

¿Una tesis «sustancialista» del contrato administrativo?

Santiago González-Varas Ibáñez

Sumario: 1. PLANTEAMIENTOS. 2. EL *LEITMOTIV* DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA SUJECCIÓN DE LAS ADJUDICACIONES A PAUTAS PRECISAS DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA. A. El cuadro de directivas comunitarias. B. El *quid* de las directivas: la contratación pública ha de hacerse conforme a criterios de legalidad pública. C. Aplicación de este tipo de criterios funcionales, esenciales a las directivas comunitarias, por el TJCE. 3. EL FENÓMENO DE «IUSPUBLIFICACIÓN» INHERENTE A LA LEGALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A. Legalización y publicación de los contratos de la Administración en los sistemas europeos de contratación privada. B. El perfeccionamiento del contrato administrativo: la repercusión de las directivas en el Derecho francés. 4. EN PARTICULAR, LA REPERCUSIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL. A. Una referencia inicial al proceso de incorporación de las directivas comunitarias en el Derecho español. B. La *intensificación* de las reglas procedimentales y de otros parámetros de legalidad administrativa. C. La iuspublicación de la contratación privada de entidades que cumplen funciones administrativas. 5. RECAPITULACIÓN. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y LA AFIRMACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LAS ADJUDICACIONES. 6. LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS; EL DESARROLLO DEL CONTROL PÚBLICO SOBRE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN. PROBLEMAS EN EL DERECHO ESPAÑOL. 7. CONCLUSIÓN: LA ADAPTACIÓN DE LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN AL CONTEXTO JURÍDICO ACTUAL.

1. PLANTEAMIENTOS

Este trabajo estudia las reformas legislativas recientes en materia de contratación administrativa y se pregunta también acerca de la repercusión de la normativa más característica dictada durante los últimos años en el ámbito de la contratación administrativa (vgr. las directivas comunitarias europeas) sobre el ordenamiento jurídico español y europeo en general. La respuesta a esta pregunta no quiere hacerse a los solos efectos de observar la repercusión práctica de dichas directivas sino también a los efectos de estudiar la propia naturaleza jurídica del contrato administrativo.

2. EL LEITMOTIV DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA SUJECCIÓN DE LAS ADJUDICACIONES A PAUTAS PRECISAS DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

A. El cuadro de directivas comunitarias

Es bien conocido que la Comunidad Europea ha venido dictando, durante los últimos años, una serie de directivas en materia de contratación pública a las que los Estados miembros han tenido que adaptar su Derecho interno. Desde luego todos los Derechos de los Estados miembros han sufrido con mayor o menor intensidad la repercusión de estas directivas.

Los contratos de *obras* se regularon primero por la directiva 71/305 de 26 de julio de 1971, sobre la coordinación del procedimiento para la adjudicación de contratos públicos de obras, modificada por la directiva 89/440 de 18 de julio de 1989 (DOCE de 21 de julio de 1989) y la Decisión de 13 de julio de 1990 (DOCE de 19 de julio de 1990). Se regulan en la actualidad por la *directiva 93/37* de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras (DOCE de 9 de agosto de 1993).

Los contratos de *suministros* se regularon primero por la directiva 77/62 de 21 de diciembre de 1976, sobre la coordinación del procedimiento para la adjudicación de contratos públicos de suministro, modificada por la directiva 80/767 de 22 de julio de 1980 (DOCE de 18 de agosto de 1980) y por la directiva de 88/295 de 22 de marzo de 1988 (DOCE de 20 de mayo de 1988). Actualmente, se rigen por la *directiva 93/36* de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros (DOCE de 9 de agosto de 1993).

Ambas directivas tienen una *correspondencia procesal*, mediante la *directiva 89/665* de 21 de diciembre de 1989, directiva para la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros, modificada el 30 de diciembre de 1989.

Los contratos públicos de *servicios* son el objeto de la directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, *directiva 92/50* de 18 de junio de 1992 (DOCE de 24 de julio de 1992).

Estas directivas se perfeccionan con la llamada *directiva de sectores especiales*, inicialmente, directiva 90/531, de 17 de septiembre de 1990, sustituida posteriormente por la *directiva 93/38* sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DOCE de 9 de agosto de 1993), a su vez modificada por la directiva 98/4, del Parlamento Europeo y del Consejo.

La *vertiente procesal* de esta directiva citada en último lugar se encuentra en la *directiva 92/13*, de 25 de febrero de 1992 (DOCE de 23 de marzo de 1992), re-

lativa a la coordinación de las disposiciones legales referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Finalmente, téngase en cuenta el Acuerdo del Espacio Económico Europeo (en vigor tras el 1 de enero de 1994; puede verse M. A. DÍAZ MIER/A. ÁVILA ÁLVAREZ, *Rev. Noticias de la U.E.* 133, 1996).

Con posterioridad a todo este conjunto de directivas (y teniendo en cuenta algunas proposiciones de modificación de las directivas; véase COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Bruxelles, 29 de marzo de 1995, COM 95, 107 final) la CE ha adoptado la *directiva 97/52*, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, cuya fecha tope de incorporación se sitúa el 13 de octubre de 1998. Esta directiva reforma las directivas 93/36, 93/37 y 92/50 ¹.

Así pues, junto a las directivas clásicas, de obras y suministros es preciso tener presente la directiva de sectores especiales, cuyo origen se explica precisamente por aquellas otras cuando afirman la necesidad de regular específicamente (atendiendo a su particular complejidad) la contratación de las entidades que actúan dentro de los sectores de las aguas, de la energía, transporte y telecomunicaciones.

Por otra parte, toda esta normativa destinada a regular los aspectos materiales o sustantivos se completa con las directivas de «tipo procesal», las cuales garantizan al particular perjudicado por la vulneración de los principios de publicidad y concurrencia (directivas 92/13 y 89/665, *cit.*).

En relación con los contratos públicos de servicios la directiva 92/50 ² sigue los principios contenidos en las demás directivas (de obras y de suministros); esto se encargan de dejarlo claro los considerandos de la directiva, cuando afirman que «las normas de adjudicación de contratos públicos de servicios deben ser lo más parecidas posibles a las que rigen los contratos públicos de suministros y de obras, pese a las adaptaciones precisas» ³. La finalidad de esta directiva está, igualmente que en aquellas otras, en lograr el mercado interior y la supresión de las trabas a la libre circulación de los servicios. Distingue por otra parte un doble régimen de aplicación, en función del tipo de servicio: en resumen, para ciertos contratos de servicios (señalados en el Anexo I B de la directiva) se ha establecido una regulación

¹ Finalmente, se ha planteado hasta qué punto puede regir la *directiva 93/13*, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (y por tanto la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación), en el ámbito de la contratación (privada) de la Administración; puede verse J. RODRÍGUEZ-ARANA, *AA* 12 1999.

² Directiva de 18 de junio de 1992 (DOCE de 24 de julio de 1992).

³ Considerandos 22 y 23.

menor que la de otros servicios (enumerados en el Anexo I A). Los criterios de adjudicación del contrato son, siguiendo las pautas de las directivas anteriores de contratación de obras y servicios, el precio más bajo y la oferta más ventajosa (artículos 36 y 7). Previamente, la entidad adjudicadora ha tenido que valorar si el licitador incurre en alguna de las causas recogidas en el artículo 29 (condenado en sentencia firme, estado de quiebra...).

B. El *quid* de las directivas: la contratación pública ha de hacerse conforme a criterios de legalidad pública

En principio, las directivas comunitarias tienen como fin inmediato y principal materializar ciertas libertades comunitarias fundamentales (libertad de circulación de mercancías ⁴ y libertad de circulación de servicios) ⁵, así como realizar el mercado interior introduciendo la competencia en el sector, sin poderse reservar determinados cupos de contratación a empresas nacionales (STJCE de 20 de marzo de 1990).

Es significativo que para la consecución de estos fines las directivas comunitarias presupongan y exijan el cumplimiento de ciertos criterios o pautas de legalidad administrativa sobre la fase de adjudicación del contrato, cuyo cumplimiento puede ser exigido ante los tribunales de justicia.

Esta asociación entre legalización y realización de un mercado interior puede basarse en el artículo 163.2 (antiguo 130 F.2) del Tratado de la Comunidad Euro-

⁴ Véase el artículo 28 del Tratado («sin perjuicio de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, *así como todas las medidas de efecto equivalente*»). Véanse también los artículos 4 y 86 del Tratado de la CECA y el 93 del Tratado de la CEEA. Las medidas de efecto equivalente se originan cuando una disposición legal, reglamentaria o administrativa, o un acto o comportamiento de una autoridad pública, es susceptible de constituir un obstáculo directo o indirecto actual o potencial para el comercio intercomunitario (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Comisión contra Irlanda de 22 de septiembre de 1988, asunto 45/87, *Rec.*, págs. 4929 y ss., así como directiva de la Comisión 70/32/CEE de 17 de diciembre de 1969).

⁵ Por ejemplo, ya la directiva 71/304/CEE definía, en este sentido, tres categorías de restricciones en función del efecto que pueden tener (en el artículo 3):

— Las restricciones que impiden a los beneficiarios llevar a cabo sus prestaciones en iguales condiciones y con los mismos derechos que los nacionales. En el sentido de la directiva, esto hace referencia a las discriminaciones que aquéllos pudieran sufrir mediante la celebración de un contrato de obras.

— Las restricciones que origina una práctica administrativa que tiene por efecto aplicar a los beneficiarios un trato discriminatorio con respecto a los nacionales.

— Las restricciones resultantes de las disposiciones o de prácticas, que, aunque aplicables sin acepción de nacionalidad, obstaculizan exclusiva o principalmente la actividad profesional de los nacionales de los otros Estados miembros.

pea, donde se fija como objetivo comunitario que las empresas lleguen a sacar el máximo partido de las potencialidades del mercado interior comunitario mediante la contratación pública. El artículo dice, más exactamente: «a tal fin (investigación y desarrollo tecnológicos), la Comunidad estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas empresas, a los centros de investigación y a las Universidades en sus esfuerzos de investigación y desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación, fijándose en especial, como objetivo, permitir a las empresas la plena utilización de las potencialidades del mercado interior de la Comunidad, en particular por medio de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación».

En todo caso, si hay un dato que caracterice las directivas comunitarias éste es su reiterada e insistente proclamación de los principios de publicidad, de concurrencia y de prohibición de efectos discriminatorios ⁶.

El *quid* de las directivas estaría esencialmente en su insistente *efecto de legalización* de las adjudicaciones de contratos, siempre a partir de un determinado umbral económico ⁷. La importancia de este efecto de legalización de las adjudicaciones de los contratos públicos es evidente considerando la gran trascendencia económica de la contratación pública ⁸. Las distintas directivas se enfrentan conscientemente con las resistencias que se derivan de la práctica o tendencia, tan arraigada tradicionalmente, a «comprar nacional» ⁹.

Dicho «efecto legalizador» se percibe claramente en la plasmación de criterios objetivos de adjudicación del contrato (artículo 26, por ejemplo,

⁶ Sobre esta prohibición de discriminación puede verse la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Comisión contra República Italiana* de 5 de diciembre de 1989, asunto C-3/88, *Rec.* pág. I-4035.

