

INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN INGLÉS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS¹

XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE²

Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN. OBJETO Y OBJETIVO DEL ESTUDIO.—II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DEL REINO UNIDO: 1. *El origen de la discrecionalidad: la tradicional consideración de la contratación pública como materia de Derecho privado.* 2. *El carácter bifronte de su regulación. Normas y discrecionalidad.* 3. *Los objetivos del sistema de contratación inglés y los medios para alcanzarlos. La discrecionalidad como nota característica.* 4. *El bajo índice de litigiosidad en la contratación pública.*—III. CONTRATACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *Cláusulas contractuales y prerrogativas.* 2. *Capacidad para contratar y la doctrina de ultra vires.* 3. *La doctrina del judicial review: los principios generales como límites a la discrecionalidad en el ámbito de la contratación.* 4. *La doctrina del contrato implícito.*—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.

RESUMEN

Dentro del sistema jurídico inglés, uno de los campos que más se ha visto afectado en los últimos tiempos ha sido, sin duda, la contratación pública. Uno de los aspectos en que se han producido mayores cambios es el de la discrecionalidad de las entidades adjudicadoras, que es precisamente una de las características del sistema. El alto grado de discrecionalidad se ve como medio para alcanzar el objetivo de mayor eficiencia en la contratación. Sin embargo, en los últimos tiempos dicha discrecionalidad ha sido acotada no sólo por la recepción del régimen europeo de contratos, sino también por la jurisprudencia, que ha creado un conjunto de principios generales que limitan dicha libertad. En el presente artículo se pretende arrojar luz sobre la evolución vivida por el sistema de contratos inglés.

Palabras clave: contratación pública; discrecionalidad; Inglaterra.

¹ El autor está enormemente agradecido al profesor Albert SÁNCHEZ GRAELLS (Universidad de Leicester, Reino Unido) por sus comentarios sobre el artículo. Debe, sin embargo, advertirse que todas las opiniones vertidas en éste son única responsabilidad del arriba firmante.

² Artículo escrito mientras cursaba estudios en el ámbito de la contratación pública europea en el *Public Procurement Research Group* de la Universidad de Nottingham (Reino Unido), grupo dirigido por Sue ARROWSMITH, abril de 2014. El autor es doctorando y colaborador honorífico del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

ABSTRACT

Over the past few decades, the field of public procurement has evolved as an important subject within the English legal system. Traditionally the contracting authorities have enjoyed broad discretionary powers inasmuch as contracting was considered a private activity; discretion also allows the contracting authorities to obtain value for money, which is the main objective of the domestic procurement system. However, certain elements seem to be changing this perception of discretion as an absolute feature of public procurement. Thus, both European Directives and Courts' case law are curtailing the broad discretion of contracting officers. The article sheds light onto this evolution.

Key words: public procurement; discretionary powers; England.

I. INTRODUCCIÓN. OBJETO Y OBJETIVO DEL ESTUDIO

Dentro del sistema jurídico inglés, uno de los campos que más se ha visto afectado en los últimos tiempos ha sido, sin duda, la contratación pública. Se trata de una disciplina que, como tal, no existía hasta tiempos recientes y que apenas había sido estudiada³ más allá del capítulo que los manuales de Derecho de los contratos le dedicaban⁴. Sin embargo, en los últimos treinta años se ha producido una gran evolución —que no revolución— y hoy la disciplina se ha ganado un espacio propio a medio camino entre el complejo sistema inglés de contratos y el Derecho administrativo⁵.

A lo largo del artículo el lector será consciente de la citada evolución. Cómo con el paso del tiempo el número de normas jurídico-públicas han ido en aumento, así como han surgido doctrinas jurisprudenciales bajo el paraguas de novedosos principios de Derecho administrativo cuya consecuencia primera ha sido reducir la discrecionalidad de los entes adjudicadores. La propia estructura del artículo así lo avanza: comienza afirmando en los primeros epígrafes que la contratación pública ha sido tradicionalmente considerada una materia de Derecho

³ Las obras precursoras en la materia son las de J. D. B. MITCHELL, *The contracts of public authorities: a comparative study*, London School of Economics and Political Science, London, 1954, y C. TURPIN, *Government contracts*, Penguin, Harmondsworth, 1972.

⁴ H. G. BEALE y J. CHITTY (eds.), *Chitty on contracts*, 31.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2012.

⁵ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2005; P.-A. TREPTE, *Public procurement in the EU: a practitioner's guide*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2007; A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

privado, marcada por la ausencia de regulación en los contratos fuera del alcance de las Directivas⁶, para después estudiar el conjunto de elementos que van debilitando esa afirmación.

Antes de comenzar este camino es necesario realizar ciertas advertencias iniciales que sirven de guía a los juristas no familiarizados con el sistema inglés. Advertencias que, aun habiendo sido ya señaladas en los pocos trabajos españoles que existen al respecto, merece la pena repetir⁷.

El título del artículo conduce a la primera aclaración. En el artículo se trata la contratación pública de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, no así la escocesa, que tiene sus propias normas tras haberse producido una transferencia de competencias del Gobierno central a ciertas regiones —la denominada *devolution*—⁸. Así pues, no se puede hablar del régimen de contratación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sino del régimen inglés, el cual se aplica totalmente en Gales y en Irlanda del Norte en gran medida. Ahora bien, Escocia, aun teniendo sus propias normas, sigue esquemas muy similares a los ingleses.

En segundo lugar, el tratamiento del concepto de contrato en el Reino Unido hace referencia a diferentes realidades, las cuales deben ser delimitadas. Por un lado, debe advertirse el amplio concepto de contrato: así, cuando en el Derecho inglés se habla de contratos públicos se hace referencia a figuras que el Derecho español trata desde otras perspectivas. En el Reino Unido se estudian los contratos de los

⁶ Según la OCDE, tan sólo el Reino Unido e Irlanda carecen de toda regulación para los contratos fuera del alcance de las Directivas. Las entidades adjudicatarias gozan de gran discrecionalidad, tan sólo guiadas por directrices y circulares. OECD, *Public Procurement in EU Member States - The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives*, SIGMA Papers No. 45, OECD, 2010.

⁷ G. ARIÑO ORTIZ, «Contrato del Estado y “Common Law”», en *Doctrina del Contrato del Estado*, Madrid, 1977; más recientemente, E. NIETO GARRIDO, «Peculiaridades del régimen de la contratación pública en el Reino Unido: La revolución contractual como nueva forma de gobernar», *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 28, 2011.

⁸ La *devolution* se refiere al proceso mediante el cual ciertas competencias legislativas se devolvieron a las regiones de Escocia (1998), Gales (1998 y 2006) e Irlanda del Norte (1998). Este proceso es considerado una de las grandes revoluciones constitucionales vividas por el Reino Unido en los últimos años, junto con la entrada en la UE (*EC Act*, 1972), la transposición al Derecho interno del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Human Right Act*, 1998) y la sustracción a la Cámara de los Lores de los poderes judiciales que ostentaba (*Constitutional Reform Act*, 2005 —dicha reforma dio lugar a la creación de la Corte Suprema en 2009—). Sobre la *devolution* y su impacto en la contratación, leer C. BOCH, «The implementation of the Public Procurement Directives in the UK: devolution and divergence?», *Public Procurement Law Review*, 6, 2007.

Si bien el Gobierno norirlandés también ha sido objeto de la *devolution* y en materia de contratación dicta directrices propias, debe atenerse a las *Regulations* que transponen las Directivas, así como interponer los recursos en materia de contratación ante órganos judiciales ingleses.

empleados públicos, ya sean laborales o funcionariales (*civil servants*); los acuerdos para la concesión de licencias y concesiones (*licensing and franchising*); los convenios de colaboración interadministrativos, y los contratos para la obtención de bienes y servicios (incluyendo aquí los contratos de colaboración público-privada, principalmente los *Private Finance Initiative*)⁹. Será este último grupo, que se conoce como *public procurement*, el que ocupe nuestra atención¹⁰.

Pero, además, se habla también de *The Contracting State* como la nueva forma de gobernar a través del contrato¹¹, esto es, de la «contractualización de la Administración»¹², en línea con la corriente del *New Public Management*¹³. Y no sólo se refiere tanto a los contratos antecitados como a la creación de nuevos organismos para la gestión de los servicios públicos —agencias con las que el Gobierno central firma acuerdos de gestión llamados *Framework Document*—. La gran crítica que se hace de la contractualización de la actividad administrativa es que deriva en un deficiente control de la acción de gobierno por parte del Parlamento¹⁴. Ejemplos de ello son la creación de agencias ejecutivas bajo el paraguas del *Next Step Program*, la transferencia de la gestión pública de la sanidad a favor de entidades públicas separadas del Gobierno (*Trusts*) o la mutualización del sector público¹⁵.

