

EL NACIMIENTO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: REFLEXIONES SOBRE UNA EQUIVOCADA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA «DE RECURSOS»*

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

I. NACIMIENTO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA TRADICIÓN ASENTADA DEL DERECHO ESPAÑOL.—
II. CONTRASTE CON LAS TRADICIONES PREDOMINANTES EN EUROPA, CUYA INFLUENCIA HA SIDO DE-
TERMINANTE EN EL POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA DI-
RECTIVA 2007/66.—III. SENTIDO Y ALCANCE DEL MANDATO COMUNITARIO PARA CUYO CUMPLIMIENTO
SE HA DICTADO LA LEY 34/2010.—IV. PERMANENCIA SUSTANTIVA DE LA IDENTIFICACIÓN ENTRE ADJU-
DICACIÓN Y ACTO CONSTITUTIVO DEL CONTRATO EN LA COMPLEJA, CONTRADICTORIA Y, EN GRAN MEDI-
DA, INNECESARIA REGULACIÓN RESULTANTE DE LA LEY 34/2010.—V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El legítimo *resultado* exigible por las Directivas comunitarias *de recursos* en materia de contratación pública no permite imponer a los ordenamientos nacionales cambios jurídicos innecesarios. La Ley 34/2010 no ha sabido entenderlo así al trasladar nominalmente la perfección del contrato público a su formalización, alterando y complicando artificiosamente un sistema de contratación consolidado y adecuado a las específicas exigencias del Estado de Derecho sobre la Administración pública. En realidad, sin embargo, lo decisivo para el nacimiento del contrato bajo la legislación española vigente sigue siendo su adjudicación. Para cumplir el *resultado* pretendido por la Directiva 2007/66/CE bastaba en el Derecho español con obligar a un necesario plazo de espera para la formalización del contrato y la consiguiente posible eficacia de éste.

Palabras clave: contratos públicos; Administración pública; Directivas de la Unión Europea; Derecho de la Unión Europea.

ABSTRACT

The legitimate *result* required by the European Directives on review procedures concerning the award of public contracts, does not allow to impose unnecessary changes to the national legal systems. The Act 34/2010 of the Spanish Parliament has not been able to understand it rightly when it has nominally transferred the public contract's perfection to its formal celebration, altering and complicating, with this contrived change, a consolidated contracting system, tailored to the specific requirements of the rule of law on the Public Administration. However, adjudication actually remains decisive for the birth of the contract under Spain legislation. Compelling to a required waiting period to formalize the contract and therefore to give it its possible efficacy, would have been sufficient to achieve in the Spanish law the *result* intended by the Directive 2007/66/EC.

Key words: public contracts; Public Administration; Directives of the European Union; European Union Law.

* Este trabajo ha sido elaborado en homenaje al profesor Gaspar ARIÑO ORTIZ y se publicará en el *liber amicorum*, preparado con ese fin, de próxima aparición en la editorial La Ley.

I. NACIMIENTO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA TRADICIÓN ASENTADA DEL DERECHO ESPAÑOL

Durante toda la segunda mitad del siglo XX y lo que va del XXI, la legislación española de contratación pública había asentado sólidamente el criterio de que, como aún se leía en el artículo 27.1 de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, *los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso (...), se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella*. Es decir, el contrato público se entendía nacido a la realidad jurídica con este acto administrativo unilateral de la Administración contratante, con el que concluía el procedimiento de contratación mediante la elección de la proposición más ventajosa o más acorde con los criterios predeterminados para esa selección; con ella se terminaba a la vez de concretar los elementos que la propia Administración hubiera dejado aún pendientes de cierre al término de las actuaciones preparatorias del expediente de contratación, tanto, desde luego, en el orden subjetivo —quién habría de ser la contraparte de la Administración, el contratista adjudicatario— como en el orden objetivo —el montante del precio, al menos, pero también otros diversos elementos en la adjudicación por concurso, procedimiento negociado, etc.—. Obviamente, por tanto, tanto los derechos del adjudicatario del contrato, en cuanto tal parte de éste, como los de la Administración contratante en relación con ese mismo contrato, emergían con dicho acto administrativo de adjudicación.

Que esto era así se confirmaba por el tratamiento que se venía dando a la formalización de los mismos contratos. Decía el artículo 140 de la citada Ley 30/2007 y en parte sigue diciendo aún, reiterando expresiones acuñadas, en lo esencial, mucho antes y contenidas en la normativa establecida ya al menos en los años sesenta del pasado siglo, que *los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación definitiva* (la legislación anterior daba un plazo de treinta días, sin embargo¹), *constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público, aunque el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos*.

La naturaleza de simple requisito *ad probationem*², condicionante de la po-

¹ Ley de contratos del Estado (texto articulado de 1965), artículo 39, y Ley 13/1995, de contratos de las Administraciones públicas, artículo 55 (54, en el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000). Sabido es, además, que desde los años ochenta se fue reduciendo la antigua exigencia común de escritura pública hasta quedar limitada a forma obligatoria sólo a petición del contratista, si asume él los gastos.

² En el sentido usualmente dado a esta expresión, que, desde luego, no implica que la forma documental requerida se constituya, en supuestos como éste, en el único medio de prueba del contrato, como advierten Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN (2001), *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (El contrato en general, la relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual), 9.ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 48.

sibilidad de eficacia pero no de la existencia ni de la validez del contrato, se revelaba en el apartado 3 del mismo artículo 140 —igualmente procedente de leyes anteriores—, donde se disponía que *cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo*. Esta expresión era inequívoca: el contrato preexistía a la formalización y, de no procederse a ésta por culpa del contratista, podía ponerse fin por parte de la Administración, que no otra cosa era resolverlo. Sólo cabe resolver un contrato que ya está establecido. También se diría, en similar sentido en párrafo aparte —ahora asimismo modificado—, que *si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora pudiera ocasionar, con independencia de que pueda solicitar la resolución del contrato al amparo de la letra d) del artículo 206*, que no hacía en realidad sino reiterar esta posibilidad.

Y, en fin, que la formalización funcionaba como un requisito de eficacia del contrato ya nacido con la adjudicación, resultaba con evidencia del apartado 4 también del citado artículo 140, donde se decía que *no podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización*, aunque siempre haya habido una cierta excepción de esta regla en los supuestos de procedimiento de urgencia y, por descontado, en los casos de emergencia, como seguía recogiendo en dicho precepto de modo expreso por remisión a los artículos 96 y 97 de la misma Ley.

El sistema español de contratación pública, muy atinadamente a nuestro juicio, reflejaba así claramente lo que constituye una particularidad específica de la contratación pública, indesligable de la peculiar naturaleza y posición jurídica en el Estado de Derecho de la Administración pública³. Los contratos que constituye la Administración con sujetos (privados o públicos) que se encuentran bajo su supremacía —directa o indirecta— antes del contrato y en relación con el objeto de éste, titulares, a la vez, de indudables derechos a ser parte en tales contratos bajo el principio de igualdad (modulado por la capacidad operativa y la calidad de las condiciones prestacionales que ofrezcan), se constituyen realmente, y sólo deben poder constituirse, por la unilateral voluntad de la Administración contratante, quien, en ejercicio de su potestad de distribución de los recursos y medios cuya gestión se le ha encomendado para el mejor servicio de determinados fines públicos, selecciona por el debido procedimiento y conforme a criterios legales, de entre los que lo soliciten con las correspondientes proposiciones, al que pueda objetivamente tenerse por más idóneo y ofrezca los mejores elementos objetivos para completar el objeto y contenido del contrato a que se refieran las bases fijadas por la misma Administración.

