

LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PROPUESTA DE REVISIÓN

JOSÉ LUIS MEILÁN GIL
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Coruña

I. PLANTEAMIENTO.—II. EL PODER DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTRATO: LA RELEVANCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO.—III. RELEVANCIA DE LOS PARTICULARES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—IV. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA LCSP.—V. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO: UNA NUEVA PERSPECTIVA.—VI. INNECESARIEDAD DE LA PRERROGATIVA: UNA PROPUESTA A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO.—VII. REFERENCIA A LA PRERROGATIVA DE INTERPRETACIÓN.—VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN

Tradicionalmente, la Administración pública tiene la prerrogativa de modificar e interpretar unilateralmente los contratos administrativos en su fase de ejecución. A la vista del Derecho comunitario, que pone el énfasis en la selección del contratista, se propone eliminar tales prerrogativas. Las controversias se someterían a la decisión de un tribunal independiente.

Palabras clave: Administración pública; contratos; acto administrativo; privilegios.

ABSTRACT

Traditionally the Public Administration have the privilege to modify and to interpret administrative contracts unilaterally. In the light of de UE Law which puts the point on the contractor's selection the study intends to eliminate such privileges. Disputes would be submitted to decision of an independent tribunal.

Key words: public Administration; public contracts; administrative act; privileges.

I. PLANTEAMIENTO

La literatura jurídica sobre el contrato administrativo como categoría jurídica y sus diferentes modalidades es innumerable. Reconocido en ordenamientos jurídicos (Francia, España, Latinoamérica), ha sido ignorado como tal en otros (RU, EE.UU.); se ha cuestionado

su posibilidad por la desigualdad de posiciones de las partes, impropia de un contrato (Alemania); ha sido objeto de polémicas doctrinales (Argentina, España); se ha negado su naturaleza específica al considerarlo un contrato civil modulado por la presencia de la Administración pública y justificado por estar sometido al control jurisdiccional singular de la actividad de la Administración (el contencioso-administrativo). Se ha construido doctrinalmente tomando como referencia el Derecho civil, tanto si se habla de identidad sustancial como de modulación o exorbitancia. De ello he dado cuenta en varias ocasiones tratando de plantear la cuestión desde una perspectiva propia del Derecho administrativo, como corresponde a su concepción de *ius commune*. El contrato es un «supraconcepto» de utilización en el ámbito público y privado. El administrativo es un auténtico contrato, no reducido a acto administrativo con consecuencias o efectos contractuales¹.

No se trata ahora de reproducir las vicisitudes e historia de lo que ha llegado a calificarse como «enigma», que es más «una existencia» que una «esencia»². Tampoco de comprobar cómo, a pesar de su no reconocimiento —la constitucional *contract clause* americana o la *freedom of contract* británica—, los contratos de la Administración en esos países del *common law* revelan muestras del poder que contrata³. En todo caso, para lo que es objeto de este trabajo, la diferencia entre el contrato administrativo y el celebrado entre particulares provendría de la existencia de unas prerrogativas de la Administración, se hayan reconocido por vía jurisprudencial o por normas singulares y, definitivamente, por una ley general⁴. Tales privilegios, o prerrogativas, en una expresión más pudibunda, se predicán de la ejecución de los contratos —sustancialmente interpretación, modificación, extinción— una vez superada la fase «precontractual» dirigida a la selección del contratista y a la «adjudicación» del contrato.

¹ J. L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008; *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2010.

² G. ARIÑO ORTIZ, «El enigma del contrato administrativo», *RAP*, 172, 2007, págs. 79 y ss.

³ J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, págs. 64-76. En EE.UU., *impair the obligation* es posible apelando al *eminent domain*, al *police power*, por ejemplo, cuando es necesario un *important public purpose*, o el *general welfare*. En RU esa libertad no puede impedir el ejercicio del poder de la Administración. Cláusulas especiales pueden incluirse por las *procuring entities*, o debidas a instrucciones administrativas o por regulaciones con fuerza de ley. Cfr. S. L. ARROWSMITH, *Regulating Public Procurement*, Kluwer Law, La Haya, 2000, pág. 14.

⁴ Queda resuelta la polémica sobre las cláusulas exorbitantes implícitas en los contratos administrativos, rechazadas enérgicamente por J. C. CASSAGNE, *El contrato administrativo*, 2.^a ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, págs. 352 y ss.; E. JINESTA LOBO, *Contratación administrativa*, tomo VI: *Tratado de Derecho administrativo*, Guayacán, San José (CR), 2010, pág. 107. Curiosamente, en contra, han sido admitidas en casos del Derecho estadounidense. Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, págs. 70-71.

La admisión de la categoría del contrato administrativo, como su negación, es deudora, como otras del Derecho administrativo, de la historia de cada país, de la concepción del Estado y particularmente de sus relaciones con la sociedad, de la que no pueden hurtarse las construcciones doctrinales, que son muy relevantes en esta materia. Puede, incluso, constatarse una retroalimentación de doctrina con jurisprudencia y legislación, de lo que es paradigmático el caso francés y, en su órbita, el español. Por ello, no ha de causar sorpresa que se venga hablando en diferentes países de una revisión del Derecho administrativo y sus instituciones como un volver a verlo, en la versión menos radical, desde la realidad actual, muy diferente de la que explica versiones consolidadas como clásicas⁵. Una buena parte de lo que ha llegado a nuestros días corresponde a un Estado liberal, hoy superado.

La perspectiva constitucional es ineludible, cualquiera que sea el modo en que se formule. Desde ella he pretendido analizar las instituciones administrativas bajo el título general de Derecho administrativo constitucional. La Constitución de 1978 (arts. 9, 53 y 103) proporciona elementos fundamentales para llevar a cabo la tarea. La vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales y la misión asignada a la Administración de servir con objetividad los intereses generales y sometimiento pleno a la ley y al Derecho invitan a reflexionar sobre el alcance y significación de los privilegios de la Administración. Lo he hecho en relación con el acto administrativo. En 1986, con carácter general, decía que era urgente «*no tanto luchar, obviamente, contra los excesos de la Administración levantada sobre la prerrogativa, cuanto situar a la Administración en el nuevo contexto constitucional y extraer de ello las consecuencias lógicas*»⁶. En ese sentido es muy expresiva una STS de 27 de marzo de 1986: «*Las potestades que la Constitución y las leyes encomiendan a la Administración no son privilegios, sino instrumentos normales para el cumplimiento de sus fines y, en definitiva, para la satisfacción de los intereses generales*»⁷.

El carácter servicial de la Administración respecto de los intereses generales excluye que sea un *dominus*. Significa, de otra parte, que no existe una asunción monopolística de esos intereses en un Estado so-

⁵ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Sobre la revisión del Derecho administrativo*, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Santo Domingo, 2012 (en prensa).

⁶ Prólogo al libro de J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La suspensión del acto administrativo en vía de recurso*, Montecorvo, 1986, reproducido en *Administración pública en perspectiva*, Universidade da Coruña, 1996, págs. 391 y ss. En la vía de revisar los privilegios de la Administración en relación con sus bienes patrimoniales y de dominio público, cfr. J. L. MEILÁN GIL, «Administración Pública y función registral», *Anuario de Dereito da Universidade da Coruña*, 2008, págs. 525 y ss.

⁷ Ponente E. Mendizábal Allende, posteriormente magistrado del Tribunal Constitucional.

cial y democrático de Derecho que, en palabras del Tribunal Constitucional, viene «a culminar una evolución en la que los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad»⁸, que no es del caso desarrollar. El Estado no se ha convertido en un mero regulador del mercado, pero es indudable que el protagonismo de la sociedad ha crecido. En unos casos porque se sustituye el intervencionismo administrativo, haciendo innecesarias las autorizaciones previas para el inicio de actividades o asignando a los particulares responsabilidades en materia medioambiental, por citar ejemplos no conflictivos. Se percibe una emergencia del denominado «tercer sector», constituido por una variedad de organizaciones (ONGs, fundaciones, empresas sociales...) que se sitúan entre el sector público y el sector privado⁹. En un Estado democrático la participación es un principio y, en ocasiones, un derecho fundamental. En un terreno próximo al que aquí se trata, la participación en la elaboración de las normas administrativas o disposiciones generales es una solución acorde con esa naturaleza del Estado.

Los contratos administrativos, por definición, cuentan con la participación de una parte privada. Es una prueba de la necesidad que tiene el Estado de contar con la colaboración de los particulares, por carencia o insuficiencia de recursos públicos para el *procurement* de obras, suministros y servicios reclamados por los ciudadanos, o por presupuestos ideológicos o, sin descartarlos, por entender la contratación pública, cada vez en mayor medida, como un instrumento al servicio de políticas públicas, se sigan o no postulados keynesianos¹⁰. Paradigmáticos de esa realidad son los contratos de colaboración entre el sector público y privado en materia de grandes infraestructuras con elevados costes de financiación.

Los fenómenos de integración, como el de la Unión Europea, con la creación de un mercado común, han incidido en la regulación jurídica de los contratos públicos, hasta entonces limitada al ámbito de cada uno de los Estados que la integran. Esta circunstancia es otra de las razones para revisar un Derecho administrativo de marcado carácter na-

⁸ STC 18/1984, de 7 de febrero.