En tercer lugar, si bien no es el lugar para adentrarnos en su estudio individualizado, sí debe señalarse que los sectores clave, tanto desde un punto de vista económico como por las problemáticas que suscitan, son los siguientes: la contratación en el ámbito militar y de defensa, la contratación de productos y servicios relacionados con la tecnología de la información y la comunicación, las infraestructuras y

⁹ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., pág. 2.

¹⁰ Se trata de una terminología que no se comparte en todos los lugares: así, en Estados Unidos se habla de *government contracts* o *public contracts*.

¹¹ I. HARDEN, *The Contracting State*, Open University Press, Philadelphia, 1992; M. R. FREEDLAND, «Government by contract and public law», *Public Law*, Spring 1994.

¹² M. R. FREEDLAND, «Government by contract and public law», cit., pág. 86

¹³ Término acuñado en C. HOOD, «A Public Management for All Seasons?», *Public Administration*, vol. 69, 1, 1991; el autor sitúa el comienzo de esta corriente en la obra de K. J. ARROW, *Social choice and individual values*, 2.ª ed., Yale, London, 1963; ver también K. McLAUGHLIN, S. P. OSBORNE y E. FERLIE (eds.), *New public management current trends and future prospects*, Routledge, London, 2002.

¹⁴ T. DAINITH, «The Executive Power Today: Bargaining and Economic Control», en JOWELL y OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, 2.ª ed., 1989, pág. 193. Sobre el uso de la contratación para saltarse el control parlamentario, C. HARLOW, «“Public” and “Private” Law: Definition Without Distinction», *The Modern Law Review*, vol. 43, 3, 1980, pág. 248.

¹⁵ La mutualización es la forma que adquiere la nueva ola privatizadora en el Reino Unido, a través de la cual un sector determinado de la actividad de la Administración pasa al sector privado, manteniendo los empleados un porcentaje considerable de la nueva entidad. La Administración se compromete a reservar la adjudicación del contrato a las entidades recién creadas. Habrá que estar al respecto al artículo 77 de la nueva Directiva de contratos. Ver Cabinet Office, *Mutuals Taskforce Report. Public Service Mutuals: The next Steps*, 2012.

servicios de transporte (carretera o ferrocarril), el sector sanitario y de la seguridad social (*National Health System* o NHS)¹⁶ y el sector de la educación, siendo estos últimos los que mayor inversión acaparan. Posteriores trabajos pueden profundizar en su estudio e incluso realizar un ejercicio de Derecho comparado, dada la importancia que estos sectores tienen en nuestro país.

Sin embargo, debe ya anunciarse que en ningún momento pretende este artículo llevar a cabo ese ejercicio de Derecho comparado. Ello no es óbice para que el artículo sirva como plataforma para futuros trabajos —siempre, claro, teniendo en cuenta los problemas típicos de las investigaciones de Derecho comparado, como la transferibilidad de normas jurídicas¹⁷—. Ejercicio de Derecho comparado que no debería descartarse bajo la prejuiciosa premisa de la gran diferencia de sistemas jurídicos. Como señala AUBY, ambos sistemas se enfrentan a los mismos problemas y lo hacen con un grado de similitud superior al que uno pueda inicialmente imaginar¹⁸.

Se trata, pues, de ofrecer una panorámica general del complejo sistema de contratación inglés, muy particularmente analizar qué elementos han contribuido a acotar la discrecionalidad de los poderes adjudicadores. Discrecionalidad que, otrora, era característica típica del sistema. Y es que, como se verá, se trata de un campo del Derecho inglés que ha evolucionado mucho en los últimos tiempos y que va poco a poco ganando terreno dentro del estudio del Derecho público.

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DEL REINO UNIDO

1. *El origen de la discrecionalidad: la tradicional consideración de la contratación pública como materia de Derecho privado*

El análisis del régimen inglés parte de asumir que la larga sombra del jurista Albert V. DICEY se proyecta todavía hoy sobre el Derecho

¹⁶ Por ejemplo, en materia de NHS se ha aprobado recientemente el *National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No. 2) Regulations 2013 SI 2013/5*, cuyo estudio podría ser perfectamente abordado en otro artículo dadas las novedades que supone para el conjunto del sistema inglés de contratación: entre otras, la adopción de una estructura y terminología similar a las Directivas o la creación de un órgano de supervisión —*Monitor*— que puede declarar ineficaz un contrato.

¹⁷ O. KAHN-FREUND, «On Uses and Misuses of Comparative Law», *The Modern Law Review*, vol. 37, 1, 1974; P. LEGRAND, «The Impossibility of “Legal Transplants”», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997.

¹⁸ J.-B. AUBY, «Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere», *Public Law*, Spr. 2007, pág. 57.

anglosajón. En su clásica obra, de 1885, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*¹⁹, el autor considera que la mejor manera de proteger a los ciudadanos frente al poder es tratar a éste sin privilegios, algo que para el autor sólo es posible a través del Derecho común. Esta visión diceyana del Derecho se observa también en el ámbito de la contratación, en tanto que los entes públicos han operado tradicionalmente desde el Derecho privado²⁰.

De la consideración de la contratación pública como materia de Derecho privado se derivan dos importantes consecuencias. Por un lado, no existe un cuerpo normativo especial que codifique la materia. Por otro, no ha sido necesario un tribunal especializado en casos de contratación. Ahora bien, en los últimos treinta años se han producido ciertos cambios que obligan a matizar estas afirmaciones, y hoy, aunque válidas, no son absolutas. En primer lugar, la existencia de un régimen de contratación, el europeo, que se ha transpuesto en una serie de normas especiales y que impone ciertas limitaciones a la idea de la contratación pública como mera materia jurídico-privada. En segundo lugar, si bien no existe un tribunal específico —ni administrativo ni judicial— para la contratación pública, sí se ha creado una sección especial dentro de la *High Court* encargada de tratar con estos temas —así como otros de índole jurídico-administrativa—. Ambas circunstancias son estudiadas a lo largo del texto.

Con el paso del tiempo, el régimen jurídico inglés ha visto nacer un auténtico Derecho administrativo, algo que sin duda también tiene reflejo en el sistema de contratación²¹. La necesidad de afrontar los mismos problemas administrativos que otros Estados, así como la internacionalización del Derecho de contratos públicos —principalmente a través de las Directivas—, han provocado que hoy, si bien no se puede hablar de un régimen administrativo de contratos públicos, sí pueda afirmarse que los contratos de los entes públicos deben observar normas específicas que influyen decisivamente en su formación, surgiendo así diferencias con el régimen privado. Por ello, se considera que los contratos de los entes públicos no son algo exclusivamente privado, justificándose la aplicación de instrumentos de Derecho público en la

¹⁹ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10.ª ed., Macmillan, London, 1959; en particular interesa el capítulo 12.

²⁰ J. D. B. MITCHELL, *The contracts of public authorities*, cit.; J.-B. AUBY, «Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere», cit.; S. ARROWSMITH, «Government Contracts and Public Law», *Legal Studies*, vol. 10, 1990, pág. 231: «when one party to a contract is the government there is in Commonwealth jurisdictions a strong perception of contract as a purely “private” matter».

²¹ J.-B. AUBY, «Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere», cit., pág. 40; dicho autor cita a S. CASSESE, *La construction du droit administratif?: France et Royaume-Uni*, Montchrestien, Paris, 2000.

función que dichos contratos cumplen²². Habrá ocasiones en que «los intereses públicos —incluyendo el evitar una irracional o injusta toma de decisiones por parte de los entes públicos— requieran de la intervención del Derecho público sea cual sea la posición del Derecho privado»²³.

Por tanto, siendo cierto que los contratos públicos beben directamente del Derecho común, cada vez son más los elementos de Derecho público que las entidades adjudicadoras deben observar cuando contratan. En definitiva, legislación y jurisprudencia han ido formando un cuerpo de reglas cada vez más influidas por conceptos y técnicas de Derecho público²⁴.

2. *El carácter bifronte de su regulación. Normas y discrecionalidad*

A diferencia de lo que ocurre con otros sistemas de contratación pública, el sistema inglés tradicionalmente no ha recurrido a la legislación como mecanismo para asegurar la consecución de los objetivos de contratación. Aunque siempre han existido normas que contenían provisiones sobre contratación, no puede hablarse de un cuerpo normativo como tal, sino más bien de una «complicada mezcla de directrices gubernamentales, legislación doméstica y normas europeas»²⁵.

En primer lugar, las normas derivadas de la transposición de las Directivas europeas, inicialmente transpuestas como meras directrices²⁶, y sólo más tarde como *regulations* (normas aprobadas por el Gobierno)²⁷. Las normas vigentes hoy son las *Public Contracts Regulations* de 2006 (PCR en adelante)²⁸.

Dentro del régimen europeo tiene especial trascendencia para Inglaterra la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas derivadas del Tratado. Ocurre que en España no se ha hecho demasiado hincapié en la doctrina de las obligaciones positivas que emanan di-

²² S. ARROWSMITH, «Government Contracts and Public Law», cit., pág. 232.

²³ S. H. BAILEY, «Judicial review of contracting decisions», *Public Law*, Aut. 2007, pág. 445 (traducción propia).