³ Vid. nuestro estudio (2009) *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, 23 de octubre, págs. 21-29 y 41 y ss. También, bajo el mismo título, en *Revista General de Derecho Administrativo* (iustel.com), núm. 26 (2011), págs. 15 y ss.; y «El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los Poderes públicos» (segunda parte de aquel discurso), en la misma revista, núm. 27 (2011), págs. 1-46.

Administración y contratista no contribuyen al nacimiento del contrato del mismo modo, con idéntica fuerza jurídica, porque entre ambos, en relación con cada contrato público, media una relación previa que envuelve también a otros legítimamente interesados y que comporta una clara desigualdad de posiciones entre la Administración y los administrados posibles contratistas: entre la Administración y el contratista y los demás sujetos con interés en haber sido elegidos para el contrato no existe la plena independencia y consiguiente igualdad jurídicas que media entre sujetos privados que contratan entre sí (o entre sujetos públicos que contratan asimismo entre sí sobre objetos con respecto a los cuales no se encuentran en relación previa de dependencia). Hay un interés legalmente protegido, e incluso un derecho por parte de los ciudadanos y sus empresas —las personas jurídicas privadas que ellos libremente constituyan—, sobre todo cuando la Administración distribuye en forma contractual para obtener las colaboraciones que necesita; por virtud del principio de igualdad —y de las diversas exigencias del de legalidad—, tienen derecho a ser los adjudicatarios de los contratos públicos si reúnen las mejores condiciones y ofrecen cumplirlos del modo que sea más beneficioso para los fines públicos en juego. Y, por su lado, la Administración, al contratar, ejerce su potestad de distribuir los recursos limitados que la colectividad —de la que los propios contratistas de ordinario forman parte⁴— ha puesto en sus manos para el ejercicio de sus competencias, para lo que está sujeta positivamente al ordenamiento jurídico y a aquel mismo principio de igualdad en el trato de sus administrados. Se trata, a la postre, de algo similar a lo que se produce en otros campos de la actividad administrativa que, por disponerlo así el ordenamiento aplicable (con independencia de que el administrado pueda contribuir o no a determinar algún elemento de su contenido objetivo), no dan lugar a vínculos contractuales, sino a vínculos o relaciones de régimen legal, estatutario o reglamentario, jurídico-administrativo, a los que no se aplica la dinámica específica del contrato: la relación funcio-narial, la relación concesional no contractual, etc., incluidos los casos de las diversas modalidades de relaciones a que dan lugar las ayudas públicas, autorizaciones en régimen de competencia, etc.⁵.

⁴ Sin perjuicio de que, en aplicación de la reciprocidad o de criterios jurídicos de homologación de los derechos ciudadanos en el seno de las colectividades políticas estatales o de organizaciones supranacionales como la Unión Europea, los derechos propios de los ciudadanos puedan ejercerse ante toda Administración del mismo Estado o —por extensión— de toda una organización supranacional —la Unión Europea— y pueda compartirse —por la mencionada reciprocidad que se reconoce en instrumentos internacionales— con los ciudadanos (y sus empresas) de otros Estados, que se encontrarán al respecto en situación análoga a la de los ciudadanos del Estado de que se trate por ministerio de la ley. Vid. lo que dispone ahora el artículo 44 de la Ley 30/2007 sobre la aptitud para contratar con las Administraciones públicas españolas por parte de las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea.

⁵ Vid. nuestros estudios (1998) sobre «Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y consecuencias», en Juan Carlos CASSAGNE (Dir.), *Derecho Administrativo (Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 947-969; (2006) «La adjudicación», en Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO YSERN (Dir.), *La contratación pública*, 2, Hammurabi, Buenos Aires, págs. 681-721; (2008) «Naturaleza jurídica del contrato público», en AA.VV., *La contratación*

II. CONTRASTE CON LAS TRADICIONES PREDOMINANTES EN EUROPA, CUYA INFLUENCIA HA SIDO DETERMINANTE EN EL POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA DIRECTIVA 2007/66

El sistema español no había considerado necesario introducir ninguna de las modalidades de doble nivel que otros ordenamientos tienen establecidas por diversas razones, principalmente históricas, en materia de contratación pública, separando netamente lo relativo a la selección del contratista o la adjudicación en su favor del contrato, y la ulterior constitución propiamente dicha del contrato con apariencia de total igualdad entre las partes en el momento de contraerlo o concluirlo, normalmente mediante la firma del documento en el que se formalice. Ese doble nivel ha generado no pocas complicaciones, especialmente en la protección debida de los derechos e intereses legítimos de los licitadores que no fuesen finalmente elegidos o de los interesados eventualmente excluidos incorrectamente de la licitación, a los que se ha venido negando el derecho a impugnar el contrato ya «celebrado» o formalizado, imponiéndoles la carga de recurrir primero contra el acto de adjudicación para, si éste fuese anulado, poder intentar, en su caso —con no pocas restricciones—, que llegue a ejercitarse la acción oportuna contra el contrato o, de no ser ya posible ésta, reclamar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que su indebida celebración hubiera acarreado al que debió ser el beneficiario, el contratista de tal contrato⁶.

administrativa en España e Iberoamérica, Junta de Castilla y León, Cameron May, London, págs. 481-522; (2010) «La causa jurídico-pública de los contratos públicos», en AA.VV., *Modernizando el Estado para un país mejor* (IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo), Palestra, Lima, págs. 675-705, y el ya citado *supra* (2009: 41-51). También, Víctor BACA ONE-TO (2006a), *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Madrid, *passim*. Años antes, con notable acierto y hondura, José Ignacio MONEDERO GIL (1977), *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, especialmente págs. 160 y ss. (sobre la «potestad administrativa contractual»), 172 y ss. (sobre «el derecho del administrado a participar en las tareas de la Administración», etc.), 244 (sobre «la contracción de la obligación»), 251 y ss. («el contrato del Estado como acto de la Administración»), 254 y ss. («análisis del acto administrativo contractual»), 258 y ss. («notas que caracterizan el acto contractual») y 348 y ss. («nacimiento del contrato: el acto de aprobación»). José Luis MEILÁN GIL (2008) se ha pronunciado expresamente con cierta amplitud sobre nuestra posición, compartiendo algunos de sus planteamientos pero discrepando de la tesis central sobre el carácter constitutivo unilateral del acto de adjudicación que da nacimiento al contrato (y sus consecuencias en punto a su invalidez), aun reconociendo que «el proceso de formación del contrato —*contractus in fieri*— está constituido por actos administrativos unilaterales» [*La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, págs. 139 y ss. principalmente; el entrecuadrado en pág. 142; en pág. 143, nota 435, sale certeramente al paso de la crítica efectuada a nuestra tesis precisamente por Gaspar ARIÑO (2007), a quien, con tanto afecto y gratitud, va dedicado este trabajo; vid. su estudio «El enigma del contrato administrativo», núm. 172 de esta REVISTA, pág. 88].

