuestiones prejudiciales o incidentales en procesos civiles o laborales sobre el cumplimiento o incumplimiento de contratos “privados” de la Administración (y, por ello, sin embargo, públicos por su modo de constituirse)¹². La constante remisión de los artículos 32 y ss. a la Ley 30/1992, de Régimen General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, confirma también lo que estamos diciendo, pues supone aplicar al acto de adjudicación todo el régimen general propio de los actos administrativos.

5. Algunos sostienen que el acto de adjudicación es la aceptación por la que se cierra el consentimiento que sería imprescindible a los contratos. No lo creemos así. Algo hay de ello, si se quiere, indudablemente, pero no se trata de un consentimiento propiamente dicho en el que las voluntades de las partes convergen con una misma fuerza jurídica a generar el contra-

10 *Vid.* sobre la redacción del artículo 61 de la anterior Ley española de contratos de las Administraciones Públicas, y de modo más general, sobre toda esta importante cuestión, Baca Oneto, Víctor S., *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Madrid 2006. *Vid.* también del mismo autor, ya sobre la Ley 30/2007, “La anulación de los contratos públicos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre”, en Rodríguez-Arana Muñoz, J., Sanz Rubiales, I., y Sendín García, M.A. (dirs.), *La contratación administrativa en Iberoamérica*, Cameron May y Junta de Castilla y León, Londres-Valladolid, 2008, pp. 679-682, donde se recoge las atinadas observaciones de Manuel Rebollo, “La invalidez de los contratos administrativos”, en Castillo Blanco, F. (coord.), *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, CEMCI, 1996, pp. 398 y 399.

De modo muy discutible, por no decir claramente simplista y erróneo, el régimen de la invalidez –e implícitamente parece que también el de anulación– de los contratos públicos es extendido por este artículo 31, a los contratos privados sujetos a armonización comunitaria en cuanto son objeto de una parte de la misma Ley 30/2007. Será necesaria una tarea de adaptación hermenéutica para hacer encajar las piezas.

11 Esto es, en el caso de los contratos públicos no administrativos, también llamados contratos privados de la Administración (artículos 18, 20 y 21 de la Ley 30/2003). Para el Derecho peruano, *Vid.*, en cambio, Víctor S. Baca Oneto, “La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica”, en *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano* (Ponencias presentadas en el III Congreso Nacional de Derecho administrativo), Grijley, Lima, 2008, pp. 663 a 690.

12 El artículo 21.2 de la Ley 30/2007 reitera la competencia de la Jurisdicción civil en lo relativo a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados de la Administración. Los contratos laborales son excluidos formalmente de la aplicación directa –no de la supletoria– de la ley general de la contratación pública en España que es la Ley 30/2007, por su artículo 4.1.a), siguiendo también una fórmula heredada de leyes anteriores, pero el conjunto del sistema legal permite afirmar que se trata también de contratos privados cuando los celebra la Administración y deben seguir su mismo régimen, aunque la Jurisdicción para los litigios laborales relativos al vínculo no sea la civil, en España, sino la laboral, especializada dentro del Poder Judicial en la materia precisamente laboral.

to. Ni las situaciones jurídicas respectivas de la Administración contratante y del contratista lo permiten ni el acuerdo de aquella con éste bastaría para legitimar la emergencia del vínculo contractual.

El contrato público no nace de la convergencia o fusión de dos voluntades contrapuestas en pie de igualdad, sino de una decisión unilateral de la Administración, aunque, como tantas otras decisiones administrativas, sólo sea legítima y válida bajo ciertas condiciones. La Administración adopta con ella un acto propio de su función distribuidora, en ejercicio de sus potestades, asignando, en efecto, “adjudicando” a uno de los candidatos lo que deniega a otros, y constituyendo una relación contractual, un verdadero contrato con aquél, que quedará conformado de manera peculiar, precisamente por haberle sido otorgado a él para la mejor consecución de un fin público, al mismo tiempo que se denegaba a otros igualmente interesados y que, como el adjudicatario, se encontraban previamente frente a la Administración contratante en una situación jurídica subjetiva de interés legítimo y aun de cierto derecho condicionado a ser parte en dicho contrato, lo que nunca acontece en las relaciones precontractuales entre particulares, o sujetos, en este sentido, jurídicamente “iguales” y sin derechos ni expectativas ni intereses jurídicamente protegibles de unos sobre las cosas o actividades de los otros.

6. Ciertamente, como quedó apuntado, para que la Administración pueda vincularse con un tercero en un contrato, éste tiene que haberlo pedido o haber expresado su voluntad favorable a ese compromiso. Pero esa voluntad de quien se vinculará con ella contractualmente carece de virtualidad constitutiva del contrato; es sólo condición de validez del acto administrativo que lo constituye en tal.

7. En realidad, como ya hemos dicho en otros lugares, la voluntad de quien será parte en el contrato no interviene en su adopción y perfeccionamiento más de lo que pueda hacerlo el candidato en el acto de su nombramiento como funcionario, o del solicitante de una subvención o de una licencia en el acto de su otorgamiento. Nadie dirá con rigor que esos actos administrativos son bilaterales, acordados. Tampoco lo es el que constituye un contrato al adjudicarlo a un licitador entre otros, o a una empresa que se selecciona por procedimientos más expeditos, cuando la Ley los permite, entre otras posibles.

8. Esto tiene muchas consecuencias y fundamentalmente una: los contratos públicos no se sustentan, como venimos diciendo, en el consentimiento de las partes, en su respectiva autonomía de la voluntad (aunque ésta juegue sin duda un papel en quien, siendo sujeto privado, se vincula contractualmente con la Administración), sino en un acto jurídico-público dictado en aplicación del ordenamiento jurídico para la consecución de unos determinados fines públicos.

9. La legislación española, que responde ya a una larga tradición, nos parece que resulta particularmente atinada en las normas que justifican cuanto queda sucintamente expuesto. Subyace en todo ello una acertada percepción de la peculiar posición jurídica del Poder público, de la Administración pública, que reclama efectivamente un específico Derecho público, cuyos principios divergen muy justamente de los del Derecho privado, precisamente para concurrir con él debidamente en la consecución de un justo orden que preserve y garantice a la vez la dignidad y los derechos de toda persona humana y el bien común de cuantas componen la realidad social. Pero los ordenamientos jurídicos han sido y son con frecuencia un tanto confusos y vacilantes en el tratamiento de la contratación pública, denotando las no pocas dificultades que aún suscita la delimitación del Derecho público y del Derecho privado. La contratación pública, por causas largamente enraizadas en la historia, constituye un ámbito en el que la disección de los requerimientos jurídico-públicos y de las exigencias jurídicas

privadas o, mejor, de las exigencias jurídicas más básicas que pueden ser comunes a la actuación pública y a la privada, viene resultando más trabajosa, pesando con fuerza ideas y reglas heredadas del pasado, no siempre suficientemente depuradas en su entera racionalidad y coherencia con las más básicas exigencias del Estado de Derecho, aun adjetivado como social y democrático.