²⁴ H. G. BEALE y J. CHITTY (eds.), *Chitty on contracts*, cit., pág. 842.

²⁵ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., pág. 33 (traducción propia). Al tratarse de un sistema de *common law*, cuando se habla de *domestic law* se hace referencia también a la jurisprudencia.

²⁶ Ver S. ARROWSMITH, «Legal techniques for implementing Directives: A case study of public procurement», en P. P. CRAIG y Carol HARLOW (eds.), *Lawmaking in the European Union*, Kluwer Law International, London, 1998.

²⁷ *Public Works Contracts Regulations 1991*; *Public Supply Contracts Regulations 1991*; *Public Services Contracts Regulations 1993*; *Utilities Works and Supply Contracts Regulations 1992*.

²⁸ *Public Contracts Regulations 2006*, SI 2006/5, y la *Utilities Contracts Regulations 2006*, SI 2006/6.

rectamente del Tratado, ya que existe una extensa regulación de los contratos que quedan fuera del ámbito de aplicación de las Directivas²⁹. Sin embargo, en el caso inglés, la existencia de una regulación tan diferenciada, según los contratos estén o no en el ámbito de aplicación de la Directiva, hace pensar que la citada doctrina habrá impactado en mayor medida en dicho país. En todo caso, no se ha aprobado ningún texto al respecto, dejando que sean las entidades adjudicadoras las que apliquen dicha doctrina. La postura adoptada es acorde a la opción del sistema de contratación inglés a favor de la mayor discrecionalidad de los agentes³⁰.

Por debajo de dicha regulación se abre un abanico de normas sectoriales que contienen disposiciones de contratación propias: la *Transport Act*; la *Local Government Act*; la *Transfer of Undertaking Protection of Employment Regulations SI 2006/246* (conocida como TUPE), que es la norma que transpone la Directiva 2001/23, sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores; o la *National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No. 2) Regulations SI 2013/5*. Dichas normas fijan obligaciones determinadas que los órganos de contratación deben observar³¹.

En tercer lugar, las directrices y recomendaciones que, englobadas bajo el epígrafe de *informal guidance*, forman quizá la parte más importante del Derecho de los contratos públicos inglés³². Los únicos elementos de Derecho público que guían la contratación bajo el sistema tradicional son las directrices (*administrative directions*) y recomendaciones (las formales *circulars* o las más informales *guidelines*) que emitían los órganos administrativos correspondientes. Ambas figuras son consideradas mero Derecho indicativo (o *soft law*) y no vinculan a sus receptores ni otorgan derecho alguno³³. Ello permite a los órga-

²⁹ Sobre la repercusión de dicha teoría en distintos países de la UE, R. CARANTA y D. C. DRAGOS (eds.), *Outside the EU procurement directives - inside the Treaty?*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012; X. CODINA, «La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014.

³⁰ S. DE MARS, «The limits of general principles: a procurement case study», *European Law Review*, vol. 38, 3, 2013.

³¹ Por ejemplo, esta última obliga a la NHS a actuar de manera transparente, proporcionada y a dar un tratamiento igualitario a los proveedores con los que trate. Ver S. SMITH y D. OWENS, «New procurement legislation for English Healthcare Bodies - The National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No.2) Regulations 2013», *Public Procurement Law Review*, 4, 2013.

³² Rasgo que le diferencia, por ejemplo, del sistema americano, donde se ha adoptado un denso conjunto normativo cuyo máximo exponente es la *Federal Acquisition Regulation* (FAR); al respecto, J. CIBINIC, R. C. NASH y C. R. YUKINS, *Formation of government contracts*, 4.^a ed., George Washington University Law School, Government Contracts Program, Washington, DC, 2011.

³³ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., pág. 35, considera que sí son vinculantes en tanto que quien no quiera aplicarlas deberá explicar y justificar el porqué. Ello lleva a que en la práctica, al menos en el Gobierno central, las directrices se apliquen.

nos de contratación gozar de un alto grado de discrecionalidad administrativa.

En lo que respecta al Gobierno central, las directrices emanan del *HM Treasury*, con directrices más generales³⁴, y del *Cabinet Office*³⁵. Además, en 2010 se creó la *Efficiency and Reform Group of the Cabinet Office*, fruto de una serie de cambios estructurales vividos por la Administración pública inglesa en los últimos tiempos³⁶.

Además de estas directrices, otro mecanismo muy utilizado es el de los modelos o plantillas (*standard terms* o *standard form contracts*)³⁷, que permite aplicar de manera objetiva la experiencia acumulada en contratos anteriores. Por ejemplo, el 3 de marzo de 2014, a través de la *Procurement Policy Note 4/14* (en adelante, PPN) *Contracting for Value - Model Services Contract*, se aprobaba un nuevo modelo de contrato de servicios³⁸.

Antes de concluir debe dejarse constancia de la existencia del debate sobre la necesidad de regular los contratos fuera del alcance de las Directivas, así como del papel que debe jugar el Derecho público en la contratación de la Administración³⁹.

³⁴ Por ejemplo, el *HM Treasury*, en su reciente informe *Managing Public Money*, dedica el Anexo 4.6 a tratar específicamente la contratación. *HM Treasury, Managing public money*, 2013; asimismo, ver *HM Treasury, The Green Book. Appraisal and Evaluation in Central Government*, 2011.

³⁵ Dentro del *Cabinet Office* debe tenerse en cuenta el *Government Procurement Service* (GPS), creado en 2011 pero desde 2014 integrado en el *Crown Commercial Service* (CCS). Ésta es una Agencia Ejecutiva del Gobierno central que ha centralizado todas las funciones de compra pública en un solo organismo. Además de directrices, emite informes muy útiles para estudiar los problemas actuales de la contratación inglesa.

³⁶ En el ámbito de la contratación, tras la subida del Gobierno laborista y del llamado Informe Gershon, se creó la *Office of Government Commerce* o OGC, una oficina independiente del Gobierno que se encargaría de buscar fórmulas para mejorar el sistema de contratación —por ejemplo, fue la encargada de negociar en nombre del Reino Unido las Directivas de 2004 y de su implementación—. Dentro de dicho organismo se creó la agencia *Buying Solutions*, encargada de contratar bienes y servicios en nombre del Gobierno central, persiguiendo así determinadas economías de escala. Además de ese rol de centralizar compras, la OGC tenía como función publicar las directrices que guiarán la contratación de los departamentos del Gobierno. Posteriormente, ésta quedó integrada en el *Efficiency and Reform Group*, ente del *Cabinet Office* que colabora con el *HM Treasury* buscando la eficiencia en la Administración.

³⁷ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., pág. 6; el autor defiende un modelo de contratación basado en plantillas o *standards* que permitan orientar a las entidades y suplir las carencias que, según él, la regulación general contiene.

³⁸ Dicho modelo puede ser consultado en <https://ccs.cabinetoffice.gov.uk/about-government-procurement-service/contracting-value-model-services-contract> (accedido el 1 de abril de 2014).

³⁹ En contra de mayor regulación, C. TURPIN, *Government Procurement and Contracts*, Longman, 1989; a favor, J. D. B. MITCHELL, *The contracts of public authorities*, cit.; A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit. Ello conecta con el debate sobre la división público/privado en la contratación: DAVIES defiende el desarrollo del Derecho público en el ámbito de la contratación como fórmula para resolver problemas derivados de la contratación. Ver *ibid.* Ahora, él mismo expresamente señala que ello no implica crear una separación ab-

3. *Los objetivos del sistema de contratación inglés y los medios para alcanzarlos. La discrecionalidad como nota característica*

Cuando se estudia cualquier sistema de contratación, una de las primeras preguntas que deben responderse es qué objetivo(s) persigue dicho sistema de reglas. Aunque existe un conjunto de objetivos que suelen compartirse por todos los sistemas de contratación (eficiencia, igualdad, integridad, control de las compras públicas, etc.)⁴⁰, no todos los países coinciden en los objetivos que persiguen al regular este ámbito de la actividad pública⁴¹. Ello se complica con la adopción de un cuerpo internacional de normas sobre contratación con sus propios objetivos. Es lo que ocurre con las Directivas de la UE sobre la materia, cuyo principal objetivo es abrir el mercado de la contratación pública europea; dicho objetivo no siempre coincide con los perseguidos a nivel nacional⁴². Es momento ahora de analizar qué pretenden las normas inglesas que regulan los contratos fuera del alcance de las Directivas.

Lo cierto es que las directrices del Gobierno central señalan el objetivo de *Value for Money* (VfM en adelante) como el objetivo principal⁴³, acompañado en alguna de ellas del objetivo de lograr una contratación sostenible⁴⁴. El concepto de VfM persigue la eficiencia y eficacia de los contratos públicos y no se basa tan sólo en el menor precio, sino en el conjunto del coste total (*whole life cost*) y la calidad del producto o servicio.

soluta a través de la creación de un cuerpo estanco de normas. Ver también S. ARROWSMITH, «The Impact of Public Law on the Private Law of Contract», en Roger HALSON (ed.), *Exploring the boundaries of contract*, Dartmouth, Aldershot, 1996.