⁶ Vid., para el Derecho francés, la clara exposición de Bernard F. MACERA (2001), *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona, págs. 69 y ss. Hemos dado cuenta de la trascendencia del giro ulterior marcado al respecto por el *arrêt Tropic*, de 16 de julio de 2007, del Consejo de Estado francés, en cuya línea se ha insertado después la transposición que Francia ha hecho de la Directiva 2007/66 mediante la *Ordonnance n.º 2009-515*, de 7 de mayo de 2009, sobre los procedimientos de recurso

Por supuesto, la perfección del contrato mediante la adjudicación nunca ha tenido, además, en Derecho español el efecto completamente distinto que esa misma regla —entendida, sin embargo, como cierre del mutuo consentimiento— ha tenido en sistemas jurídicos como los de impronta germánica o anglosajona, en los que, al entenderse que la contratación y los contratos del poder público con particulares se rigen por el Derecho privado, se ha rechazado que los terceros que se hubieran interesado por tales contratos —por la adjudicación en su favor— tuvieran derecho alguno a cuestionar la validez y eficacia del contrato ya adjudicado y, por lo mismo, celebrado. No habría en puridad doble nivel en tales sistemas, aunque la introducción progresiva en ellos de reglas jurídicas más o menos rigurosas sobre el procedimiento de contratación o de adjudicación ha podido ir configurando algo análogo —cierta separación entre la relevancia jurídica de la actuación administrativa selectiva conducente a la adjudicación y la relevancia jurídica del contrato resultante— en la medida en que, en cualquier caso, no se ha admitido que su infracción pueda afectar, al menos directamente, a la validez del contrato una vez adjudicado y, por ello mismo, celebrado, con respecto a quienes no sean sus partes⁷.

Esos ordenamientos con doble nivel o con tradición contractual «pública» jurídico-privada son predominantes en Europa, aunque, en buena medida por el impacto del Derecho comunitario, hayan comenzado a corregir sus deficiencias⁸. Pero han sido principalmente juristas formados en la tradición del doble nivel o de la separación entre adjudicación y contrato, y enjuiciando ordenamientos anclados en una concepción jurídico-privada o de Derecho común de los contratos públicos —que es lo que ocurrió inicialmente en el caso de la sentencia *Alcatel Austria y otros*, de 28 de octubre de 1999—, quienes han generado unos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión, que encontramos después en la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Euro-

aplicables a los contratos públicos (*JORF* núm. 0107, de 8 de mayo), en nuestra ponencia en Perú (2010) sobre «La causa jurídico-pública de los contratos públicos», cit., págs. 689-690.

⁷ La sentencia comunitaria *Alcatel Austria y otros*, a la que enseguida aludiremos, se refiere expresamente a cómo «la decisión del órgano de contratación en cuanto a la persona a la que adjudica el contrato público es una decisión adoptada en el seno del sistema interno de organización que, con arreglo al Derecho austriaco, no trasciende a terceros» (n. 46), y que «en efecto, se desprende de las explicaciones dadas por el órgano jurisdiccional remitente que el Estado [austriaco], como órgano de contratación, utiliza normas, modalidades y recursos del Derecho civil en el procedimiento de adjudicación, de modo que la adjudicación de un contrato público se efectúa mediante la celebración de un contrato entre dicho órgano y el licitador» (n. 47) Con lo que «puesto que la declaración de adjudicación del contrato público y su celebración son, en la práctica, concomitantes, falta en dicho sistema un acto de Derecho administrativo del que los interesados puedan tener conocimiento y que pueda ser objeto de recurso de anulación» (n. 48). Nada menos.

⁸ Vid., sobre el Derecho alemán, José M.^a BAÑO LEÓN (2004), «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, págs. 333 y ss., y Alejandro HUERGO LORA (2000), «La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones sobre el Derecho español», en Francisco SOSA WAGNER (Dir.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo)*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1841-1878, y referencias más generales, en J. L. MEILÁN GIL (2008: 93-102).

peo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se ha modificado —en lo que aquí importa— la Directiva 89/665/CEE, con vistas a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (*DOUE* L 335, de 20.12.2007, págs. 31 y ss.)⁹.

En el fallo de la citada sentencia *Alcatel* vino a decirse que «los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, (...) un (...) recurso que permita al demandante obtener (...) la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato». Algo que tenía su sentido en un sistema jurídico en el que, como ocurría, por las distintas razones indicadas, tanto en Austria —país del conflicto— como en los países de tradición francesa —propia de varios jueces y del abogado general en el proceso, Jean Mischo—, eran actos distintos el de la selección del contratista y el de la «celebración» formal del contrato, y éste comportaba, en efecto, el cierre ya de toda posibilidad de que otros interesados impugnasen el acto de selección del contratista.

Siguiendo la estela de este pronunciamiento, la Directiva 2007/66 haría decir, con su reforma, a la Directiva de «recursos» 89/665 que si los Estados disponen en materia contractual pública sujeta a la Directiva 2004/18 un recurso «ante el poder adjudicador», «velarán por que la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de *celebrar* el contrato» (también cuando se dirija ya contra su adjudicación) (art. 1.5), y que «cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de *adjudicación* de un contrato (el art. 2 *quinquies* determina algunos supuestos en que esto es preceptivo), los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda *celebrar* el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso» (art. 2.3); o que «la *celebración* del contrato consecutiva a la decisión de *adjudicación* no podrá tener lugar antes de que expire el plazo de al menos diez días (...)» (art. 2 *bis.2*). Todo lo cual guarda una evidente estrecha relación con la previsión, expresa en el artículo 2.7 —ya establecida antes de esta reforma—, de que «excepto en caso de que una decisión deba ser anulada antes de conceder una indemnización por daños y perjuicios, los Estados miembros podrán establecer que, *una vez celebrado* el contrato de conformidad con el artículo 1.5, el apartado 3 del presente artículo, o los artículos 2 *bis* a 2 *septies* (es decir, las reglas de Directiva sobre la suspensión de la adjudicación), las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción», sin anularse, por tanto, el contrato.

La misma doctrina judicial fue invocada y aplicada, además, menos de tres meses después de haber entrado en vigor la Directiva 2007/66, para revestir,

⁹ La Comisión de las Comunidades Europeas, en su *Commission Staff Working Document* [COM (2006) 195, y SEC (2006) 557, Bruselas, 4.5.2006], anejo a la Propuesta origen de la Directiva, se refirió a la dicha relación entre *Alcatel* y esta Directiva y a la posición de España fuera del consenso general de los demás Estados en las consultas efectuadas (págs. 7 y 24).

sin real necesidad, la condena de que se hizo objeto a la legislación española de 2007 en la sentencia *Comisión/España*, de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, por incumplimiento de lo que, a juicio del Tribunal, exigía ya la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989 (antes de su reforma por la 2007/66), pasando así a reafirmar aparentemente esa misma línea jurisprudencial, con la importancia particular para España de ser el Estado directamente implicado en el caso.

III. SENTIDO Y ALCANCE DEL MANDATO COMUNITARIO PARA CUYO CUMPLIMIENTO SE HA DICTADO LA LEY 34/2010

Es verdad que la Directiva 89/665/CEE (conocida como Directiva de «recursos») obligaba desde su primera redacción a los Estados miembros de la Comunidad Europea, en su artículo 1.1, a tomar «las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras» (de los contratos públicos sometidos a Directivas de coordinación de sus procedimientos de adjudicación) pudieran «ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible». El artículo 2.1 disponía que los Estados miembros habrían de velar para que las medidas adoptadas a tal efecto previesen los poderes necesarios para «adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores». El apartado 6 del mismo artículo 2 decía, no obstante, pero bien significativamente —y lo sigue diciendo en parte ahora, tras la Directiva 2007/66, el apartado 7—, que «los efectos del ejercicio de los poderes contemplados en el apartado 1 —que, además de los provisionales o cautelares indicados, incluían los de “anular o hacer anular las decisiones ilegales”—, en el contrato consecutivo a la adjudicación», habrían de determinarse «con arreglo al Derecho nacional», tras lo que se añadía lo que ya hemos dicho antes: que los Estados podrían «establecer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción», sin afectar, por tanto, a la validez y ejecución del contrato.