⁷ STJCE de 18 de diciembre de 1997, asunto C-5/97.

⁸ Véase P. CECCHINI, *Europa 92, der Vorteil des Binnenmarktes*, Baden-Baden 1988, págs. 37 y ss.

⁹ Esto parece ser práctica habitual en los distintos Estados, según informa A. PREDIERI, «Procedure contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi pubblici», *Congresso su il mercato europeo pubblico e privato nell'Europa degli anni 90*, Milano 1990, pág. 386; F. RITTNER, «Das deutsche Öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext», *NVwZ*, n.º 4 1995, pág. 313 («der öffentliche Auftraggeber kauft am liebsten juste retour vor der Haustür»); G. SAMANIEGO BORDIU, «La normativa comunitaria de los contratos de las empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones», *REDA* n.º 71 (1991), pág. 358, añade: «la creación del mercado interior es un proceso que todavía no ha terminado, ya que subsisten barreras técnicas, jurídicas y físicas que hacen que las empresas no establecidas en un Estado miembro tengan una situación de desventaja importante en relación con las que ya están establecidas»; véase también C. BOVIS, «The award of public contracts under the framework of EC public procurement directives», *The Journal of European Business Law*, November 1994; y R. STOBER, *Derecho administrativo económico*, Madrid 1992 (traducido por S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ), pág. 381: «el mercado de suministros del poder público debe abrirse a Europa como fórmula de creación de un mercado público, realidad que acompaña al mercado privado clásico».

de la directiva 93/36): éstos han de ser necesariamente bien el precio más bajo o bien la oferta más ventajosa (salvo el caso de las ofertas temerarias regulado en el Derecho español en el artículo 84.2 de la LCAP o en el artículo 27, por ejemplo, de la directiva 93/36). Por eso, si la oferta es anormalmente baja, el poder adjudicador no podrá rechazarla si no ha llevado a cabo un procedimiento de verificación con el fin de concluir que la oferta es «anormalmente baja» (véase la STJCE de 16 de octubre de 1997, asunto C-304/96).

Se está insistiendo, de esta forma, en aquello que es propio del contrato administrativo, la legalidad de la adjudicación del contrato. Dichos criterios, enumerados en las directivas, deben mencionarse en el anuncio del contrato o en el pliego de condiciones, en orden correspondiente a la valoración que se va a seguir ¹⁰.

En este sentido, es preciso mencionar el deber de los poderes adjudicadores de publicar los anuncios de contratos en el suplemento del Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de acuerdo con los modelos que figuran en las directivas comunitarias, y con un contenido que varía según que el procedimiento de adjudicación sea abierto o restringido.

El procedimiento abierto consiste en que cualquier proveedor interesado pueda presentar su oferta; el restringido se caracteriza por tener una primera fase de selección de los contratistas y, por tanto, sólo pueden presentar sus ofertas aquellos cuya propuesta sea previamente admitida, es decir, únicamente los empresarios invitados por el poder adjudicador. Asimismo, los poderes adjudicadores pueden no seguir estos procedimientos, negociando directamente con el proveedor, en circunstancias muy excepcionales o cuando resulte así por la aplicación de otros criterios previstos en las directivas (artículo 6, por ejemplo, de la directiva 93/36). Los plazos (para la recepción de ofertas, así como para los envíos de los pliegos de condiciones y otras informaciones complementarias) son más breves en los procedimientos restringidos que en los procedimientos abiertos.

Así pues, el dato más característico de la contratación pública, en el nuevo contexto jurídico definido en buena medida por las directivas comunitarias, sería la irrenunciable sujeción del poder adjudicador a criterios de legalidad administrativa. Ahora bien ¿qué poder adjudicador? Esta pregunta no es inoportuna en este contexto porque precisamente su respuesta va a permitir profundizar en la afirmación anterior.

Más concretamente, lo interesante de la cuestión planteada sería verificar cómo las directivas se apoyan esencialmente en lo que ellas mismas

¹⁰ STJCE de 28 de marzo de 1985, asunto 274/83, *Rec.* págs. 1077 y ss., *Comisión contra República Italiana*.

denominan en sus considerandos «definición funcional del poder adjudicador», para definir su ámbito de aplicación. En consecuencia, «poderes adjudicadores» son, junto al Estado y demás Administraciones territoriales, los organismos que cumplan o satisfagan «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial y mercantil» (siempre que, lógicamente, estén vinculados a dichas Administraciones, es decir, que estén dotados de personalidad jurídica y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos o cuyo órgano de Administración, de dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público) ¹¹.

Esta definición del poder adjudicador, de las directivas comunitarias, está pensando precisamente en evitar que, como consecuencia de posibles calificaciones *formales* de las legislaciones de los Estados miembros, se eluda el cumplimiento de la legalidad comunitaria. De ahí que, independientemente de aquéllas, el organismo o entidad quedará sujeto a las directivas si cumple la función que ellas mismas precisan. Dicho efecto legalizador es importante especialmente en el ámbito de la contratación de entidades que desarrollen funciones administrativas y que se hacen regir por el Derecho privado.

La jurisprudencia del TJCE ha sido coherente con este planteamiento del Legislador comunitario aplicando estos criterios funcionales característicos de las directivas comunitarias cuya virtualidad está en servir de solución al problema de la huida del sistema de garantías que han de cumplir todos los entes que cumplen funciones administrativas.

C. Aplicación de este tipo de criterios funcionales, esenciales a las directivas comunitarias, por el TJCE

La aplicación de estos criterios de tipo funcional no ofrece excesivos problemas en la praxis judicial comunitaria. Puede servir, entre una numerosa jurisprudencia, la STJCE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/1996). Respondiendo a ciertas cuestiones prejudiciales planteadas, el TJCE, con evidente sencillez y contundencia contesta afirmativamente a la cuestión de si una determinada entidad (la imprenta estatal austríaca)

¹¹ Artículo 1 de la directiva 93/37; artículo 1 de la directiva 93/36 y considerando tercero, etc.

debe cumplir los criterios de legalidad administrativa previstos en la directiva comunitaria de contratos públicos de obras apoyándose en que dicha entidad, independientemente de su calificación formal, satisface funciones de interés general.

Aprovecha el Tribunal para afirmar que no es preciso que todas las funciones del ente tengan que representar la satisfacción de necesidades de interés general.

El TJCE sienta además que las entidades que ejercen actividades de carácter mercantil, aun cuando puedan calificarse de administrativas o sean dependientes de un poder adjudicador, no están obligadas a observar las pautas de legalidad previstas en las directivas comunitarias en cuanto a la adjudicación de sus contratos, ya que para ello aquéllas han de satisfacer necesidades de interés general.

La relevancia de este tipo de criterios funcionales desarrollados a raíz de la famosa sentencia *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988 ¹², está en gran medida en poder obligar a sujetos de Derecho privado al cumplimiento de una legalidad de carácter público (la sujeción de la fase de adjudicación a los principios de concurrencia y publicidad).

Pero no sólo alcanzan las directivas a entidades de Derecho privado de dudosa calificación como Administración. La aplicación de este tipo de criterios funcionales permite aplicar la legalidad comunitaria (la legalidad administrativa una vez que el Derecho interno se adapta a las directivas) a la contratación de órganos que se encuadran en el Poder legislativo.

Así, la sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 1998 (asunto C-323/96) afirmó que un órgano legislativo como el *Vlaamse Raad* forma parte del Estado y por tanto constituye un poder adjudicador en el sentido de la letra b) del artículo 1 de la directiva 71/305, sin que las calificaciones jurídicas de Derecho interno puedan llegar a desvirtuar esta aplicación.

El mensaje de esta jurisprudencia para el Derecho español sería que los tribunales y juzgados de la jurisdicción contencioso-administrativa apliquen, siguiendo el ejemplo del TJCE, este tipo de criterios funcionales que completan, actualizan y perfeccionan (como hemos dicho en otro

¹² En suma, esta sentencia declaró que un organismo que no podía ser encuadrado formalmente como Administración pública debía aplicar la directiva 71/305 (se trataba de una comisión local de concentración parcelaria).

lugar ¹³) los propios criterios subjetivistas dominantes en un plano doctrinal.

Es una típica misión de los tribunales de justicia la de decidir, en el caso concreto, qué es satisfacción de necesidades de interés general y qué es cumplimiento de funciones que no tengan carácter industrial y mercantil. En este sentido, por ejemplo, la STJCE de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96) considera que el tratamiento de residuos domésticos e industriales es «satisfacción de necesidades de interés general», «dado que el grado de satisfacción de esta necesidad que se estime necesario por razones de salud pública y de protección del medio ambiente quizás no se consiga si los operadores económicos privados ofrecen, total o parcialmente, a los particulares dichos servicios de recogida», aun cuando este tipo de funciones son susceptibles de ser desempeñadas por empresas privadas.

3. EL FENÓMENO DE «IUSPUBLIFICACIÓN» INHERENTE A LA LEGALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A. Legalización y publicación de los contratos de la Administración en los sistemas europeos de contratación privada

Seguramente donde mejor se perciban los efectos de legalización de la contratación de la Administración como consecuencia de las directivas comunitarias es examinando dichos efectos en los sistemas de contratación privada de la Administración, como ocurre por ejemplo con el Derecho alemán.

Tradicionalmente, en el Derecho alemán se parte de la incardinación del contrato de la Administración dentro del Derecho privado, pues el Derecho administrativo no se ha desarrollado en este ámbito contractual. De este modo, rige el principio de libertad de pactos, propio de los contratos de Derecho civil ¹⁴. El sistema de fuentes presenta ciertas peculiarida-

¹³ Para los testimonios jurisprudenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta línea puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid Editorial Tecnos, comentario al artículo 2 de la Ley.

¹⁴ M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart 1962, págs. 108 y ss.; F. RITTNER, *Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens*, 1988; M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart 1962 *in totum*; K. HAILBRONNER, «Europarechtliche Aspekte

des. Junto al Código Civil, la regulación de los contratos se completa mediante una serie de disposiciones (*Bestimmungen*) donde se establecen determinadas «*pautas para la contratación*» en general de los particulares, en materia de contratación de obras y de suministros (las llamadas *Verdingungsordnungen für Bauleistungen und für Leistungen*). En estas disposiciones (órdenes de adjudicación) se presupone un concurso público con carácter general y reglas de publicidad de los contratos¹⁵. Pero, por su naturaleza jurídica, no tienen aquéllas carácter de normas vinculantes, al ser simples recomendaciones cuya aplicación o validez se produce sólo en caso de que las partes contratantes pacten su sometimiento a las mismas. De ahí que pueda afirmarse que el carácter civil de la contratación impregna el momento mismo de la adjudicación.