⁹ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, «Sobre la revisión...», cit. Han adquirido relevancia coyuntural en la actual situación de crisis y de políticas de ajustes y el déficit de fondos públicos para cubrir el Estado de bienestar social que preocupa a la Unión Europea. Una referencia en España es la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

¹⁰ En la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, de 20-12-2011, se dice que esa contratación «desempeña un papel importante en la actuación económica global de la Unión Europea», que en ese ámbito «los poderes públicos gastan alrededor del 18% del PIB en suministros, obras y servicios» y «desempeña un papel clave en la Estrategia Europea 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

cional —HAURIOU lo liga a la centralización—, aunque con frecuencia se haga importando el de otros países, como sucede en materia de contratos administrativos, de cuño francés. La incidencia del Derecho comunitario en materia de contratos públicos ha supuesto un auténtico *meeting point* de tradiciones jurídicas diferentes, significadamente para Alemania y el Reino Unido¹¹.

La Directiva 2004/18/CE, cuya reforma está propuesta, se ha centrado en el procedimiento que se sigue para la adjudicación, con el fin de asegurar la igualdad de trato a los candidatos, evitando discriminaciones por razón de nacionalidad, con la consecuentes exigencias de publicidad y transparencia y, en definitiva, el cumplimiento de las libertades del Tratado de la Unión. En coherencia con esa aproximación, los «poderes adjudicadores», en la terminología comunitaria¹², por lo que se refiere a la ejecución del contrato, en el que tradicionalmente operan las prerrogativas de la Administración, podrán exigir condiciones especiales «*siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones*» (art. 26). No se aborda directamente lo que concierne a la ejecución de los contratos.

El procedimiento, integrado por actos, que conduce a la adjudicación del contrato diferencia de un modo indiscutido a los contratos en los que es parte la Administración, sean estrictamente administrativos o privados, de los celebrados entre particulares. En ello he insistido en otro lugar¹³ y es una perspectiva que no ha de olvidarse para el replanteamiento de las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, ya que pueden repercutir en la adjudicación del contrato, esencial para el Derecho comunitario y, por tanto, para el de los Estados de la UE.

A la vista de la jurisprudencia comunitaria y la propuesta modificación de la Directiva sobre contratación pública, teniendo en cuenta la evolución de las relaciones Estado-sociedad y la construcción recibida del Derecho administrativo, cabe plantearse hasta qué punto pueden mantenerse las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos tal como tradicionalmente se han explicado doctrinalmente y recogido por la legislación y la jurisprudencia.

El contrato administrativo, se ha dicho por doctrina autorizada, está particularizado no solo por el objetivo del interés general que ha

¹¹ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, págs. 93-114.

¹² Sobre ese concepto, *ibidem*, pág. 103, con jurisprudencia comunitaria.

¹³ *Ibidem*, págs. 125 y ss. También, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid. 2003, pág. 319: «El quid está no tanto en las prerrogativas... Está en la adjudicación del contrato conforme a criterios objetivos».

de servir, sino también por los privilegios de la persona pública contratante, «*un facteur d'originalité plus frappant. Car, dans l'exécution même du contrat, l'administration conserve dans une certaine mesure l'usage des prerogatives de droit publique qui lui sont propres*»¹⁴.

No es discutible que el contrato administrativo está ligado al interés general, que vincula a la Administración y no existe en el contrato entre particulares, presidido por la autonomía de la voluntad. Al servicio del interés general se admiten las prerrogativas de la Administración, hasta el punto de que la jurisprudencia, en una interpretación tradicionalmente restrictiva, sostiene que son «*actuales en razón a un interés público constatado*» y «*siempre que persiga los fines públicos que le son propios*». El reconocimiento de prerrogativas de la Administración, cuyo ejercicio se traduce en actos administrativos dotados de eficacia y solo impugnables en un contencioso-administrativo, de resolución demorada en el tiempo, ¿es la única manera de procurar el interés general que la Administración ha de servir a través del contrato?

¿En qué consiste el interés general? El estadio actual de la evolución legislativa y jurisprudencial testimonia que no es suficiente apelar a ese interés para que el ejercicio de la prerrogativa quede justificado. El interés general no es «manta» que cubra de un modo indiscriminado toda la actuación de la Administración¹⁵. Siendo necesario, convendría no mitificarlo. En primer término, porque pueden entrar en conflicto dos Administraciones que apelan al interés general para justificar su actuación, lo que sucede con naturalidad en un Estado compuesto. Toda potestad está vinculada al fin que la justifica. Y, en ese sentido, la apelación al interés general puede reconducirse en muchas ocasiones a la conformidad a Derecho de la actuación de la Administración, sobre todo si se tiene en cuenta que la discrecionalidad no supone la posibilidad de elegir entre varias soluciones igualmente justas¹⁶. Se comprueba en la jurisprudencia comunitaria: la apelación al interés general por un Estado miembro de la UE no impide la nulidad de una disposición que vulnera los principios que figuran en el Tratado de la Unión en los que se funda la Directiva de contratos públicos¹⁷. El interés público o general en el que se fundan las prerrogativas se conecta directamente con el fin específico del contrato al que está vinculada la potestad de la Administración, lo que impide su ejercicio espurio.

¹⁴ A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE y P. DEVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, T. I, 2.ª ed., LGDJ, París, 1983, pág. 709.

¹⁵ El Registro de la Propiedad sirve también al interés general. Cfr. J. L. MEILÁN GIL, «Administración...».

¹⁶ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Estructuras...*, págs. 192-195.

¹⁷ Así, STJCE de 8-XI-2012, asunto C-244/11; STJCE de 10-11-2011, asunto C-212/09 (circulación de capitales).

De otra parte, el ejercicio de las prerrogativas, singularmente la relativa a la modificación del contrato, ¿sirve siempre al interés general? El elevado número de casos en que el contratista no la recurre sugiere la duda, que incrementa la flexibilidad de la consideración, de otra parte positiva, del contratista como colaborador de la Administración¹⁸. No es esta una mera especulación teórica. El Consejo de Estado ha reconocido que en los expedientes de contratación por él examinados «*se detectan situaciones que no serían admisibles en el mundo de los negocios entre particulares, lo que evidencia el contraste entre las predicadas prerrogativas de la Administración, que operan con frecuencia sobre todo a favor del contratista*». Más aún, ha comprobado «*el uso de prerrogativas administrativas a iniciativa e interés del contratista*». De ahí la importancia de la preparación del contrato para evitar indebidos «reformados», consecuencia de imprevisiones evitables «*con las que parece incluso haber contado el contratista en su programa contractual*»¹⁹.

En relación con estas prerrogativas caben, se ha dicho, dos posturas: suprimirlas, con sujeción a las normas del Derecho común, o «*aceptarlas como algo ineludible*», regulando su ejercicio «*de modo que se reconstruya no solo la igualdad contractual... sino también la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas*»²⁰. Como se verá más adelante, las prerrogativas se mantienen de ley en ley, y su alcance se ha aquilataado por la jurisprudencia y por la legislación, que han ido reduciendo el ámbito de su aplicación.

De una parte, habrá que analizar el fundamento y naturaleza de las prerrogativas reconocidas legalmente como tales, y comprobar si existe alguna diferencia entre ellas. Tomando como punto de referencia el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobada por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el artículo 210 enumera como prerrogativas, con carácter general: la interpretación, aclaración de dudas, modificación y resolución de contratos. Al regular el de concesión de obras públicas, el artículo 249 contiene una enumeración indiscriminada de prerrogativas y derechos en la que figuran las funciones de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones del concesionario y de policía en el uso y explotación de la obra. Sin epígrafe específico, el artículo 230 se

¹⁸ Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, *Revista Española de la Función Consultiva*, 12, 2009, págs. 41 y ss.

¹⁹ *Memoria 2004*, págs. 114-115. El Consejo de Estado ha llegado a decir que «gran parte de las modificaciones contractuales son referibles a motivaciones que desnaturalizan la institución» (Dictamen 1629/91). También la jurisprudencia: *ad ex.* STS de 22 junio 1982.

²⁰ Cfr. G. ARIÑO, *La reforma de la ley de contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1984, págs. 97-98.

refiere a instrucciones en el contrato de obra pública, y en relación con el de gestión de servicios públicos, el artículo 279 dice que la Administración conserva los poderes de policía necesarios para la buena marcha de los servicios de que se trate. Entiendo que esas potestades se corresponden a la naturaleza de la Administración que es parte del contrato y no alteran la relación contractual, el *duorum in idem placitum consensus*, y, por consiguiente, no deberían identificarse como prerrogativas contractuales, por otra parte de interpretación restrictiva²¹.

En último término, habría que considerar si la función de la Administración de servir el interés general a través del cauce contractual es adecuado que se realice a través de la imposición de un acto unilateral. En otras palabras, si la prerrogativa, tal como está formulada, es justificable como el *acte préalable* indispensable para que el contratista acuda al contencioso-administrativo en caso de discrepancia.

La historia revela diferencias y variaciones en el reconocimiento y aplicación de las prerrogativas de la Administración, que se intentará mostrar en relación con el poder de la Administración y la relevancia del particular en el contrato.