Esta última posibilidad resultaba y resulta chocante para el Derecho español y se compadece con harta dificultad con los postulados del Estado de Derecho, por muy evidente que sea que la ejecución de un contrato dificulta notablemente la eficacia efectiva de su tardía anulación: el contrato anulado —dice el artículo 35 de nuestra Ley 30/2007— «entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y *si esto no fuese posible* —lo que será muy frecuente— *se devolverá su valor*», sin perjuicio del deber de «la parte que resulte culpa-

ble» de «indemnizar», además, «a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido». La doctrina del enriquecimiento injusto, basada en la justicia conmutativa, garantizará en suma una compensación a la prestación ejecutada aunque se anule su base contractual. Todo ello habla de la irreversibilidad práctica que implicará de hecho las más de las veces la ejecución contractual, aunque sea parcial —siempre que tenga alguna entidad—, impidiendo fácticamente la total supresión de efectos que podría requerir la anulación del contrato correspondiente, máxime cuando, como ocurre en la anulación en España de los contratos públicos, ésta siempre es *a radice* o con efectos *ex tunc* por efecto de la anulación del acto de adjudicación. Pero, a pesar de todo esto, es lo cierto que, en el Derecho español, nunca se ha excluido la anulación de los contratos públicos —mediante la anulación de su adjudicación—, cualquiera que fuera el estado de su ejecución.

Ha sido, sin embargo, precisamente esa posibilidad contemplada en la Directiva para tener en cuenta la tradición jurídica predominante en Europa, de que las legislaciones de los Estados pudieran preservar de anulación a los contratos de la Administración, una vez celebrados, particularmente a instancias de sujetos ajenos a las partes, lo que ha embrollado el asunto.

Como se refleja en la sentencia *Alcatel*, ha habido Estados (Alemania, Austria, Reino Unido) que para blindar al contrato frente a su posible anulación, aprovechando lo dispuesto en el citado artículo 2.6 de la Directiva 89/665, se han opuesto a una diferenciación, o a un plazo obligado de separación, entre adjudicación y celebración o constitución del contrato, basándose en sus propias tradiciones jurídicas, más o menos alejadas del reconocimiento de la especificidad jurídico-pública de los contratos de las Administraciones públicas, y contrarias, en principio, a la posibilidad de impugnación del contrato ya celebrado por parte de terceros. Frente a ello, el Tribunal de Justicia dijo, con toda razón, en esa sentencia que no cabía «justificar una interpretación de la Directiva 89/665 según la cual las decisiones de adjudicación de contratos públicos eludirían sistemáticamente las medidas provisionales y cautelares exigidas por ella» (n. 40). Pero, arrastrado por los planteamientos de esos Estados —aceptando su rechazable criterio sobre la inimpugnabilidad por terceros del contrato celebrado—, el Tribunal dijo entonces aquello de que la Directiva debería interpretarse «en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos (...), un (...) recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración del contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento *celebrará* el contrato» (n. 43).

Lo que se quería era simplemente impedir una interpretación que vaciara en gran parte de contenido efectivo a la Directiva —contra el principio del efecto útil—, como ocurriría si las legislaciones estatales no estuviesen obligadas a garantizar que pueda impedirse una irreversible ejecución de un contrato cuya adjudicación sea dudosamente legal durante un mínimo tiempo razonablemente necesario para que se produzca el pertinente control. El Tribunal, para obtener lo que pretendía, podría o debería haberse referido a

la necesidad de asegurar que pueda obtenerse «la anulación de la decisión del órgano de contratación de adjudicación o de celebración del contrato antes de que éste sea ejecutado», pero se expresó simplemente en unos términos que eran apropiados en aquel caso para el ordenamiento austriaco y para las partes que intervinieron en aquel proceso.

El abogado general Jean Mischo favoreció en su escrito de Conclusiones la interpretación de que la Directiva requería separar adjudicación y celebración, entendiendo que su referencia al contrato *consecutivo a la adjudicación* obligaría a tal interpretación (n. 36 de su escrito). Mischo, luxemburgués, se había formado básicamente en Montpellier y París y no es extraño que interpretara las cosas en el marco conceptual tradicional francés. Pero en su escrito se ve claramente que lo que realmente se busca es, lógicamente, que pueda pretenderse la anulación de la adjudicación y no sólo la mera indemnización de daños y perjuicios. Lo que pasa es que a él no se le ocurre que eso pueda ser posible sin obligar a distanciar la adjudicación y la constitución del contrato (nn. 38 y 39), lo que, por lo demás, probablemente era apropiado para un sistema jurídico como el del caso, habida cuenta además de los argumentos esgrimidos por las representaciones de los gobiernos de Austria, Alemania y Reino Unido. Es interesante, para acabar de comprender la «lógica» de este planteamiento, el hincapié que hace Mischo —siempre a la vista de lo suscitado por esos Estados y con su cabeza jurídica formada en la tradición francesa— en «la necesidad de garantizar la seguridad jurídica protegiendo el contrato» ya celebrado (n. 41), de conformidad «con la idea de que la Directiva no menoscaba el ordenamiento jurídico de Derecho privado de los Estados miembros» (n. 44). Es obvio que tiene en mente algo que no tendría del mismo modo en su cabeza un jurista español conocedor de nuestro Derecho público de la contratación de las Administraciones públicas, donde la indudable importancia de la seguridad del contrato no deja de someterse rigurosamente a las exigencias que proyecta el Estado de Derecho sobre la adjudicación del contrato público. Pero lo que sustancialmente se trataba de salvaguardar no dejaba de expresarlo claramente en el mismo escrito: impedir que se admita «que una legislación nacional pued[a] fijar el momento de la celebración del contrato a partir de la cual la protección jurídica de los licitadores no seleccionados est[é] limitada, situándolo en un momento tal que la decisión de adjudicación también se verá afectada por esta limitación» (n. 42). Es claro, entonces, que si, para una legislación nacional, la reconocida existencia del contrato en modo alguno impide la impugnación de la adjudicación, no habría problema.

Sobre ese fondo vino la sentencia de 3 de abril de 2008 *Comisión/España*.

Literalmente, el primero de los pronunciamientos de su fallo declara que «el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE (...) al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración».

A pesar del tenor literal de estas últimas palabras y de la invocación expresa de la doctrina sentada en el asunto *Alcatel*, que se hace en el n. 37 de la

motivación de la sentencia, abundando en los siguientes en la necesidad de distanciar la adjudicación y la «celebración» de los contratos, lo que el Tribunal acaba diciendo en el n. 44 de esta motivación evidencia la auténtica razón de la condena a España: «que, en determinados supuestos, no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación *antes de la ejecución* misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible». Si cada vez que la sentencia dice «celebración» del contrato dijera «formalización», el resultado de lo que dice —y el, con razón, buscado efecto útil de la Directiva— sería exactamente el mismo: exigir que la legislación española establezca un plazo mínimo hasta la formalización, desde la notificación de la adjudicación a todos los licitadores o interesados directos, de manera que éstos puedan no sólo impugnarla, como siempre pudieron, sino lograr que su impugnación pueda ser resuelta antes de que el contrato se ejecute, lo que en Derecho español no era legalmente posible sin su previa formalización.