Con ocasión de las directivas comunitarias, y a efectos de afirmar el cumplimiento de los principios de las directivas comunitarias, Alemania ha optado por otorgar a dichas disposiciones u órdenes de adjudicación un «valor vinculante»¹⁶ en la Ley de Principios Presupuestarios (artículo 57a), cuando contrata un «poder adjudicador» (en el sentido de las directivas comunitarias). Respecto de éstos, dichas disposiciones pasan a tener el carácter de «normas administrativas internas», planteándose entonces el problema de si este tipo de disposiciones de rango no legal puede llegar a vincular la contratación de las empresas de los particulares.

Pues bien, esta referencia a la repercusión de las directivas comunitarias sobre el Derecho alemán es importante con el fin de observar el «efecto de legalización» que sufre la fase de adjudicación de este tipo de contratos. Dicho «efecto» recae sobre contratos que seguían un régimen de Derecho civil. Sin embargo, las directivas comunitarias consiguen su plantar el principio característico de la libertad de pactos afirmando en su lugar la aplicación de criterios de legalidad y vinculantes, los cuales

der Vergabe öffentlicher Aufträge», *RIW* 1992, pág. 553; E. SCHMITZ, *Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt*, Baden-Baden 1972, pág. 30; críticamente, C. GUSY, «Staat-saufträge an die Wirtschaft», *JA*, Heft 1, 1989, pág. 28; T. ELBEL, «Das Recht der öffentlichen Aufträge auf dem Prüfstand des europäischen Rechts», *DÖV*, 6, 1999, pág. 235 y ss.

¹⁵ Además, habría que considerar las vinculaciones que derivan del Derecho de la competencia y de los derechos fundamentales.

¹⁶ A juicio de la Comisión Europea (posición defendida en el litigio que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 11 de agosto de 1995, *Comisión Europea contra República Federal de Alemania*, asunto C-433/93, fallo que dio la razón a la Comisión), el sistema no tiene ningún carácter vinculante, al ser prescripciones de cumplimiento voluntario. Esta sentencia originó la reforma del sistema alemán de contratación «pública» en el plano de las garantías procedimentales y del sistema de control de las adjudicaciones.

constituyen hoy la nueva legalidad pública que, en este país como en los demás de la Unión europea, ha de cumplirse.

B. El perfeccionamiento del contrato administrativo: la repercusión de las directivas en el Derecho francés

Las directivas comunitarias han repercutido, igualmente, sobre los Derechos que mejor conocen el contrato administrativo. Pero, a diferencia del supuesto que acaba de estudiarse, dicha repercusión no consiste en la implantación de un nuevo modelo de contratación. Más bien, la honda incidencia de las directivas significa el perfeccionamiento del contrato administrativo a costa de profundizar en lo que a él es inherente, la sujeción de la voluntad contratante a pautas y criterios objetivos de legalidad (concurrentia y publicidad).

Concretamente, en el Derecho francés, con motivo de la adaptación de éste a las directivas comunitarias, una importante Ley de 29 de enero de 1993 ha reformado sensiblemente el sistema de contratación de gestión de servicios públicos.

En el marco de una problemática más general, la «prevención de la corrupción»¹⁷, dicha Ley ha introducido una figura nueva dentro de la contratación administrativa, que es el contrato de delegación de servicios públicos. Por «delegación» se entiende «toda forma de gestión de un servicio público realizada por un tercero —con personalidad jurídica distinta del delegante—».

La doctrina francesa destaca la determinante influencia del Derecho comunitario sobre el sistema de contratación, especialmente por lo que respecta a la derogación del principio, que regía tradicionalmente, de libertad de elección del contratista (*contrat attribué intuitus personae*)¹⁸.

¹⁷ La propia Ley se titula «de prevención contra la corrupción». Se dictó a raíz de un importante informe «Robert Bouchery», Presidente de la Comisión que estudió tal fenómeno. Sobre esto véase P. TERNEYRE, «La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques: L'apport au droit des marchés publics de la loi anti-corruption», *Revue française de droit administratif* 9 (5), sept.-oct. 1993, pág. 952, así como para los problemas planteados durante la elaboración de la Ley (principalmente el riesgo para las empresas francesas de abrir el mercado a las empresas comunitarias). Por otra parte, la ley continúa el sistema de vinculaciones legales, en relación con la contratación, que algunas leyes anteriores habían comenzado, con el fin de ajustar la legislación francesa a las directivas comunitarias de contratación.

¹⁸ Tradicionalmente, en los *marchés publics* se respeta el principio de concurrentia; no así en los contratos de concesión; así: A. LAUBADÈRE/F. MODERNE/P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris 1983, §§ 630 y 631; A. ROUX, «Le principe constitutionnel de la libre administration

A pesar de estos progresos jurídicos, sigue no obstante siendo deficiente este sistema en tanto en cuanto se deja, finalmente, a discrecionalidad de la Administración «delegante» la elección de los contratistas. Por otra parte, la introducción de la «delegación» (justificada ante la crisis de la concesión administrativa y su incapacidad para aglutinar las distintas formas contractuales de gestión de un servicio público)¹⁹ trae consigo el problema de su delimitación con los *marchés publics*.

Tradicionalmente, por la «concesión» la Administración confiaba a otro sujeto la ejecución de un servicio público; en los *marchés publics* (contratos de obras y suministros) se pretendía obtener las prestaciones exteriores al servicio público, teniendo así por objeto dar respuesta a las necesidades del servicio público.

Paulatinamente se venía corroborando una extensión del ámbito de los *marchés publics*, planteando el problema de su delimitación con la concesión. Tras la adaptación de las directivas comunitarias en materia de contratación todo tipo de contratos (tanto el *marché public* como la concesión) se someten a un régimen jurídico común desde el momento en que se aplican las reglas de publicidad y concurrencia²⁰.

Estos hechos llevaron a que la distinción entre concesión y *marché* tuviera que buscarse exclusivamente en el *carácter de la remuneración* al contratante; en los contratos de obras y suministros (*marchés publics*) aquélla es un precio «pagado por la colectividad», que establece la Administración; en la concesión, una tasa (*redevanche*) que satisfacen los usuarios del servicio²¹. Pero ha de conside-

des collectivités locales», *Revue française de droit administratif*, 1992, pág. 445; C. CHENUAUD-FRAZIER, «La notion de délégation de service public», *Revue de Droit Public*, 1995, n.º 1, pág. 177; M. GUIBAL, «Droit public des contrats et concurrence: le style européen», *La Semaine juridique (JCP)*, n.º 15, pág. 163; J. C. BRUÈRE, «Délégation de service public et marché d'entreprise de travaux publics», *Gazette du palais*, août 1994, pág. 2; R. ERGEC, «L'Union économique et les marchés publics», *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, mars 1994, 113e année, n.º 5710, § 2; P. DELVOLVÉ, en VARIOS AUTORES, *La concession...*, pág. 114; J. C. DOUENCE, «Les contrats...», págs. 942 y ss.; G. MARCOU, «La notion...», pág. 886.

¹⁹ F. LLORENS, «La définition actuelle de la concession de service public en droit interne», en VARIOS AUTORES, *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris 1992, págs. 15 y ss.; G. MARCOU, «La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993», *Revue française de droit administratif*, 10 (4), juillet-août 1994 y 10 (5) sept.-oct. 1994, pág. 876; J. C. DOUENCE, «La loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques: Les contrats de délégation de service public», *Revue française de droit administratif*, 9 (5), sept.-oct. 1993, pág. 938.

²⁰ P. DELVOLVÉ, «Les marchés...», pág. 765, quien además pone de manifiesto otra transformación del régimen de los *marchés publics*, por efecto de las directivas comunitarias: tradicionalmente en el Derecho francés aquéllos eran adjudicados por los poderes públicos; tras las directivas comunitarias también lo son los que adjudiquen las empresas privadas que disfrutaban de derechos exclusivos.

²¹ F. LLORENS, «La définition actuelle de la concession de service public en droit interne», en VARIOS AUTORES, *La concession...*, pág. 54; P. DELVOLVÉ, «Les marchés...», pág. 764; LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité...*, § 194 y 236; J. C. BRUÈRE, «Délégation...», pág. 4; resolución del Consejo de Estado de 8 de noviembre de 1963, *Compagnie des entrepôts et magasins généraux de Paris*, Recueil Conseil d'État, pág. 534; resolución del Consejo de Estado de 26 de no-

rarse que este dato —anecdótico— no llega a constituir una diferencia esencial entre ambas figuras. En este sentido, la Ley de 29 de enero de 1993 no aclara o da información acerca de la polémica existente sobre la distinción entre *marché* y concesión, y la jurisprudencia habrá de delimitar ambas figuras ²².

Es interesante finalmente hacer una breve *recapitulación*, haciendo hincapié en el problema característico, y subyacente al contrato administrativo, de la corrupción, así como en la virtualidad del contrato administrativo como forma jurídica apta para profundizar en la sujeción a Derecho de las adjudicaciones de los poderes adjudicadores. Porque no podemos olvidar que si bien cualquier empresario o profesional puede contratar o emplear en su oficina a quienes considere oportuno, los funcionarios en cambio tenemos que actuar conforme a pautas de legalidad. En tanto en cuanto no estén establecidas dichas pautas estaremos ante una laguna jurídica; ésta es la base del Derecho administrativo.

4. EN PARTICULAR, LA REPERCUSIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

A. Una referencia inicial al proceso de incorporación de las directivas comunitarias en el Derecho español

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, ha querido incorporar al Derecho español las directivas de contratos de obras y de suministros dictadas con posterioridad a las directivas iniciales de contratación (esencialmente, 93/36 y 93/37), así como la directiva 92/50, sobre contratos públicos de servicios, pues hasta dicha Ley, la legislación de contratos del Estado se había adaptado sólo a las versiones iniciales de las directivas de los contratos de obras y de suministros (directivas 71/305 y 77/62) ²³.

viembre de 1971, *Société S.I.M.A.*, Recueil Conseil d'État, pág. 723; C. CHENUAUD-FRAZIER, «Délégation...», pág. 187.

²² La Ley tampoco soluciona si los contratos de servicios públicos no económicos (culturales o sociales) pueden resultar comprendidos dentro del contrato de gestión de delegación de servicios públicos (en sentido negativo, G. MARCOU, «La notion...», págs. 698 y ss.; afirmativamente J. C. DOUENCE, «Les contrats...», pág. 947).

²³ Esta adaptación, referida en último lugar, se produjo mediante Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, adaptando la por entonces vigente Ley de Contratos del Estado a dichas directivas; igualmente, por Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, dictado con el fin de adaptar el Reglamento de Contratos del Estado a la Ley de Contratos del Estado, una vez se había ésta reformado.

Posteriormente, la Ley 48/1998, de 30 de diciembre (sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones), incorpora al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CE y 92/13/CEE, proclamando la sujeción —a los principios de publicidad y concurrencia— de determinadas entidades públicas o privadas.

Siguiendo con este incesante proceso de directivas y por tanto de reformas legislativas en el ámbito del Derecho interno, es preciso citar igualmente el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOCG, Serie A n.º 161-1 de 8 de marzo de 1999). Adapta aquél el Derecho español a las modificaciones producidas en la normativa comunitaria sobre contratos públicos al mismo tiempo que pretende la corrección de deficiencias técnicas y la introducción de una mayor objetividad, transparencia y concurrencia en la contratación administrativa. Incorpora concretamente la directiva 97/52, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, la cual reforma las directivas 93/36, 93/37 y 92/50.