⁴⁰ Por ejemplo, DEKEL considera como objetivos de todo sistema de contratación la «integrity, economic efficiency and equal opportunity to compete for contracts», en O. DEKEL, «The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts», *Public Contract Law Journal*, vol. 37, 2008; KELMAN, por su parte, considera la «economy and efficiency, equity and integrity», en S. KELMAN, *Procurement and public management: the fear of discretion and the quality of government performance*, AEI Press, Washington, DC, 1990; S. L. SCHOONER, «Desiderata: objectives for a system of government contract law», *Public Procurement Law Review*, vol. 11, 2002.

⁴¹ Lo cierto es que, como señala TREPTE, no existe un conjunto de objetivos ideal, sino que debe analizarse la realidad de cada país. P.-A. TREPTE, *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

⁴² S. ARROWSMITH, «The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies», en C. BARNARD, M. GEHRING e I. SOLANKE (eds.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011-2012*, vol. 14, Hart Publishing, Oxford, 2013.

⁴³ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., pág. 35; asimismo, en HM Treasury, *Managing public money*, cit., Anexo 4.6, dedicado a la contratación: «Any decision to outsource should then be made to achieve value for money for the Exchequer as a whole».

⁴⁴ HM Treasury, *Transforming Government Procurement*, HM Treasury, 2007.

En cuanto a los medios, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, transparencia y competencia no han sido tradicionalmente consideradas medios para alcanzar el objetivo de VfM —con excepción de las imposiciones a los entes locales—. No ha sido hasta la entrada en juego de la legislación europea cuando esta visión ha ido cambiando y ha influido en los contratos fuera de su alcance. Por ejemplo, recientes directrices del *HM Treasury* consideran que es una buena práctica para alcanzar el VfM el acudir a procesos competitivos⁴⁵.

Además, transparencia y competencia se persiguen a través de otros instrumentos que tienen un impacto clave en la contratación. En lo que respecta a la transparencia, no sólo existe un auténtico derecho de acceso a la información consagrado en la *Freedom of Information Act* (FOIA en adelante)⁴⁶, sino también se ha visto en la transparencia un mecanismo para aumentar la eficiencia de los organismos públicos y reducir así el déficit⁴⁷ a través de una mayor monitorización de sus actividades⁴⁸. Bajo la FOIA se podrá solicitar la copia de los contratos firmados⁴⁹, el precio real pagado por paciente atendido⁵⁰ o el proceso detallado de evaluación de las ofertas⁵¹. Es interesante anotar que la obligación de proporcionar información está por encima de cualquier cláusula de confidencialidad del contrato, siempre y cuando no se trate de las excepciones recogidas por la propia FOIA⁵².

En lo que respecta a la competencia, la *Office of Fair Trading* (OFT), además de su labor de defensa de la competencia a través de estudios específicos en materia de contratación (labor de *advocacy*)⁵³, ha lleva-

⁴⁵ HM Treasury, *Managing public money*, cit., párrafo 7.2.

⁴⁶ Como regla general, y con algunas excepciones restrictivamente interpretadas, todo ente público debe poner a disposición de quien lo solicite —sin necesidad de tener un interés legítimo— toda información solicitada disponible, dentro de un plazo de veinte días. En caso de no hacerlo, se podrá recurrir dicha decisión ante el *First tier-Tribunal*, sección de *Information Rights*, de la *General Regulatory Chamber*.

⁴⁷ P. HENTY y C. MANNING, «The public sector transparency agenda», *Public Procurement Law Review*, 2, 2011.

⁴⁸ El *Cabinet Office* ha puesto en marcha la estrategia *Improving the transparency and accountability of government and its services*. Por ejemplo, desde internet se puede acceder a archivos que contienen de manera clara y entendible los gastos superiores a 250 libras de todos los entes locales. Ver <https://www.gov.uk/government/collections/dclg-spending-over-250>.

⁴⁹ *Department of Health v The Information Commissioner* (EA/2008/0018).

⁵⁰ *Camden Primary Care Trust* (FS50214920).

⁵¹ *Fred Keene v ICO and Central Office Information* (EA/2008/0097). Los órganos judiciales se han pronunciado también sobre la transparencia durante el procedimiento de adjudicación. Así, en *Amaryllis v HM Treasury No 2* (2009) EWHC 1666, la *High Court* considera que existe la obligación de suministrar documentos relativos a las ponderaciones y criterios de selección. Lo mismo ocurre en *Croft House Care v Durham CC* (2010) EWHC 909.

⁵² M. McDONAGH, «Disclosure of information relating to public procurement: the role of freedom of information law», *Public Procurement Law Review*, 3, 2002.

⁵³ Por ejemplo, el reciente análisis de la competencia en el sector de la provisión de bienes y servicios TIC, en el que se pone de manifiesto la existencia de contratistas con gran cuota de mercado o la existencia de barreras de entrada. *Office of Fair Trading, Report on the*

do a cabo acciones directas contra cárteles y monopolios en este ámbito. En 2005, la OFT comenzó una investigación sobre los posibles acuerdos a los que llegaban los operadores privados en las licitaciones públicas dentro de la industria de la construcción. La operación finalizaría en 2009: un total de 112 compañías fueron acusadas, elevándose las multas a 129,5 millones de libras, en la que se trata de una de las mayores operaciones llevadas a cabo en Europa⁵⁴. Salieron a la luz las prácticas más habituales al respecto. Por ejemplo, la licitación de varios candidatos con ofertas mediocres o incompletas como método para ocultar la voluntad de repartirse los contratos públicos. También se descubrieron pagos de unas empresas a otras como compensación por presentar estas ofertas de cobertura. El programa de clemencia (*leniency*) dio tan buenos resultados que incluso en plena operación se cerró dicha opción⁵⁵.

Al margen de competencia y transparencia, el medio más importante del que hace gala el sistema inglés para alcanzar el VfM es la discrecionalidad de los entes adjudicadores⁵⁶. En efecto, la tradicional ausencia de normas permite que en este campo los entes adjudicadores hayan gozado de gran discrecionalidad. Las decisiones de qué y cómo contratar no han estado sometidas nunca a un cuerpo de normas, lo cual dificulta que los tribunales intervengan en la toma de decisión⁵⁷.

Ahora bien, esta discrecionalidad se ha ido reduciendo en los últimos años a través de distintas vías. Quizá la más importante ha sido las imposiciones que han hecho las Directivas. Pero también a nivel interno se producen cambios legislativos y jurisprudenciales que limitan dicha discrecionalidad, tal como veremos a continuación.

Supply of Information and Communications Technology to the public sector, 2014. También se estudió el mercado de tratamiento de residuos: Office of Fair Trading, *Organic Waste. An OFT market study*, 2011.

⁵⁴ R. KELLY, «Tackling Bid Rigging in Public Procurement - Another Means of Cutting Public Expenditure During the Recession», *Hibernian Law Journal*, vol. 10, 1, 2010.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 120

⁵⁶ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2.^a ed., Sweet & Maxwell, 2005, pág. 384: «In particular, EC rules that focus on transparency have a significant impact on the choices of Member States, such as the United Kingdom, that do not rely heavily on transparency as a means to achieve national procurement objectives, but prefer to entrust procurement entities and/or individual procurement officers with a significant degree of discretion».

⁵⁷ Ejemplo de ello es la discrecionalidad a la hora de aceptar rectificación de errores en las ofertas. Ver *Harrow Solicitors v Legal Service Commission (2011) EWHC 1087*, donde se dice que el Tribunal es reacio a intervenir en la toma de decisión.

4. *El bajo índice de litigiosidad en la contratación pública*

Uno de los aspectos que más llama la atención a todo jurista formado en la contratación pública española es el escaso número de sentencias existentes en el Reino Unido sobre la materia⁵⁸. En 2011 eran doscientos los casos que componían el cuerpo jurisprudencial en materia de contratación pública, sesenta de ellos en Irlanda del Norte⁵⁹, si bien el ritmo de aumento ha pasado de uno o dos casos al año a cerca de veinte.

La razón de ello es que ambas partes están predispuestas a la negociación, por lo que muchos casos acaban en acuerdo entre las partes antes de llegar a los tribunales⁶⁰. Pero ¿cuáles son las razones que llevan a los contratistas a evitar los litigios?

La primera es la tradicional inexistencia de normas sobre procedimiento de contratación, lo cual permite a los órganos de contratación gozar de gran discrecionalidad. Ello, a su vez, dificulta que los tribunales encuentren razones para anular la decisión objeto del litigio⁶¹. La segunda es el alto coste que supone acudir a los tribunales (que son el único medio de revisión)⁶². En tercer lugar, la ausencia de jurisprudencia genera la incertidumbre suficiente como para desincentivar a los agraviados, que no saben si la interpretación que defienden tiene visos de prosperar⁶³. En cuarto lugar, existen razones de índole comercial en tanto que litigar puede perjudicar futuros contratos (*bite the hand that*

⁵⁸ Sobre dicha escasez se pronuncian A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., pág. 42; D. PACHNOU, «Factors influencing bidders' recourse to the European Commission to enforce EC procurement law», *Public Procurement Law Review*, 2, 2005; D. PACHNOU, «Bidders' use of mechanisms to enforce EC procurement law», *Public Procurement Law Review*, 5, 2005.