La insistencia en la separación entre adjudicación y celebración tiene el origen ya expuesto y, aplicada al Derecho español, comporta una inaceptable incomprensión de la realidad de éste, al que se quiere imponer gratuitamente unas exigencias innecesarias, abiertamente en contra del principio comunitario de proporcionalidad. Y el Estado español, al amparo del ordenamiento comunitario en su conjunto, con toda legitimidad, podía y debía haber sabido interpretar lo decidido en la citada sentencia de 2008, para satisfacer el indudable efecto útil de la Directiva, sin ceder a las injustificadas exigencias técnico-jurídicas con las que la sentencia aparentemente lo confundía. Estamos seguros de que con *introducir simplemente el aludido razonable plazo mínimo obligatorio tras la adjudicación* —debidamente notificada, como ya exigía la ley española— *antes de la formalización, sin alterar nada más, hubiera bastado* para cumplir lo que pidió esa sentencia, sin perjuicio obviamente de acompañarlo de las demás medidas normativas que permitiesen garantizar razonablemente el necesario efecto suspensivo del recurso que se interpusiera en ese plazo y todo lo pertinente para asegurar lo mejor posible los reales objetivos de la Directiva.

Cuando se dictó la STJ *Comisión/España* de 2008 acababa de adoptarse, en efecto, apenas cuatro meses antes, la Directiva 2007/66, que había incorporado expresamente a la Directiva 89/665 todo ese lenguaje asumido por el Tribunal de Justicia. No es menos evidente, sin embargo, su intención, que es la misma que venimos destacando.

Interpretada literalmente, en la medida en que al obligar a esa separación y distanciamiento entre adjudicación y «celebración» del contrato impediría otras alternativas de regulación nacional igualmente útiles para el resultado pretendido, la Directiva estaría excediendo los límites que marca el Tratado a todas las Directivas, al obligarlas a dejar a *las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios* —como dice el artículo 288 del TFUE y decía el 249 del TCE— para conseguir el resultado a que puedan obligar en

virtud de las competencias conferidas en el mismo Tratado —ahora— a la Unión Europea, y cabalmente para cumplir así adecuadamente con el ya mencionado principio de proporcionalidad, en cuya virtud —como dice actualmente el artículo 5.4 del TUE, y ya decía casi igualmente, antes de la entrada en vigor de la reforma de Lisboa, el 5 del TCE— *el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados*.

Pero cabe aún interpretar lo dispuesto en esta Directiva de modo que no contraríe al Tratado ni pierda, por tanto, su validez —que el Estado español siempre podría cuestionar por la vía ofrecida en el artículo 277 del TFUE (antes 241 del TCE)—, entendiendo que la obligación de separación entre adjudicación y celebración, a los efectos de arbitrar los mecanismos reaccionales que permitan una protección efectiva de los interesados directos en sus derechos e intereses legítimos, antes de que, con la ejecución del contrato, se produzcan efectos irreversibles o difícilmente reversibles, se cumple, en un sistema como el tradicional español, simplemente aplicando esas exigencias —con los consiguientes plazos— a la separación que siempre ha existido entre adjudicación y formalización, *sin necesidad de que la primera pierda su real carácter constitutivo ni ésta lo adquiera en su lugar*.

Es verdad que al explicar las razones por las que se ha dictado esta Directiva, el tercero de los considerandos de su motivación se refiere a «una serie de puntos débiles en los mecanismos de recurso existentes en los Estados miembros» que se habrían ido evidenciando durante los años de aplicación, en lo que aquí interesa, de la Directiva 89/655/CEE.

Tales «puntos débiles» serían —según el mismo considerando— «la razón por la que los mecanismos establecidos» en la citada Directiva de 1989 «no siempre permiten velar por el cumplimiento de la legislación comunitaria, en particular —nótese bien, advertimos y destacamos nosotros— en *una etapa en la que aún podrían corregirse las infracciones*».

He ahí, pues, tal y como venimos explicando, la razón de la nueva regulación: que los mecanismos reactivos contra posibles incumplimientos de las normas de la Directiva sustantiva sobre estos contratos públicos puedan ser eficaces *cuando aún pueden corregirse las infracciones*. Una corrección que, obviamente, podrá significar destacadamente que el contrato se adjudique a alguien distinto del propuesto en su caso como adjudicatario o de quien haya ya visto reconocida esta condición mediante la correspondiente decisión administrativa, antes de que el contrato *se ejecute* en medida sustancial convirtiéndose en realidad en algo irreversible. Aunque, sin duda, esa posibilidad de corrección de las infracciones que se hubieran cometido en el procedimiento de adjudicación —que es de lo que se ocupa la Directiva sustantiva de contratos públicos— podría querer implicar también, para los ordenamientos jurídicos nacionales que sustraen el contrato ya celebrado a su posible impugnación por los que licitaron a su adjudicación, mecanismos que impidan que el contrato se considere ya celebrado, en la medida en que ello efectivamente impida o dificulte seriamente que las infracciones en la adjudicación puedan ser ya corregidas. Pero ya hemos dicho que nunca la ce-

lebración o perfección del contrato ha comportado por sí misma en España impedimento o dificultad alguna para la impugnación de la adjudicación —con la que justamente se perfeccionaba el contrato— y la consiguiente corrección de su ilegalidad, con lo que ninguna falta hacía entender que la legislación española tenía que distanciar adjudicación y celebración, en sentido estricto.

El considerando 4.º de la motivación avanza en la concreción del razonamiento y dice que «entre los puntos débiles detectados destaca, en particular, la ausencia de plazo que permita entablar un recurso eficaz entre la decisión de adjudicación de un contrato y la celebración de éste. Esto conduce en ocasiones —añade— a una firma muy acelerada del contrato por parte de los poderes adjudicadores y las entidades contratantes, que desean con ello hacer irreversibles las consecuencias de la decisión de la adjudicación controvertida».

Con estas afirmaciones la Directiva desvela aún más netamente el núcleo de la motivación de la reforma en lo que aquí importa. Se confirma lo que la Directiva quiere: que para poderse corregir a tiempo las posibles infracciones en que pueda incurrirse en la adjudicación de los contratos públicos haya un espacio de tiempo, un plazo suficiente entre la adjudicación del contrato y su celebración, pero precisamente para que no pueda procederse a una «firma acelerada» del mismo contrato que haga «irreversibles las consecuencias» de la adjudicación, «independientemente de que dicha celebración se produzca o no en el momento de la firma del contrato», como termina diciendo el considerando 4.º. Lo que le importa, obviamente, es evitar lo que pueda comportar irreversibilidad. Cabe entender, pues, que *lo sustantivo es que haya efectivamente un plazo mínimo de tiempo antes de que con esa firma o algo de valor equivalente se pueda proceder ya a la inmediata ejecución* de las prestaciones del contrato, haciendo más o menos irreversibles sus efectos.