La LCAP considera que no es necesaria una incorporación a la directiva de recursos 89/665 (en materia de obras, suministros y servicios). Tampoco se consideró precisa, por entonces, según afirma la Exposición de Motivos de esta Ley, la incorporación de la directiva de recursos en el ámbito de los sectores excluidos. No obstante, esta última sí se ha incorporado, finalmente, por Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

Interesa observar, asimismo, la evolución reciente del contrato administrativo a la luz de las reformas legales que se proyectan sobre el Derecho español.

Como es sabido, contratos administrativos vienen siendo en primer lugar los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y gestión de servicios públicos, así como los de suministros y otros mencionados en el artículo 5 de la LCAP 13/1995. Sobre estos «otros» contratos es preciso hacer una puntualización. La citada LCAP incluye los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.

Tal como reconoció en su día el Proyecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 26 de octubre de 1992 (BOCG n.º 109-1), y dice hoy la Exposición de Motivos de la LCAP, se acudió específicamente a dichos Decretos ante la urgencia del plazo para efectuar dicha adaptación.

En cambio, el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOCG, Serie A n.º 161-1 de 8 de marzo de 1999), suprime la mención a «los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales». Por otra parte, matiza que dentro de los contratos administrativos definidos como tales, no tienen tal condición de «administrativos» los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 de la LCAP (no modificado por el Proyecto y relativo a los servicios financieros: servicios de seguros y bancarios y de inversiones) y, de los comprendidos en la categoría 26 (esparcimiento, culturales y deportivos), los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. Los artículos 5.3 y 9.2 definen estos dos contratos como civiles y precisan su régimen jurídico. La Exposición de Motivos de la Ley en proyecto explica las razones que conducen a esta reforma, refiriéndose también a la admisión de nuevas figuras de contratación (arrendamiento financiero y de arrendamiento con opción de compra y contratos de servicios con empresas de trabajo temporal), superando la prohibición de precio aplazado. Sobre este particular véanse los nuevos artículos 14.2 (para el arrendamiento financiero y de arrendamiento con opción de compra) y 197.3.e y el párrafo que sigue a esta letra «e» (respecto de los contratos de servicios con empresas de trabajo temporal) de la Ley de Contratos tras la reforma proyectada.

En segundo lugar, también son contratos administrativos los definidos por Ley como administrativos o cuando el contrato esté vinculado al giro o tráfico administrativo de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella. Con esta mención legal al criterio del giro o tráfico administrativo se ha sustituido la redacción legal anterior, que hablaba en su lugar del «servicio público» como criterio para identificar un contrato administrativo ²⁴.

²⁴ La Ley ha venido a superar, en lo terminológico, la expresión ambigua del sistema legal anterior, que hablaba de directa vinculación al desenvolvimiento regular de un *servicio público* o revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo. Ya en vigencia de la Ley anterior la mejor doctrina estimó que la expresión *servicio público*, en este contexto, había que entenderla en el sentido de que «existe contrato administrativo en todos aquellos casos en que el órgano administrativo que celebra el contrato se mueve en el ámbito de su *giro o tráfico característico*, es decir, dentro del ámbito concreto de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid 1986, pág. 643 y véase el artículo 5 de la vigente Ley de contratos actual).

En la *jurisprudencia*, sobre tal criterio para definir el contrato administrativo puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990 (Sala 3.ª, Sección 5.ª, R. 8400):

«Para distinguir entre los contratos privados y los administrativos (prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes) hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha ido determinada por la prestación de un *servicio público*, entendido este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares».

Igualmente, puede consultarse la ilustrativa sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1993 (Ar. 6986), que recoge los distintos criterios de afirmación de un contrato como administrativo y las reglas para su delimitación con los civiles. En este contexto, ilustra también la siguiente

B. La *intensificación* de las reglas procedimentales y de otros parámetros de legalidad administrativa

En un plano teórico, formal o *legislativo*, el Derecho español de contratación administrativa presenta un especial desarrollo de la forma contractual administrativa quizás por delante del propio Derecho francés, donde pueden identificarse ciertas lagunas en cuanto a la afirmación de los principios de publicidad y concurrencia en el ámbito de la contratación de la gestión de servicios públicos, como ya nos consta.

Seguramente esto explique que las directivas comunitarias no hayan significado una alteración de las bases jurídicas sobre las que en el Derecho español se asienta el contrato administrativo. Aquéllas han repercutido, ciertamente, de forma intensa sobre el Derecho español, pero más bien profundizando en aquello que es propio de un sistema jurídico-administrativo de contratación, esto es, la afirmación de los principios de publicidad y concurrencia de la fase de adjudicación.

En efecto, si bien el Derecho español preveía tradicionalmente (hasta las directivas comunitarias) reglas de tipo procedimental para la adjudicación de los contratos de la Administración (esencialmente la legislación de contratos del Estado distinguía tres procedimientos: subasta, concurso y contratación directa) tras la incorporación de las directivas se acentúan las exigencias procedimentales y de legalidad administrativa en general.

Mediante una primera adaptación a la normativa comunitaria, la subasta pasó a ser abierta o restringida (artículos 28 y 36 bis de la LCE); la primera, con o sin admisión previa (artículo 34 de la LCE); el concurso, abierto o restringido (28, 35 *in fine* y 36 bis de la LCE); el primero con o

doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que, con el objeto de averiguar la naturaleza jurídica del contrato (civil o administrativa), sentó que:

«Y el fin, este fin del contrato, se convierte en causa habilitante del mismo —*causa finalis*— de signo eminentemente público, lo que dota al contrato de una naturaleza jurídica acorde con ese fin. El contrato es administrativo al intervenir en él un sujeto de Derecho público —el citado Ayuntamiento— y tener un contenido y una causa relacionados con un servicio público (...). Por lo tanto, es obligado someter el contrato que nos ocupa al régimen propio de los administrativos por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público» (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1989, Sala 3.ª, Sección 1.ª, R.4919).

Véase también la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª, sección 5.ª, de 21 de diciembre de 1993), *Actualidad administrativa*, 1994, n.º 29. Sobre el requisito según el cual una de las partes contratantes ha de ser una Administración Pública puede verse T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «¿Contratos administrativos entre personas privadas?», *REDA*, n.º 1 (1974).

sin admisión previa (artículos 34 y 35). Estas reglas se establecieron también para el contrato de suministros, bien directamente (artículos 84.4 a 84.7 de la LCE) bien por remisión al contrato de obra (artículos 84, 87 y 28 de la LCE).

Las transformaciones en este sentido culminan con la Ley 13/1995, de 18 de mayo (dictada con el fin de adaptar el Derecho español a las últimas modificaciones de las directivas), Ley que articula la distinción entre procedimientos abiertos y restringidos tanto para el concurso como para la subasta (artículo 75.1 LCAP), sin perjuicio de la posibilidad del contrato negociado conforme a los artículos 140 (respecto del contrato de obras), 160.2 (contrato de gestión de servicios públicos), 182 (para el contrato de suministros) y 210 (para los contratos de consultoría y asistencia y servicios)²⁵.

Esencial a estos procedimientos es la publicidad de la licitación. Menos los negociados los demás procedimientos para la adjudicación de los contratos se anuncian en el BOE. Aquéllos se publicarán en el BOE cuando por razón de su cuantía también estén sujetos a publicidad en el DOCE (y si se trata de contratos de las CCAA y Entidades locales o sus organismos autónomos y entidades de Derecho público pueden sustituir la publicidad en el BOE por la que realicen en sus respectivos Diarios o Boletines Oficiales cuando por su cuantía no se tengan que publicar en el DOCE). La publicación ha de realizarse con una antelación mínima de 26 días al señalado como último para la recepción de proposiciones respecto de los procedimientos abiertos, restringidos (14 días en lugar de 26) y negociados con publicidad (igualmente 14 días).

En la LCAP las reglas de publicidad se matizan en función del tipo de contrato. En los *contratos de obras* (artículo 135) se establece la necesidad de una publicación en el DOCE de las características básicas de los contratos que los órganos de contratación tengan proyectados celebrar en los doce meses siguientes cuyo importe sea igual o superior a 681.655.208, IVA excluido (cifra que aumenta muy considerablemente el Proyecto de LCAP). Asimismo, toda la contratación de obras del indicado importe, por cualquier procedimiento, deberá ser anunciada en el DOCE (artículo 135.2), salvo en el negociado cuando concurran ciertas circunstancias (artículo 141: negociado sin publicidad). Por debajo de estos umbrales habrá publicidad en el BOE ya no como exigencia comuni-

²⁵ Puede verse, sobre el tema, M. BRAVO-FERRER DELGADO, «El procedimiento negociado de adjudicación y las excepciones al campo de aplicación de las Directivas sobre contratación pública», *Revista Noticias de la Unión Europea*, 142, 1996.

taria sino de la propia LCAP (artículo 79 y artículo 141g, donde se admite el procedimiento negociado sin publicidad respecto de los contratos de presupuesto inferior a 5.000.000 de pesetas).

El artículo 79 de la LCAP prevé las normas de publicidad en el DOCE respecto de los contratos de obras, suministros y consultoría y asistencia y servicios (Títulos I, III y IV del Libro II de la LCAP). Nada dice del Título II, «*gestión de servicios públicos*». La directiva comunitaria 92/50 (contratos públicos de servicios) establece reglas de publicidad en el DOCE para los contratos allí regulados dentro de los cuales se incluyen ciertos servicios en los Anexos de esta directiva que encajan dentro del concepto de gestión de servicios públicos del Derecho español. Al margen de las directivas comunitarias, la LCAP consigue afirmar la publicidad de este tipo de contratos en el BOE salvo cuando se acuda al procedimiento negociado (contratos cuyo presupuesto de primer establecimiento se prevé inferior a 3.000.000 de pesetas —artículo 160.2.d— junto a los demás supuestos incluidos en este mismo precepto).

En relación con los *contratos de suministros* se sigue la regla general del contrato de obras en cuanto a la necesidad de una publicación de las características básicas de los contratos que los órganos de contratación tengan proyectados celebrar en los doce meses siguientes cuyo importe sea igual o superior a 102.248.281 pesetas, IVA excluido ²⁶ (cifra que aumenta muy considerablemente el Proyecto de LCAP). A efectos de la publicidad del contrato de suministro la cuantía no coincide con la cifra que acaba de indicarse, por ser ésta la de 27.266.208 ó 17.555.440 pesetas, IVA excluido ²⁷. Por otra parte, la publicidad no rige respecto del procedimiento negociado en los que concurren las circunstancias del artículo 183 (entre las causas interesa mencionar la prevista en su letra «i»: bienes de cuantía inferior a 2.000.000 de pesetas...). Igualmente, no tienen que publicarse los contratos que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 223.1.b del TCE (artículo 296.1.b tras el Tratado de Amsterdam).