⁵⁹ M. TRYBUS, «The Transposition of the Public Procurement Remedies Directive 2007/66/EC in the United Kingdom. Annual Report 2010 - United Kingdom», *Ius Publicum Network Review*, 2011, pág. 10.

⁶⁰ «Actualmente existe en los procedimientos civiles, al menos en Inglaterra y Gales, una inclinación por resolver las disputas mediante acuerdo y en una fase temprana. Son pocos los casos de contratación que alcanzan sede judicial, y en muchos de los casos el demandante pretende medidas cautelares», en M. BOWSER y P. MOSER, «Damages for breach of the EC public procurement rules in the United Kingdom», *Public Procurement Law Review*, 4, 2006, pág. 196 (traducción propia).

⁶¹ S. ARROWSMITH, «Protecting the Interests of Bidders for Public Contracts; The Role of the Common Law», *The Cambridge Law Journal*, vol. 53, 01, 1994, pág. 104.

⁶² P. BRAUN, «Strict Compliance versus Commercial Reality: The Practical Application of EC Public Procurement Law to the UK's Private Finance Initiative», *European Law Journal*, vol. 9, 5, 2003, pág. 588; esta circunstancia es especialmente desincentivadora para las PYMES; ver D. PACHNOU, «Bidders' use of mechanisms to enforce EC procurement law», cit., pág. 258.

⁶³ P. BRAUN, «Strict Compliance versus Commercial Reality», cit., pág. 589.

feeds)⁶⁴. Por último, y quizá sea la razón más importante, la Administración puede y prefiere negociar que litigar⁶⁵. Ello explica la importancia de los medios alternativos de resolución de conflictos (*Alternative Dispute Resolution* o ADR) en el ámbito de la contratación⁶⁶.

Estas barreras e incentivos permiten a entes adjudicadores y contratistas actuar de manera cuestionable, al sentir que sus actuaciones no serán puestas bajo sospecha. En palabras de BRAUN, las razones arriba expuestas «parecen fomentar un comportamiento que es irreconciliable con una estricta interpretación de la legislación sobre contratación, limitando así su impacto»⁶⁷. El autor realiza un estudio cualitativo en el que recoge la opinión de especialistas que desarrollan su actividad en el campo práctico de la contratación. Del artículo, que fue el tema de su tesis doctoral, se extrae que en el Reino Unido predomina una actitud, que él llama elegantemente «visión pragmática», según la cual las normas se cumplen siempre que no sean incompatibles con aspectos comerciales. Uno de los entrevistados incluso llega a afirmar:

«muchas veces se escucha, incluso por parte de miembros del Queen's Counsel, que el incumplimiento apenas tiene desventajas: si rompes las normas, ¿qué puede ocurrir?»⁶⁸.

En definitiva, la ausencia de litigios en materia de contratación puede considerarse como una de las características del propio sistema y forma parte de la propia cultura inglesa ante las decisiones del ente adjudicador⁶⁹.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 590; en el mismo sentido se pronuncia A. WOOD, *Wood Review: Investigating UK business experiences of competing for public contracts in other EU countries*, Office of Government Commerce, 2004, pág. 54.

⁶⁵ C. HARLOW, «“Public” and “Private” Law: Definition Without Distinction», cit., pág. 249; en el mismo sentido se pronuncia A. C. L. DAVIES, «Ultra vires problems in government contracts», *Law Quarterly Review*, vol. 122, Jan. 2005, pág. 98.

⁶⁶ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., págs. 40 y 224; el autor considera que estos métodos reducen la posibilidad de control. El Gobierno introduce cláusulas en los pliegos que obligan a acudir a este tipo de solución en caso de conflicto. Ver Ministry of Justice; Attorney General's Office, *Dispute Resolution Commitment - Guidance for Government Departments and Agencies*, 2011, pág. 4: «Los departamentos del Gobierno y sus agencias incluirán en sus contratos estandarizados cláusulas que prevean la resolución alternativa de las disputas» (traducción propia).

⁶⁷ P. BRAUN, «Strict Compliance versus Commercial Reality», cit., pág. 588 (traducción propia).

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 588 (traducción propia).

⁶⁹ *Ibid.*, pág. 590; asimismo, M. TRYBUS, «The Transposition of the Public Procurement Remedies Directive 2007/66/EC in the United Kingdom. Annual Report 2010 - United Kingdom», cit.

III. CONTRATACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Cláusulas contractuales y prerrogativas

Siguiendo la tradición diceyana a la que antes hacíamos alusión, la Administración contratando no goza de un régimen privilegiado ni, mucho menos, de poderes exorbitantes que no se encuentren en el Derecho común. Así, no es posible encontrar una norma que consagre el poder de la Administración para resolver unilateralmente el contrato o para interpretar por sí sola sus cláusulas. Sin embargo, la Administración hará uso del marco convencional para adquirir poderes que, no teniendo la naturaleza jurídica de prerrogativas, sí tendrán efectos similares en la relación contractual⁷⁰. La existencia de plantillas estandarizadas permite observar que algunas de sus cláusulas no se redactan observando las reglas del Derecho común⁷¹.

En este sentido, la potestad de inspección y control, que incluye el poder de dirección, puede perfectamente verse reflejada en la siguiente cláusula de los modelos de contrato de suministro⁷²: «3.2. Al proporcionar los bienes, el suministrador debe cooperar con el cliente en todas las materias relacionadas con el suministro de bienes así como cumplir con las instrucciones del cliente»⁷³; o en la posibilidad de solicitar la sustitución del personal del contratista (cláusula 8.1) o autorizar la subcontratación (cláusula 9).

En los mismos modelos, sobre la cancelación unilateral del envío de bienes: «5.1. El cliente tendrá el derecho de cancelar el pedido de bienes». Dicha cláusula sólo obliga al pago de la mercancía entregada, en tránsito o del material comprado que no pueda ser usado en otra orden. Asimismo, expresamente se indica que la entidad no será responsable por las pérdidas que deriven de esta cancelación.

También pueden encontrarse ejemplos de prohibición de suspensión incluso en caso de impago («4.5. El proveedor no suspenderá el suministro de bienes»).

No se observa, sin embargo, la existencia de la *potestas variandi*, y los modelos consultados recogen sólo la posibilidad de modificaciones de mutuo acuerdo. Por ejemplo, el modelo vigente para el contrato de servicios: «3.3. El cliente puede por medio de escrito solicitar

⁷⁰ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., págs. 57-58.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 42.

⁷² <https://ccs.cabinetoffice.gov.uk/about-government-procurement-service/contracting-value-short-form-terms-conditions> (accedido en marzo de 2014).

⁷³ Traducción propia.

una variación en el alcance de los servicios. En caso de que el proveedor acepte dicha variación, la contraprestación debe ser objeto de un ajuste justo y razonable que debe ser acordado por escrito por las partes»⁷⁴; lo mismo en la cláusula 20.3: «El acuerdo no puede ser modificado salvo por escrito y firmado por representantes de las partes». Es lo que en el Derecho inglés se conoce como cláusula de *no variation except in writing* o *no-oral-modification clause* —NOM por sus siglas⁷⁵—. Sí goza el ente adjudicador de la posibilidad de ampliar unilateralmente el contrato (cláusula 4.2). Ello no es óbice para afirmar que podrían introducirse cláusulas que reconociesen un poder de modificación dentro de la relación contractual⁷⁶ siempre que éste no fuera ilimitado⁷⁷.

Asimismo, la Administración suele reservarse la potestad de resolver unilateralmente el contrato. En el modelo de contrato público de servicios encontramos la siguiente cláusula: «16.1. El cliente puede terminar el acuerdo en cualquier momento siempre y cuando dé noticia por escrito de su voluntad con un plazo de un mes».

Pero es que, además, resulta de la doctrina jurisprudencial que la Administración independientemente de dicha cláusula goza de la potestad de resolución unilateral, lo cual supone una excepción a lo explicado hasta ahora. En este sentido, la conocida como doctrina del *no-fettering*, en base a la cual la decisión de un cuerpo administrativo no puede cercenar su discrecionalidad futura⁷⁸, se aplica de manera general en el Derecho administrativo inglés⁷⁹, y tiene especial trascendencia en la contratación pública. DAVIES pone un ejemplo muy sencillo que es clarificador de las consecuencias de dicha regla⁸⁰: supongamos que la Administración firma un contrato para gestionar una prisión, lo cual le impide adjudicar dicha gestión a otro contratista hasta que el plazo de vigencia del contrato venza; pues bien, si se aplicase la regla del *no-fettering* de manera ortodoxa, dicho contrato sería declarado *ultra vires*

⁷⁴ <https://ccs.cabinetoffice.gov.uk/about-government-procurement-service/contracting-value-short-form-terms-conditions> (accedido en marzo de 2014). Traducción propia.