10. El Derecho peruano, a este respecto, en línea con otras prestigiosas tradiciones jurídicas –particularmente la francesa, aunque también, en cierto modo, la anglosajona– sigue diferenciando formalmente, de un lado, el procedimiento administrativo de fijación del contenido de los contratos públicos y de selección del contratista, que concluye con ese acto administrativo que tiene una denominación de antiguas resonancias de la lengua castellana –el *otorgamiento de la Buena Pro* (artículos 30 y concordantes de la vigente Ley de Contrataciones del Estado¹³)–, y es muy semejante al acto de adjudicación del Derecho español, y, luego, por otro lado, la celebración del contrato mediante su formalización, en principio, por escrito (artículo 35 de la Ley). De ahí que en los eventuales conflictos se distinga el recurso administrativo especial llamado de “apelación” –a lo que más tarde podrá seguir una impugnación contencioso-administrativa– contra los “actos (administrativos) dictados desde la convocatoria hasta antes de la celebración del contrato” y que, además, “sólo podrá interponerse luego de otorgada la Buena Pro” (todo ello conforme al artículo 53 de la Ley), y el especial sistema de conciliación o arbitraje que se establece en el artículo 52 de la misma Ley para las controversias sobre el contrato mismo, en cualquiera de sus aspectos, incluida su posible invalidez, distinta, por tanto, al menos formalmente, de la que pueda padecer el acto de otorgamiento de la Buena Pro.

El Reglamento de 31 de diciembre de 2008 es aún técnicamente más explícito. Su artículo 138, dedicado a lo que llama el perfeccionamiento del contrato, comienza afirmando paladinamente que *el contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene*. El contraste con las normas de la legislación española antes comentadas es evidente. En el Derecho español, como vimos, es el mismo acto de adjudicación el que perfecciona y por lo tanto constituye el contrato, de modo que su formalización ulterior es sólo un requisito legal de eficacia “*ad probationem*”, en modo alguno el momento constitutivo del contrato.

La formal separación, sin embargo, entre la adjudicación del contrato –el otorgamiento de la Buena Pro– y el acto formal de nacimiento de éste es artificial, innecesaria y perturbadora. Todos los elementos del contrato han quedado fijados con el otorgamiento de la Buena Pro, con el que termina el procedimiento administrativo. ¿No nacen de ahí precisamente ya los derechos del contratista en el contrato, en el orden sustantivo, aunque formalmente el sistema requiera aún la formalización del contrato? ¿Qué añade realmente esta, salvo la pura expresión formal escrita? ¿Cambia la naturaleza real del modo en que se generan los derechos y obligaciones del contrato esa ficción de que las partes consienten en el contrato al formalizarlo? No lo creo. Y la propia legislación peruana revela el desbordamiento de esa tradicional ficción, como ya viene ocurriendo también en la propia Francia, tradicionalmente aferrada a esta teoría del doble nivel o de la distinción entre el contrato y los actos administrativos previos separables del contrato, frente a la teoría del “todo indivisible” que es, en

13 Aprobada, sin embargo, mediante Decreto Legislativo N° 1017 del Presidente de la República, de 3 de junio de 2008, en virtud del artículo 104 de la Constitución y la delegación temporal (ciento ochenta días) que para una serie de materias relacionadas con la ejecución del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y el apoyo a la competitividad, otorgó el Congreso de la República por Ley N° 29157.

realidad, la que posee mejor fundamento, aunque a condición de no utilizarla en un tan perturbador contexto jurisdiccional como el que llevó en Francia a abandonarla a principios del siglo XX¹⁴.

Como no podía ser de otra forma, dice el artículo 35 de la Ley peruana que el contrato *se ajustará a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección*. Todo el contenido del contrato ha quedado fijado unilateralmente por la Administración contratante, aun incluyendo en algunos extremos elementos ofrecidos por el que resultase elegido para el contrato durante el proceso de selección, efectivamente. Pero nada se añade ni se modifica desde el otorgamiento de la Buena Pro a la formalización del contrato. Lo allí otorgado es realmente lo formalizado en el contrato.

El artículo 137 del Reglamento viene a decirlo con toda claridad: *Una vez que la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos* (sin perjuicio de algunas excepciones en las que no es necesario detenerse ahora). El 148 abunda en la concreción del alcance de estas obligaciones y el sistema prevé incluso sanciones administrativas para el incumplimiento, lo que, por cierto, no ocurre en el Derecho español, que se contenta con otras consecuencias negativas para el incumplidor de las obligaciones relativas al cumplimiento del contrato.

Como consecuencia, aunque, como dijimos, la Ley prevé dos caminos distintos según que el objeto de la controversia sea la actuación administrativa previa al contrato o este mismo, lo cierto es que el artículo 56, aun sin excesiva claridad, permite que, al resolverse la impugnación de las actuaciones administrativas y anularse, en su caso, pueda también anularse asimismo el contrato de las que en realidad depende, al menos en algunos supuestos. Y, de otra parte, al mismo tiempo parece indicarse que, en los procesos arbitrales en que se cuestione la validez del contrato, habrá de enjuiciarse ésta, con toda lógica, teniendo en cuenta ante todo *las causales previstas en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento, y luego las causales de nulidad reconocidas en el derecho público aplicable*, es decir a la postre las posibles causas de invalidez de todo el procedimiento de preparación y adjudicación del contrato –al menos las más graves, causantes de nulidad radical¹⁵, al que el mismo contrato no puede dejar de estar vinculado. Así lo confirma el artículo 144 del Reglamento al remitir a las causas de nulidad del artículo 56 de la Ley, por más que, en efecto, la no muy clara redacción de este precepto, distinga entre las causales de nulidad de lo actuado antes y después de la celebración formal del contrato.

14 *Vid.*, las muy interesantes Conclusiones del Commissaire du Gouvernement, M. Didier Casas, que favorecieron la adopción por el Consejo de Estado francés del importante arrêt Tropic de 2007 (*Revue de droit public et de la science politique*, 2007, pp.1402 y ss. o *Revue française de droit administratif*, 2007, pp. 696 y ss.). Nos referimos a esta sentencia poco más adelante. *Vid.* también, ampliamente, Macera, Bernard F., *La teoría francesa de los actos separables...*, *cit.*, pp. pp. 69 y ss. y, más especializadamente, *Les actes détachables dans le droit public français, cit.*

15 Aunque el texto legal no distingue clases de invalidez (anulabilidad, nulidad), parece dar un trato diverso a las causales de invalidez según que sólo puedan invocarse en recursos administrativos (y contencioso-administrativos) contra actos administrativos previos al contrato o sean aplicables también al contrato ya celebrado. Esto también ocurre en el Derecho español en virtud de la distinción entre vicios de anulabilidad y nulidad, con sus importantes consecuencias en punto al tiempo disponible para producir o para que se puedan reconocer sus efectos invalidantes.