En los *contratos de consultoría y asistencia y servicios* rige la regla de publicidad en cuanto a la necesidad de una publicación de las características básicas de los contratos que los órganos de contratación tengan proyectados celebrar en los doce meses siguientes en cada una de las catego-

²⁶ Artículo 178 de la LCAP.

²⁷ La diferencia entre ambas cifras se refiere a que en el segundo caso los órganos de contratación pertenecen al Estado, sus organismos autónomos y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad social y demás entidades públicas estatales.

rías 1 a 16 del artículo 207, cuyo importe sea igual o superior a 102.248.281 pesetas, IVA excluido. Sin embargo, a efectos de la publicidad de cada contrato de este tipo dentro de las categorías 1 a 16 de las enumeradas en dicho artículo 207 la cuantía no coincide con la cifra que acaba de indicarse, ya que ésta es diferente (27.266.208 IVA excluido). Estas reglas rigen para todo tipo de procedimiento salvo el negociado, en los que concurren las causas recogidas en el artículo 211. Igualmente, se prevé en el artículo 206, cualquiera que sea la cuantía, una regla de excepción de publicidad comunitaria.

Finalmente, téngase en cuenta la notificación y *publicidad* de las adjudicaciones (artículo 94 de la LCAP). Cuando la adjudicación sea igual o superior a 5.000.000 se publicará en el BOE o en los respectivos Diarios o Boletines oficiales de las CCAA y de las Entidades locales en un plazo no superior a 48 días a contar desde la fecha de la adjudicación.

Además, se publican en el DOCE las adjudicaciones de los contratos sujetos a publicidad obligatoria en el DOCE y en los de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos concretos no habituales de cuantía superior a 27.266.208 pesetas (IVA excluido) comprendidos en las categorías 17 a 27 del artículo 207. Es significativo hacer notar, pues, que los incluidos en las categorías 1 a 16 se rigen por la regla general. Los de 17 a 27 sólo se publican para dar cuenta del resultado de la adjudicación. En todos estos contratos, por ser obligatoria su publicación en el DOCE, no puede ser sustituida la publicación en el BOE por la publicación en los Diarios o Boletines oficiales de las CCAA y de las Entidades locales.

Así pues, desde la óptica del Derecho español puede decirse que, aun cuando el sistema de contratos administrativos se ha revelado perfectamente compatible con las directivas, éstas han repercutido en nuestro ordenamiento profundizando en el principio de legalidad administrativa y pormenorizando las reglas de publicidad y los procedimientos aplicables.

Pero en cuanto al fondo del asunto se observan repercusiones de las directivas de más hondo calado en el ámbito de la contratación privada de las entidades que cumplen funciones administrativas, según se estudia seguidamente.

C. La iuspublicación de la contratación privada de entidades que cumplen funciones administrativas

Como es sabido, el sistema de contratación administrativa del Derecho español está mostrando ciertas dificultades para lograr su aplicación en relación con la contratación de numerosas entidades que se hacen registrar por el Derecho privado a pesar de que cumplen funciones administrativas²⁸.

Interesa aquí citar de nuevo el criterio de la «satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil», que es el criterio esencial de tipo funcional seguido por las directivas comunitarias. Su virtualidad reside en afirmar la sujeción de todo tipo de entidad que cumpla este tipo de funciones no estrictamente mercantiles o industriales, independientemente de su forma jurídica, a los parámetros de legalidad administrativa previstos en dichas directivas.

Interesa de forma especial la directiva de «sectores excluidos» (hoy sectores especiales, directiva 93/38²⁹) donde se plasman criterios objetivos de legalidad administrativa que han de seguir³⁰ los poderes públicos

²⁸ La referencia del texto al cumplimiento de «funciones administrativas» quiere decir que los problemas jurídicos no se manifiestan respecto de las entidades de Derecho privado que desarrollen una función mercantil, donde parece legítima la utilización del Derecho privado. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 24/95 ha puesto de manifiesto que la DA 6.ª de la LCAP no significa la sujeción a la LCAP (M. CRESPO RODRIGUEZ, «La nueva Ley de Contratos de las Administraciones públicas y su ámbito subjetivo de aplicación», *Revista Noticias de la Unión Europea*, 136, 1996, pág. 30). Téngase en cuenta, no obstante, la sujeción al Derecho de la competencia de este tipo de contratos (S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, Editorial Montecorvo, Madrid 1996).

²⁹ Algunos trabajos sobre esta directiva son: J. L. BERMEJO LATRE, «La nueva Ley de procedimientos de contratación en los sectores especiales. Reflexiones sobre la transposición de las directivas comunitarias», *Revista Comunidad Europea, Aranzadi*, enero 1999, n.º 1; J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Madrid 1996, págs. 168 y ss.; del mismo autor «El Derecho comunitario como impulsor de la formación de un Derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración Pública», *Revista Noticias de la Unión Europea*, 169, 1999, págs. 21 y ss.; L. OLIVIÉ MARTÍNEZ-PENALVER, «Los contratos de servicios en el marco de la Directiva 93/38», *Rev. Noticias de la U.E.*, 133, 1996; J. RUIZ ECHAURI, «La adjudicación de contratos mediante licitación pública en empresas públicas y privadas. La directiva 93/38», *AA*, 16, 1997.

³⁰ Puede verse el artículo 27. Por otra parte, dicha directiva implica la sujeción al principio de publicidad (al preverse el anuncio de la contratación en el Diario Oficial de las Comunidades europeas; véase el artículo 16) o la necesidad de observar un procedimiento, cuyas fases y requisitos están fijados en la directiva. Tal efecto de procedimentalización de la contratación es tal que ha suscitado las críticas de la doctrina, al acusarse una excesiva formalización y burocratización de los contratos europeos (así, M. DREHER, «Das öffentliche Auftragswesen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes», *EC Public Contract Law*, n.º 2, 1993, pág. 58). La directiva de recursos (92/13) acentúa la sujeción a Derecho de los contratos de estas entidades que actúan en los sec-

o empresas públicas que ostenten derechos especiales que actúen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, para sus contratos de suministros y de obras que superen una determinada cuantía ³¹, en cuanto a la adjudicación de sus contratos, entidades que, por lo que aquí interesa, pueden relacionarse fácilmente con el problema de la huida del sistema público de contratación: RENFE, FEVE, y FGC (ferrocarril de la Generalidad de Cataluña) y FGV (ferrocarril de la Generalidad Valenciana) o también los Puertos (de Huelva, Barcelona, Bilbao, Valencia), la Compañía Telefónica, etc. ³².

En la actualidad es preciso tener especialmente en cuenta la importante *Ley 48/1998, de 30 de diciembre*, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, de incorporación al Derecho español de las «directivas de sectores» (93/38, modificada por la directiva 98/4) y de recursos en materia de sectores (92/13).

Esta Ley no ha dudado en calificar como normas de Derecho público aquéllas que son aplicables a la contratación de las entidades afectadas por dicha Ley, «como contrapartida por los derechos exclusivos o especiales de los que disfrutan» (Exposición de Motivos). Significativo es pues que esta Ley se aplica respecto de simples empresas privadas que

tores especiales. Bien es cierto que existe una mayor flexibilidad para la contratación de los entes que actúen en los sectores mencionados, en relación con la que existe para los «demás sectores», pues no es necesaria la justificación expresa para poder acudir al procedimiento restringido. Por otra parte, en esta misma línea, se establece un régimen flexible y variado (tres formas) para anunciar los contratos en relación con el contrato que se trate (artículo 16).

³¹ Véanse el considerando noveno y el artículo 2.3 de la directiva de sectores excluidos y el artículo 12 (respecto de la cuantía).

³² Sobre las vinculaciones jurídicas de Derecho interno (esencialmente la teoría de los actos separables) puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid 1999 (Ed. Tecnos); igualmente, F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en VV. AA., *Comentarios a la LJCA*, Pamplona 1998, pág. 106; S. MARTÍN-RETORTILLO, *REDA*, 100, 1999; J. M. TRAYTER, *REDA*, 100, 1999; A. CARRETERO, «La teoría de los actos separables», *RAP*, 61, 1960, págs. 83 y ss.; M. F. CLAVERO ARÉVALO, *REVL*, 164, 1969, pág. 545; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: Concepto y régimen jurídico*, Madrid 1983, págs. 301 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid 1995, págs. 51 y 383 y ss.; J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *RAP*, 36, 1961, págs. 147 y ss.; del mismo autor, *RAP*, 28, 1959, págs. 227 y ss.; E. RIVERO YSERN, «¿Actos separables en los contratos de los entes públicos sometidos al Derecho privado?», *Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo (I)*, Madrid 1994, pág. 701; del mismo autor, *RAP*, 86, 1978, pág. 52.

En la jurisprudencia, STS de 27 de diciembre de 1994, Sala 3.ª, AA, 23, 1995; STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 1990, Sala de lo Contencioso-administrativo; STS de 25 de abril de 1994, Sala 3.ª, AA, 47, 1994; STS de 22 de abril de 1996, Ar. 3264; STS de 28 de febrero de 1994, Ar. 1465; ATS de 20 de enero de 1994, Ar. 51, etc.

gocen de derechos especiales (junto a las empresas públicas dependientes de la Administración...) siempre que realicen alguna de las actividades o funciones previstas en dicha Ley en el artículo 3 (esencialmente, sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, considerando los matices que en dicha Ley se contienen).

Rigen los principios de publicidad y concurrencia, igualdad y no discriminación (artículos 10 y 26). De especial interés es el régimen de recursos contra las adjudicaciones, al que *infra* nos referiremos y véanse los artículos 31 y ss. para la tramitación del procedimiento.

Finalmente, puede tenerse en cuenta la Disposición adicional undécima del Proyecto de la LCAP donde se prevé que «en lo no dispuesto por la Ley 48/1998 las entidades públicas incluidas dentro de su ámbito de aplicación se regirán por sus normas de contratación específicas». Se afirma asimismo que «el Ministerio al que estuvieran adscritas las citadas entidades podrá aprobar, cuando el régimen de contratación de las mismas sea el de Derecho privado, normas o condiciones generales de contratación a fin de asegurar la homogeneización de ésta y el respeto a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación de la contratación del sector público».

Así pues, el efecto de iuspublicación (o sujeción a reglas de legalidad administrativa en la fase de adjudicación del contrato) no sólo puede percibirse desde un punto de vista jurídico-comparado sobre aquellos sistemas jurídicos que tradicionalmente incardinan los contratos en el Derecho civil, sino también sobre los propios ordenamientos de Derecho administrativo en cuanto a la contratación privada de entidades de Derecho público o de Derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración.

5. RECAPITULACIÓN. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y LA AFIRMACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LAS ADJUDICACIONES

Las instituciones comunitarias no se han inspirado, pues, en los sistemas europeos de contratación privada a la hora de dictar las directivas comunitarias, a pesar de poderse haber hecho si en vez de «la legalidad» de las adjudicaciones se hubiera querido hacer primar «la eficacia» o la mayor flexibilidad en la gestión administrativa en el tráfico económico.