⁷⁵ F. WAGNER VON PAPP, «European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth the Paper They Are Written On?», *Current Legal Problems*, vol. 63, 1, pág. 521.

⁷⁶ Así se pronuncia M. FROMONT, «L'évolution du droit des contrats de l'administration - différences théoriques et convergences de fait», en Rozen NOGUELLOU y Ulrich STELKEN (eds.), *Comparative Law on Public Contracts Treatise / Traité de droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruselas, 2010.

⁷⁷ La *Supreme Court* anula una cláusula de modificación ilimitada: *The Law Society, R (on the application of) v Legal Services Commission* [2007] EWCA Civ 1264.

⁷⁸ *Fetter* significa literalmente poner cadenas, constreñir. El *leading case* en la materia es el conocido asunto *Rederiaktiebolaget Amphitrite v The King* [1921] 3 K.B. 500.

⁷⁹ W. WADE y C. F. FORSYTH, *Administrative law*, 9.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2004, pág. 330

⁸⁰ A. C. L. DAVIES, «Ultra vires problems in government contracts», cit., pág. 105.

en tanto que limita la discrecionalidad futura de la Administración contratante. Sin embargo, la jurisprudencia no aplica la doctrina de manera tan estricta y trata de alcanzar un equilibrio entre los intereses de las partes⁸¹. Lo cierto es que dicha regla permite a la Administración terminar el contrato cuando así lo exijan razones de interés público⁸², no considerándose ello como un incumplimiento, sino como una frustración del contrato⁸³. Para evitar la inseguridad jurídica que genera esta doctrina, se introducen cláusulas en los contratos que contemplan esta posibilidad y fijan la compensación económica pertinente: son las llamadas cláusulas *break*⁸⁴.

En definitiva, como señaló TURPIN en 1989, «estas cláusulas realizan la función que los principios legales desarrollan en otras jurisdicciones en las que la contratación pública se regula a través de un cuerpo separado de normas»⁸⁵.

2. Capacidad para contratar y la doctrina de *ultra vires*

A la hora de afrontar el estudio de la contratación pública inglesa, los manuales suelen partir del problema de la capacidad para contratar, lo cual entronca de manera directa con el concepto de Corona (*The Crown*). Ésta tradicionalmente se identificaba con la figura del monarca y, por tanto, gozaba del mismo poder general de contratación⁸⁶

⁸¹ Ahora bien, DAVIES cree haber notado un viraje hacia la interpretación estricta de las razones que permiten declarar un contrato *ultra vires* por limitar la discrecionalidad futura: así, en el asunto *Dowty Boulton Paul Ltd v Wolverhampton Corporation* [1971] 1 W.L.R. 204 no se considera válido resolver un contrato de concesión de un aeropuerto local (99 años) para promover vivienda social en el terreno. *Ibid.*

⁸² Como señaló J. ROWLATT en el asunto *Rederiaktiebolaget Amphitrite v The King* [1921] 3 K.B. 500, pág. 503, el Gobierno «no puede por medio de contrato limitar su libertad de acción en materias que conciernen el interés público». Dicha doctrina se repetiría en *Commissioners of Crown Lands v Page* [1960] 2 Q.B. 274, págs. 287-288.

⁸³ Asunto *Reily v. The King* (1934) AC 176. Cfr. H. G. BEALE y J. CHITTY (eds.), *Chitty on contracts*, cit., pág. 845.

⁸⁴ I. HARDEN, *The Contracting State*, cit., pág. 37; un ejemplo actual puede verse en la cláusula 10.a) de los modelos de contratación de la *Great London Authority* (<http://www.london.gov.uk/mayor-assembly/gla/spending-money-wisely/budget-expenditure-charges/procurement> (accedido en marzo de 2014)).

⁸⁵ C. TURPIN, *Government Procurement and Contracts*, cit., págs. 105-111.

⁸⁶ En este sentido se pronunció la sentencia *Banker's Case* (1700) 90 ER 270, en la que se admite que el monarca gobernando puede firmar un contrato por el que recibe dinero prestado sin necesidad de la aprobación del Parlamento. En el ámbito de la contratación la consecuencia más importante de ello es la ausencia de habilitación expresa del Parlamento, pieza clave en otras áreas de acción del Gobierno. El Ejecutivo puede contratar sin necesitar para ello de que el Parlamento le autorice. Desde un punto de vista constitucional, esta ausencia de control por parte del Parlamento tiene bastante trascendencia. Según ARROWSMITH, «is that the "ordinary" activities of government, including that of contracting, are not of such an inherently different nature from its other activities so as to justify a fundamental difference in

que una persona natural. En la actualidad, tras un proceso histórico⁸⁷, *The Crown* es un concepto que hace referencia principalmente al Ejecutivo como persona jurídica, el cual actúa a través de distintos departamentos, siendo la capacidad de contratar del Ejecutivo central una muestra más de la capacidad general de la Corona para hacer todo aquello no prohibido por la ley⁸⁸. El poder a priori ilimitado del Ejecutivo para contratar podrá, eso sí, verse limitado por el Parlamento⁸⁹.

En el caso de los entes creados tanto por el Legislativo (mediante *statutes*) como por el Ejecutivo la libertad de contratación es mucho más limitada. Los llamados *statutory public bodies*⁹⁰ tendrán la capacidad de contratar en la medida en que la norma de creación se la confiera. Ocurre que si la autoridad contrata sin gozar de los poderes oportunos para ello, es decir, sin tener la competencia adecuada, los correspondientes contratos serán objeto de la regla de *ultra vires*. La jurisprudencia ha señalado que no es necesaria una autorización expresa para llevar a cabo un contrato concreto, sino que es suficiente con que exista una conexión entre el contrato y la actividad que la ley encomienda a los entes públicos⁹¹. Si no existe conexión, el contrato no será válido. Por ejemplo, en *Hazell v Hammersmith and Fulham LBC* (1992) 2 A.C. 1, esta entidad local suscribe un contrato financiero (intercambio de tasa de interés o *swaps*) del que resultan grandes pérdidas para el municipio. Sin embargo, la *House of Lords* acabó considerando que el contrato era *ultra vires* en tanto que la entidad no estaba autorizada a realizar este tipo de contratos especulativos de alto riesgo —si bien no señala las consecuencias del *ultra vires*—. Algo

the method of political scrutiny». Cfr. S. ARROWSMITH, «Government Contracts and Public Law», cit., pág. 235.

⁸⁷ Ocurrió que cada vez eran más los asuntos en los que el monarca para actuar contaba con el Gobierno. Vía convención constitucional (*constitutional conventions* —esta figura puede definirse como uso o costumbre constitucional—), los miembros del Gobierno acabaron asimilando dichas funciones.

⁸⁸ «... the Crown capacity to do whatever is not prohibited by law». H. G. BEALE y J. CHITTY (eds.), *Chitty on contracts*, cit., pág. 843. A modo de ejemplo, en el reciente documento de HM Treasury, *Managing public money*, cit., párrafo 2.1, se dice literalmente que los ministros «pueden hacer cualquier cosa que la legislación no prohíba o limite». No ocurre lo mismo con los entes estatutarios creados por ley, que, como veremos, tienen sólo las competencias que la norma de creación les confiere.

⁸⁹ C. TURPIN, *Government contracts*, cit., pág. 19; y S. ARROWSMITH, «Ineffective Transactions, Unjust Enrichment and Problems of Policy», *Legal Studies*, vol. 9, 1989, pág. 308.

⁹⁰ Éstos pueden ser desde determinados departamentos ministeriales, entes locales o entes instrumentales en general (los llamados *quangos*). Ahora bien, tras el *Localism Act 2011* los entes locales han visto aumentada su competencia para contratar prácticamente al nivel del Gobierno central.

⁹¹ Como señaló la sentencia *Att-Gen. V. Great Eastern Railway* (1880) 5 App. Cas. 473, pág. 478: «todo lo que pueda ser considerado incidental o consecuencia de los poderes atribuidos por el legislativo no debe (salvo prohibición expresa) ser considerado por los órganos judiciales como *ultra vires*» (traducción propia).

similar ocurre en *Crédit Suisse v Allerdale BC* [1997] Q.B. 306⁹², en el que un ente local presta ciertas garantías en favor de una empresa municipal para llevar a cabo un proyecto inmobiliario recreativo; una vez la entidad financiera se dispone a ejecutar aquéllas, el propio ente local solicita que el contrato sea declarado *ultra vires*, algo que la Sala acaba aceptando en tanto que el ente local no tenía competencia para llegar a dicho acuerdo. De esa manera, el contrato no puede ser esgrimido por *Crédit Suisse* como instrumento jurídico generador del derecho a ejecutar dichas garantías.