Víctor Baca ha puesto de manifiesto algunos de los defectos, al respecto, de esta regulación¹⁶, que, en efecto, sigue padeciendo las consecuencias de la injustificada distinción formal entre la determinación sustantiva del contrato por la Administración y el contrato mismo, viéndose aún arrastrada por la tradicional fuerza reconocida a los contratos entre sus partes, que pierde de vista precisamente la peculiar razón de ser, la causa específica de los contratos públicos, que es, sin embargo, su columna vertebral permanente.

11. Por lo que se refiere al Derecho francés, aunque no sea casi más que a vuelapluma, hay que llamar la atención sobre la importancia del nuevo *référé contractuel* o recurso “curativo” de urgencia que se ha admitido en Francia, al transponerse la Directiva “recursos” 2007/66 de la Comunidad Europea, de 11 de diciembre de 2007, de modo que pueda utilizarse a partir del 1 de diciembre de 2009¹⁷. Este instrumento va a permitir impugnar los contratos públicos de obras, servicios y suministros, aún después de formalizados¹⁸, por parte de cualquier interesado en haber sido elegido como contratista, a no ser que ya haya interpuesto el recurso precontractual de urgencia¹⁹, y por cualquier vicio de incumplimiento de la normativa de contratación impuesta por la correspondiente directiva sustantiva comunitaria. El tradicional principio de la restricción de la legitimación para impugnar directamente la validez del contrato a las partes, comienza, pues, a quedar arrumbado, siguiendo, por lo demás, la brecha abierta por el Consejo de Estado en el *arrêt* de 16 de julio de 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe* (N°291545) (abreviadamente conocido como *arrêt Tropic*) al que se considera, con razón, determinante de un trascendental giro de la jurisprudencia francesa al respecto, en la línea de lo que aquí sostenemos, aunque la apertura de la legitimación para impugnar la validez del contrato se restrinja a los competidores eliminados en el procedimiento administrativo correspondiente y se aplique un plazo relativamente breve, típico de los recursos administrativos y contencioso-administrativos (dos meses)²⁰.

16 *Vid.* su “Luces y sombras de la nueva Ley de contrataciones del Estado”, *Revista Jurídica del Perú*, 94, 2008, pp. 184 a 195

17 Ordonnance N° 2009-515, de 7 de mayo de 2009, sobre los procedimientos de recurso aplicables a los contratos públicos (JORF N° 0107, de 8 de mayo). Este tipo de Ordonnance equivale a la figura del Decreto-ley y se regula en el artículo 38, que requiere la ulterior ratificación de la Asamblea Nacional.

18 El artículo 551-13 del Code de justice administrative, modificado por esta Ordonnance del Gobierno, dice expresamente que este recurso contractual puede presentarse une fois concluí el contrato correspondiente. Para los contratos privados de la Administración, se dispone algo similar en el artículo 11 de la misma Ordonnance.

19 Artículo L.151-14 del citado Código de Justicia Administrativa, para los contratos administrativos y 12 de la Ordonnance citada de 2009 para los contratos privados de la Administración.

20 *Vid.*, Olivier Dorchies, “Recursos jurisdiccionales especiales en materia de contratación pública: el modelo francés”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 23, 2010 (revistas@justel.com). El *arrêt* es fácilmente consultable en la página del Conseil d’État en Internet. *Vid.* las Conclusiones del Comisario del Gobierno en el asunto Tropic, *cit.* en una nota anterior, donde arguye claramente –en último extremo por razones derivadas de la nueva Directiva comunitaria de “recursos”– sobre la necesidad de modificar radicalmente, aunque sea progresivamente, el tradicional planteamiento francés, tras mostrar las deficiencias de la separación formal y a efectos impugnatorios de los actos separables y del contrato y el carácter artificial de la teoría de los actos separables denunciado ya –dice– por numerosos autores, cuya utilidad por lo demás se estaría demostrando agotada, convirtiéndose –llega a decir– en una ficción. *Vid.*, en efecto, Macera, Bernard F., *La teoría francesa de los actos separables...*, *cit.*, pp. 69 y ss. y *Les actes détachables dans le droit public français*, *cit.*, *passim*. Recuerda además el Comisario del Gobierno Casas, en las citadas Conclusiones, que ya el

12. Permítaseme añadir, para cerrar este apartado, un rápido comentario sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2008 que, en el asunto C-444/06, *Comisión c/ España*, hizo, a nuestro juicio, en su expresión formal, una poco afortunada aplicación de la Directiva 89/665/CEE de 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 (DO L 395), -modificada por la 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992 (DO L 209) para aplicarla también a los contratos de servicios regulados en ésta-, al concluir que la legislación española por entonces en vigor incumplía las exigencias de su artículo 2.1 sobre la necesidad de tener establecidos *procedimientos de recurso que prevean los poderes necesarios*:

a) *para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores;*

b) *para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión*

El Tribunal dijo que la legislación española lo incumplía al *no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración*²¹.

Fácil es de apreciar que la Directiva no exige para nada que hayan de separarse el acto de adjudicación y la celebración del contrato. El Tribunal comienza incluso reconociendo, frente a la Comisión europea, que esa es una cuestión de Derecho nacional en la que no tiene por qué entrar, pero, deslizándose hacia lo que resulta una abierta contradicción con esa premisa, quizás por un prejuicio técnico-jurídico derivado de la praxis del doble nivel del tradicional sistema francés y de otros ordenamientos y de las limitaciones que hay aún en estos sistemas para impugnar con todas las consecuencias los contratos públicos ilegales, ha podido generar la apariencia de tratar en realidad de obligar al legislador español a apartarse de lo que, en su tradición normativa, es ya, y con toda razón, un principio establecido. Condena así literalmente a España, como acabamos de decir, por *no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación del contrato y su celebración*. Si estos términos se tomasen en su significación común, difícilmente podría encontrarse en esta materia una decisión judicial más

arrêt M. et Mme. López, de 7 de octubre de 1994, cruzó el Rubicón –dice- de los contratos, al haber lanzado una pasarela entre el juez del exceso de poder (del acto separable) y el juez del contrato, al permitir a un tercero recurrente que logró que se estimase su recurso ante el primero, que pudiese obligar a las partes a recurrir al segundo, en lo que -arguye con toda razón- se revelan los progresos del principio de legalidad y de la plena justiciabilidad de la acción administrativa, que es, en realidad, lo que está debajo de esta evolución: ya no cabrá afirmar –dice- que una decisión a instancias de un tercero sobre la legalidad del acto separable pueda quedar sin efectos sobre el contrato.