La legalidad administrativa de la adjudicación como *ratio* del contrato administrativo es un valor especialmente presente en la jurisprudencia

del TJCE ³³. En este sentido, puede citarse en primer lugar la sentencia de 18 de mayo de 1995, donde el Tribunal (siguiendo las conclusiones del Abogado general en este mismo sentido) declara que el Gobierno italiano «ha incumplido las obligaciones que le incumben» ³⁴, por haber adjudicado directamente un contrato. El Tribunal mantiene que, si se quiere adjudicar el contrato de forma directa, debe demostrarse que existen razones que lo justifican, lo cual no hizo el Gobierno de Italia (demandado por la Comisión ante los Tribunales). La interpretación de esta posibilidad ha de hacerse, además, de forma restrictiva ³⁵, ya que la excepción respecto de la publicación del anuncio de licitación sólo puede hacerse cuando se pruebe que es estrictamente necesario.

Este pronunciamiento no es aislado. Puede recordarse el caso, próximo al comentado, de la sentencia 18 de marzo de 1992 ³⁶. En este supuesto el Tribunal no admitió que la «premura o urgencia del caso» pudiera servir para inaplicar las reglas de legalidad de la adjudicación de un contrato celebrado por la Universidad Complutense de Madrid ³⁷. Puede añadirse el caso posterior, de la sentencia de 3 de mayo de 1994 (asunto C-328/92), que reacciona, igualmente, contra el sistema de adjudicación directa del que se vale tradicionalmente en España la Seguridad Social.

Lo mismo puede decirse respecto de la observancia de los principios de no discriminación y de libre circulación de mercancías y servicios. En la sentencia de 3 de junio de 1992 ³⁸, el Tribunal declaró que se contrariaba el artículo 59 (libre prestación de servicios) por la legislación italiana, al prever ésta medidas más favorables para la contratación de los empresarios que tuvieran la residencia en una determinada zona. En general, se

³³ En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la sentencia *Comisión contra República Italiana* de 17 de febrero de 1981 (asunto 133/80, *Rec.* pág. 462 apartado 7) fue ya tajante en el sentido de afirmar que «ningún tipo de práctica estatal particular puede llevar a justificar la inaplicación de los principios de las directivas comunitarias».

³⁴ En virtud de la directiva 71/305 del Consejo de 1971 (actualmente, directiva 93/37 de 14 de junio de 1993 —sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los contratos públicos de obras—).

³⁵ Sigue, así, la doctrina de una sentencia anterior (del mismo Tribunal) de fecha 10 de marzo de 1987, *Comisión contra República Italiana*, asunto 386/85, *Rec.* págs. 1061 y ss.; puede verse, también contra Italia, la sentencia de 28 de marzo de 1985, *cit.*

³⁶ Asunto C-24/91, *Comisión contra España*.

³⁷ Igualmente, puede verse una sentencia anterior, de 2 de agosto de 1993, asunto C-107/92, *Comisión contra Italia*, en la que el Tribunal concreta el presupuesto de la «urgencia del caso» (acontecimiento imprevisto, e imposibilidad de contratación mediante los plazos ordinarios).

³⁸ Asunto C-360/89, *Comisión contra Italia*, apartados 6 y 10.

advierte la preocupación del Derecho comunitario por que no se produzcan discriminaciones entre los nacionales europeos, en relación con la contratación ³⁹.

Significativa es la aplicación de las medidas cautelares contra las adjudicaciones de contratos administrativos, por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, en el auto de 31 de enero de 1992 (As. C-272/912) se concede la suspensión de la adjudicación de un ente italiano, a petición de la Comisión Europea. Lo mismo ocurre en el auto de 22 de abril de 1994 (As. C-87/94R) en aplicación de la directiva de sectores excluidos (*cit.*) tras ponderar los intereses de la Comisión con los de la Administración nacional.

La propia transposición de las directivas no puede dejarse al arbitrio de los Estados nacionales. En esta línea, la sentencia del Tribunal, de 17 de noviembre de 1993 ⁴⁰, declaró que el Reino de España se había excedido en la regulación de las excepciones respecto del ámbito de aplicación de las directivas, ya que éstas sólo son las que en ellas mismas se contemplan.

En este sentido, es preciso reaccionar contra prácticas subrepticias que lleven a esquivar las normas comunitarias, como ocurre por ejemplo cuando se acude a «especificar» los presupuestos subjetivos del contratista con el fin más o menos directo de excluir a ciertos contratistas ⁴¹.

La eficacia en el cumplimiento de la legislación de contratación se logra en gran medida porque hay una instancia, que es la Comisión Europea, legitimada para impugnar ante el Tribunal las adjudicaciones ilegales. En este sentido, ha de hacerse notar, igualmente, que el Tribunal se ha mostrado receptivo en relación con las pretensiones de la Comisión, por las que esta institución comunitaria solicita del Tribunal que cautelara

³⁹ Así, el TJCE ha declarado que vulnera el principio de igualdad la contratación por parte de los centros privados de enseñanza de idiomas, por la que se exigían requisitos más rigurosos a los extranjeros (incluyéndose a los nacionales de otros Estados miembros) respecto de los exigidos a los nacionales griegos (Sentencia de 1 de junio de 1995, *Comisión contra República Helénica*, asunto C-123/94).

⁴⁰ Asunto C-71/92, *Comisión contra España*. Puede verse también las STJCE de 17 de julio de 1997, asunto C-43/97; de 16 de diciembre de 1997, asunto C-391/96; de 19 de mayo de 1999, asunto C-227/95, todas ellas condenando a los Estados miembros por no ejecutar las directivas en el plazo señalado.

⁴¹ Sentencias de 17 de noviembre de 1993 (*cit.*), sentencia de 3 de junio de 1992 (*cit.*, apartados 16 y siguientes). También asunto C-362/90, *Rec. págs. I-1992/2353 (Comisión contra Italia)*.

mente ordene la suspensión de tales adjudicaciones, como medio para la lucha contra las adjudicaciones ilegales o fraudulentas ⁴².

6. LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS; EL DESARROLLO DEL CONTROL PÚBLICO SOBRE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN. PROBLEMAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Seguidamente se estudian los problemas de incorporación de las directivas de recursos al mismo tiempo que se quiere poner de manifiesto cómo la adaptación de los Derechos de los Estados miembros a las directivas lleva a profundizar en los medios públicos de control.

Conviene, en primer lugar, hacer una referencia a las dos directivas comunitarias de recursos. La 89/665 se refiere concretamente a los contratos de suministros y de obras en los sectores generales (o «no especiales» o «no excluidos»); la segunda directiva es la 92/13, que regula de modo específico los contratos de las entidades que operen en los sectores especiales: agua, energía, transportes y telecomunicaciones.

Pretenden ambas dar eficacia a las disposiciones contenidas en las demás directivas de contenido material. Consecuentemente, «los Estados miembros deben establecer las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz (...)» —artículo 1 de la directiva 89/665—.

A tales efectos, los procedimientos de recurso deben contemplar medidas cautelares, así como la posibilidad de anulación de las decisiones ilegales, la indemnización de daños y perjuicios a los perjudicados por la actuación y, por último, la ejecución de modo eficaz de las decisiones adoptadas ⁴³.

⁴² Puede verse A. MATTERA, «L'ordonnance du 22 avril 1994 sur les bus wallons. Un échec pour la Communauté: une victoire pour le marché public», *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n.º 2, págs. 161 y ss.; S. ARROWSMITH, en *Public Procurement Law Review*, 1994, CS 130; J. SEDEMUND/F. MONTAG, «Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts», *NJW*, n.º 17, 1995, pág. 1130.

⁴³ Se prevé además un sistema de conciliación (véase artículo 9) y de «certificados» que se expiden a las entidades contratantes por parte de los Estados miembros para hacer constar que los procedimientos de adjudicación se ajustan al Derecho comunitario. En ambas directivas se establecen, igualmente, significativos poderes de la Comisión con el fin de perseguir las infracciones de las disposiciones comunitarias.

Puede afirmarse que el Derecho español no plantea en principio problemas *esenciales* de incompatibilidad con las directivas de recursos ⁴⁴, desde el momento en que está previsto un control judicial en materia de contratación pública (por la jurisdicción contencioso-administrativa) pudiéndose anular (o suspender cautelarmente) la adjudicación del contrato que vulnere la regla de la oferta más ventajosa o el precio más bajo ⁴⁵, o el principio de igualdad ⁴⁶ o las reglas de capacidad para contratar ⁴⁷, o las reglas de legalidad de los procedimientos de selección ⁴⁸. Más bien, es histórica la posibilidad de recurso de los perjudicados y el deber de publicidad y concurrencia (ya el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 y el Real Decreto de 4 de enero de 1883 dispusieron procedimientos públicos para la contratación de la Administración; igualmente, Ley de Contabilidad de 1 de julio de 1911 —artículo 52—, etc.).

Esta compatibilidad esencial entre el Derecho español y las directivas comunitarias no quiere decir que la incorporación de las directivas esté libre de problemas aun cuando la LCAP 13/1995 afirme tajantemente que es innecesaria la adaptación del Derecho interno a las directivas de recursos 89/665 y 92/13 (*supra* citadas), ya que «el Derecho español se adapta ya a las exigencias y garantías procesales que contiene la directiva comunitaria».

Antes de profundizar en esta cuestión por referencia a la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998 es preciso, por ser significativo, observar los términos en los que se plantea en el Derecho español el debate acerca de si nuestro Derecho se ajusta o no plenamente a las directivas comunitarias de recursos. Tanto en un plano legislativo

⁴⁴ Según G. GUILLERMIN/C. HEN, «Le droit communautaire des marchés publics», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 373, décembre 1993, pág. 860, la suspensión cautelar de la adjudicación sólo ha podido practicarse —antes de las directivas comunitarias— en los Derechos de España, Grecia y Dinamarca.

⁴⁵ Sentencia del TSJ de Madrid, de 30 de mayo de 1994, refiriéndose al ente Aeropuertos Nacionales, adscrito al Ministerio de Transporte, Turismo y Comunicaciones.

⁴⁶ Sentencia del TSJ de Canarias, de 1 de octubre de 1993, *Actualidad administrativa*, 1993, n.º 11; sentencia del TSJ de Madrid, de 14 de octubre de 1993, *Actualidad administrativa*, 1994, n.º 1; igualmente, la STSJ de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo), de 23 de febrero de 1995, *Actualidad administrativa*, 1995, n.º 5; también la STS de 4 de abril de 1991.

Asimismo, en relación con una concesión de servicios públicos, puede verse la STSJ de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo) de 13 de enero de 1993, *Actualidad administrativa*, 1993, n.º 6, pág. 367. En la STSJ de La Rioja, de 3 de mayo de 1993, *Actualidad administrativa*, 1993, n.º 8 se valora el margen de discrecionalidad administrativa.

⁴⁷ STSJ de 27 de julio de 1993 de La Rioja, *Actualidad administrativa*, 1993, n.º 11, pág. 672.