II. EL PODER DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTRATO: LA RELEVANCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Las prerrogativas en el contrato administrativo responden a la consideración de la Administración como poder, como *puissance publique*, y una concepción doctrinal del Derecho administrativo como Derecho de esa Administración, aunque se justifique por el servicio público, o el interés general del que sería titular. Razones de carácter histórico e intereses políticos están detrás, como evidencia atribuir a una jurisdicción especial la competencia sobre los contratos que hoy denominamos administrativos. El encuentro de la *puissance publique* y el contrato, se ha dicho, exige una delicada conciliación. El contrato perdería su significación si estuviese a merced de los privilegios unilaterales de uno de los contratantes. El asunto se hace especialmente problemático cuando la Administración utiliza su poder no solo para asegurar la ejecución del contrato, sino para imprimirle una orientación dé-

²¹ En ese sentido resulta ilustrativo lo que sostienen J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho administrativo*, T. III: *Contratación administrativa*, Universidad Complutense, 1983, págs. 104 y ss. No todos los privilegios que presiden la contratación administrativa tienen que ver con la idea de un interés público que pueda ser fiscalizado en su aplicación, entre los que incluye la mora *ex rei* y la interpretación. Otros autores, como J. I. MONEDERO, incluyen en ellas la sancionadora.

*tachée de la stricte observation des clauses conventionnelles*²² apelando al interés general. De un lado, está el poder de la Administración y, de otro, los derechos del contratista, un equilibrio que ha de mantenerse²³, por exigencias de la propia naturaleza del contrato. Ese poder en el seno del contrato se manifiesta a través de actos unilaterales, «inmediatamente ejecutivos», la *décision exécutoire*, en términos españoles o franceses.

Doctrinalmente podrá discutirse si tienen un fundamento extracontractual o provienen de la naturaleza específica del contrato administrativo. Pero, en todo caso, su ejercicio se concreta en actos administrativos unilaterales que se imponen al contratista, mediando o no una compensación equilibradora. Dos referencias conocidas en la doctrina francesa y española serán suficientes.

En el núcleo de la concepción de HAURIOU sobre el Derecho administrativo se encuentra la idea de poder, la *puissance publique*. La Administración pública como personaje poderoso, titular de prerrogativas que le son connaturales para ejercer su función y que son impropias de los particulares y del Derecho que regula las relaciones entre ellos. En diferentes momentos ha expuesto esas ideas centrales. En diálogo con DICEY, sostendrá que el Derecho administrativo francés es «un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la administración, hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto»²⁴. Derecho de equidad que considera derecho de concesión²⁵, lo cual es muy revelador de la relevancia del poder. El Derecho administrativo «ha transformado la prerrogativa en equidad»²⁶. El Derecho administrativo es «el derecho de los personajes poderosos que son las administraciones públicas»²⁷.

Desde este punto de vista, la misión del Derecho administrativo se verá como limitación de esas facultades exorbitantes, como una simbiosis de «poder público» y «comercio jurídico». El personaje poderoso, dirá gráficamente, ha bajado del olimpo de su soberanía, conservando, no obstante, vestigios de su procedencia²⁸.

²² Cfr. A. LAUBADÈRE..., pág. 709

²³ *Ibidem*. G. ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968; Libardo RODRÍGUEZ GARCÍA, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 2012.

²⁴ Cfr. «Introducción al estudio del derecho administrativo francés», en *Obra...*, pág. 51.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Obra...*, pág. 103. Una reivindicación de la equidad, tradicionalmente poco tenida en cuenta en el Derecho administrativo español, en E. RIVERO YSERN y M. FERNANDO BLANCO, *Equidad, Derecho administrativo y Administración Pública en España*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

²⁷ *Obra...*, pág. 99.

²⁸ *Précis élémentaire...*, puesta al día por A. HARIOU, París, 1947, pág. 13.

La fundamentación del Derecho administrativo sobre la Administración, como un personaje poderoso, titular de prerrogativas o privilegios, ha sido seguida en España por una corriente doctrinal mayoritaria encabezada por el magisterio de GARCÍA DE ENTERRÍA: el Derecho propio y específico de las Administraciones públicas, un Derecho estatutario de la Administración. Desde este punto de vista, es la presencia subjetiva de la Administración la que modula un contrato que, pese a lo que reconoce la legislación, carece de sustantividad propia. La modulación más intensa se produce en «los llamados contratos administrativos, resultado de una doble exigencia: de las peculiaridades de la Administración como organización pública y de su giro o tráfico peculiar y propio (obras y servicios públicos)». La segunda es lo que se correspondería con «las llamadas en Francia cláusulas exorbitantes»²⁹.

La prerrogativa por excelencia de la Administración pública en el contrato es «*sin duda ninguna el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial*». Concluyendo, para lo que aquí interesa, que «*este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela*»³⁰.

La querencia del contrato administrativo al acto del mismo nombre tiene una raigambre histórica. El peculiar entendimiento de la separación de poderes que tuvieron los revolucionarios en Francia prohibió a los tribunales «*conocer de los actos de la administración de cualquier especie*»³¹; serían competencia de una jurisdicción especial. Al considerar que en la venta de los bienes nacionales «había intervenido un acto administrativo», los contratos quedaron incluidos en esa competencia³². Cuando en Francia se sistematiza doctrinalmente la actuación de la Administración en la dualidad «actos de autoridad» y «actos de gestión», los contratos de la Administración, excepto las referidas ventas, entrarán en los segundos, hasta que se individualiza en ellos unos actos de gestión que participan de los caracteres de la *puissance publique*: «*no son actos de gestión, sino verdaderos actos de poder público*

²⁹ *Curso de Derecho administrativo*, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, págs. 660-661.

³⁰ *Ibidem*, pág. 663. En la misma línea, J. F. MESTRE DELGADO, en *El Derecho de los contratos públicos en la UE y sus Estados miembros* (dir. M. SÁNCHEZ MORÓN), Lex Nova, Valladolid, 2011: «por descontado opera el régimen de autotutela, sin ninguna duda, por la existencia de una suerte de prerrogativas en manos de la Administración que se justifican en la necesidad de satisfacer el interés público al que sirve» (pág. 331). La tesis, de la que he discrepado, condiciona la posición sobre el contrato administrativo. Sobre ello, cfr. *Categorías...*, con citas de VILLAR PALASÍ y ARINO.

³¹ Ley de 16 de fructidor del año III.

³² Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, págs. 76 y ss. La exclusión de los tribunales civiles tiene ya un carácter general en el Decreto de 11 de junio de 1808 al asignar la competencia al Consejo de Estado. Cfr. R. PARADA, *Derecho administrativo. I. Parte General*, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 253.

a los cuales se añade un elemento contractual»³³. Abandonado el referido par conceptual, lo que todavía permanece son los contratos administrativos, con jurisdicción y reglas peculiares³⁴: las prerrogativas, potestades que producen actos unilaterales dotados de ejecutoriedad.

Algo equivalente, aunque con peculiaridades propias, ocurre en España con la venta de bienes nacionales, consecuencia de las medidas desamortizadoras. «*Razones políticas de importancia*», se dice en una Real Orden de 20 de septiembre de 1852, justifican que aquellas se atribuyan a la competencia de los tribunales administrativos, «*que son por su índole amovibles y más dependientes del poder ejecutivo*», y no a los tribunales comunes³⁵. Esas circunstancias especiales se reconocen en contratos de suministros bajo las circunstancias de las guerras carlistas y, en último término, es lo que significa la cláusula de «servicios y obras públicas» que justifica la competencia de una jurisdicción administrativa en la Ley de 2 de abril de 1845³⁶.

Se busca «*el refugio de una jurisdicción especial porque, en definitiva, y por razones circunstanciales, se trataba de contratos especiales*»³⁷. Hay una «huida del Derecho privado». Se trata, como dirá COLMEIRO respecto de la Administración, con alusión a tiempos anteriores, de «*liberarla del yugo de los tribunales ordinarios*»³⁸. Se justifica por razones de política financiera y económica que no excluye, con indisimulada intencionalidad política, «el interés individual» de quienes tienen capacidad económica para comprar o emprender. Así, un Decreto de 19 de febrero de 1836 se refiere a «*la necesidad y conveniencia de disminuir la deuda pública consolidada y de entregar al interés individual la masa de bienes raíces que han venido a ser propiedad de la Nación*»³⁹.

Más adelante se justificará en la lentitud y formalidades de los tribunales ordinarios (COLMEIRO) o, de un modo más contundente, que el poder ejecutivo de que se halla dotada la Administración ha de ser con-

³³ LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, I, 2.ª ed., París, 1896, pág. 595.

³⁴ A. LAUBADÈRE..., págs. 144 y ss.

³⁵ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, págs. 82 y ss. Con citas jurisprudenciales de la época.

³⁶ *Ibidem*. La jurisprudencia reconoce reiteradamente la competencia de los Consejos Provinciales: C. 23 de febrero de 1847; C. 22 de agosto de 1868; C. 22 de octubre de 1852.

³⁷ M. BASSOLS COMA, *Contratos de las Administraciones Públicas*, Praxis, Barcelona, 1991, pág. 25. No se trata de un Fuero de la Administración, como parece sustentar J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Universidad de Sevilla, 1963.

³⁸ M. COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, 1.ª ed., 1850; 2.ª ed., 1876, págs. 359-360. De no hacerlo así, la Administración vería coartada su libertad y trabada por la lentitud y formalidades de los tribunales ordinarios. Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Lecturas de clásicos de Derecho administrativo*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, págs. 208-212.

³⁹ En análogo sentido se pronuncia la Ley de 1 de mayo de 1855. Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, pág. 83.

servado por mandato de la ley, «no pudiendo celebrar un contrato con la libertad que concede la ley a los demás contratantes»⁴⁰. No cabe la «enajenación» del poder de la Administración; «si la Administración no impone como Poder el contrato, impone sí, al que quiere contratar con ella, condiciones que dejasen a salvo ese Poder». En la misma línea, como última concreción de lo que es una exposición tradicional: «los efectos más característicos del contrato administrativo consisten en la facultad de la Administración para adoptar en vía gubernativa decisiones ejecutivas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos que ha celebrado» (TORRES MUÑOZ)⁴¹.