21 El texto corresponde al apartado del fallo, y se encuentran las mismas afirmaciones con su motivación en los números 33 a 47 de su motivación.

gratuita, torpe e injusta, que estaría desbordando los límites de la propia Jurisdicción comunitaria, al obligar a modificar un principio sustantivo del orden jurídico-público español sin un amparo mínimamente convincente en el ordenamiento comunitario. Sin embargo, y a pesar de las varias incorrectas afirmaciones contenidas en la motivación de la sentencia, que denotan un importante grado de incomprensión del sistema legal español, de cuanto se dice en esta motivación cabe interpretar –o incluso parece obligado entender- que lo que el Tribunal ha querido imponer al legislador español es simplemente que asegure que la formalización del contrato, sin la que éste no puede ser ejecutado, no se pueda celebrar antes de unos plazos mínimos en los que pueda recurrirse con eficacia el acto de adjudicación. Usa el Tribunal el término celebración como equivalente al de formalización, porque en otros sistemas es con ella como se celebra el contrato, y lo que claramente quiere asegurar es que el contrato no pueda ejecutarse sin que los interesados no seleccionados puedan reaccionar y tratar de obtener satisfacción de su derecho frente a la decisión administrativa que lo adjudica definitivamente, cuando la consideren ilegal, sea o no esta decisión constitutiva por sí misma del contrato. Sólo entendiendo así lo resuelto por esta sentencia, repetimos, resulta admisible. La Ley 30/2007, previendo ya quizás la posibilidad de esta sentencia y con la finalidad de cumplir otras sentencias anteriores, ha vuelto a la antigua distinción de la legislación española entre una adjudicación provisional y otra definitiva, creando un recurso especial contra aquella (artículo 37) en el caso de los contratos regulados por las directivas comunitarias, pero, en realidad, nada de eso era necesario para cumplir lo exigido por éstas. Bastaría con una mejor regulación de la formalización que la que se ha adoptado en el artículo 140, que garantizase el efecto útil que el Tribunal de Justicia –y en eso con razón- ha querido asegurar, para cumplir las disposiciones comunitarias que en realidad quieren evitar los hechos consumados difícilmente reversibles. Por más que, en fin, no quepa olvidar que el sistema español mantiene abierta la posibilidad de impugnaciones de la validez del contrato –del acto de adjudicación- por causas de nulidad radical sin más limitaciones que las derivadas de la prescripción, sean cuales sean las dificultades prácticas de restaurar el orden jurídico cuando los contratos ya se hayan ejecutado en todo o en parte, lo que, por lo demás y como es evidente, no es algo exclusivo de los contratos ni, en consecuencia, debería llevar a respuestas muy especiales del ordenamiento.

El considerando 4 de la exposición de motivos de la nueva Directiva “recursos” 2007/66, de 11 de diciembre de 2007, con la que ha querido perfeccionarse la Directiva 89/665 –y la 92/13, sobre “recursos” en materia de contratos de los sectores especiales o “excluidos”- está en la línea de la expuesta interpretación que permite salvar la aceptabilidad de esta sentencia contra España de 2008, dictada ya, como es evidente, cuando esa Directiva estaba en vigor, aunque aún no se hubiese agotado el plazo de su transposición por los Estados y su peculiar consiguiente obligatoriedad directa.

En ese considerando se pone claramente de relieve que lo que se quiere es evitar las consecuencias irreversibles de una rápida ejecución del contrato que impida la máxima eficacia de un adecuado control de legalidad de su adjudicación en cuanto a los aspectos contenidos en las regulaciones sustantivas de la Directiva sobre contratos públicos, por lo que se justifica que la nueva Directiva establezca “un plazo suspensivo mínimo durante el cual **se suspenda la celebración del contrato en cuestión, independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato**” (el énfasis es nuestro). Con independencia de la discutible terminología empleada por esta nueva Directiva –en la que, una vez más, puede servir de excusa el hecho cierto de que el poder normativo comunitario se ha ejercido tratando de hacer una regulación aplicable a sistemas con muy diversas tradiciones jurídicas en general y contractuales en particular-, y por encima de algunas desafortunadas expresiones que pueden crear confusión, parece que la única interpretación que

puede hacer comprensible el texto es la que entiende que lo que se propone la Directiva es, en efecto, suspender la eficacia de la celebración del contrato, con independencia de que ésta coincida o no con su *firma*, que no puede sino aludir a la denominada formalización del contrato²²; lo que se quiere, en suma, es que el contrato no funcione, no se entienda celebrado a los efectos de su cumplimiento y efectos hasta pasado el plazo que permita utilizar el recurso urgente que regula, sin terciar en la cuestión de si la adjudicación tiene por sí misma o no un valor constitutivo del contrato, o si es la firma, la formalización lo que realmente le constituye en tal. Siempre que la Directiva se refiere de alguna manera a lo que ha hacerse antes de la celebración del contrato deberá interpretarse como referido a antes de que el contrato se entienda en condiciones de poder ser ejecutado.

La sentencia del Consejo de Estado francés de 2007 en el asunto *Tropic*, así como la propia legislación de transposición de esta nueva Directiva en Francia, confirman lo que decimos, porque tanto aquella como ésta reconocen precisamente el derecho de los terceros que trataron de obtener el contrato a impugnar con efectos suspensivos el contrato *conclu*, es decir ya celebrado, ya formalizado, dentro del plazo que al efecto se habilita²³. Ello con independencia de que la transposición francesa cumpla o no estrictamente con la exigencia de la nueva Directiva de que un determinado plazo haya de ser respetado en todo caso antes de que el contrato adjudicado pueda ser ejecutado de modo que pueda someterse a revisión jurisdiccional a tiempo de evitarse la ejecución de un contrato adjudicado contra las normas de la directiva de contratos públicos. En lo dispuesto por la *Ordonnance* de 2009 no hay tal plazo, sin perjuicio de los poderes de suspensión con que se dota a las autoridades jurisdiccionales tanto en el recurso contra la adjudicación como en el recurso contractual.

22 La versión francesa de ese mismo texto del considerando 4, habla de la conclusion du contrat concerné est suspendue, que celle-ci intervienne ou non au moment de la signature du contrat. [T]he conclusion of the contract in question is suspended, irrespective of whether conclusion occurs at the time of signature of the contract or not, dice la versión inglesa. [L]a stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest'ultima avvenga o meno al momento della firma del contratto, reza la italiana. [D]er Abschluss des betreffenden Vertrags ausgesetzt wird, und zwar unabhängig davon, ob der Vertragsschluss zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung erfolgt oder nicht, dice, en fin, la alemana.

23 «(...)indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi » (arrêt *Tropic*, 2ème Considérant). El artículo 551-7 del Code de justice administrative reformado por la citada *Ordonnance* de 2009, otorga a la autoridad jurisdiccional la potestad de suspender la ejecución del contrato en el recurso contractual especial que se ha introducido, “salvo si estima que, atendido el conjunto de los intereses susceptibles de ser lesionados y principalmente del interés público, las consecuencias negativas de esta medida podrían prevalecer sobre sus ventajas”. El artículo 15 de la *Ordonnance* contiene una previsión similar para el caso de los contratos privados de la Administración.

Esperemos que el legislador español que ahora ha de transponer esta Directiva, la interprete correctamente y no complique las cosas, desarticulando lo que tan certeramente había ido consolidando en los últimos cincuenta años*. Pero entremos ya en la cuestión central de esta ponencia.

