

Acerca de la pretendida indefensión de las Administraciones Públicas en materia de contratación

*(Un comentario a la noticia publicada en el Diario del Altoaragón
sobre la modificación del contrato de la obra de ampliación
del Ayuntamiento de Huesca)*

POR
LORENZO SERENA PUIG

A la memoria de don Federico Balaguer

Don Federico Balaguer vivió su condición de funcionario del Ayuntamiento de Huesca de manera entregada; con una preocupación y dedicación a sus convecinos que excedía de las horas de trabajo al frente del archivo municipal. En este, como en otros aspectos, su persona se mostró ejemplar a cuantos tuvimos por fortuna vivir en contacto suyo. Su personalidad destacó tanto por su obra científica y de profesional de la historia como por su claridad intelectual; la modestia, proximidad y generosidad para cuantos se le acercaban; su equilibrio y rectitud éticos; el rigor y valentía en sus convicciones; en suma, por la manera en que entendía la amistad y la nobleza de espíritu.

Recientemente, en los pasados últimos días de este primer verano sin don Federico, la prensa local daba noticia de la liquidación de una emblemática obra pública en nuestra ciudad de Huesca.¹ Emblemática por tratarse de la obra de ampliación del palacio del Ayuntamiento (del Concejo, como decía don Federico); y

¹ La noticia aparece en la página cuatro del número 5.558 del *Diario del Altoaragón*, del día miércoles, 22 de agosto de 2001 (existe un editorial sobre la noticia en la página quince de ese mismo número). La noticia se refiere a la liquidación de las obras de ampliación del Ayuntamiento de Huesca a la empresa Estructuras Aragón. La noticia publicada da cuenta de un desfase de cincuenta y cuatro millones de pesetas respecto del precio de adjudicación de la obra (ciento cincuenta y seis millones de pesetas), así como del incumplimiento del plazo de ejecución inicialmente establecido. De igual manera, la publicación informa de la existencia de un anterior reformado (al que califica de "filigrana jurídico-administrativa") fundado en el interés general, que alcanzó el 19,9 por ciento del precio del contrato, y que fue pactado con la empresa tras aprobar el Concejo la apertura del expediente de resolución del contrato. Por último, la noticia se refiere a que el Tribunal de Cuentas se encuentra estudiando la contratación.

emblemática por lo que, según parece, de significativo ha tenido la ejecución de dicha obra. Prescindiendo por completo del uso partidista que el fenómeno que comentamos haya tenido o pueda tener, interesa reflexionar sobre este, pues la información va acompañada de un “suelto” del periodista responsable de la noticia que titula “Ejemplo de la indefensión de las corporaciones locales”. Lo llamativo del caso, aparte de la mencionada reflexión del periodista redactor (lo que no suele ser muy frecuente), ha provocado la atención del mismo diario en forma de editorial (“Incrementos en la ejecución”). No me equivoco si digo que todas estas circunstancias, y la noticia misma, habrían sido objeto de la atención de don Federico y que se hubiese hecho eco de ellas en sus conversaciones de trastienda en la calle de Villahermosa.

Don Federico, con independencia de su condición de autoridad en el campo de la historia, destacó por poner su extensa y profunda formación al servicio de sus vecinos y amigos. Esa calidad y generosidad, que trascendía a su condición de funcionario cabal al servicio de la Administración local, ha distinguido su personalidad convirtiéndola en modelo para todos y, en especial, para los que sirven en las Administraciones Públicas.

LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO

1. La noticia objeto de comentario ha merecido una reflexión de su autor, que habla de la “indefensión de las Administraciones”. Es cierto que el suceso de que se da cuenta aparece en el concreto ámbito de la contratación pública; con todo, al simple ciudadano habrá dejado perplejo que pueda hablarse de situaciones de “desvalimiento” e “indefensión” referidas a las Administraciones Públicas. La Administración es poder o, al menos, eso es lo que se ha venido repitiendo hasta generar una opinión pública en este sentido. Sin embargo, en este como en otros casos, es posible que estemos ante un falseado mito que, de puro reiterado, hemos terminado por creernos.

Las señales que acreditan la posición de preeminencia son, aparte las que se deriven del contenido del derecho sustantivo que regula la relación jurídica que protagoniza la Administración, las que provienen del conjunto de reglas que disciplinan el control que los tribunales de justicia efectúan de dichas relaciones. Nuestra Constitución de 1978 no opta por un concreto sistema de Administración Pública, en el sentido de definir en qué forma los tribunales controlan la legalidad de su actuación. El artículo 106. 1 establece dicho control, pero no especifica si este se produce por tribunales ordinarios o con arreglo a un derecho propio de las Administraciones Públicas y por tribunales especializados.