Esta última opinión doctrinal es acogida en la Ley de Contratos del Estado, Bases de 1963 y Texto articulado de 1965 (en adelante, LCE)⁴². Por primera vez y en ese nivel normativo se reconocerán las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución de los contratos. Los acuerdos dictados por el órgano contratante «serán inmediatamente ejecutivos» (art. 18). Hasta entonces, las posibles prerrogativas tenían que ser reconocidas por los pliegos de condiciones⁴³. En ese sentido se pronuncia el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, impulsado por Bravo Murillo, aunque con un alcance más limitado que el de la LCE. El artículo 9.º determina que en los pliegos «deberán preverse los casos de falta de cumplimiento por parte de los contratistas, determinando la acción que haya de ejercer la Administración sobre las garantías y demás medios por los que hubiese de compelerse a aquellos a que cumplan sus obligaciones y a que resarzan los perjuicios irrogados por dicha causa». En esos casos «las disposiciones gubernativas de la administración serán ejecutivas». Preocupa fundamentalmente la selección del contratista⁴⁴, y el ejercicio del poder de la Administración se dirige a asegurar el cumplimiento por parte del contratista.

Incluso el Proyecto de Ley, presentado a las Cortes en 15 de noviembre de 1900 por Marcelo de Azcárraga, además de reconocer la na-

⁴⁰ E. DELGADO, *apud.* G. ARIÑO, *Comentarios...*, pág. 35. Desprenderse de esas facultades equivaldría a «preconizar el absurdo de la alienabilidad del Poder ejecutivo del Estado o su transferencia por arbitraria disposición a los que contratan con él». *Apud.* M. BASSOLS COMA, *De-recho...*, pág. 34. El autor era abogado del Estado; escribe en 1889.

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 fue un precedente.

⁴³ La Real Orden de 16 de abril de 1846 para los contratos de obras públicas de caminos, canales y puertos reconoce un *ius variandi* (art. 3.º) y de rescisión (art. 4.º). El artículo 39 disponía que «los contratistas renunciarán al derecho común en todo lo que sea contrario a estas cláusulas y condiciones, sujetándose a las decisiones y tribunales administrativos establecidos por leyes y órdenes vigentes».

⁴⁴ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...* Salvo casos expresamente mencionados, «los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas se celebrarán por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta» (art. 1.º).

turalidad civil del contrato administrativo, en cuanto al fondo refiere en su exposición de motivos que «*tampoco es posible desconocer... la limitada y peculiar capacidad que el Estado tiene como prototipo de las personas jurídicas*»⁴⁵. La implícita equiparación de la Administración al menor de edad no es precisamente reveladora de la prepotencia de la Administración que sugiere la prerrogativa.

La orientación de la LCE ha sido definitiva al regular el fondo de los contratos de la Administración y reconocer ya paladinamente las prerrogativas de la Administración en la ejecución de los contratos administrativos. Un sector crítico ha tenido que reconocer que se zanja por esa vía una discusión doctrinal sobre la naturaleza de esos contratos: «de contratos civiles deformados por el privilegio de decisión ejecutoria a un régimen sustantivo diverso del contrato civil»⁴⁶. Las leyes posteriores han seguido ese precedente: artículo 59 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP, Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y artículo 210 del vigente TRLCSP, anteriormente citado, que con sus correlativos será objeto de posterior análisis.

Siguiendo una tradición de protagonismo del Ministerio de Hacienda (Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de abril de 1911, reformada en 1950), en la redacción de la LCE participó decisivamente un abogado del Estado que en sede doctrinal subrayó la importancia del acto administrativo en la configuración jurídica de los contratos administrativos. No se refiere al acto como ejercicio de una potestad *ad extra* del contrato, como consecuencia del principio de autotutela general de la Administración, sino desde el mismo contrato al definir el «contrato del Estado como acto de la Administración». La fuerza vinculante no provendría del concurso de voluntades de la Administración y del particular, «sino de la potencialidad jurídica que emana del acto administrativo», con referencia a la adjudicación. El «acto contractual», frente al acto administrativo ordinario, «constituye *ex novo* una situación jurídica singular y bilateral entre la Administración y el particular»⁴⁷.

⁴⁵ Exhumado por G. ARIÑO en 1968. Cfr. ahora en *Comentarios...*, pág. 36, que subraya agudamente el precedente del Derecho intermedio, deudor del Derecho romano de la equiparación de la Administración al menor de edad.

⁴⁶ R. PARADA, *Derecho administrativo...*, pág. 265.

⁴⁷ J. I. MONEDERO GIL, *Doctrina del contrato del Estado*, IEF, Madrid, 1977, págs. 255, 256, 263. El autor había sido secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y director general del Patrimonio del Estado en el Ministerio de Hacienda, donde se elaboró el Anteproyecto de la Ley. Inicialmente, sin conocimiento de esa obra, se pronuncia en esa dirección J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español: Su fundamento y consecuencias», en *Derecho administrativo. Homenaje al profesor M. J. Marienhoff* (dir. J. C. CASSAGNE), Buenos Aires, 1998, págs. 947-969.

El comentarista cuasi-auténtico de la Ley se adhiere a la concepción de la prerrogativa como una potestad «operando en forma agresiva contra el derecho individual y aceptando el juego de compensaciones de forma análoga a la que tiene lugar en la expropiación forzosa»⁴⁸.

III. RELEVANCIA DE LOS PARTICULARES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El envés del poder de la Administración en los contratos administrativos son los derechos de los contratistas, que se deducen de la vinculación mutua derivada del contrato como acuerdo de voluntades. No es del caso, para el propósito que se persigue, analizar las manifestaciones que justifican el equilibrio del contrato, que pueden expresarse como un condicionamiento del contrato administrativo a *riesgo y ventura*⁴⁹. Tanto el equivalente económico como sus justificaciones —teoría de la imprevisión y *ius variandi, factum principis* o la revisión de precios— encuentran su razón de ser en la naturaleza misma del contrato administrativo, diferente del civil⁵⁰. Lo que quiere subrayarse es la relevancia de los particulares en los contratos administrativos.

En diferentes situaciones y regímenes políticos, los países que reconocen los contratos administrativos han buscado la colaboración de los particulares para la realización de obras, la prestación de servicios y la procura de suministros requeridos por el interés general. La Administración cede protagonismo a los particulares, prefiriendo el contrato a la gestión directa, y sus potestades se amoldan a la necesidad de esa colaboración. En este sentido puede detectarse una cierta *deferencia* hacia los particulares, al menos bajo la vigencia del Estado liberal, que contrasta con la afirmación de las prerrogativas de la Administración tal como han sido reconocidas desde la LCE.

En la tradición alemana e italiana de someter los contratos de la Administración al Derecho privado resulta natural esa actitud *pro* particulares. En España, aunque los litigios de contratos sobre venta de bienes nacionales y de obras y servicios sean competencia de la juris-

⁴⁸ Cfr. J. I. MONEDERO GIL, *Doctrina...*, pág. 387.

⁴⁹ Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, «El principio de riesgo y ventura», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, 2004, págs. 525 y ss.

⁵⁰ Cfr. en la doctrina española, ampliamente, con referencias históricas y Derecho comparado —el francés es inexcusable por la extraordinaria jurisprudencia del Consejo de Estado, objeto de comentarios memorables de la doctrina—, el libro de G. ARIÑO, *El equivalente...*, un punto de inflexión en la doctrina.

dicción administrativa, doctrinalmente se mantiene de un modo mayoritario que, por naturaleza, son contratos civiles⁵¹.

Esa deferencia se encuentra en el mismo nacimiento de los contratos administrativos. Se evidencia en el caso de la venta de bienes nacionales —también en Francia—. Se busca el amparo de tribunales administrativos para proteger la actuación de la Administración, en beneficio de los nuevos propietarios surgidos de la Revolución, o de los «estómagos agradecidos», buscando ganar adeptos para la causa liberal⁵².

De alguna manera, la deferencia denota la situación con que se enfrenta el Decreto de Bravo Murillo de 1852. La *non nata* Ley de 1850, de la que el Decreto procede, se justificaba en su exposición de motivos «con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos y de garantizar a la Administración contra los tiros de la maledicencia». Las subastas públicas y los pliegos cerrados se establecieron para impedir la «confabulación de los licitadores» o la introducción chantajista de un tercero en la licitación y por el «acaloramiento» que llevaba a presentar proposiciones tan onerosas que no les era posible cumplir después. En otras palabras, porque «la Administración, al celebrar los contratos no debe procurarse una sórdida ganancia abusando de las pasiones de los particulares». Más que ejercicio de un privilegio, se trata de un objetivo moralizante que revela cuál era el clima de la contratación pública.

Una muestra más de esa deferencia la suministra un Real Decreto de 10 de julio de 1861 sobre reforma del pliego general de condiciones de contratos de obras públicas. Alude a una coyuntura favorable para la realización de obras públicas, superadas otras de «penuria del Tesoro». Para aprovecharla «conviene ajustar todo lo posible las prescripciones que deben regir en esta clase de contratos a los principios del derecho común». Al referirse a la causa «de retraimiento de los especuladores de buena fe» se añade que si la condición del Estado no puede ser igual a la de ellos «tampoco deberá otorgársele tales privilegios que el interés privado quede sin defensa hasta un punto que rechazan igualmente la equidad y la misma conveniencia bien entendida de los intereses públicos».