IV. EXIGENCIAS CAUSALES JURÍDICO-PÚBLICAS DE LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. Además de las exigencias causales propiamente contractuales que habrán de concurrir en la estructura de la relación bilateral que se constituya por la Administración como contrato, para que pueda reconocerse como tal –lo que afectará a la determinación del objeto y del contenido del contrato en los pliegos particulares de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas, así como a los elementos que deban determinarse por los licitadores en el procedimiento de adjudicación, y estará en la base del llamado principio de equivalencia de las prestaciones, tan hondamente analizado hace más de 40 años por el profesor Ariño para los contratos administrativos²⁴-, todo contrato público requiere una causa propia jurídico-pública en su nacimiento o constitución inicial mediante el correspondiente acto administrativo de adjudicación.

2. En realidad, la Ley española de contratos del sector público concreta esa exigencia causal característica de los contratos públicos en determinados requisitos que deben producirse y acreditarse principalmente en la fase preparatoria del contrato, aunque no podrá faltar un necesario complemento en el mismo acto definitivo de adjudicación con el que se perfecciona el contrato, siempre que, como es exigencia de principio, haya de hacerse por un procedimiento selectivo en pública concurrencia.

3. No debe inducir a error la equívoca apariencia del artículo 25 de la Ley de contratos del sector público, como si la Administración dispusiera realmente de una *libertad de pactos*, de modo que, en sus contratos pudieran “*incluirse cualesquiera, pactos, cláusulas y condiciones*”, lo mismo que en los contratos entre particulares. Los parámetros en los que esta *discrecionalidad* contractual –que no *libertad*- ha de moverse, mencionados por el propio precepto cuando afirma la exigencia de “*que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*”²⁵, no son extrínsecos, como

* Enviado ya este trabajo para su publicación en esta Revista se ha podido tener conocimiento de la nueva Ley 34/2010, de 5 de agosto (Boletín Oficial del Estado del 9 de agosto), que lamentablemente ha introducido muy desacertados cambios –en la forma y en el fondo- en la Ley española 30/2007 de contratos del sector público. Uno de los muchos artículos modificados, ha sido el 27, sobre la perfección de los contratos: rompiendo con una arraigada tradición legislativa, ha trasladado formalmente ese momento decisivo a la necesaria formalización del contrato. Debe tenerse en cuenta este cambio en relación con cuanto se argumenta en este trabajo, aunque pensamos que este desafortunado cambio formal no alterará la realidad de que el momento decisivo de la contratación pública –en el que nacen los derechos de las partes- seguirá siendo el de la adjudicación –eficaz desde su notificación, obviamente-, aunque no se reconozca así formalmente, con los trastornos y complicaciones que ello va a acarrear. El legislador español ha aplicado literalmente los términos de la Directiva 2007/66 prescindiendo de cualquier consideración del tipo de las efectuadas en este trabajo.

24 Gaspar Ariño Ortíz, *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968.

25 La redacción ha sido sólo retocada con respecto a la que figuraba en el artículo 4 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas de 1995-2000, heredera también en esto de la Ley de

los que el artículo 1.255 del Código civil español señala a la libertad contractual privada, sino intrínsecos, exigencia positiva de las decisiones que al respecto adopte la Administración. Y, por si hubiera alguna duda, ahí estaba la lacónica pero contundente y altamente significativa exigencia que se establecía hasta no hace mucho en el artículo 13 de la ahora derogada Ley de contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y 2000: *“El objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación”*, que el artículo 22 de la nueva Ley 30/2007, de contratos del sector público, ha transformado, en lo que aquí interesa, en una formulación análoga, aunque –como todo en esta Ley– más innecesariamente larga y prolija: *“Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*.

He ahí, pues, la concreta exigencia de causa justificada, en el sentido jurídico-público en que se predica este requisito esencial de toda actuación administrativa, como condicionante de su validez, aplicada a la actuación contractual de la Administración, y que, como vemos, debe reflejarse con claridad en el expediente, constituyendo así un elemento importante de su necesaria motivación.

4. El artículo 93 de la Ley 30/2007 (lo mismo que hacía el 67 de la Ley derogada por ella) reitera esa exigencia de justificación causal de cada contratación que la Administración se proponga, y, aunque precisa que deberá cumplimentarse al inicio mismo del expediente, habrá que entender que todos los sucesivos actos de trámite deberán guardar la necesaria relación de adecuación al diseño contractual inicialmente justificado, de modo que las distintas concreciones con las que se vaya avanzando en la concreción del contenido del contrato a constituir puedan acogerse a la misma justificación causal en los fines públicos específicos que hayan de satisfacerse en las circunstancias o presupuestos fácticos de que se trate. La mención expresa del artículo 94 (antes 69) a una exigencia de *motivación* de la resolución aprobatoria del expediente de contratación, con la que se pone fin a la fase procedimental preparatoria y se dispone *“la apertura del procedimiento de adjudicación”*, confirma lo que estamos diciendo.

5. Esta exigencia causal típicamente jurídico-pública se extenderá, por supuesto, a la justificación adecuada de *la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato*, que ahora el artículo 93.4 de la Ley 30/2007 expresamente afirma que se ha de incluir en el expediente y consiguientemente en el mencionado acto de su aprobación. Si se tienen en cuenta las amplias posibilidades que, en cuanto a posibles criterios de adjudicación, permiten los artículos 134 y concordantes de dicha Ley, se comprenderán los múltiples aspectos no poco importantes del objeto y contenido del contrato y de su adecuación a los fines públicos a que debe servir el contrato en las circunstancias de que se trate, cuya determinación se subordina a lo que, con arreglo a esos criterios, pueda ser ofertado por los licitadores y elegido por la Administración contratante. Toda esta actuación

1965, por más que ahora lo establecido en ella se predique de todos los contratos del sector público, con una extensión que no parece haber sido tampoco bien ponderada. Una declaración similar de una supuesta –pero inexistente– libertad de pactos en los contratos de la Administración figura en la Ley General del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003.

selectiva con la que se completa, por tanto, el contenido y la justificación causal del contrato, ha de ser asimismo debidamente motivada, como se desprende destacadamente de la regulación legal de toda la actuación sobre la clasificación de ofertas, adjudicación provisional y la cuestión de las ofertas con valores desproporcionados o temerarios (artículos 135 y 136 de la Ley 30/2007) –en todo lo cual el artículo 295 mantiene el importante papel asistente de las Mesas- y, sobre todo, de las previsiones específicas sobre el deber de motivación de la adjudicación ahora establecidas con carácter general en el artículo 137 de la Ley 30/2007.

6. En suma, la exigencia del artículo 53.2 de la Ley 30/92, de Régimen General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativa a la causa de los actos administrativos (adecuación de su contenido a los fines predeterminados para ellos por el ordenamiento jurídico aplicable) es enteramente aplicable a la contratación pública y, por ende, a los contratos públicos, tanto si son administrativos como si son privados, por su régimen jurídico de ejecución, interpretación, modificación y extinción.