Así como nuestros constituyentes dieron por sentado y no debatieron el modelo de Administración, no sucedió lo mismo en el seno del Tribunal Constitucional. Es

sabido que los primeros miembros de dicho Tribunal llegaron a sopesar la posibilidad de que la Administración se hallase en nuestro ordenamiento en igualdad de condiciones a los particulares y sometida en sus conflictos de intereses a unos mismos tribunales; sin presencia, por tanto, de un orden jurisdiccional especializado. Es decir, la Administración servicial de que se habla en el artículo 103 de la Constitución y las notas que de ella se predicán no prefiguran un sistema concreto de control y de Administración Pública en cuanto a sus relaciones con los órganos del Poder Judicial. Como tampoco lo hacen el reconocimiento de la potestad reglamentaria —única de la que habla expresamente la Constitución— y el ya citado sometimiento a la ley y al control de los tribunales de justicia. Quiere decirse que todas las exorbitancias que adornan a nuestras Administraciones Públicas y que definen el concreto sistema o régimen del Derecho Administrativo de tipo continental (*Régime administratif*), no cuentan con un respaldo explícito en el texto de la Constitución sino en simples leyes ordinarias, que bien pudieron ser declaradas incompatibles con aquella por muy diferentes motivos. Sin embargo, parece que una vez más pesó la tradición jurídica, pues el Alto Tribunal ha considerado en diferentes ocasiones que no es contraria a la Constitución la posición que el derecho vigente reconoce a la Administración (tanto el anterior a la Constitución como el sobrevenido tras esta).

De igual modo, el Tribunal Constitucional ha reconocido como tarea del legislador ordinario el determinar los medios e instrumentos necesarios para que se concrete la eficacia de la Administración exigida por el citado artículo 103. En esta línea, ha especificado que entre aquellos pueden estar, si así lo considera oportuno el legislador, las potestades de autotutela con sus distintas manifestaciones y alcances (STC. 22/1984, de 17 de febrero, F. J. 4). Según esta doctrina, no nos encontramos ante un modelo de Administración o sistema de Derecho Administrativo por completo cerrado: lo que la Constitución quiere es una Administración eficaz y al servicio de los intereses generales, sometida al ordenamiento jurídico y bajo el control de los tribunales. Esos mandatos, en cuanto potencialmente susceptibles de ser alcanzados por medio de diferentes instrumentos, están reconociendo al legislador ordinario una posibilidad de opción no constreñida, salvo por la consecución de aquellos fines. Se podría decir, por tanto, que la Constitución admite las potestades administrativas, pero no las impone. O, dicho mejor, se acepta que se le reconozcan potestades a la Administración, en cuanto útiles para alcanzar la eficacia en el desarrollo de la actividad que le es propia y, a la inversa, no son admisibles las potestades gratuitas o utilizadas sin virtualidad práctica. En suma, tendrían cabida en la Constitución otros diferentes sistemas que no comportasen el reconocimiento de tales privilegios; la Constitución establece unos objetivos pero no determina los medios (siempre que estos sean conformes a los propios principios constitucionales; no hay, por tanto,

una libertad absoluta). Por ello, no debiera hablarse en absoluto de exorbitancias o de privilegios referidos a una potestad en general, sino ponderar en cada caso concreto si el uso de aquella ha sido proporcionado y necesario para la consecución del fin público determinado.

2. La mayoría identifica, como se ha dicho, Administración con poder. Así lo siente el ciudadano de a pie (de ahí la perplejidad que comentamos cuando se habla de “indefensión” en la noticia) y lo afirma la doctrina científica; autores hay que definen el Derecho Administrativo como el que se ocupa del poder político. Se puede decir que, en esencia, la Administración es poder y el Derecho administrativo es el régimen jurídico del Poder Público. En este sentido, el profesor García de Enterría ha señalado que “el ciudadano se enfrenta con el poder primariamente en cuanto poder administrativo”.² Por lo tanto, la percepción del concepto poder que el individuo tiene, en primer término, es la Administración Pública.