El protagonismo de los particulares en la ejecución de las obras y servicios públicos no obedece solo a razones ideológicas, sino también

⁵¹ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, pág. 127, con cita de SANTA MARÍA DE PAREDES, ABELLA, ROYO VILLANOVA, GASCÓN Y MARÍN, FERNÁNDEZ DE VELASCO. A finales del XIX empieza a considerarse paralelamente la naturaleza propia del contrato administrativo: E. DELGADO, TORRES, GALLOSTRA (1881); ya en el XX, ÁLVAREZ-GENDÍN.

⁵² *Ibidem*, pág. 83. La expresión es de A. NIETO, *Los primeros pasos del Estado Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 486.

a la reconocida impotencia de la Administración para llevar a cabo esas actividades reclamadas por la sociedad⁵³. Unas y otras explican la utilización de la concesión en los servicios públicos que se implantan impulsados por el progreso tecnológico⁵⁴.

Una declaración máxima de liberalismo es la formulada en el epistófico Decreto de 14 de noviembre de 1868 que establece las reglas generales para la nueva legislación de obras públicas: «*El Estado seguirá construyendo obras mientras la opinión pública lo exija, pero solo en un caso: cuando una necesidad imperiosa, general, plenamente demostrada lo justifique y la industria privada no pueda acometer tal empresa y si tal caso llega se establecen reglas como garantía para la arbitrariedad*». El preámbulo concluye con las siguientes declaraciones: «*El monopolio del Estado en punto a obras públicas era un mal; ya no existe. El Estado constructor era contrario a los sanos principios económicos; ya no construye. El Estado dedicando sus capitales a obras públicas es un sistema vicioso, y desaparecerá*». Esa radicalidad no pasó de ser la expresión dialéctica de un pasajero momento de «gloria» política.

La preferencia por los particulares queda patente en la legislación sobre ejecución de las obras públicas, que se llevará preferentemente por contrata (Instrucción de 10 de octubre de 1845). La Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855 decía en su artículo 4 que «*la construcción de líneas de servicio general podrá verificarse por el Gobierno y en su defecto por particulares y compañías*». Esto último resultó ser lo principal. La Ley de Obras Públicas de 1877, de larga vigencia, limita los supuestos en que pueda aplicarse la ejecución directa.

Con redacciones equivalentes, se sigue esa orientación en la LCE (art. 60: «*sólo podrán ejecutarse directamente*»), en el TRLCAP—art. 152.1.b)— y en el artículo 24 del TRLCSP.

IV. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA LCSP

A través de la evolución del Estado liberal a un Estado social, del protagonismo estatal en materia económica (el apogeo de las empresas públicas) y de la singularidad del régimen político⁵⁵ se llega a la situa-

⁵³ *Ibidem*, págs. 55-56, con el testimonio en 1857 de REYNOSO, *Política administrativa del Gabinete de Bravo Murillo*, en el que fue ministro de Fomento.

⁵⁴ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, IEA, Madrid, 1968, y *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

⁵⁵ Sobre la crisis del Estado burgués de Derecho y el paso al Estado social de Derecho, cfr. E. FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Stuttgart, 1950; *Tratado de Derecho administrativo*, trad. española, IEP, Madrid, 1958; *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, ENAP, 1966; H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, 5.^a ed., Múnich y Berlín,

ción actual de la integración en la Unión Europea y un mercado único. Por lo que aquí interesa, la legalidad que se implanta en los años sesenta del siglo pasado, sobre unas prerrogativas de la Administración bajo la idea del interés público o general en los contratos administrativos, permanece en la LCSP aprobada y reformada para adaptar el ordenamiento jurídico español al Derecho comunitario.

La Directiva europea sobre contratos públicos no se pronuncia sobre las prerrogativas. Presta su atención a la selección del contratista, y solo entra en la ejecución del contrato cuando pueda incidir en aquella. Una perspectiva que invita a la revisión del acogimiento tradicional de las prerrogativas, al menos de la modificación del contrato, que, junto a la interpretación, constituirán los puntos de reflexión.

El reconocimiento de la prerrogativa en la Ley permite obviar las discusiones doctrinales sobre la existencia de un poder de modificación unilateral del contrato y, por consiguiente, sobre su justificación, que ciertamente no es manifestación de las prerrogativas de las que dispone en general la Administración, sino como «*una ilustración del papel que juega... el interés general en los contratos administrativos*»⁵⁶. Un poder limitado por las determinaciones legales y por la comprobación de que existe un interés general. La apreciación de esos datos es cada vez más rigurosa, por cambios legislativos y resoluciones judiciales, sosteniéndose también en sede doctrinal que las prerrogativas son manifestación de la preeminencia general de la Administración en su relación con los ciudadanos, pero «*atenuadas y moduladas por la naturaleza contractual de la relación*», concluyendo que son potestades regladas⁵⁷ y de ejercicio obligado⁵⁸.

De la numerosa jurisprudencia existente pueden subrayarse algunas afirmaciones suficientes para comprobar el estado de la cuestión tal como llegó a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Sin esforzarse en la selección, se nos dice para que se tenga en cuenta que «*no cabe olvidar que la contratación administrativa presenta particularidades derivadas en su mayor parte de las prerrogativas y privilegios que el ordenamiento jurídico otorga a la ad-*

1963, págs. 45-46; y sobre la actividad empresarial del Estado, J. L. MEILÁN, *Empresas públicas y turismo*, ENAP, Madrid, 1967, con bibliografía española y europea.

⁵⁶ Cfr. LAUBADÈRE..., T. II, págs. 394 y ss. La cita del texto es de la pág. 402. A ella pertenece la afirmación de que la Administración no debe permanecer ligada por contratos que han devenido inútiles o por estipulaciones contractuales inadaptadas a las necesidades del servicio público (del interés general). Para GARCÍA DE ENTERRÍA, *el ius variandi* es una manifestación de la potestad expropiatoria general que exige siempre una justa compensación.

⁵⁷ Cfr. F. SAINZ MORENO, «Prerrogativas de la Administración en la contratación administrativa», en *Derecho de los contratos públicos...*, pág. 425.

⁵⁸ Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *Comentarios...*, pág. 800.

ministración que se concretan en adoptar... decisiones ejecutivas»⁵⁹. Esa prerrogativa «implica para el contratista la imposibilidad legal de no interrumpir por un acto propio el cumplimiento del contrato, ni aun en el caso de que la Administración no cumpla las obligaciones asumidas»⁶⁰. En cuanto a la prerrogativa de modificación del contrato, «no es una atribución legal indiscriminada sino una facultad reglada»⁶¹. La causa y razón de la prerrogativa es «la más inmediateamente posible satisfacción del interés público»⁶². En definitiva, se subraya que «lo característico del contrato administrativo será recaer sobre un objeto en el que un interés público de la competencia de la Administración contratante esté implicado en la medida que resulte justificada la existencia de prerrogativas exorbitantes, especialmente de la decisión unilateral y ejecutiva, pues todo contrato administrativo comporta que está en juego el interés público»⁶³.

El interés público es lo determinante. Se dice de variadas maneras en relación con la modificación del contrato, el tradicional *ius variandi*: «constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas»; «el interés general es el que debe prevalecer en todo caso». Con referencia a la doctrina, se defiende el citado privilegio «cuando así lo exija el interés público, cuyas exigencias al servicio de la comunidad no pueden quedar constreñidas por las cláusulas del contrato»⁶⁴. Habría que añadir que ese interés público, por una inercia doctrinal y jurisprudencial, se interpreta como el interés asumido por la Administración pública.

Como se adelantó, en esta visión tradicional y consolidada del contrato administrativo se condiciona su naturaleza a la existencia de prerrogativas que operan en la ejecución del contrato. Tomando a la modificación unilateral del contrato como muestra significativa de aquellas, esa visión se reafirma en el artículo 101 del derogado TRLCAP. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones por razón del interés público «siempre que sean debidas a necesidades nuevas o a causas imprevistas justificándolo debidamente en el expediente». Esa justificación incluye «la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación». No se trata ahora de examinar todo lo relativo a la modificación de los contratos, y en con-

⁵⁹ STS de 15 de enero de 1985 (Ar. 435).

⁶⁰ STS de 9 de octubre de 1989 y otras en el mismo sentido.

⁶¹ STS de 11 de abril de 1984 (1984/1920).

⁶² STS de 29 de mayo de 1995, con cita de otras.

⁶³ STS de 2 de junio de 1992 (Ar. 4705).

⁶⁴ STS de 1 de febrero de 2000 (Ar. 318), con cita de otras muchas de las que proceden los textos transcritos.

creto del de obras⁶⁵, sino de subrayar el alcance de la prerrogativa en el TRLCAP y cómo fue entendido por la doctrina más relevante.

La afirmación de que la prerrogativa es una potestad reglada, pese a su plausible intención de ponerle límites, el texto anteriormente transcrito sugiere que se trata de una potestad discrecional, tal como he venido defendiendo, que implica la elección por la Administración de la solución que estima es la justa y no una entre varias igualmente justas, como es corriente sostener. Desde el punto de vista del interés general que debe servir por imperativo constitucional solo existe una⁶⁶. Como toda potestad discrecional, sin perjuicio de contener elementos reglados, ha de ser motivada. Es lo que se dice en el citado artículo. La ausencia de motivación haría arbitraria la decisión de la Administración de modificar el contrato. Podrá ser objeto de una sentencia posterior que considere que ese ejercicio no ha sido realizado conforme a Derecho, con las consecuencias indemnizatorias para el contratista, pero el acto administrativo desplegó su fuerza ejecutiva. Para lo que se está tratando, la prerrogativa subsiste.