Para las legislaciones que siguen cerrando el paso a la anulación del contrato a instancias de sujetos ajenos a las partes, una vez que se considere celebrado, habrá que aplicar en sentido estricto la exigencia de que tal plazo tras la adjudicación sea efectivamente previo a la celebración, pero ninguna necesidad habrá de ello en legislaciones como la española, en la que bastaba con exigir tal plazo para su formalización, sin alterar el modo y carácter que venía teniendo en ella.

La formalización y consiguiente «firma» del contrato nada añadía ni restaba por sí misma, en efecto, en el Derecho español, en cuanto a la reversibilidad de las consecuencias de la adjudicación del contrato, por la doble elemental razón de que la adjudicación ya era la celebración del contrato y —lo más importante— que la existencia del contrato estaba plenamente abierta a su impugnabilidad por cualquiera de los interesados directos en su adjudicación, sin restricción alguna. Es cierto, sin embargo, que al abrir la puerta a la ejecución, ésta sí que podía hacer irreversibles de hecho las consecuencias del contrato, limitando, como se ha dicho, las posibilidades efectivas de rectificar una ilegal contratación. En la medida en que la formalización —la «firma»— era imprescindible para esa ejecución, tiene sen-

tido que se imponga un plazo mínimo entre la adjudicación y la formalización, y no sólo el plazo máximo que era tradicional en la legislación española. Pero bastaría con eso para cumplir la Directiva, de modo que en ese plazo pudieran interponerse con las debidas garantías y eficacia cautelar los recursos procedentes. La distancia, pues, entre adjudicación y celebración de que habla la Directiva *podía y debía ser entendida al transponerse al Derecho español como distancia entre adjudicación y formalización* ya que, en realidad, siempre los efectos del contrato adjudicado —plenamente contrato ya— se entendían tradicionalmente suspendidos por la ley en cuanto a la posibilidad de su ejecución como tales hasta que el contrato quedase formalizado —y, por lo tanto, debidamente firmado—, recubierto por tanto de esa formalidad, *celebrativa* —podría decirse incluso—, aunque en modo alguno propiamente constitutiva.

Obviamente, si la adjudicación —y con ella el contrato— se anula, dependiendo de cuál sea la razón de esa anulación, podrá o no aprovecharse el procedimiento seguido para adjudicar el correspondiente contrato al licitador mejor situado —en las debidas condiciones legales— tras aquel al que no se hubiera adjudicado legalmente. Pero para que así ocurra lo único importante es —repetimos una vez más— que el contrato no haya sido ejecutado en medida relevante, y lo que habría que impedir es justamente eso y nada más. Vistas las cosas con el certero planteamiento tradicional de la legislación española, muy coherentemente enraizado en la neta singularidad del régimen jurídico de las Administraciones públicas, también cuando deciden comprometerse en contratos, lo que le faltaba al Derecho español para ajustarse en concreto a las comprensibles exigencias de la Directiva comunitaria era simplemente establecer una regla obligatoria de aplazamiento de los efectos del contrato ya adjudicado, de modo que no pudiese formalizarse hasta pasado el plazo que ahora dispone la Directiva para lo que llama la «celebración», y en tal tiempo los interesados pudiesen interponer eficazmente —con los efectos cautelares que había que aclarar, afinar y reforzar, aun de la manera templada y prudente que la propia Directiva señala— el recurso procedente.

Es evidente que la Comunidad Europea —hoy la Unión Europea— carece de competencia alguna para imponer una determinada técnica jurídica a los Estados miembros cuando con distintas regulaciones técnicas se puede obtener la misma eficacia en los resultados que el Derecho comunitario requiera. Lo único que justifica jurídicamente unas exigencias como las que, en su conjunto, se contenían en la Directiva 89/665 o han sido después introducidas por la 2007/66 es, como se recuerda al final del primero de los considerandos de esta última, «garantizar la aplicación efectiva» de la Directiva sustantiva 2004/18/CE sobre contratos públicos (y la de la también sustantiva Directiva 2004/17, que no hace ahora al caso). Las Directivas, que, según el Tratado, han de ser las normas de resultado con que se definen en el ya citado artículo 288 del hoy TFUE (249 del TCE consolidado con el Tratado de Ámsterdam de 1997), deben interpretarse de modo que sea posible salvar lo mejor posible su legitimidad y consiguiente validez, haciéndose innecesaria su anulación por exceso de poder, incompetencia o, en suma, contradicción

con los límites que les marca el Tratado. El considerando 34 de la Directiva expresa su persuasión de que, «de conformidad con el principio de proporcionalidad» del artículo 5.º del TCE, «no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, respetando, en particular, el principio de la autonomía procesal de los Estados miembros». Pero esto, naturalmente, requiere verificación y efectividad y, por lo mismo, la necesaria interpretación que sea posible para que todo eso pueda tenerse por tal.

Un dato significativo ha venido a producirse además en 2009, antes de que concluyese el plazo para la transposición de la Directiva 2007/66, que abona la tesis que aquí se sostiene y respalda nuestra interpretación. El *DOUE* L 216, de 20 de agosto de 2009, publicó una nueva Directiva de contratos públicos, pero, por primera vez, específica para los ámbitos de la defensa y la seguridad. Las razones de esta regulación especial, por más que se haya considerado necesario dar a su contenido nada menos que un total de 75 artículos y varios anexos, no parece que pudieran tener nada que ver con si los contratos puedan o deban «celebrarse» de una u otra manera, y ni siquiera con la problemática que justificó principalmente la Directiva general 2007/66. Como puede intuirse, lo único que ha justificado la nueva Directiva ha sido la necesidad de adaptar la normativa comunitaria en materia de adjudicación de contratos de obras, suministros y servicios de las entidades públicas y sus entes instrumentales a «los imperativos de seguridad de los Estados miembros» (considerando 4.º) vinculados a la nueva Política Europea de Seguridad y Defensa, para la que se considera «imprescindible la formación progresiva de un mercado europeo de equipos de defensa» (considerado 2.º), que logre «fomentar, desarrollar y mantener una base industrial y tecnológica de la defensa europea», «competente y competitiva» (considerando 3.º). El Parlamento Europeo ya lo había pedido en 2005, en un *Libro Verde sobre los contratos públicos de defensa*.

Esta Directiva, a diferencia de lo que ocurre con la sustantiva general 2004/18, cuyos mecanismos adjetivos de garantía están contenidos en la 89/665, modificada por la 2007/66, aún en su contenido la regulación sustantiva y la adjetiva o de mecanismos garantizadores, dedicando su Título IV al establecimiento de una serie de «normas que deberán aplicarse a los recursos». La regulación contenida en este Título es muy similar a la introducida por la Directiva 2007/66, en particular en cuanto al plazo suspensivo de la «celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación» (art. 57.2), a los consabidos efectos de garantizar la posibilidad del recurso que asimismo se contempla en esa regulación. Se emplea, pues, la misma terminología. Pero, por eso mismo, son más relevantes los términos de la justificación que de ello se hace explícitamente en el considerando 72 de la motivación, donde destaca que «en particular, debe preverse la posibilidad de impugnar el procedimiento de adjudicación *antes de la firma del contrato*, así como las garantías necesarias para que dicha revisión sea eficaz, tales como el plazo suspensivo (...)». Es decir, aunque el texto de la Directiva vuelva a hablar de «celebración», lo que interesa realmente es, como hemos mostrado con reiteración, la firma que abra el camino a la ejecución, sea cual sea su natura-

leza, constitutiva o simplemente «celebrativa» *ad probationem*, como siempre lo ha sido en Derecho español.