Junto a la anterior idea, hoy está pacíficamente admitido que la Administración se halla sometida de manera plena al ordenamiento jurídico y que el principio de legalidad debe presidir su actuación; actuación que, en todo caso, como vimos, aparecerá sometida al control de los tribunales. No obstante esta doble sujeción, constituye uno de los caracteres de la Administración más machaconamente destacados el de su carácter privilegiado. Esta nota, que se reconoce en principio referida, precisamente, al concreto ámbito de sus relaciones con los tribunales, se alza y se extiende de forma general a todo su Derecho; al que se caracteriza, de esta manera, como fuera de lo común, “excesivo”, “exorbitante”. Es cierto que esa nota que lo peculiariza frente a otros derechos se acompaña, y así se destaca por la mayoría de la doctrina, por la presencia de unos específicos límites o controles en favor de los ciudadanos. Sin embargo —importa destacarlo—, estos son consecuencia de aquellos y, con frecuencia, se trata de garantías parciales y de acción posterior al actuar privilegiado de la Administración.³ De este planteamiento deriva la ya tópica referencia al juego de poderes y contrapoderes, de pesos y contrapesos, de privilegios en más y en menos, etcétera, que se encuentra tras la afirmación de que la historia misma del Derecho Administrativo no es sino la de la lucha de las sociedades modernas contra las inmunidades, pretendidas o reales, de la Administración.⁴

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1974, p. 12.

³ El autor citado ha explicado la paradoja de que la Administración contemporánea sea creación de los revolucionarios franceses que, enfrentados a un poder absoluto, fueron capaces de producir un nuevo aparato de poder como no se había conocido hasta entonces. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1981, pp. 33 y ss.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha...*, p. 22.

Como decimos, esta es la concepción mayoritaria en la doctrina; y con ser cierta, en cuanto a la configuración técnico-jurídica del ordenamiento, nos parece que el anterior planteamiento debe ser objeto de revisión en algunos de sus aspectos por parcial e inexacto. Este es el peligro de trabajar con modelos preconcebidos; en nuestro caso, de aplicar el derecho no en consideración a la realidad sobre la que se proyecta sino atendiendo a la elaboración intelectual que se nos dice representada. En lo fundamental se acierta; pero existen parcelas y ámbitos de la realidad, de la actuación de las Administraciones Públicas, que escapan al modelo descrito. No existe correspondencia entre la realidad material de las relaciones que la Administración mantiene en algunos ámbitos de su giro específico, como luego se verá, así por ejemplo en el de la contratación pública objeto de comentario, y el esquema teórico que se le quiere aplicar.

Es cierto que en sus valoraciones finales la doctrina concluye que no se trata de un derecho privilegiado; que el Derecho Administrativo presenta una situación final de equilibrio entre los privilegios y los cuadros de garantías reconocidas a favor de los ciudadanos. Sin embargo, no es menos cierto que lo dicho, con frecuencia, no pasa de ser una declaración inicial previa al desarrollo posterior de los tratados doctrinales que despeja cualquier duda acerca de lo considerado de verdad. La propia terminología empleada —que en ocasiones ha pasado, tal cual, a cierta jurisprudencia directamente inspirada en esta determinada fuente doctrinal— así lo atestigua.⁵ En suma, los operadores jurídicos (como ahora acostumbra a decirse) están persuadidos de que en sus relaciones con la Administración se hallan en una posición de desventaja; de que los eventuales conflictos de intereses no se resolverán de igual a igual, pues la Administración goza de una posición de preeminencia. De ahí la paradoja o perplejidad de que hablamos cuando se considera “indefensa” o “desvalida” a la Administración en sus relaciones con los ciudadanos: podría hablarse de una antinomia insalvable entre los conceptos utilizados.

Interesa cuanto se lleva dicho porque dicha concepción de la Administración crea la atmósfera desde la que se percibe la “realidad social” a que se refiere el artículo 3. 1

⁵ Me estoy refiriendo a toda la terminología y construcción de las llamadas “autotutelas” de los poderes públicos, que tienen, frecuente eco en la jurisprudencia. La idea del poder de manipulación a través de la palabra la tomo del reciente libro de Álex GRUJELMO, *La seducción de las palabras*, Madrid, Taurus, 2000. Las palabras, es evidente, tienen un poder de evocación que actúa de manera subconsciente. No es lo mismo hablar de una Administración servicial, prestacional, eficaz, eficiente, coordinada, etcétera (son términos que proporcionan connotaciones positivas sobre quien se refieren), que calificar a la Administración como poder preeminente (por encima de), estatutario (en referencia a quienes tienen una determinada posición que se sobreentiende privilegiada), dotado de “*imperium*” (poder absoluto de los emperadores), de potestades (otra vez la idea de “poder”), de exorbitancias (fuera de lo común), de privilegios (más allá de la ley), de autotutela (que se dirige con autosuficiencia; por sí y ante sí), etcétera. Por ello, el citado profesor García de Enterría no duda en hablar de “privilegios odiosos” de la Administración.