Como ha sostenido doctrina cualificada, las limitaciones cuantitativas señaladas en el citado artículo no son limitaciones legales a la *potestas variandi*, sino «limitaciones a la potestad de imponer las modificaciones al contratista»⁶⁷. La potestad permanece como imposición unilateral porque «el interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias»⁶⁸. Ello sin perjuicio de que proceda la restauración del inicial equilibrio contractual. Sería «una manifestación de la potestad expropiatoria general, que exige siempre una justa compensación». La particularidad, tanto que permitiría explicarlo de otro modo, «es que esa compensación se liquida en el seno de un contrato»⁶⁹. En definitiva, el ejercicio de la prerrogativa como imposición unilateral existiría siempre, sin compensación en unos casos o con ella cuando se trate de restaurar el equilibrio del contrato por vía económica. Eso es lo que ha favorecido las situaciones criticadas por el Consejo de Estado citadas con anterioridad. La modificación se convierte en un asunto exclusivo de las concretas partes en el contrato que se modifica.

⁶⁵ Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, «Modificación de los contratos», en *Comentario de la Ley...*, 2.ª ed., Thomson-Cívitas, págs. 575 y ss.; J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, págs. 241 y ss.

⁶⁶ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, pág. 232. La STS de 13 de junio de 2000 se pregunta «si en un Estado de Derecho puede admitirse la existencia *a priori* de algo indiferente jurídicamente».

⁶⁷ J. L. VILLAR PALASÍ, *apud*. L. MARTÍN REBOLLO..., pág. 590.

⁶⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *ibidem*.

⁶⁹ De los citados autores, *Curso...*, pág. 712.

Ese entendimiento de la prerrogativa puede cuestionarse si se considera la modificación desde otra perspectiva. El Consejo de Estado antes del TRLCSP sostuvo que «*el poder de modificación en cuanto potestad exorbitante por su carácter unilateral y excepción al principio de concurrencia que rige en la contratación administrativa tiene como límite aquellas alteraciones que, por superar determinada proporción, son considerados por el sistema de contratación administrativa como contratos nuevos*»⁷⁰.

Esa es la cuestión: el ejercicio de una prerrogativa puede incidir negativamente en los principios que rigen la selección del contratista y la adjudicación del contrato. La cuestión se traslada de la ejecución a la preparación del contrato. El ejercicio de la prerrogativa, en ese caso, no está amparado en el interés público, porque vulnera lo establecido en el ordenamiento. Dicho en otros términos, el interés público, el interés general, consiste en el cumplimiento del Derecho. Las «reglas del juego» han de mantenerse a lo largo de todo el tiempo, estando prohibida su alteración no solo antes de la adjudicación, sino también después, en la fase de ejecución del contrato, como ha reconocido la jurisprudencia comunitaria⁷¹.

V. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO: UNA NUEVA PERSPECTIVA

La modificación del contrato es una de las prerrogativas, quizá la más importante, que tiene la Administración. El artículo 202 de la LCSP seguía una línea continuista con la legislación anterior⁷². Las modificaciones no podrían afectar a las condiciones esenciales del contrato, que se enumeraban. El artículo quedó afectado como consecuencia de la extensa Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que en su disposición final décimo sexta introdujo un nuevo título V en el libro I, compuesto por un artículo 92 bis, ter, quator, quinquies⁷³. La modificación procederá en los casos y formas previstos en ese nuevo título. La Ley res-

⁷⁰ Dictamen núm. 54473, de 8 de junio de 1990.

⁷¹ STJCE de 22 de junio de 1993, asunto C-243, *Comisión/Reino de Dinamarca, puente sobre el Storebælt*; STJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99, *Comisión/CAS Suchi di Frute Spa*.

⁷² Sobre la LCSP, J. A. MORENO MOLINA, *La nueva Ley de Contratos del Sector público*, La Ley, Madrid, 2007; L. M.^a GIMENO FELIÚ, «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación y perspectivas de cambio», *REDA*, 149, 2001, págs. 29 y ss.

⁷³ Cfr. J. A. MORENO MOLINA, «Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro normativo. Crónica de una avalancha normativa», en *Observatorio de contratos públicos 2010*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 105 y ss.

pondría en este asunto a la insatisfacción manifestada por la Comisión de la UE respecto de la regulación contenida en la LCSP, que no concordaba con la jurisprudencia comunitaria⁷⁴.

En virtud de la autorización al Gobierno por la disposición final trigésimo segunda de la citada Ley 2/2001 se aprobó, por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP)⁷⁵. La modificación de los contratos figura en las prerrogativas de la Administración pública enumeradas en el artículo 210, que pertenece al título I del libro IV, sobre efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. En concreto, el artículo 219, relativo a la potestad de modificación de los contratos, remite al título V del libro I: «*solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma*» en él previstos. Ese título, es una novedad del TRCSPP, se refiere a todos los contratos del sector público, más amplio que las Administraciones públicas, como se manifiesta en el artículo 3 de la Ley. Sin entrar en su análisis, esta regulación permite considerar que la modificación de los contratos no se establece necesariamente desde la perspectiva de la prerrogativa, ya que se reconoce a entes que no son o no se consideran Administraciones públicas y que, por tanto, no pueden dictar actos administrativos con el carácter de ejecutivos que estos tienen, en lo que consiste la prerrogativa. Esa posibilidad de modificación se prevé en función del interés público, el mismo que justifica la tradicional prerrogativa reconocida a la Administración. Esto sugiere la hipótesis de que lo perseguido por el TRCSPP no se liga necesariamente a la prerrogativa⁷⁶, aunque la modificación del contrato permanezca dentro de las prerrogativas reconocidas a la Administración pública en los contratos administrativos.

La LCSP fue consecuencia de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, aunque de contenido más amplio. En la Directiva no se hace mención alguna a las prerrogativas. Al referirse a las posibles condiciones de ejecución, referidas en el artículo 26, la exposición de motivos concreta que «*serán com-*

⁷⁴ En ese sentido, F. J. VÁZQUEZ MANTILLA, «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la ley de contratos del sector público», *REDA*, 143, 2009, págs. 529 y ss. Se trata del asunto C-496/09, citado anteriormente.

⁷⁵ Cfr. M. GARCÉS SANAGUSTÍN, «El nuevo régimen de la modificación de los contratos públicos», en *El nuevo marco de la contratación pública* (dirs. L. PAREJO ALFONSO y A. PALOMAR OLMEDA), Bosch, Barcelona, 2012, págs. 67 y ss.

⁷⁶ En ese sentido, un discípulo de GIMENO FELIÚ, M. A. BERNAL BLAY, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en *Observatorio de contratos públicos 2010*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 177.

patibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones». Se contemplan desde su incidencia en la preparación y adjudicación del contrato

El TRCSP se separa de la Directiva ya que si bien el artículo 106 se refiere a las modificaciones previstas en la documentación que riga la licitación (art. 106), prevé en el 107 las no previstas en esa documentación, lo que plantea problemas acerca de esta previsión teniendo en cuenta que las Directivas vinculan a los Estados miembros de la UE⁷⁷.

El artículo 106 admite la modificación de todos los contratos del sector público, incluidos los contratos administrativos, *«siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello»*. No parece necesario insistir en la diferencia, en cuanto a concreción, de este precepto con el homólogo del TRLCAP, antes transcrito⁷⁸. Se está muy lejos de entender la modificación como una cláusula de estilo, como prerrogativa amparada en un interés público invocado por la Administración pública⁷⁹. No es que se haga más difícil la tradicional prerrogativa. Esta queda en cuestión al precisar la razón de ser de la nueva regulación. La expresa el párrafo segundo del mismo artículo. Es permitir a los licitadores formular su oferta y, en consecuencia, que puedan ser tenidos en cuenta para la adjudicación del contrato. En palabras que merecen ser transcritas, los supuestos de modificación *«deberán definirse con total concreción por referencia a las circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con suficiente detalle para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas»*.

⁷⁷ Sobre ello, J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, págs. 93 y ss.

⁷⁸ Aun antes de la LCSP, la jurisprudencia llegó a afirmar que *«los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo»* (STS de 30 de abril de 1997).

⁷⁹ En eso se ha insistido por jóvenes profesores. Se exige rigor, no improvisación; objetividad, no mero parecer; y posibilidad de verificación, no adivinación o intuición. Cfr. J. COLÁS TENA, «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: El régimen de modificación de los contratos del sector público», *REDA*, 153, 2012, págs. 253 y ss.

Así formulada, en la posibilidad de modificación del contrato no se aprecia la exorbitancia que tradicionalmente se viene sosteniendo como peculiaridad de los contratos administrativos, manifestada por la existencia de un privilegio o prerrogativa⁸⁰. El contrato se lleva a cabo con una precisa determinación de derechos y obligaciones de las partes contratantes. El contrato sigue siendo «ley para las partes», como la jurisprudencia viene reconociendo desde hace más de un siglo. No existe exorbitancia. El interés general queda subsumido, encapsulado en las determinaciones que figuran en la documentación, en la que se expresa la «voluntad» de la Administración, que, con la de los particulares, constituye el contrato y los vincula mutuamente. Es desde esta perspectiva, y no desde la prerrogativa, como puede explicarse la modificación de los contratos administrativos⁸¹.