Volviendo a la Directiva 2007/66, cabe añadir a mayor abundamiento que no está exenta, además, de aparentes ambigüedades o contradicciones que refuerzan la necesidad de una interpretación lo más conforme posible al ordenamiento comunitario primario. Así, el artículo 2 *quinquies*, intercalado en la Directiva 89/665, determina en su apartado 1 como uno de los motivos del recurso ante «un órgano independiente del poder adjudicador» que allí se regula, con objeto de que se «declare la ineficacia *del contrato*, o que la ineficacia dimane de una decisión de dicho órgano» —que podrá ser anulatoria, tal y como se dice en el apartado 2—, que «el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el *DOUE*» [letra a)]. Con lo que tenemos que la impugnación podría dirigirse contra la adjudicación, para anular o, al menos, declarar ineficaz *el contrato*, lo que da a entender que éste, obviamente, ya existe con ella.

IV. PERMANENCIA SUSTANTIVA DE LA IDENTIFICACIÓN ENTRE ADJUDICACIÓN Y ACTO CONSTITUTIVO DEL CONTRATO EN LA COMPLEJA, CONTRADICTORIA Y, EN GRAN MEDIDA, INNECESARIA REGULACIÓN RESULTANTE DE LA LEY 34/2010

Aprobada con gran precipitación inicialmente como Ley de Comisión¹⁰ y tras un rápido paso por el Senado¹¹ y el Pleno del Congreso¹², la Ley 34/2010, de 5 de agosto, ha sido la encargada de «transponer», aun con retraso¹³, lo requerido por la Directiva 2007/66 y cumplir la sentencia de 2008 contra España.

La nueva Ley ha modificado el artículo 27 de la Ley 30/2007, que ahora dice que *los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización*.

El artículo 140 de la Ley 30/2007, específicamente relativo a la formalización, ha sufrido a la vez retoques significativos e importa destacar el cambio de redacción de su apartado 3, que ha pasado a ser el 4, sobre el régimen de la falta de formalización del contrato en plazo. Frente a la regla tradicional, se dirá ahora que *cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá —simplemente— acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso, hubiese exigido, sin hablar ya, por tanto, de la resolución del contrato, puesto que formalmente —nominalmente al menos— todavía no existirá*. Para el caso de que *las causas de la no formalización fueran imputables a la Administración*, se ha suprimido

¹⁰ El Proyecto de Ley se publicó en el *BOCG-CD*, A, 79-1, de 21.05.2010, y fue aprobado con competencia legislativa plena por la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, por unanimidad, el 22.06.2010 (*BOCG-CD*, A, 79-7, de 5.07.2010).

¹¹ Lo aprobó el 20.07.2010 con cuatro enmiendas [*BOCG-S*, II, 70(e), de 23.07.2010].

¹² Dio su aprobación el 21.07.2010 (*BOCG-CD*, A, 79-9, de 28.07.2010).

¹³ El límite temporal para la transposición era el 20 de diciembre de 2009 (Directiva 2007/66/CE, art. 3).

también lo que decía el texto de la Ley 30/2007 sobre la posibilidad del contratista de *solicitar la resolución del contrato al amparo de la letra d) del artículo 206*, suprimida también, por cierto, por la nueva Ley, que, en efecto, ha eliminado *la no formalización del contrato en plazo* de entre las causas de extinción anormal o resolución de los contratos administrativos.

A la vista de estos cambios, el giro parece haber sido evidente y rotundo. Se refiere a él además la exposición de motivos y fue destacado también por la portavoz del Grupo Socialista en el resumen que hizo de las principales innovaciones de la reforma en su intervención ante el Pleno del Congreso el 21 de julio de 2010¹⁴.

La realidad del régimen jurídico resultante, sin embargo, del conjunto de la legislación aplicable tras esta reforma dista notablemente del aparatoso cambio que implicaría la significación aparente de esas modificaciones legales, que se evidencian así como puramente nominalistas. Aun con la lamentable perturbación lingüística que la reforma ha introducido —principalmente en el artículo 27 y en sólo algún otro precepto—, lo cierto es que, a la vista del conjunto normativo aplicable, el momento del real nacimiento de los derechos y obligaciones propios de cada contrato público (constituido por la Administración desde una posición de supremacía en razón del objeto y de los posibles sujetos contratantes), y por lo tanto en realidad del contrato mismo, sigue siendo el acto administrativo de adjudicación.

Así se desprende del análisis de todo un conjunto de determinaciones que se han introducido o siguen en la Ley de contratos del sector público de 2007 tras esta reforma y que no podemos ya sino mencionar muy rápidamente:

a) Con la adjudicación quedan definitivamente fijados los términos del contrato, tal y como se desprende expresa e implícitamente de los artículos 26.2 y 135.3 y, de modo particularmente rotundo, del artículo 140.1: *en ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación*. Lo que sigue disponiendo el 202 sobre la modificación de los contratos ha de seguir entendiéndose aplicable, por ende, desde la adjudicación.

b) El licitador seleccionado para ser el adjudicatario ha de acreditar todas las condiciones necesarias y la constitución de la garantía definitiva antes de la adjudicación (arts. 83.1 y 2, 87 y 135.2).

c) La garantía provisional sigue garantizando el mantenimiento de sus compromisos por parte de quien resulte adjudicatario hasta la formalización del contrato, pero se devuelve a los demás licitadores *inmediatamente después de la adjudicación del contrato* (arts. 91.4 y 140.4).

¹⁴ «Las principales novedades que introduce esta nueva legislación son, en primer lugar, la regulación de un nuevo recurso a un órgano independiente entre la adjudicación y el perfeccionamiento del contrato; el nuevo régimen de adjudicación, refundiendo en un solo acto la adjudicación provisional y la definitiva; y la previsión de anudar la perfección del contrato a su formalización» (DS de 21 julio 2010, núm. 183, pág. 60).

d) La formalización sigue siendo obligatoria para ambas partes dentro de un plazo breve, pero ahora sin trámite alguno previo (art. 140.3).

e) La renuncia por la Administración contratante a la celebración del contrato o su desistimiento del procedimiento de adjudicación ya iniciado sólo pueden acordarse antes de la adjudicación del contrato (art. 139.2).

f) Los efectos de la omisión de la debida formalización habrán de expresarse en un acto administrativo, en su caso, análogo al de la resolución del contrato adjudicado. Aunque nada se diga ahora de modo expreso en la Ley, es algo que deriva de las reglas y principios generales relativos a los actos administrativos, entre los que sigue contándose el de adjudicación del contrato. Todo el contexto del apartado 4 del artículo 140 da a entender que cabe una formalización demorada del contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones por daños y perjuicios que la puedan acompañar, por lo que parece evidente la necesidad de que la «caducidad» de los efectos de la adjudicación o su revocación requerirá un acto administrativo, que en la práctica va a equivaler a la resolución tradicionalmente prevista en nuestra legislación.