del Código Civil y desde la que han de aplicarse las normas. En este ambiente fuertemente influenciado —contaminado, se podría decir—, en este estado de opinión, es en el que aparecen inmersos los que aplican el derecho y los ciudadanos que se relacionan con las Administraciones Públicas. E interesa destacar, repitámoslo, que esa realidad que se transmite no es exacta en ciertos sectores de la actuación administrativa. El modelo no responde por completo a la realidad que se quiere representar con aquel.

Lo que se pretende significar es, por un lado, lo incierto de una Administración en todo caso preeminente frente al particular; y, por otro, que existen razones que permiten dudar de que ese generalizado rechazo de la posición de “privilegio” de las Administraciones Públicas aparezca justificado en determinadas y significativas parcelas de la actividad administrativa, como la de la construcción pública que nos ocupa, y ello, precisamente, porque en dicho ámbito de actuación, con mayor frecuencia de la que pudiera imaginarse, la Administración Pública que contrata se encuentra en una posición de hecho claudicante cara al empresario. Más aún, nos atreveríamos a afirmar lo conveniente de reforzar, en según qué casos, las potestades de que hace uso la Administración en dicho terreno de la contratación de obra pública.

3. La idea de modulación y escala en ciertos conceptos e instituciones no es nueva en el Derecho Administrativo; se trataría de hacer uso de ella, también, en este momento de su configuración. Lo que se intenta destacar es la imposibilidad o, mejor dicho, lo que de anómalo tiene la pretensión de aplicar el Derecho Administrativo en forma generalizada y sin las debidas modulaciones. No pueden predicarse por igual de todas las Administraciones Públicas unas mismas notas caracterizadoras; como tampoco puede entenderse que la relación jurídica administrativa admita una reducción a la unidad. Si se ha dicho que el Derecho Administrativo es aquel que regula las relaciones en que se halla presente una Administración en al menos una de sus posiciones jurídicas, se aceptará, sin mayor problema, la conveniencia de tener en consideración la circunstancia apuntada (la concreta calidad y tamaño de la Administración) en las normas que disciplinan tal relación jurídica. Entiendo que no pueden predicarse unas mismas notas caracterizadoras al Derecho que se aplica por la “pléyade” de Administraciones Públicas que hoy existen en nuestro país, que el que se utilizaba por la Administración del Estado, por decir algo, de hace cincuenta años.

No es el momento de detenerse en la importancia que para la noción de “Administración Pública” está representando el fenómeno de reasignación de competencias y responsabilidades que se viene produciendo en nuestro país desde la Constitución de 1978. En esta, junto a la Administración Central y las Administraciones Locales que pudiéramos denominar “clásicas” (Provincia y Municipio, principalmente), se reconoce de manera expresa un nuevo ámbito de autonomía política, las Autonomías, dotado de su aparato administrativo propio; y se posibilita, de igual forma, la creación de nuevas formas de organización territorial,

esta vez de tipo intermedio (Mancomunidades, Comarcas, etcétera), junto a otras ya conocidas de tipo menor, como los Concejos y otras. En lo que ahora importa, resulta que todas estas “entidades”, tengan una mayor o menor trascendencia, son “Administración”; y, por tanto, ven reconocida su personalidad jurídica para girar en su tráfico propio y, de igual modo, se han dotado del consiguiente aparato burocrático. Sin embargo, ya indicamos, y resulta ocioso insistir en ello, no todas ellas responden a un mismo “cliché”, aunque, a pesar de ello, a todas ellas se les quiere aplicar un Derecho Administrativo cortado por un mismo patrón. Es aquí donde cabe preguntarse si, como afirma el redactor de la noticia, puede hablarse de “indefensión” de las Administraciones locales. No creemos que el mencionado proceso de reasignación de competencias se haya podido llevar a cabo sin una correlativa transformación en las Administraciones titulares de aquellas; existen Administraciones de muy diferente laya.