El artículo 107 del TRLCSP regula las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación. Lo hace con minuciosidad, habida cuenta de que difiere de lo contenido en la Directiva comunitaria y, por tanto, de comprometida validez. «Solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna» de las circunstancias que enumera: inadecuación de la prestación contratada, por «errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas»; por causas «que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional»; por «fuerza mayor o caso fortuito»; por la «conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente» y estén disponibles en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica⁸²; por «necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato».

Y, lo que es fundamental, la modificación «no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación», concretándose en cinco apartados que se entiende por ello, el último de los cuales viene a ser una fórmula de cierre y expresa la mente del legislador en esta

⁸⁰ En ese sentido no habría diferencia con lo que sucede en los contratos públicos en el Derecho americano: caso *G. L. Christian & Associates v. United States*. J. L. MEILÁN GIL, *Estructura...*, págs. 70-71

⁸¹ En ese sentido, también S. GONZÁLEZ-VARAS, *El contrato...*, pág. 272. J. A. MORENO MOLINA, con la perspectiva del Derecho comunitario, ha sentenciado: «El nuevo Derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la Administración a la garantía de los principios generales».

⁸² Es una manera nueva de utilizar la «cláusula de progreso», un hallazgo para las concesiones de servicios públicos en el siglo XIX. Sobre su inicio y evolución, cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2010; T. QUINTANA LÓPEZ, «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *REDA*, 131, 2006, págs. 421 y ss.

cuestión: «En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado otras sustancialmente diferentes a las formuladas»⁸³. Con independencia de su análisis, que ahora no procede, la diferencia con la regulación anterior a la LCSP es palmaria y suministra a los tribunales más elementos para dilucidar la cuestión, fundamental en las controversias, sobre lo que se entiende por «elemento esencial» del contrato.

Aunque los supuestos en que la Administración pueda llevar a cabo la modificación se han reducido y objetivado, por más que se regule mejor la responsabilidad de los redactores de los proyectos, que en ocasiones está en la base de improcedentes reformados, la cuestión no queda satisfactoriamente regulada. Hay supuestos de naturaleza difícilmente considerada como objetiva⁸⁴.

De otra parte, a pesar de la mayor concreción de los supuestos en que son posibles modificaciones unilaterales, al menos en las no previstas en la documentación que rige la licitación subsiste la idea de la prerrogativa, como se desprende del artículo 211.4, para los contratos administrativos: «los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos». La idea se confirma con lo dispuesto en el TRLCSP sobre la interposición del recurso especial, previo al contencioso-administrativo, ante el Tribunal Central de Recursos Contractuales, «un órgano especializado que actuará con independencia funcional», adscrito al Ministerio de Economía (arts. 40-49). Responde a las exigencias reconocidas por la jurisprudencia comunitaria en aplicación de las Directivas sobre contratos públicos. Se trata de no esperar a la celebración del contrato, la adjudicación y formalización del mismo, para recurrir contra las posibles ilegalidades advertibles en los actos de preparación del contrato. Se procura rapidez y eficacia, ya que la estimación del recurso implica la anulación del acto recurrido y el poder adjudicador no puede continuar el procedimiento⁸⁵.

⁸³ Ese supuesto es el reconocido en la jurisprudencia comunitaria incluso para las concesiones de servicios públicos, que no están incluidas en la Directiva sobre contratos públicos. En ese sentido, STJCE de 13 de abril de 2010, asunto C-91/08 (caso *Wall AG*), con citas de una jurisprudencia consolidada: sentencias TJCE *Teleaustria* (STJCE 2000, 321), *Coname* (STJCE 2005, 247), *Parking Brixen* (STJCE 2005, 295), *Comisión/Francia* (C-337/98), *Nachrichtenagentur* (C-454/2006).

⁸⁴ En ese sentido, M. A. BERNAL BLAY, «Reflexiones...», págs. 192-193.

⁸⁵ Cfr. SSTJCE de 24 de junio de 2006, asunto C-212/02, *Comisión/Austria*; de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, *Comisión/Reino de España*; de 28 de enero de 2010, asunto C-456/08, *Comisión/Irlanda*.

El artículo 40.2.c) excluye de ese recurso «*los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que... sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos, tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación*». Esta excepción, al no aludir a las modificaciones previstas en los pliegos, permite confirmar la tesis antes expuesta sobre el abandono de la prerrogativa. Más aún, podría afirmarse que el mantenimiento legal de la prerrogativa es una contradicción. La excepción contenida en el precepto debería ser eliminada. Tiene además en su contra que no se corresponde con el Derecho comunitario, como se subrayó anteriormente.

VI. INNECESARIEDAD DE LA PRERROGATIVA: UNA PROPUESTA A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO

La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/0438 (COD), que pretende derogar la Directiva 2004/18/CE, da un paso más adelante en la dirección anteriormente apuntada y que, por tanto, afectará a la regulación española de contratación pública. Lo exige la misma perspectiva de poner el acento en la fase de preparación del contrato, determinada por el aseguramiento real del mercado único y la observancia de los principios comunitarios. Desde ella se presta una atención directa y más amplia a la fase de ejecución del contrato, a la que se dedica el capítulo V, enteramente nuevo.

Se reconoce que la modificación de los contratos «*se ha convertido en una cuestión cada vez más pertinente y problemática para los profesionales*». Según la misma exposición de motivos, se incorporan soluciones desarrolladas por la jurisprudencia y se «*ofrece una solución pragmática para tratar las circunstancias imprevistas que exigen la adaptación de un contrato público durante su período de vigencia*» (10). Se es consciente de que los poderes adjudicadores pueden tener que hacer frente a circunstancias imposibles de haber previsto para la ejecución del contrato, aun contando con una razonable diligencia.

El límite de la modificación es la necesidad de la convocatoria de una nueva licitación y, en todo caso, se insiste en que debe estar prevista, aunque de tal manera que no debe dar «*una discrecionalidad ilimitada*» al poder adjudicador (46-47). El artículo 72 regula la materia. Una «*modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público durante su período de vigencia se considerará una nueva adjudicación... y requerirá un nuevo procedimiento de adjudicación*». Por tal se entiende que: de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial se

habría permitido la selección de otros candidatos o la adjudicación a otro licitador; altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista⁸⁶; amplíe de forma considerable el ámbito del contrato. No se entenderán sustanciales las previstas en la documentación de la contratación mediante «*opciones o cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas*», sin que en todo caso puedan «*alterar la naturaleza global del contrato*».

En un intento equilibrador, el artículo insiste en que la modificación es posible sin nuevo procedimiento de contratación cuando la misma no haya podido preverse por «un poder adjudicador diligente» o el aumento del precio no sea superior al 50% de valor del contrato inicial. Por último, es interesante subrayar que no puede acudir a la modificación para subsanar deficiencias en la ejecución del contrato «*que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales*».

Como se deduce de lo expuesto, por más que la Directiva intente objetivar los supuestos en que es posible la modificación, sus propios términos dejan un campo nada despreciable a la interpretación, lejos del concepto tradicional de la potestad reglada. La cuestión que plantea la prerrogativa de la Administración sigue en pie. ¿Debe zanjarse inicialmente la posibilidad de la modificación en favor de la decisión unilateral de la Administración mediante el acto administrativo correspondiente?

La propuesta de Directiva subraya la utilidad del diálogo competitivo cuando «los poderes adjudicadores no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar lo que puede ofrecer el mercado como soluciones técnicas, financieras o jurídicas», como sucede en proyectos complejos e innovadores (16). Con esa participación se colabora a evitar modificaciones por carencias de los proyectos en contratos complejos y de larga duración.

En el capítulo IV, dedicado a la Gobernanza, la propuesta de Directiva se refiere a la necesidad de «*mecanismos eficaces, accesibles y transparentes, que complementen el sistema en vigor para recurrir las decisiones tomadas por los poderes adjudicadores*» (art. 83), asunto capital para la revisión de la consagrada prerrogativa de la Administración pública en los contratos administrativos. Para ello, los Estados miembros «*designarán un único organismo independiente, responsable de la supervisión y coordinación de las actividades de ejecución*» y «*todos los poderes adjudicadores estarán sujetos a esa supervisión*» (art. 84). Se persigue luchar contra el fraude, corrupción, conflictos de intereses y otras irregularidades graves en el marco de la contratación. Para lo

⁸⁶ Con ello se sale al paso de los acuerdos fraudulentos reconocidos por el Consejo de Estado y denunciados por la doctrina.

que se está aquí tratando, su competencia para llamar la atención de las instancias nacionales competentes se entiende sin perjuicio del derecho a interponer recurso según el Derecho nacional.

Con los elementos descritos es posible avanzar en lo anteriormente expuesto para prescindir de la prerrogativa en el Derecho español. La modificación de los contratos administrativos ha de hacerse de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 211, del cual interesa subrayar que es obligada la audiencia al contratista y preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva si se formula oposición por parte del contratista o la cuantía del contrato sea superior a un 10% del precio primitivo cuando este sea igual o superior a seis millones de euros.

En otra ocasión⁸⁷ he defendido que la audiencia debe darse a todos los interesados, por la incidencia que la modificación tiene en el procedimiento de selección del contratista, ahora reforzada desde la visión comunitaria. Esa misma incidencia justifica que la modificación propuesta por la Administración debería ser objeto del recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales —o los tribunales autonómicos equivalentes—⁸⁸, previsto para los actos que integran el procedimiento que concluye con la adjudicación, del que se excluyen los actos de los órganos de contratación en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego de condiciones.