g) El «régimen general» de invalidez y anulación de los contratos públicos (arts. 31 a 36) se mantiene con su tradicional reconducción a la invalidez y anulación de su adjudicación o de algunos de sus actos preparatorios cualificados, comprendiéndose en ello, ciertamente, también cualquier invalidez procedente del clausulado del contrato en los términos que finalmente quede adjudicado¹⁵. Con la reforma producida por la Ley 34/2010 no se contempla, en este régimen general, vicio alguno específico relativo a la formalización. Menos aún se contempla vía alguna para impugnar el contrato en sí mismo o su formalización, con vistas a obtener su anulación. Este régimen general, que es el que sigue siendo aplicable a todos los contratos públicos no sujetos a regulación armonizada, que son muchísimos, sólo se entiende si realmente el momento decisivo en el que nace la relación contractual con sus derechos y obligaciones recíprocos es la adjudicación. Y el artículo 35, a diferencia de lo que solía ocurrir en los sistemas jurídicos de doble nivel, sigue afirmando que *la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación —la única contemplada en estos preceptos—, cuando sea firme, llevará consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor*, sin perjuicio de la posible excepción que también sigue contenida en el apartado 3 del mismo artículo. La formalización o su ausencia aparecen, en suma, como completamente irrelevantes en punto a invalidez y anulación de los contratos.

h) Cuatro de los cinco nuevos supuestos especiales de nulidad del nuevo artículo 37, aplicables a los contratos de regulación armonizada, se refie-

¹⁵ Vid. el completo estudio de Víctor BACA ONETO (2006a: especialmente 103 y ss.). Del mismo autor, (2006b) «Las peculiaridades de la invalidez del contrato público prestacional de colaboración», en Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO YSERN (Dir.) *La contratación pública*, 2, cit., págs. 1005 y ss., particularmente págs. 1022 y ss. Y antes, Manuel REBOLLO PUIG (1996), «La invalidez de los contratos administrativos», en F. CASTILLO BLANCO (Coord.), *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, CEMCI, págs. 398 y 399.

ren a vicios de la adjudicación, y el quinto se justifica asimismo en la eficacia de su control de legalidad. Y ello por más que, bien sorprendentemente, la nulidad de lo adjudicado, tan enfática como innecesariamente proclamada, pueda ser enervada (¿pero manteniéndose su anulabilidad por el régimen general?) por ciertas actuaciones posteriores que el precepto citado indica.

i) El recurso administrativo especial ante un órgano *especializado* dotado de *independencia funcional*, introducido por los nuevos artículos 310 y ss., en materia de contratación sometida a las Directivas comunitarias, está también centrado en la adjudicación y en los actos procedimentales que a ella conducen, a semejanza del recurso ordinario tradicional (arts. 310 y ss.), y es claro que su única razón de ser es —de nuevo— simplemente tratar de evitar los hechos consumados de la ejecución de un contrato que haya sido adjudicado ilegalmente y tratar de garantizar un tutela jurídica más rápida e independiente.

Por debajo, en suma, de los cambios meramente terminológicos relativos al momento perfectivo del contrato, se impone la evidencia de su real nacimiento con la adjudicación, que sigue siendo lo decisivo y en lo que se concentran las medidas de control. Nada puede cambiar la formalización de lo ya «celebrado» con sentido constitutivo, de lo ya decidido, de lo ya completamente determinado por la adjudicación. ¿A qué entonces tal ficción?

VI. CONCLUSIONES

Sería muy recomendable revisar lo que se ha dispuesto por la Ley 34/2010, para simplificar razonablemente su regulación y eliminar de ella la ficción nominalista de trasladar la perfección de los contratos públicos a su formalización. Deben asegurarse, sin duda, *los resultados* imperados por la Directiva de recursos en materia de contratos públicos, modificada por la Directiva 2007/66. Hay que garantizar cumplidamente el derecho de los directamente interesados en una adjudicación a poder obtener una verificación de su legalidad, en los términos establecidos por esa Directiva, antes de que el contrato pueda surtir sus efectos y ejecutarse. Esto exige ciertamente establecer el plazo mínimo, al menos, que fija la Directiva tras la debida notificación de la adjudicación hasta que pueda «celebrarse», lo que en Derecho español debería traducirse por formalizarse, sin necesidad de dar a la formalización un carácter constitutivo que no necesita a estos efectos ni a ningún otro. Esa obligada «espera» debe entenderse en Derecho español como simple aplazamiento obligatorio ordinario de los efectos del contrato, y no como aplazamiento de la constitución del contrato adjudicado. En orden al cumplimiento de la Directiva, es evidente que en el Derecho español, a diferencia de otros ordenamientos de relevantes Estados miembros de la Unión Europea, la plena existencia del contrato no reduce en nada los derechos de los legítimamente interesados en su adjudicación para obtener su anulación y rectificación —y, por lo mismo, del contrato— si hubiera incurrido en ilegalidad.

Para impedir que se elimine o reduzca la efectividad de esos derechos por una ejecución rápida del contrato eventualmente ilegal, que lo haga más o menos irreversible, basta introducir en la legislación española aquel obligado plazo entre adjudicación y formalización, con las reglas pertinentes sobre su prolongación en el caso de ser aprovechado para interponer un recurso (y la adecuada regulación de éste, naturalmente). Eso es todo. Carece de justificación la complejidad introducida con la Ley 34/2010 que, aun sin poder entrar en otros diversos detalles, hemos tratado de exponer en estas páginas. Su artificiosidad y sus contradicciones están clamando por una rectificación que debería llegar cuanto antes. No debe mantenerse una regulación tan falaz y distorsionante de algo que tenía el Derecho español ejemplarmente establecido, con la que no se van a cumplir mejor las obligaciones de resultado impuestas por el Derecho comunitario.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, Gaspar (2007): «El enigma del contrato administrativo», núm. 172 de esta REVISTA, pág. 88.
- BACA ONETO, Víctor S. (2006a): *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Madrid.
- (2006b): «Las peculiaridades de la invalidez del contrato público prestacional de colaboración», en Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO YSERN (Dir.), *La contratación pública*, 2, Hammurabi, Buenos Aires, págs. 1005 y ss.
- BAÑO LEÓN, José M.^a (2004): «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, págs. 333 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio (2001): *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (El contrato en general, la relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual), 9.^a ed., Tecnos, Madrid.
- HUERGO LORA, Alejandro (2000): «La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones sobre el Derecho español», en Francisco SOSA WAGNER (Dir.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo)*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1841-1878.
- MACERA, Bernard F. (2001): *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis (1998): «Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y consecuencias», en Juan Carlos CASSAGNE (Dir.), *Derecho Administrativo (Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 947-969.
- (2006): «La adjudicación», en Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO YSERN (Dir.), *La contratación pública*, 2, Hammurabi, Buenos Aires, págs. 681-721.
- (2008): «Naturaleza jurídica del contrato público», en AA.VV., *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, Cameron May, London, págs. 481-522.
- (2009): *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, 23 de octubre.
- (2010): «La causa jurídico-pública de los contratos públicos», en AA.VV., *Modernizando el Estado para un país mejor* (IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo), Palestra, Lima, págs. 675-705. También en *Revista de Derecho Público* (Ed. Jurídica Venezolana), núm. 121, enero-marzo 2010, págs. 41-65

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2011): «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho», en *Revista General de Derecho Administrativo* (iustel.com), núm. 26, págs. 15 y ss., y «El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los Poderes públicos», en *Revista General de Derecho Administrativo* (iustel.com), núm. 27 de la misma revista, págs. 1-46.
- MEILÁN GIL, José Luis (2008): *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid.
- MONEDERO GIL, José Ignacio (1977): *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- REBOLLO PUIG, Manuel (1996): «La invalidez de los contratos administrativos», en F. CASTILLO BLANCO (Coord.), *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, CEMCI, págs. 398 y 399.