Pero tampoco podemos olvidar que en la otra posición jurídica de la relación, como también se dijo, se ha estado produciendo un fenómeno de contraria significación, pero de igual importancia y alcance. En concretas parcelas de la actividad administrativa (contratación pública, Derecho Administrativo Económico, por ejemplo), no puede considerarse, con un mínimo de rigor, que esté presente un idéntico tipo de administrado. No se trata ya de diferenciar entre el administrado persona natural, el ciudadano de a pie y la persona moral o jurídica. Ocurre que, entre estas últimas, ha ocurrido un notable proceso de concurrencia entre las sociedades como consecuencia de la tendencia a la concentración económica y de la necesidad de aglutinar capitales y otros medios financieros; este convergir de empresas se ha producido tanto en el mercado interior como en el exterior. A esto debe unirse el hecho de que, como consecuencia de la incorporación de España a la Unión Europea y de las diferentes políticas comunitarias, por lo menos a nivel teórico, sea posible que concurren ante nuestras Administraciones sociedades (“administrados”) del resto de países miembros: el que se diesen este tipo de relaciones jurídicas administrativas era impensable, por completo, hace algunas décadas.

En suma, han existido tales cambios en la realidad representada por las nociones utilizadas que, por fuerza, ha tenido que producirse una distorsión en el modelo intelectual que se refería a la Administración como sinónimo o equivalente de poder y al administrado como sujeto sometido a este poder. Estas nuevas situaciones, es evidente que no con carácter general, entendemos que obligan a replantearse, a matizar quizá, ciertas consideraciones acerca del Derecho Administrativo que, de puro repetidas, han llegado a constituirse en lugares comunes carentes de cualquier consideración crítica. Así, la extendida mala voluntad hacia las llamadas autotutelas o la acrítica identificación de poder y Administración. Se argumentará que una cosa es la posición económica y otra la jurídica; que los privilegios que presenta la relación jurídica están del lado de las Administraciones. En el terreno estructural, de princi-

pios, esto puede admitirse, sin embargo, no así en el terreno material. Veremos la importancia de este extremo.

4. El profesor Alejandro Nieto, en un trabajo no muy difundido y que a pesar de su fecha de publicación mantiene su vigencia, señalaba un aspecto que no suele destacarse en su debida importancia; quizá porque a nadie interese que varíe.⁶ Mantenía el profesor que el Derecho Administrativo aplicado no es el que aparece en los boletines oficiales, como tampoco es el de las colecciones legislativas. Sostenía, asimismo, la idea de que lo fundamental es la actividad jurídica de la Administración, y que esta no se ajusta siempre al ordenamiento jurídico, sin que por ello se pongan en marcha los mecanismos judiciales que cuidan de las patologías del derecho. Sin embargo, lo que aquí interesa son las diferentes razones que en dicho trabajo se dan a tal situación: la imposibilidad técnica, la ignorancia administrativa en el manejo del Derecho y la influencia de los grupos de presión sobre los funcionarios.

La imperfección técnica del ordenamiento continúa presente. En los últimos años se observa que parcelas de la actividad administrativa de evidente significación pública se están encomendando a tipos societarios de naturaleza privada. Un simple recordatorio de los últimos acontecimientos celebrados en España en la última década acredita que, según parece, el pretendido éxito de su organización va unido *a fortiori* al empleo de sociedades instrumentales (recuérdense las Sociedades Estatales para el “Quinto Centenario”, Expo de Sevilla o las Olimpiadas de Barcelona 92; o las más recientes constituidas para la celebración de los centenarios de Carlos V y Felipe II). Si nos acercamos al ámbito de la obra pública, la situación es todavía más clamorosa, pues se observa que la licitación de las más importantes infraestructuras viene precedida de la creación de la correspondiente sociedad instrumental.

La ignorancia administrativa, que el citado profesor fundaba en la dificultad propia de una técnica refinada como la jurídica, es razonable pensar que va en aumento por dos razones elementales. Si la maraña normativa se acrecienta en volumen e inestabilidad de contenido (pensemos en el número y mutabilidad de ordenamientos que conviven en nuestro país aparte el de la Unión Europea),⁷ es forzoso concluir que la

⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *RAP* 76 (enero-abril 1975): 9-30.