Como recordase acertadamente Manuel Rebollo en su intervención en 2002, en el V Congreso Luso-Hispano de Derecho Administrativo, en Barcelona, el artículo 55 del derogado Reglamento de Contratos de las Corporaciones Locales de 1955 ya recogía este “principio esencial cuya validez y vigencia actual no pueden ser discutidas”, cuando afirmaba que “para las Corporaciones locales, la causa de los contratos deberá ser el interés público, determinado, según los casos, por la mejor calidad, mayor economía o plazo más adecuado en la realización de las prestaciones que fueran objeto de cada uno de ellos”²⁶.

7. Por lo que se refiere al Derecho Peruano, aun sin poderme detener como el asunto merecería, quiero señalar la afirmación de lo que el artículo 4 de la Ley de 2007 llama el “principio de razonabilidad”, diciendo que, en su virtud, *en todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado*. Se está recogiendo ahí, al menos, en gran medida, la causa jurídico-pública de los contratos públicos, aunque ésta deba referirse, como hemos dicho, a todo el objeto y contenido del contrato, que, en gran medida, se fija en fases procedimentales previa a la propiamente selectiva. Lo mismo que lo que la letra l) del mismo artículo de principios, denomina “principio de equidad” apunta, sin duda, a la causa intrínseca a todo verdadero contrato.

No pocas normas de la Ley y del Reglamento relativas a la preparación y adjudicación de los contratos pueden tener su eje conductor precisamente en la necesidad de que todo contrato se ajuste causalmente a los requerimientos de las necesidades e intereses públicos legalmente establecidos en función también de las circunstancias o presupuestos de la contratación de que se trate²⁷. La honda comprensión de esta exigencia podría quizás ayudar, con todo, a perfeccionar todas esas provisiones y dotarlas de mayor unidad y comprensibilidad.

8. Y, en fin, por lo que se refiere al Derecho anglosajón, que tan habitualmente hemos considerado tan distante del Derecho de raíz continental europeo, sería interesante analizar y sintetizar las diversas normas contenidas en el Título 41 del *United States Code* (U.S.C.), dedicado precisamente a los *Public Contracts*, en las que subyace también la exigencia de

26 “Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública”, *cit.*, p. 59.

27 Víctor Baca, en una lectura de este trabajo, me hace notar también la relevancia a estos efectos de los artículos 34 de la Ley y 79 del Reglamento, a propósito de la cancelación del procedimiento antes del otorgamiento de la Buena Pro o de la excepcional no suscripción del contrato ya adjudicado.

una causa jurídico-pública necesaria a los contratos públicos, con estricta sumisión a la vinculación positiva de la autoridad administrativa al ordenamiento jurídico e incluso, en no pocos aspectos, a las leyes del Poder legislativo²⁸. Las exigencias del Estado de Derecho tienden a ser las mismas, aunque los sistemas vayan decantándolas a ritmos y con modalidades diferentes, por el peso de la inercia histórica de las mentalidades e instituciones que conforman las distintas “culturas” jurídicas.

V. CONSECUENCIAS DE LA CONCURRENCIA DE CAUSAS EN EL CONTRATO PÚBLICO POR RAZÓN DE SU NATURALEZA CONTRACTUAL Y DE LA NATURALEZA JURÍDICO-PÚBLICA DE SU ACTO CONSTITUTIVO

1. De lo dicho se desprende que el requisito causal de los contratos públicos comprende, por una parte, la exigencia de causa jurídica específicamente contractual en la configuración del contenido de lo que se constituye como relación de tal naturaleza y, por lo tanto, como verdadero y propio contrato, pero, a la vez, por otra parte, la necesidad de causa justificante de su constitución en el sentido jurídico-público que queda expuesto, porque la Administración sólo puede vincularse válidamente mediante contratos, en la medida en que lo requieran los fines públicos específicos que reclaman su actuación y del modo y con el alcance que sean cabalmente adecuados a esas necesidades, atendidas las circunstancias o presupuestos fácticos en que tal actuación vaya a producirse.

2. Dicho de otra manera, ello quiere decir que en los contratos públicos su causa para la Administración contratante no puede radicar sólo en su voluntad de obtener las prestaciones u obligaciones prestacionales que asume el contratista en correspondencia sinalagmática con las que ella asume respecto a él, sino que es imprescindible que esa voluntad resulte de la justa o adecuada valoración de una necesidad apropiada de tales prestaciones u obligaciones prestacionales a cargo del contratista seleccionado, en su específica relación de intercambio sinalagmático con las que la Administración asumirá en contrapartida, para los fines públicos específicos que con ello deban alcanzarse, en las circunstancias de que se trate.

3. Dada además la inseparabilidad real de la determinación concreta definitiva del contenido contractual y de su justificación causal, con respecto a la selección del contratista adjudicatario del contrato, la causa jurídico-pública del contrato no dejará de incluir una referencia específica y, en principio, personalísima (*intuitu personae*) –que puede reconocer, con todo, modulaciones, como la Ley prevé- a la persona del adjudicatario, cuyos compromisos contractuales quedarán sujetos, no sólo a la causa contractual en su sentido estricto sino también a la causa jurídico-pública justificadora del contrato en cuanto constituido por la Administración. El ha sido elegido en razón de sus ofertas para completar los detalles del contrato y de su justificación causal; y lo ha sido, denegándose su adjudicación a otros sujetos también interesados y también titulares como él mismo de un derecho condicionado a obtener el contrato de la Administración si las condiciones que ofertasen fueran las más adecuadas para la obtención de los fines públicos. Ser adjudicatario de un contrato público es por ello no sólo adquirir los derechos y obligaciones inherentes a toda estructura propiamente contractual y a la específicamente característica del tipo contractual de que se trate, sino también asumir una obligación reforzada o especial de colaborar con la Administración en la consecución de los fines públicos mediante el cumplimiento del contrato.

28 Vid. también la voz “Public Works and Contracts”, en *American Jurisprudence*, 2d., vol. 64, West Group 2001, pp. 621-848.

Y esto tiene o debe tener consecuencias no poco importantes para el régimen de todo contrato público *in facto esse*, tanto si es administrativo como si se somete en general al Derecho privado.

4. Si la causa contractual, como dijimos, se sustenta en último término en el intercambio conmutativo consustancial a la relación contractual, la causa justificadora jurídico-pública de todo contrato público deriva de la situación de sometimiento pleno y positivo de la Administración al ordenamiento jurídico y, en particular, a los fines públicos que se prevén para su actuación, y de las exigencias propias de la justicia distributiva inherentes a la adjudicación por la Administración de sus contratos.

5. Los contratos entre sujetos privados descansan básicamente en su consentimiento libre y voluntario, y por ello, aun dentro de algunas condiciones, podrán modificarse o extinguirse por mutuo acuerdo.