La doctrina del *ultra vires* garantiza que se cumplan las normas establecidas para proteger ciertos intereses. En el caso de los contratos públicos, debe evitarse que fondos públicos sean destinados a un contrato irregular. Por ello, el principal efecto de la doctrina es que declara la nulidad *ex tunc* del contrato, dejando a éste sin efecto alguno⁹³; ello a su vez supone un freno a la firma de contratos irregulares, ya que las partes actúan con mayor diligencia⁹⁴.

Ocurre, sin embargo, que la declaración de un contrato como *ultra vires* tiene graves consecuencias no sólo en la adecuada marcha del servicio, sino también en la naturaleza del contrato como fuente de derechos y obligaciones, ya que éste se considera nulo. Ello a su vez deja sólo abierta la vía extracontractual. Estas consecuencias han sido fuertemente criticadas por la doctrina, ya que no se reconocen los intereses de las partes implicadas. Por ejemplo, se ha dicho que el riesgo de que un contrato sea declarado *ultra vires* encarece el precio que solicita el contratista⁹⁵: ante ello el Legislativo reacciona tratando de inyectar seguridad jurídica a la relación con el contratista. Por ejemplo, tras el antemencionado asunto *Hazell*, dado que el fallo generó mucha inseguridad a los contratistas de las Administraciones locales, se aprobó el *Local Government Act* de 2000, que aumenta considerablemente los poderes de contratación de las entidades locales, dificultando así que pueda darse un contrato *ultra vires*.

⁹² El caso es estudiado por P. CANE, «Do banks dare lend to local authorities?», *Law Quarterly Review*, vol. 110, Oct. 1994.

⁹³ Llevado al extremo, no se concede ni siquiera una compensación, ya que ello supondría pagar por algo que la autoridad no estaba autorizada a hacer. Sin embargo, no siempre se aplica con tal severidad y en ocasiones un contrato *ultra vires* no es completamente nulo, sino anulable (*void y voidable*). *R v Secretary of State for Social Services ex parte AMA* [1986] 1 WLR 1.

⁹⁴ Ni siquiera se tiene en cuenta si la falta de competencia es manifiesta o no. Así, en el asunto *James Foster v Eastbourne BC* (2004) EWCA Civ 36, FJ 30.

⁹⁵ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, cit., pág. 52; en el mismo sentido, A. C. L. DAVIES, «Ultra vires problems in government contracts», cit., pág. 101: «Los contratistas no se sienten seguros a la hora de contratar con el Gobierno cuando éste tiene una “vía de escape”. Pueden protegerse subiendo el precio del contrato, pero eso hace que el Gobierno no logre buenos acuerdos» (traducción propia).

3. *La doctrina del judicial review: los principios generales como límites a la discrecionalidad en el ámbito de la contratación*

En la tradicional discusión acerca de la necesidad o no de articular un sistema de Derecho público que regule adecuadamente los contratos de la Administración juegan un papel muy destacado los principios generales englobados bajo el denominado *judicial review*⁹⁶, y que son estudiados por el Derecho administrativo.

La doctrina del *judicial review*, es decir, la aplicación por los tribunales de un conjunto de principios administrativos que éstos consideran implícitos en las leyes, ha vivido una «expansión masiva» desde los años setenta⁹⁷. Se trata, sin duda, de una evolución de índole constitucional mediante la cual el poder judicial controla la discrecionalidad de la actuación del Ejecutivo. En el asunto *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* (1985) AC 374, (1984) 3 All ER 935, Lord Diplock contribuyó a la extensión de dichos principios al establecer los casos en los que los tribunales pueden revisar una decisión administrativa.

En primer lugar, la ilegalidad o *illegality* de la decisión, esto es, cuando quien toma la decisión no respeta la norma que le ha habilitado para hacerlo. Sería aquí donde incluiríamos la doctrina del *ultra vires* antes explicada. Además, los tribunales han considerado también dentro de este apartado la desviación de poder o *improper purpose*⁹⁸.

En segundo lugar, la irracionalidad o *irrationality* o *unreasonableness*, que se aplica cuando una decisión desafía toda lógica o estándar moral. La dificultad para alcanzar esa conclusión provoca que los tribunales sean reacios a sustituir la decisión final. Lo que sí hacen es analizar el proceso a través del cual se ha llegado a dicha decisión. En los últimos tiempos han surgido voces que consideran dicho principio integrado en el de proporcionalidad⁹⁹. Una manifestación interesante de este principio se da en el caso de los entes locales y su uso de los caudales públicos: el llamado *fiduciary duty* limita la libertad con la

⁹⁶ Debe advertirse a la hora de estudiar el concepto de *judicial review* que éste puede significar dos cosas: i) el conjunto de principios generales que se acaba de mencionar; ii) el procedimiento judicial por el que se aplican dichos principios. En este epígrafe se hace referencia al primero de ellos, dejando el segundo para más adelante.

⁹⁷ S. ARROWSMITH, «Judicial review and the contractual powers of public authorities», *Law Quarterly Review*, vol. 106, Apr. 1990, pág. 277.

⁹⁸ *Porter v Magill* (2002) LGR 51, o el ya citado *Crédit Suisse v Allerdale Borough Council* (1997) QB 306.

⁹⁹ R. K. HARWOOD y BUTLER-COLE, «Statutory powers of local authorities: exercise and scrutiny», en Helen RANDALL (ed.), *Local government contracts and procurement*, 2.^a ed., Tottel Pub., Haywards Heath, 2007, pág. 261.

que se gasta el dinero público, impidiendo destinar éste a fines irracionales¹⁰⁰.

En tercer lugar, la *procedural impropriety*, esto es, la falta de observancia de reglas básicas de justicia e imparcialidad en el procedimiento de toma de decisión. Así, por ejemplo, las personas afectadas negativamente por decisiones administrativas deben ser escuchadas con anterioridad a tomar estas decisiones.

Sin embargo, como sabemos, la contratación de la Administración ha sido tradicionalmente vista como una actividad puramente privada¹⁰¹, y parece claro que existe un choque entre la aplicación de estos principios frente a la tradicional idea de la libertad de pacto¹⁰². Ello tiene como consecuencia que estos principios generales, que se aplican sin problemas a otras actuaciones administrativas, no encuentren fácil acomodo en la contratación pública inglesa¹⁰³. A la hora de aplicar estos principios existen dos líneas jurisprudenciales.

La primera línea jurisprudencial, que es la mayoritaria, exige la existencia de algún elemento de Derecho público para aplicar los principios de Derecho administrativo. Esta línea, que considera que los procedimientos de contratación no pueden ser sometidos a revisión judicial salvo estrictas excepciones, fue consagrada en el asunto *R v. Hibbit and Sanders*¹⁰⁴. En dicho caso, el actor considera que se vulneraron sus legítimas expectativas cuando el órgano de contratación negocia con los licitadores un contrato de servicios de prensa a pesar de que en los pliegos se prohibía expresamente¹⁰⁵. La crítica que suele hacerse a dicha doctrina es que no queda claro qué se considera elemento de De-

¹⁰⁰ Es fácil deducir que los tribunales son reacios a este tipo de control, que, además, es complicado. El *leading case* fue el asunto en *Roberts v Hopwood* (1925) AC 578, en el que se decide pagar a los empleados públicos del ente local muy por encima del salario de mercado, decisión que no es aceptada por el Tribunal al considerar que el dinero público debe gastarse con cautela y cuidado para no quebrar el deber fiduciario hacia los contribuyentes. También en *Bromley London Borough Council v Greater London Council* (1983) 1 AC 768, en el que una bajada de las tarifas del transporte supondría un incremento excesivo de los impuestos a recaudar para cubrir el coste de éste. Cfr. *ibid.*, pág. 262.

¹⁰¹ S. ARROWSMITH, «Judicial review and the contractual powers of public authorities», cit., pág. 277.

¹⁰² S. H. BAILEY, «Contracting and judicial review: R. (on the application of A) v Chief Constable of B Constabulary», *Public Procurement Law Review*, 4, 2013, pág. NA106.

¹⁰³ S. ARROWSMITH, «Government Contracts and Public Law», cit., págs. 238-239; la misma autora, en S. ARROWSMITH, «Judicial review and the contractual powers of public authorities», cit., págs. 278 y ss., recoge ejemplos sobre la aplicación de los principios de *judicial review* en casos en que bajo la legislación inglesa existe cierto componente contractual como licencias de comercio, en la extinción de la relación funcionarial, en el arrendamiento de inmuebles.

¹⁰⁴ *R v. Hibbit and Sanders, ex parte the Lord Chancellor's Department, The Times* (1993).

¹⁰⁵ L. J. ROSE consideró que la revisión judicial sólo se aplicaba en relación a aquellas decisiones «which are either in some way statutorily underpinned or involve some other sufficient public law element».

recho público. Según ARROWSMITH, existirá dicho elemento de Derecho público cuando se haya infringido alguna provisión estatutaria: por ejemplo, la obligación de adjudicar el contrato de una manera determinada o cuando el contrato es reflejo de una política pública de carácter general —como es el caso del empleo público—¹⁰⁶.