⁴⁸ STS de 16 de noviembre de 1993, *Actualidad administrativa*, 1994, n.º 27, pág. 1529.

como doctrinal, se observa, a efectos de poder concluir si el Derecho español se adapta o no a las directivas de recursos, si el proceso contencioso-administrativo dispone o no de los medios procesales adecuados para satisfacer las exigencias de las directivas. En vigencia de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 el legislador consideró, así, innecesaria la incorporación al Derecho español de la directiva 89/665, *por ser adecuados los medios de control judicial del contencioso-administrativo* (Exposición de Motivos de la LCAP) y la doctrina criticó esta afirmación *por no ser adecuados los medios de control judicial del contencioso-administrativo* ⁴⁹.

Es «significativo» este planteamiento porque en realidad la directiva comunitaria 89/665 no exige necesariamente que estos medios de recurso tengan carácter judicial. Ésta es una posible opción, seguramente la más querida por la directiva; pero lo cierto es que aquélla también admite, junto a los mecanismos de recurso ante autoridades de carácter administrativo, una revisión de la decisión administrativa por una instancia que cumpla ciertas garantías propias de «un tribunal», no necesariamente incardinada en el Poder judicial, siempre que el recurrente pueda disponer de ciertas garantías de recurso y cautelares e indemnizatorias.

El TJCE considera que, «en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 8 del artículo 2 (de la directiva 89/665), los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos. La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado *debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la directiva 89/665*» (STJCE de 4 de febrero de 1999, asunto C-103/97 ⁵⁰).

⁴⁹ Puede verse J. M. BAÑO LEÓN, «Proyecto de Ley de contratos de las Administraciones Públicas», en *Anuario del Gobierno Local*, Diputación de Barcelona 1995, págs. 68 y ss.; J. F. MESTRE DELGADO, «El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del derecho comunitario europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares (Comentario a la directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989)», *Noticias CEE*, n.º 74, 1991, pág. 35 y ss. y su trabajo en *Revista Noticias de la Unión Europea*, 136, 1996; I. HERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ DEL VALLE, «Los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras», *Noticias CEE*, n.º 89, 1992, págs. 43 y ss.; y yo mismo *El Derecho administrativo privado*, Madrid 1996.

⁵⁰ Igualmente, STJCE de 17 de septiembre de 1997 (asunto C-54/96; SSTJCE de 24 de septiembre de 1998 (asunto C-111/97) y de 24 de septiembre de 1998 (asunto C-76/97).

Después de argumentar así, esta STJCE concluyó que el *Landesvergabeamt* austríaco («oficina autonómica de adjudicación») era un órgano de naturaleza jurisdiccional.

Es claro que en España con la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa el sistema procesal previsto para garantizar a los perjudicados en caso de adjudicaciones ilegales se amolda, mejor que la Ley precedente, a lo previsto en las directivas de recursos. Se ha completado la justicia cautelar con medidas cautelares de carácter positivo (artículos 136 de la LJCA, medidas implícitas en los artículos 1 y 2.1.a de la citada directiva de recursos). Por otra parte, la concesión de la medida cautelar se basa en un criterio favorable al interesado y el régimen procesal es también flexible permitiéndose la presentación de la solicitud de la medida cautelar con anterioridad al recurso contencioso-administrativo. Igualmente, se prevén medidas cautelares provisionálicas (artículo 135) y la propia concesión del efecto suspensivo reside en un criterio menos rígido que el anterior de la LJCA de 1956, basado aquél en la necesidad de que el interesado haga valer que el recurso pierde su finalidad legítima de no concederse la suspensión del acto o disposición (artículo 130 de la LJCA de 1998) ⁵¹. Esta misma evolución ha sufrido el Derecho francés, donde la Ley de 29 de enero de 1993 habilita a la jurisdicción contencioso-administrativa extensos poderes en materia cautelar, tanto para la suspensión de la contratación como para cualquier otro tipo de medida cautelar positiva ⁵².

La cuestión hoy es si el contencioso-administrativo, a través de este tipo de cauces procesales generales, va a ser capaz de satisfacer el reto que le imponen las directivas comunitarias, de otorgar una protección adecuada en favor de los intereses de los particulares que impugnan una adjudicación ilegal ⁵³. Es planteable hasta qué punto no puede llegar a sa-

⁵¹ Por su parte, la directiva establece la regla general de suspensión siempre que no lo impida el interés público y no se produzcan consecuencias negativas que superen las ventajas de la suspensión (artículo 2.4).

⁵² P. TERNEYRE, «L'apport...», págs. 959 a 561. V. TA Caen, 9 de septiembre de 1992, *SA Sols*, DA 1992, 471. También, C. GUETTIER, *La Loi anticorruption*, Paris 1993, págs. 121 y ss.

⁵³ Por su tradición y configuración el contencioso-administrativo no parece venir resolviendo, de forma plenamente satisfactoria, los distintos problemas e intereses que se plantean en torno a la adjudicación ilegal. Por ejemplo, en la práctica judicial no se descarta la conversión de la anulación en una indemnización: STS de 17 de abril de 1990; STSJ de Canarias de 1 de octubre de 1993 (*Actualidad administrativa*, 1993, n.º 11): «como la obra ya está terminada lo adecuado es condenar al Ayuntamiento a la indemnización sustitutoria solicitada por el actor en su demanda». Igualmente, STSJ de La Rioja de 15 de diciembre de 1992: «al no poderse declarar ya la nulidad de pleno derecho de la adjudicación definitiva de las obras por estar totalmente ejecutadas y finalizadas». La STS de 20 de mayo de 1988 dice que si «el trabajo indebidamente realizado ya hubiese sido realizado,

tisfacer mejor —las pretensiones del afectado por una adjudicación ilegal— un sistema de control diseñado específicamente para resolver los problemas jurídicos que plantea el control de las adjudicaciones ilegales, aunque no sea necesariamente judicial.

Es significativo, primero, que la incorporación de la directiva 92/13, por Ley 48/1998, de 30 de diciembre (sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones) ha conducido esencialmente a reforzar las garantías en un plano procedimental administrativo. Dicha Ley prevé un sistema en virtud del cual los órganos de contratación de las Administraciones públicas enumeradas en el artículo 2.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o aquellos órganos que en su caso designen las CCAA, ejercerán respecto de las entidades sujetas a la citada Ley 48/1998, de 30 de diciembre, a ellas adscritas o vinculadas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, las competencias para resolver las reclamaciones presentadas por cualquier persona que tenga o haya tenido un derecho subjetivo o un interés legítimo en la adjudicación de alguno de los contratos incluidos en la citada Ley que considere que ha sido o puede ser perjudicada por el incumplimiento por parte de las entidades contratantes de las disposiciones en ellas contenidas (artículos 51 y 54 y ss.).

no por ello habría de dejar de tener plena eficacia la sentencia de la Sala Territorial que la presente confirma: pues medios arbitra la ley para estas situaciones, a los que no son ajenas las indemnizaciones». La procedencia de la indemnización, por otra parte, tiene lugar cuando se acredite la ilegalidad de la adjudicación y que, *por ser ilegal la decisión*, se priva al perjudicado de un beneficio patrimonial. Previa la anulación de la adjudicación se concedió, así, la indemnización en el caso de la STSJ de La Rioja de 27 de julio de 1993 (*Actualidad administrativa*, 1993, n.º 11, pág. 672) por la cual la Administración había contratado con un empresario incapaz. Más decididamente, a favor de una justicia integral o primaria, el ATS de 1 de septiembre de 1987 dice: «ha de mantenerse la suspensión, que evita la producción de perjuicios que pudieran ser irreparables para una empresa cuando cabe hacerlo sin riesgo para el interés público»; también el auto de 19 de julio de 1988: «no hay posibilidad de reparar el daño, pues la indemnización económica no repara los perjuicios ocasionados».

La doctrina española ha afirmado reiteradamente que la denegación de la práctica de la suspensión de la adjudicación puede llevar consigo una garantía de nivel inferior respecto de la que precisa el perjudicado por la adjudicación ilegal; puede verse J. NONELL GALINDO, «La lentitud judicial como causa de pérdida de legitimación del recurrente», *REDA*, n.º 25, 1980, pág. 308; L. PAREJO ALFONSO, «La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo», *REDA*, n.º 49, 1986 («se procede a la corrección del sistema por vía de la responsabilidad administrativa»); J. TORNOS MAS, «La situación actual del proceso contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 122, 1990, pág. 103 («siendo imposible reponer las cosas a su estado inicial sólo procederá una indemnización sustitutoria»); J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, «La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos», *RAP*, n.º 120, 1989, págs. 291 y 296; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, págs. 35 y ss.; sobre las medidas cautelares en general E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La jurisdicción contencioso-administrativa hoy», *Actualidad administrativa*, n.º 220, 1989.

Dicha autoridad administrativa podrá determinar la suspensión de los procedimientos de adjudicación de los contratos, anular las cláusulas administrativas discriminatorias y la propia adjudicación del contrato, pronunciándose si es requerida para ello sobre la procedencia del abono de una indemnización de daños y perjuicios fijando su importe (artículos 51, 58 y 63). Estas resoluciones agotan la vía administrativa pudiendo ser impugnadas ante «los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa». Dichas resoluciones serán directamente ejecutivas «resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 30/92» (artículo 64).

Otro argumento en esta línea lo ofrece, en segundo lugar, el Derecho comparado. Es singular el caso del Derecho alemán: partiendo «de cero» en cuanto al control de las adjudicaciones de contratos administrativos, aquél prevé hoy (después de numerosos contenciosos entre la Comisión Europea y el Gobierno alemán) un sistema esencialmente administrativo de control de adjudicaciones ilegales cuyo funcionamiento en la práctica se ajusta a las pretensiones que en concreto ejercitan los interesados en impugnar una adjudicación ilegal.

En las llamadas «disposiciones sobre las condiciones de contratación» (*Verdingungsordnungen*), a las cuales ya nos hemos referido *supra*, se prevé un sistema de control interno o interadministrativo⁵⁴; por otra parte, puede aquél calificarse de «objetivo» ya que su objeto principal es observar el cumplimiento de la legalidad administrativa por parte de la Administración y porque los particulares actúan como simples «denunciantes» que interponen un escrito ante la autoridad administrativa de revisión para que ésta examine la vulneración de las infracciones legales⁵⁵.

Mediante una reforma, de la Ley de Principios Presupuestarios de 26 de noviembre de 1993, se prevé en la actualidad un sistema de control de *dos instan-*

⁵⁴ Esta referencia ha de completarse con la posibilidad de recurrir en vía civil para ejercitar una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, suscitándose como cuestión prejudicial la ilegalidad de la adjudicación (sobre este sistema y su relación con la llamada teoría del fisco puede verse mi libro *La vía de hecho administrativa*, Editorial Tecnos, 1994).

Pero no existe posibilidad, tampoco ante los tribunales civiles, de ejercitar una pretensión de anulación contra la adjudicación. Discutible es si sería admisible una pretensión cautelar, ante la jurisdicción civil, con el fin de que el perjudicado pudiera detener provisionalmente los efectos de una adjudicación ilegal.