6. Los contratos públicos, tanto administrativos como no administrativos (o “privados”), no podrán, en cambio, ni modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de las partes, sin más, especialmente cuando hayan sido adjudicado por procedimientos de pública concurrencia. Otra cosa permitiría defraudar fácil y toscamente estos principios, perjudicando en su caso a la mejor satisfacción de los fines públicos y lesionando los derechos de quienes vieron denegadas sus ofertas en la adjudicación. Pero es que, además, por lo que venimos diciendo, las partes de estos contratos no pueden ser sus “señores”, en el sentido en que puede decirse que lo son de sus contratos los sujetos privados. Por lo ya explicado, los contratos públicos – también cuando en lo demás de su cumplimiento y extinción se rijan por el Derecho privado – se deben a la causa jurídico-pública por la que han sido constituidos, y no pueden modificarse ni extinguirse en realidad sino por el mismo tipo de causa. No se originan ni justifican en un acuerdo libre y mutuo de las partes, sino en su necesidad acreditada para los fines públicos; en una exigencia en realidad, por tanto, positiva –debidamente interpretada con ciertos márgenes de apreciación– del ordenamiento jurídico aplicable a la Administración contratante. No podrán modificarse ni extinguirse sino por la misma o equivalente causa, pero no por simple acuerdo de las partes.

Cosa distinta es que sea el mismo interés público el que pueda requerir cambios o incluso la finalización del contrato como consecuencia de alteraciones o modificaciones del entorno económico y social o incluso de la situación y circunstancias del contratista, sin perjuicio, por otro lado, de las exigencias del principio del mantenimiento del equilibrio o equivalencia de las prestaciones en los términos, al menos valorativos, en que fue fijado por el contrato y el contexto normativo que le sea de aplicación. En todo esto ya proyectará su relevancia el régimen jurídico-administrativo o jurídico-privado del contrato.

7. Podría parecer paradójico que, siendo algunos contratos públicos, concretamente los de hecho más importantes, los administrativos, interpretables e incluso modificables unilateralmente por la Administración contratante (artículos 194 y siguientes y concordantes de la Ley 30/2007), neguemos la posibilidad de que sean modificados por mutuo acuerdo. O que admitamos que algunos contratos públicos son, por su régimen jurídico, privados y que, contra lo que es regla general del Derecho privado, neguemos igualmente la posibilidad de su modificación por mutuo acuerdo.

a) Respecto a lo primero, bastará con señalar que, como claramente se dispone en la Ley 30/2007, el *ius variandi* en los contratos sólo se puede ejercer por la Administración contratante *por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente* sin que, además, tales *modificaciones* puedan *afectar a las condiciones esenciales*, tal y como se dice ahora su artículo 202.1. Es algo totalmente

coherente con la naturaleza pública del contrato. Y entendemos que, como límite, debe aplicarse también a los contratos privados de la Administración. Es decir, en éstos no cabrá, por supuesto, que la Administración imponga unilateralmente modificaciones, ni siquiera aunque las requiera el interés público (salvo la posibilidad de expropiación por causa de utilidad pública o interés social), pero solamente podrán legitimarse tales modificaciones en el mutuo acuerdo si obedecen a las indicadas razones.

b) En cuanto a la extinción por mutuo acuerdo, la Ley 30/2007, siguiendo una vez más consolidados precedentes legislativos, contempla esta causa concreta como uno de los posibles supuestos de resolución de los contratos (administrativos) en el artículo 206, c), con lo que podría pensarse que lo que hemos anticipado quedaría contradicho por este precepto. Sin embargo, el artículo 207.4 es muy claro y viene a confirmar lo que venimos sosteniendo: “*La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato*”. Son realmente estas razones y no tanto el mutuo acuerdo lo que sustantivamente justifica la resolución del contrato. Ciertamente el mutuo acuerdo facilita la satisfacción de lo que reclama el interés público, pues sin la aceptación voluntaria del contratista, la Administración habría de recurrir a medidas revocatorias o expropiatorias probablemente más complicadas y costosas. Pero lo importante es notar que el mutuo acuerdo –que afecta a la causa contractual en su sentido estricto– no basta y tiene el límite esencial de que la extinción ha de tener una causa jurídico-pública, en correspondencia con la que de esta misma índole es necesaria para la constitución de todo contrato público.

Entendemos que esta limitación del mutuo acuerdo extintivo de un contrato debe aplicarse también a los contratos no administrativos o “privados” de la Administración.

El régimen, pues, privado de tales contratos no administrativos *in facto esse*, a que se refiere en concreto el artículo 20.2 de la LCAP, tiene, por tanto, estas limitaciones jurídico-públicas, que derivan en realidad de su obligada constitución (*preparación y adjudicación*) como contratos públicos, formal y causalmente.

VI. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA EXIGENCIA DE UNA CAUSALIDAD TÍPICAMENTE JURÍDICO PÚBLICA, PARTICULARMENTE RESPECTO A LA CONTRATACIÓN DE DETERMINADOS SUJETOS PRIVADOS, Y ESPECIALMENTE CUANDO ESTOS NO SON SINO PERSONIFICACIÓN INSTRUMENTAL FORMALMENTE PRIVADA DE ORGANIZACIONES SUSTANTIVAMENTE PÚBLICAS

1. Cuanto queda expuesto se aplica íntegramente a los contratos públicos “de colaboración” (Zwhalen), caracterizables porque su obligación prestacional principal y tipificante es la que la Administración obtiene de la otra parte (calificable por ello como su “colaboradora”), a cambio de su precio o contraprestación compensatoria equivalente. Son los contratos administrativos o privados a los que se aplica directamente la Ley de contratos del sector público española y que ésta obviamente tiene a la vista en sus regulaciones.

2. No deja de tener también aplicación, sin embargo, a las demás modalidades de los contratos públicos, y en concreto a los que, por contraposición a los anteriores, se han llamado “de atribución” (Zwhalen), en los cuales la obligación prestacional principal y tipificadora es la que incumbe a la Administración a favor de la otra parte. Otra cosa es que la aplicación pueda tener manifestaciones en parte distintas y que la formulación de alguno de los argumentos expuestos pudiera requerir ajustes a las peculiaridades de esas otras relaciones contractuales.

3. La extensión, en fin, de algunas reglas normalmente procedimentales (pero también de algunas relativas al modo de determinar el objeto o a las condiciones de los contratistas) a ciertos contratos privados de sujetos privados, por imperativo hasta ahora en España de la Comunidad Europea (contratos de Organismos de Derecho público con personalidad jurídica privada, contratos de los concesionarios de obras públicas, contratos de obras financiadas en más del 50 por 100 por fondos públicos, contratos de las empresas dedicadas a actividades de sectores especiales con derechos exclusivos o especiales), podría suscitar la cuestión de si también llegaría a ellos la exigencia causal que es propia de la contratación jurídico-pública.