Sin embargo, existe otra línea jurisprudencial que no encuentra necesario buscar dicha conexión con un elemento de Derecho público para poder aplicar los principios generales del Derecho administrativo¹⁰⁷.

Esta reticencia de los tribunales a aplicar los principios del *judicial review* ha sido criticada al considerarse que dichos principios deberían aplicarse debido a la naturaleza pública del ente, así como por ser un medio de protección del interés general¹⁰⁸. En la aplicación estricta de los principios del *judicial review* se ha visto una muestra de la escasa predisposición que tienen los tribunales a juzgar las decisiones de adjudicación¹⁰⁹.

4. *La doctrina del contrato implícito*

Como ha quedado expuesto en el apartado anterior, los principios generales del Derecho administrativo encuentran difícil aplicación en el ámbito de la contratación de la Administración, ya que los tribunales exigen la existencia de un elemento de Derecho público. Otra fórmula relativamente reciente que limita el uso de la discrecionalidad en el proceso de adjudicación de un contrato es la doctrina del contrato implícito, según la cual los criterios fijados para adjudicar un contrato deben seguirse en tanto que tienen naturaleza de relación contractual.

La doctrina del contrato implícito se fijó en la sentencia *Blackpool and Fylde Aero Club v Blackpool Borough Council* (1990) 3 All E.R. 25, en la que el municipio excluyó la oferta del demandante al conside-

¹⁰⁶ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, cit., pág. 82.

¹⁰⁷ En el asunto *R v. Enfield London Borough Council, ex parte Unwin* (1989) COD 466 aplicó el principio de procedimiento contradictorio (*natural justice*) ante una decisión de excluir al actor de una lista de contratistas. Tampoco buscan un elemento de Derecho público para considerar los principios del *judicial review* los relativamente recientes casos *Allan Rutherford LLP Solicitors v The Legal Services Commission* (2010) EWHC 3068 (Admin) y *Sidey Ltd, Re Judicial Review* (2011) COSH 194.

¹⁰⁸ S. ARROWSMITH, «Judicial review and the contractual powers of public authorities», cit., pág. 290.

¹⁰⁹ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., pág. 162. El autor considera que los tribunales son conscientes del aumento de la litigiosidad, así como del efecto negativo en los servicios públicos, que se originarían si no se llevase a cabo una interpretación estricta de estos principios.

rarla erróneamente como fuera de plazo. Sin embargo, el Tribunal (*Court of Appeal* en este caso) recoge la postura del actor y considera que el municipio rompió un contrato implícito existente entre éste y los licitadores, contrato consistente en evaluar sus ofertas conforme a lo establecido previamente. En el fallo, L. J. Bingham considera que los licitadores están protegidos por los pliegos, no como una mera expectativa, sino bajo una auténtica relación contractual.

Dicha doctrina ha sido también aplicada en el caso de un contrato sujeto a las Directivas¹¹⁰; sin embargo, en el asunto *JBW Group v Ministry of Justice* (2012) EWCA Civ 8 se establece que las obligaciones derivadas del contrato implícito son limitadas y no comparables al régimen de la PSR (es decir, a las Directivas). Se limitan a seguir lo establecido en los pliegos y a evaluar las ofertas, siempre con buena fe. La *Court of Appeal* rechaza, por ejemplo, que exista la obligación de actuar transparentemente. Ese sentido restrictivo también es defendido por DAVIES, quien considera que la decisión *Blackpool* sólo debe aplicarse en aquellos casos en que se hayan hecho compromisos explícitos por parte del ente adjudicador¹¹¹.

IV. CONCLUSIONES

Como se ha comprobado en el artículo, la contratación inglesa ha vivido una evolución importante en los últimos cuarenta años. Dicha materia ha sido tradicionalmente tratada desde el punto de vista del Derecho privado. Sin embargo, y aun con reticencias¹¹², la disciplina camina lentamente hacia el Derecho público, principalmente en virtud de la influencia europea y de las doctrinas jurisprudenciales estudiadas.

En esa evolución, la contratación pública inglesa va desprendiéndose de uno de los elementos que la ha caracterizado tradicionalmente: la discrecionalidad que gozan las entidades adjudicadoras a la hora de contratar. Lógicamente, esta discrecionalidad será mayor cuanto más peso tenga el Derecho privado de los contratos. Ahora bien, a medida que éste se ve obligado a compartir su importancia con elementos de Derecho público, la absoluta libertad para decidir cómo y con quién contratar

¹¹⁰ *Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v. The Corporate Officer of the House of Commons* (No 1) 67 Con. L.R. 1; (2000) 2 L.G.L.R. 372; por su parte, en *JBW Group v Ministry of Justice* (2012) EWCA Civ 8 se señala que no es necesario aplicar esta doctrina cuando hay un contrato armonizado, ya que las propias normas que transponen las Directivas prohíben actuar en contra de los pliegos.

¹¹¹ A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, cit., pág. 155.

¹¹² S. ARROWSMITH, «Judicial review and the contractual powers of public authorities», cit., pág. 290.

también cede. Eso es precisamente lo que ha ocurrido en Inglaterra, donde las Directivas, pero también las doctrinas jurisprudenciales estudiadas, han acotado la libertad de los entes. Como dijo ARROWSMITH, «ha llegado el momento de dejar atrás la percepción del contrato como una actividad privada y comenzar a reconocer que, al menos para el propósito de la revisión judicial, dicha actividad está enmarcada dentro del ámbito del Derecho público»¹¹³.

Si bien la discrecionalidad de los entes adjudicadores sigue siendo un elemento fundamental para la consecución de los objetivos del sistema, la competencia, primero, y la transparencia, más recientemente, se han convertido en medios ampliamente utilizados para lograr no sólo el objetivo interno del VfM, sino un conjunto de objetivos secundarios cuya importancia es cada vez mayor.

Además, la lectura del artículo corrobora la idea de que son muchas las similitudes entre sistemas de contratación en tanto que se enfrentan a los mismos problemas. Las entidades públicas inglesas hacen uso de instrumentos tanto de Derecho privado (cláusulas contractuales) como de Derecho público (directrices y circulares) para afrontar problemas que comparte todo sistema de contratación.

V. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA¹¹⁴

- ARROWSMITH, S.: «Government Contracts and Public Law», *Legal Studies*, vol. 10, 1990, pág. 231.
- «Judicial review and the contractual powers of public authorities», *Law Quarterly Review*, vol. 106, Apr. 1990, págs. 277-292.
- «The Impact of Public Law on the Private Law of Contract», en Roger HALSON (ed.), *Exploring the boundaries of contract*, Dartmouth, Aldershot, 1996, págs. 3-22.
- *The law of public and utilities procurement*, 2.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2005.
- AUBY, J.-B.: «Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere», *Public Law*, Spr. 2007, págs. 40-57.
- BAILEY, S. H.: «Judicial review of contracting decisions», *Public Law*, Aut. 2007, págs. 444-463.
- «Contracting and judicial review: R. (on the application of A) v Chief Constable of B Constabulary», *Public Procurement Law Review*, 4, 2013, págs. NA106-NA108.
- BRAUN, P.: «Strict Compliance versus Commercial Reality: The Practical Application of EC Public Procurement Law to the UK's Private Finance Initiative», *European Law Journal*, vol. 9, 5, 2003, págs. 575-598.

¹¹³ *Ibid.*, pág. 290.

¹¹⁴ Dada la gran cantidad de material bibliográfico, de directrices y circulares, así como la naturaleza de este artículo, en este apartado se recogen aquellas que se citan con mayor frecuencia.

- DAVIES, A. C. L.: «Ultra vires problems in government contracts», *Law Quarterly Review*, vol. 122, Jan. 2005, págs. 98-123.
- *The public law of government contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- FREEDLAND, M. R.: «Government by contract and public law», *Public Law*, Spring 1994, págs. 86-104.
- FROMONT, M.: «L'évolution du droit des contrats de l'administration - différences théoriques et convergences de fait», en Rozen NOGUELLOU y Ulrich STELKEN (eds.), *Comparative Law on Public Contracts Treatise / Traité de droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruselas, 2010, págs. 263-280.
- HARLOW, C.: «“Public” and “Private” Law: Definition Without Distinction», *The Modern Law Review*, vol. 43, 3, 1980, págs. 241-265.
- HARWOOD, R. K., y BUTLER-COLE: «Statutory powers of local authorities: exercise and scrutiny», en Helen RANDALL (ed.), *Local government contracts and procurement*, 2.^a ed., Tottel Pub., Haywards Heath, 2007.
- MITCHELL, J. D. B.: *The contracts of public authorities: a comparative study*, London School of Economics and Political Science, London, 1954.
- TURPIN, C.: *Government contracts*, Penguin, Harmondsworth, 1972.
- *Government Procurement and Contracts*, Longman, 1989.