La propuesta es una solución más eficaz que el informe no vinculante del Consejo de Estado o Consejos consultivos. La legitimación se refiere a todos los interesados (art. 42 TRLCSP). Los plazos para interposición, alegaciones y resolución son breves⁸⁹. La interposición del recurso produciría la suspensión de la modificación pretendida por la Administración, como el artículo 45 del TRLCSP reconoce para el recurso contra el acto de adjudicación. Contra la resolución del Tribunal solo cabría la interposición de recurso contencioso-administrativo, por el particular y también por la Administración, sin necesidad de declaración de lesividad, como expresa el apartado 4 del artículo 19 de la LJCA, por la que se reformó esta Ley⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura...*, pág. 247.

⁸⁸ Artículos 40-49. Para los contratos de entes que no tengan la consideración de Administraciones públicas se prevé el arbitraje (art. 50). Trae causa de la Directiva 2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y de la STJCE de 3 de abril de 2008, asunto C-444, por la que se condenó al Reino de España. Cfr. L. PAREJO ALFONSO, «La revisión especial de actos en la legislación de contratos del sector público», en PAREJO y ALOMAR, *El nuevo marco...*, págs. 199 y ss.

⁸⁹ Quince, cinco y cinco días, respectivamente (arts. 44, 46, 47).

⁹⁰ «Las Administraciones Públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiera la legislación de Contratos del Sector Público».

En definitiva, la modificación no sería el resultado de un acto administrativo unilateral de la Administración, de carácter ejecutivo, impuesto por la Administración, en lo que consiste la prerrogativa. Permite establecer un equilibrio posicional, propio del contrato, también en el ámbito procesal, de acuerdo con el carácter del contencioso-administrativo, como un proceso entre partes, rebasada su consideración como revisora del acto.

La solución que se propone no impide la modificación, que se justifica para no perjudicar el interés público ínsito en el contrato. De lo que se trata es que ese interés se realice de acuerdo con los principios que determinan la adjudicación del contrato cuando la modificación que se pretende es realmente un nuevo contrato. No se trata de una controversia entre el interés público representado por la Administración y el interés privado del contratista, con prevalencia de aquella manifestada en la prerrogativa, sino la primacía del interés general que el ordenamiento comunitario otorga a la igualdad de trato, excluyente de discriminación, en la selección del contratista y la adjudicación del contrato. La prerrogativa se corresponde a una orientación legal y doctrinal diferente a la de poner el acento en la preparación del contrato.

La apelación a una autoridad independiente es necesaria porque, aunque el texto legal haya delimitado los supuestos en que la modificación implica un nuevo contrato, deja inevitables márgenes para su verificación. Esa autoridad zanjaría provisionalmente las diferencias entre Administración y contratista⁹¹, en un procedimiento abierto a los interesados, que asegure la competencia como consecuencia del principio de igualdad, en un clima de transparencia.

VII. REFERENCIA A LA PRERROGATIVA DE INTERPRETACIÓN

Al tratar de la interpretación no es cuestión de repetir lo expuesto con carácter general. Es una prerrogativa, como tal reconocida en el citado artículo 210 del TRCSP. La justificación se encuentra en no causar un perjuicio al interés público por la demora que podría suponer la suspensión de la obra o del servicio público o del suministro para resolver problemas de interpretación. La ejecutividad del acto administrativo es la solución, sin perjuicio de su revisión en el contencioso-

⁹¹ A favor de un «órgano imparcial, técnico y al mismo tiempo capaz de resolver en Derecho, que daría inmediata solución a los problemas con carácter ejecutivo, vinculante para ambas partes», sin perjuicio de la posterior impugnación ante los tribunales, se pronunció G. ARIÑO, *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, 1984, pág. 170.

administrativo. Se trata de la presunción de legalidad del acto administrativo y del ya expuesto privilegio de autotutela⁹².

Se admite, tanto en sede doctrinal como en la jurisprudencia⁹³, que la facultad interpretativa ha de ajustarse a lo que se dispone en esa materia en el Código civil. Como una garantía de buena administración se exige el dictamen preceptivo, no vinculante, del Consejo de Estado o Consejo consultivo autonómico⁹⁴.

La aplicación de los preceptos civilistas tiene como «envés del privilegio»⁹⁵ que la «interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad» (art. 1288 Cc). Admitida la prerrogativa, la jurisprudencia se esfuerza por indicar sus límites: «*el privilegio de interpretación unilateral de los contratos administrativos... no se mantiene cuando el administrado no se aquieta o conforma*»⁹⁶, aunque no se extraen todas las consecuencias de ese reconocimiento, ya que ese no aquietamiento solo es posible en recurso contencioso-administrativo cuando ya se ejerció la prerrogativa. Es el elemental reconocimiento de que los actos administrativos son revisables en vía contenciosa.

Lo mantenido anteriormente acerca del abandono de la prerrogativa en materia de modificación del contrato, en lo sustancial, puede aplicarse a la interpretación. La consideración del contrato administrativo desde la perspectiva del procedimiento que concluye en la adjudicación refuerza la no necesidad de la prerrogativa. De un lado, porque cualesquiera licitadores podrían interponer el recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el autonómico homólogo contra los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos que establezcan las condiciones que deben regir la contratación, argumentando la oscuridad en los mismos. El no ejercicio de ese recurso impediría al contratista utilizarlo posteriormente contra la interpretación que haga la Administración durante la ejecución del contrato, que no sería resultado del ejercicio de una prerrogativa, sino del derecho que la Administración tiene como parte en el contrato. De otro, porque si las reglas de la interpretación han de ser las del Código civil no se entiende, a no ser por el apriorismo del privilegio de autotela,

⁹² La STS de 19 de febrero de 1974 (Ar. 939) habla de «supremacía general proyectada en la especial de la relación jurídica negocial», en sintonía con la doctrina dominante.

⁹³ *Ad exemplum*: un amplio resumen en STS de 2 de octubre de 2000 (Ar. 8601); STS de 14 de diciembre de 1995 (Ar. 1996/683); S. de 19 de abril de 1854, Col. Leg. 1854, tomo 61, núm. 25: «Declarada por una Real orden la interpretación de un contrato, debe ésta considerarse firme mientras no sea revocada en la vía contenciosa».

⁹⁴ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, pág. 703.

⁹⁵ Cfr. J. L. VILLAR EZCURRA y J. MARFÁ BADAROUX, en ARINO y Asociados, *Comentario...*, T. II, págs. 794-796.

⁹⁶ STS de 29 de febrero de 1984 (Ar. 1103).

que se extienda al contrato la fuerza ejecutiva del acto administrativo unilateral.

Una consideración adicional en favor de la propuesta es el doble privilegio que supone la situación actual, ya que, según consolidada jurisprudencia, «*la labor interpretativa de los contratos está excluida de la revisión casacional*»⁹⁷, salvo que las interpretaciones «*resulten gravemente erróneas, arbitrarias e irrazonables*»⁹⁸.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Lo que se propone es el abandono de las prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos. En el caso de que los supuestos de modificación están previstos en la documentación nos encontraríamos en el juego normal del contrato. En esa documentación, que expresa la «voluntad» de la Administración como parte en el contrato, se contiene el interés público o general que aquella ha de servir y que le vincula a ella y al contratista. Lo que se ha explicado tradicionalmente como prerrogativa se entiende como el juego de derechos y obligaciones en todo contrato.

La Administración no es titular del interés general, sino su servidora «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». En el caso de la modificación del contrato, con sometimiento a lo que el ordenamiento jurídico dispone sobre la adjudicación de todo contrato administrativo. Al cumplir con el ordenamiento jurídico, la Administración está sirviendo el interés general concretado en el contrato. No siempre la prerrogativa, como han demostrado la historia y la praxis, se ha ejercido en favor del interés público. En no pocas ocasiones es una imposición que encubre las deficiencias de la Administración en la preparación del contrato con la aquiescencia del contratista, agudizada en momentos de crisis económica. El abandono de la prerrogativa que se propone no es el triunfo del interés privado sobre el público, que sigue siendo prevalente, sino el triunfo del Derecho frente a la prepotencia y la corrupción.

La actuación de la Administración en el contrato tiene limitaciones que no existen en el acto administrativo. Proyectar, sin refracción alguna, su fuerza ejecutiva al contrato desnaturaliza innecesariamente la institución contractual. La primacía del procedimiento que concluye con la adjudicación, adoptada por el Derecho comunitario, expresa

⁹⁷ STS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 2000/2295); STS de 1 de octubre de 2012 (Rec. 3975/2009), con cita de otras muchas.

⁹⁸ STS de 19 de diciembre de 2012 (Rec. 81/2010).

con mayor certeza la peculiaridad del contrato administrativo que las prerrogativas o potestades exorbitantes de la Administración en la ejecución del mismo.

Por una de esas paradojas de la historia, se vuelve a lo que fue la preocupación principal del Decreto de 1852, pionero en la regulación de los contratos administrativos. Asegurar la corrección de los pliegos de condiciones y de la adjudicación es fundamental para una buena administración, en la actualidad un derecho fundamental contenido en la Carta Europea. En último término, esa orientación está más de acuerdo con la concepción del Estado social y democrático de Derecho que se corresponde a una integración supranacional como la Unión Europea. Nos encontramos, ciertamente, ante «un nuevo marco de la contratación pública».