En la medida en que las normas de *ius cogens* que en el sentido indicado se les aplican –que no son todas las que se aplican a la contratación pública propiamente dicha, y a veces sólo se refieren a la publicidad, sin exigencias más específicas de tipo procedimental ni sobre los criterios selectivos-, constituyan un núcleo normativo suficientemente expresivo de unas garantías determinadas de la necesaria adjudicación del contrato en procedimientos selectivos públicos en razón de las condiciones personales y del tipo, calidad y precio de las ofertas, parece obligado restringir análogamente las posibilidades de toda modificación y extinción por mutuo acuerdo que pueda implicar un fraude a la aplicación efectiva de aquellas normas.

Ahora bien, no parece que esos sujetos contratantes deban sujetarse en sus decisiones de contratación a la exigencia causal que es propia de los entes públicos. Deberán cumplir las mencionadas normas, que tienden a garantizar la accesibilidad a contratos de gran importancia y con implicaciones jurídico-públicas –por su financiación o por la situación de derechos exclusivos o especiales de la entidad o empresa contratante- bajo un principio de igualdad en todo el ámbito de la Unión Europea, pero forma parte de su libertad la fijación –dentro de ello- del objeto y condiciones de esos contratos, sin que tengan que justificar su específica necesidad para los intereses o necesidades públicas. Las normas de *ius cogens* que se les impone a su contratación, que seguirá siendo jurídico-privada –la contratación en sí misma, no sólo los contratos de ella resultantes- deben entenderse siempre del modo más restrictivo posible, como limitadoras que son –ahora sí- de la libertad inherente a los sujetos privados, por más que algunos de esos sujetos privados sólo lo sean formalmente, pero no sustantivamente, por no ser, en realidad, sino personificaciones instrumentales formalmente privadas del mismo Poder público, cuya legitimidad plantea tantos interrogantes y, desde luego, muy severos límites.

4. Pero precisamente la nueva Ley española 30/2007, de contratos del sector público, aun dentro de no pocas contradicciones y –aunque resulte chocante decirlo- consciente o inconscientemente, parece tratar de someter a ciertas exigencias propiamente jurídico-públicas efectivas a la contratación de todos los organismos, entidades y empresas que conforman lo que llama el sector público, aunque su personificación sea jurídico privada o, siendo pública, como en el caso de las denominadas entidades públicas empresariales, la misma Ley les haya desposeído expresamente de la condición de Administraciones públicas a los efectos justamente de su régimen contractual.

Es verdad que los que el Derecho comunitario denomina Organismos de Derecho público revestidos de personalidad jurídico-privada, sólo serán “privados” formalmente, por lo que, una aplicación de la doctrina del descorrimiento del velo de la personalidad instrumental podría justificar que se les aplicaran las exigencias causales jurídico-públicas, siempre, al menos, que no actúen en ámbitos sometidos al mercado y la competencia en condiciones de igualdad con otros agentes económicos. Pero lo que el legislador debería de hacer es prohibir esos disfraces de consecuencias tan imprevisibles, en lugar de permitirlos para luego tratar de reconducirlos al régimen jurídico propio de los entes públicos, en un camino lleno de riesgos para la seguridad jurídica y para el adecuado uso de los recursos públicos.

Además esa reconducción, como la aparentemente pretendida por la Ley española 30/2007, fácilmente se queda a medio camino.

La Ley 30/2007 ha establecido, en efecto, cierto número de disposiciones que gozan explícitamente de aplicabilidad general para todo el sector público con el correspondiente carácter –salvo rara excepción- de su carácter básico, conforme a lo precisado por su disposición final séptima. Y entre esas disposiciones tiene importancia destacar aquí en particular las contenidas en los ya citados artículos 22, relativo precisamente a la necesidad de justificación causal de los contratos de la que debe dejarse constancia en el expediente de su preparación, y 25, sobre las limitaciones intrínsecas de la denominada libertad de pactos. Figuran también en la relación significativamente, entre otros, los artículos 43 a 52, sobre la aptitud para contratar con el sector público, y 61 a 73 sobre los modos de acreditar la aptitud para contratar, o, en fin, los artículos 74 a 76 sobre el objeto del contrato, incluido el precio y el modo de calcular el valor estimado de los contratos. También formarían parte de ese bloque disposiciones como las contenidas en las adicionales sexta (posible preferencia a favor de la contratación con empresas que empleen a personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro u Organizaciones de Comercio Justo) y séptima (posibilidad de reserva de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo o en el marco de programas de empleo protegido), entre otras.

5. No todos los contratos, sin embargo, quedarán sometidos directamente a esas reglas, pues el artículo 4 de la misma Ley contiene importantes exclusiones de su ámbito de aplicación directa: por ejemplo la letra g), en cuanto a los “contratos de suministro –“adquisición, arrendamiento financiero o arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles”, en el concepto del artículo 9 de esta misma Ley- relativos a actividades directas de los organismos de derecho público dependientes de las Administraciones públicas cuya actividad tenga carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley”²⁹.

6. En cualquier caso, los medios de hacer efectiva la sumisión a las reglas y principios a que se someterían los contratos indicados de las entidades y sociedades o fundaciones del sector público que no sean Administraciones públicas ni actúen como poderes adjudicadores en contratos de regulación armonizada con las directivas comunitarias de contratos públicos, hacen difícilmente exigible su cumplimiento. Por supuesto –basta ver la redacción de los preceptos correspondientes- no se les aplican las normas propias de los contratos públicos sobre perfección (artículo 27) e invalidez y anulación (artículo 31 y ss.), y todo el sistema procesal aplicable para exigir el cumplimiento de la ley es exclusivamente el jurídico-privado.

Los artículos 175 y 176 han establecido algunas reglas para todos estos contratos del sector público no celebrados por Administraciones públicas y no sometidos a regulación

29 No es claro a qué sujetos se quiere referir esta exclusión (en la Ley anterior de contratos de Administraciones Públicas eran sólo los Organismos Autónomos), máxime cuando la Ley 30/2007 no define lo que sean para ella los “organismos de Derecho público”. Pero si se aplica el concepto comunitario, ya definido en otras leyes españolas (la 31/2007, destacadamente), habría que incluir a sociedades que principalmente se dedican a actividades no mercantiles, que puedan tener también una actividad secundaria mercantil, que, como tal, parece lógico que no tenga que someterse, al menos directamente, a la Ley 30/2007.

armonizada derivada de las directivas comunitarias: no sólo reiteran lo que ya, en buena medida, se disponía tan tradicional como inútilmente en leyes anteriores a la actual, acerca de la sumisión de su adjudicación a *los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no confidencialidad* sino que, además de obligarse también a que la adjudicación se efectúe *de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa* – lo que se califica de *directriz*-, se obliga a esas organizaciones a que aprueben unas *instrucciones internas* en las que *se dispondrá lo necesario para asegurar la efectividad de los principios enunciados* y de la mencionada *directriz*, que *deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación (...) y publicarse en el perfil de contratante de la entidad*.

Ahora bien, está por ver en qué va a poder traducirse todo eso en la práctica, bajo el control técnico-jurídico que permite la jurisdicción civil.