⁵⁵ Véase J. PIETZCKER, «Änderungen des Rechtsschutzes bei der Auftragsvergabe», *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für K. Redeker*, München 1993, págs. 500 a 514; PIETZCKER, «Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge», *NVwZ*, 1983, pág. 121; H. P. KULARTZ/N. PORTZ, *Verdingungsordnung für Leistungen - VOL*, Berlin 1993, pág. 3; V. JANK/W. ZDZIEBLO, *Einführung in das öffentliche Auftragswesen*, Hamburg 1987, pág. 48; H. KÖHLER/E. STEINDORF, «Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb», *NJW*, n.º 27, 1995, págs. 1705 y ss.; K. HAILBRONNER, «Europarechtliche...», págs. 553 y ss.

cias administrativas para el control de la adjudicación de los contratos ⁵⁶. En primer lugar, las *Vergabeprüfstellen* («dependencias revisoras de la adjudicación») deben introducir un procedimiento administrativo de control, en caso de que observen indicios de que se ha vulnerado el ordenamiento jurídico. Esta autoridad de control puede tanto decretar la anulación de las decisiones de adjudicación ilegales como decretar el cumplimiento de una prestación por parte del poder adjudicador. En cumplimiento de las directivas comunitarias, se le atribuyen también facultades para ordenar medidas cautelares, después de ponderar los intereses presentes en el caso concreto, especialmente el interés público.

En segundo lugar, el control interadministrativo se perfecciona mediante la instauración de una segunda instancia de control de las adjudicaciones de contratación (*Vergabeüberwachungsausschüsse* o comisiones de revisión de la adjudicación). Su misión es la supervisión de las decisiones de las autoridades administrativas de adjudicación (*Vergabeprüfstelle*). En caso de que ésta haya decidido de forma ilegal aquélla dispone que vuelva a decidirse de nuevo —de acuerdo con los criterios establecidos por la instancia de supervisión de las adjudicaciones de contratación—. Estos órganos administrativos extienden su jurisdicción a todo el territorio federal. Sin embargo, no existe sólo una autoridad de control de las adjudicaciones de contratación (*Vergabeprüfstelle*) sino varios tipos en función de cuál sea la persona jurídica que contrata ⁵⁷.

Ambos ejemplos (tanto la Ley española de sectores especiales como el Derecho alemán) significan el reforzamiento de las garantías en un plano esencialmente administrativo. El Derecho alemán ha optado, además, por un modelo administrativo de supervisión final de las adjudicaciones, lo que representa una solución posible en virtud de las directivas pero en todo caso de menor «calidad» jurídica que la opción en favor de una revisión judicial.

Habrá que esperar para ver si la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa consigue erigirse en un sistema de control *adecuado* a los distintos intereses en juego en materia de adjudicaciones de contratos, por ser ésta la opción *en principio* de mayor calidad jurídica.

⁵⁶ En el artículo 57.a) Abs. 1 de la Ley de Principios Presupuestarios (HGrG) se mencionan concretamente los sujetos afectados, siguiendo los criterios de las directivas de recursos.

⁵⁷ Véase el Reglamento federal sobre los procedimientos de revisión de las adjudicaciones de contratos, dictado en virtud del artículo 57.a).2 de la Ley de Principios Presupuestarios (HGrG): *Verordnung über das Nachprüfungsverfahren bei öffentlichen Aufträgen*.

7. CONCLUSIÓN: LA ADAPTACIÓN DE LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN AL CONTEXTO JURÍDICO ACTUAL

Es bien conocido que durante el siglo XIX el origen del contrato administrativo obedece a meras razones de pragmatismo procesal ⁵⁸, a la atracción concretamente por la jurisdicción contencioso-administrativa de las causas suscitadas por algunos contratos que celebraba la Administración Pública.

Este fenómeno ha venido considerándose a nivel europeo una tipicidad en cuanto sustrae, del régimen ordinario de Derecho común o civil, los contratos más característicos de la Administración (en otros países del Continente —Alemania, Italia, Holanda, Austria— no se generó un contrato administrativo).

La llamada Escuela de Burdeos llegó no obstante a propugnar la existencia de un contrato administrativo por naturaleza. Esta tesis sustancialista o sustantivadora partió de que «el Derecho administrativo se explica como un Derecho especial de los servicios públicos, compuesto de reglas exorbitantes del Derecho común surgidas e impuestas por y para la gestión de servicios públicos» ⁵⁹ siendo fácil deducir entonces la consecuencia para los contratos de la Administración: la representación por la Administración del interés general en la realización de los servicios públicos implica el disfrute de privilegios o prerrogativas en la contratación ⁶⁰.

Frente a esta concepción en el Derecho español es opinión mayoritaria la que niega la existencia de un contrato administrativo por naturaleza; más bien se afirma que el contrato administrativo no es más que una mo-

⁵⁸ Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, pág. 628; R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla 1962, págs. 257 y ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla 1960.

⁵⁹ Para un estudio en profundidad de estas doctrinas, «sustancialistas o sustantivadoras» en términos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, pág. 630; véase, igualmente, R. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho administrativo*, Madrid 1995, pág. 456; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil...*; R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes...*; E. RIVERO YSERN, «El contrato administrativo ante las jurisdicciones contencioso-administrativa y civil», *RAP*, n.º 67, 1972, págs. 197 y ss.

⁶⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, pág. 628. Véase también J. M. AUBY/R. DUCOS-ADER, *Grands services publics et entreprises nationales*, Paris 1973, pág. 9; A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris 1957, págs. 30 y ss.; J. CHEVALIER, *Le service public*, Paris 1971, págs. 50 y ss.; además de L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris 1928, II; R. BONNARD, *Precis élémentaire de Droit administratif*, Paris 1926; etc.

dulación de la figura del contrato de Derecho común en consideración al hecho de la presencia de la Administración como sujeto contratante.

Interesa en este trabajo destacar los términos de este debate sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo: la teoría sustantivadora o sustancialista del contrato administrativo se basa esencialmente en la existencia de un régimen de prerrogativas como realidad propia del contrato administrativo (tomando como referencia la conexión esencial entre el contrato administrativo y la realización de servicios o fines públicos)⁶¹. Por su parte, la negación de la teoría sustancialista del contrato administrativo se apoya en que la prerrogativa no consigue ser un elemento esencial del contrato administrativo, procurándose de esta forma, meritoriamente, una definición paritaria de los derechos de las distintas partes del contrato.

En todo caso, el régimen de prerrogativas se convierte en un objeto esencial o preferente del estudio del contrato administrativo, tanto para quienes afirman de esta forma la esencialidad de este tipo de contratos, como para aquéllos que procuran limitar o atenuar dicho régimen buscando sus límites jurídicos y las garantías en favor de los particulares contratistas. Se procura en todo caso la mayor aproximación posible del régimen jurídico del contrato administrativo al propio del contrato civil. En este contexto, es un avance jurídico negar la esencialidad del contrato administrativo frente al contrato civil.

Pues bien, los planteamientos jurídicos evolucionan y con ello también el contexto en el que pueden situarse las tesis sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo. Si existe algo que marca o define las

⁶¹ Éstos son asimismo *grosso modo* los términos del debate sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo en las obras clásicas del Derecho español, con independencia de los distintos matices; pueden verse recogidas en: R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los Contratos Administrativos*, Madrid 1927, págs. 3 y ss., quien además apunta:

«El servicio público domina íntegramente a la Administración o, de otra manera: aquélla no tiene otra misión que asegurar la realización de los servicios públicos y de ellos deriva (sic) todas sus facultades y para ellos las ejercita. Si todo contrato administrativo tiene por objeto un servicio público la idea de su realización domina a la entidad administrativa y por tanto será consecuencia ineludible la de que al contrato habrá que darle toda la flexibilidad necesaria para que la Administración pueda cumplidamente y con toda eficacia realizar los servicios públicos».

En consecuencia, quienes procuran la equiparación entre ambas formas contractuales se basan en la «accidentalidad de la jurisdicción» y la «igualdad» jurídica de las partes del contrato (ABELLA, etc.). Quienes evitan la equiparación entre contrato administrativo y contrato civil se basan en que los primeros tienden a garantizar intereses públicos, o servicios públicos (DELGADO, 1883, etc.), referencias que tomo de FERNÁNDEZ DE VELASCO, *cit.*; véase también C. GARCÍA OVIEDO/E. MARTÍNEZ USEROS, *Derecho administrativo*, Madrid 1962, pág. 386 y S. ÁLVAREZ-GENDÍN, *Teoría jurídico-administrativa del servicio público*, Madrid 1944.

reformas legislativas de los últimos años, en materia de contratación administrativa, esto es la insistente y progresiva afirmación de criterios de legalidad en la fase de adjudicación de los contratos de la Administración y demás entidades que realicen funciones de interés general.

Las directivas comunitarias, lejos de simpatizar con los Derechos de los Estados miembros que incardinaban el contrato de la Administración en el Derecho privado o común, han reforzado la validez del contrato administrativo como figura contractual que mejor se amolda al propósito esencial de las directivas que es la sujeción a Derecho de la voluntad contratante, llegando a provocar aquéllas la *iuspublificación* del régimen contractual de la Administración en aquellos países donde regía el principio de libertad de pactos característico de estos sistemas contractuales de Derecho común.

Pero también el sistema de control jurisdiccional de los contratos de la Administración en los distintos ordenamientos europeos ha pasado a ser un control público. Es pues significativo cómo aquellos ordenamientos que no conocían el contrato administrativo se han visto obligados por las directivas comunitarias a instaurar un sistema jurisdiccional de carácter público (generalizándose, por otra parte, un mismo régimen jurídico en Europa a costa de la *iuspublificación* general del régimen contractual).

En gran medida las directivas comunitarias, después de haberse enfrentado decididamente con el principio de libertad de pactos característico de los sistemas civiles de contratación de la Administración, no han hecho sino poner en evidencia una realidad que no es sino la esencialidad misma del contrato administrativo desde siempre (a pesar de haber pasado desapercibida esta virtualidad del contrato administrativo frente al contrato civil), esto es, la sujeción de la voluntad contratante a criterios de legalidad administrativa, dato que no sólo refuerza la validez del contrato administrativo en el contexto europeo, sino que también pone de manifiesto su virtualidad y esencialidad frente al contrato civil ⁶².

⁶² Téngase además en cuenta que en el Derecho español se ha suprimido la referencia expresa que hacía la LCE al «servicio público» como criterio definidor del contrato administrativo. Considérese por otra parte que la *iuspublificación* que sufre el contrato civil de la Administración no se hace tanto a costa de afirmar un régimen de prerrogativas como de insistir en la legalidad de las adjudicaciones, dato éste que consigue evitar la existencia de auténticos contratos civiles de la Administración o sus entidades dependientes.

En definitiva, el contexto jurídico ha cambiado al paso que ha cambiado también el contexto social, donde más que el problema de la desigualdad del ciudadano contratista frente a la Administración preocupa hoy el problema de la corrupción (y de la huida del Derecho administrativo) que se produce cuando los funcionarios adjudican el contrato conforme a intereses personales. Finalmente, es preciso tener presente los «criterios funcionales» (estudiados *supra*) cuyo finalidad es evitar que se eluda el cumplimiento de la legalidad administrativa, como ya nos consta.