⁷ En el ámbito de la contratación pública objeto de comentario: la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, un texto posterior a la Constitución y al ingreso de España en la Comunidad Europea —las dos grandes coartadas para justificar tanto cambio en las leyes—, ha sufrido seis modificaciones desde su promulgación, la última de ellas con efectos sobre más de la mitad de su contenido y obligando a la elaboración del actual texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo de 2/2000, de 16 de junio. Redactado este trabajo, el artículo 61 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (*BOE* 313, de 31 de diciembre de 2001), modifica de nuevo el anotado texto refundido, ahondando en la insostenible situación denunciada en nuestro escrito.

ya difícil labor de los juristas, en general, aumentará en complejidad. Si a ello añadimos que, como se dice en el trabajo de continua referencia, la “Administración está mal servida y peor defendida” y que para ello es decisiva una “política de personal que fomenta el inhibicionismo y la ignorancia”, es fácil imaginar que ese diagnóstico no puede variar a mejor con la multiplicación habida de Administraciones y la improvisada recluta que estas han realizado del personal a su servicio (en no escaso porcentaje de carácter interino).

Por último, la tercera de las razones apuntadas, las presiones de los grupos organizados de poder sobre los funcionarios, no por “sutiles” son menos conocidas. Existen sobrados ejemplos de este tipo de prácticas, algunas de las cuales están en el origen de todo el dispositivo moralizador de la vida pública desplegado a raíz de la denominada “cultura del pelotazo”, construida, en buena parte, merced a los factores señalados en esta tercera causa del actuar ilegal de la Administración.

En conclusión, si el Derecho Administrativo es el que aplican las Administraciones en su actividad y se acepta que ese Derecho no es tanto el que aparece en boletines y recopilaciones de jurisprudencia, sino el Derecho real que se utiliza a diario con todas sus imperfecciones y problemas, es forzado resolver que existen parcelas de esa actividad encomendada por la sociedad a las Administraciones que necesitan de esas “prerrogativas”. Es decir, de las técnicas jurídicas precisas para que esa gestión sea eficaz, tal como exige el artículo 103. 1 de la Constitución.

No se trata de incidir de nuevo en el recurrente debate acerca del binomio eficacia/garantías en el actuar de las Administraciones Públicas. La cuestión es constatar que en el Derecho Administrativo, construido en gran parte sobre la base de modelos propios de las relaciones jurídicas privadas, se han colado una serie de nociones e ideas, repetidas y aceptadas de forma acrítica. Y este planteamiento, por el contrario, resulta inexacto en buen número de ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas; así, por ejemplo, cuando se considera que en la otra parte de la relación jurídica, en toda ocasión, la Administración hallará un sujeto sobre el que manifestarse en una posición de preeminencia.⁸

⁸ En palabras de Alejandro Nieto —que a algunos quizá suenen a excesivas—, se ha recordado que “la ideología liberal ha encontrado en el Derecho Administrativo uno de sus últimos reductos y han sido los administrativistas quienes mejor han sabido afinar técnicas de paralización del Estado, por muy paradójico que parezca. La Administración moderna semeja el gigante de Gulliver inmovilizado por los enanos de las normas administrativas que, sin perjuicio del verbalismo de sus declaraciones dogmáticas, esconden instrumentos que, debidamente manejados, colocan a los particulares en una situación de prevalencia”. NIETO GARCÍA, Alejandro, “La vocación ...”, p. 22.

LA CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA POR LA ADMINISTRACIÓN

1. La situación que hemos tratado de describir en la anterior primera parte puede apreciarse claramente en el ámbito de la contratación de la obra pública; lo que explica, cabalmente, sucesos como el que es objeto de nuestro comentario. También en este campo se asiste a la aplicación uniforme y sin matización de concepto de la idea modelo de una Administración revestida de unos poderes exorbitantes respecto del administrado que se sitúa al otro lado de la relación jurídica; aunque pocas veces el “cliché” se ajuste a la realidad. En escasas materias se encontrará un sector de la economía tan radicalmente sometido a la confluencia y concentración de empresas como en el de las dedicadas a la ejecución de la obra pública. Pocos ordenamientos tan sometidos a vaivenes normativos como el de la contratación pública; o, todo hay que decirlo, difícil de encontrar, si así se quiere, ocasión más propicia para la presión interesada, el fraude y el latrocinio que la ejecución de una obra pública. Sin embargo, en dicho sector de la actividad de la Administración, existen peculiaridades que requieren un más atento estudio.

La obra pública constituye un instrumento de progreso social; así aparece concebida, con total nitidez, en la conocida *Instrucción* que en 1833 es dirigida a los subdelegados desde el Ministerio de Fomento, y así continúa considerándose en nuestros días por los responsables de promoverla desde las diferentes Administraciones. Sin embargo, la obra pública presenta otros aspectos que hacen más compleja su realidad.

En el Estado democrático de Derecho, la acción de gobierno, en sus respectivos ámbitos territoriales, corresponde a los representantes elegidos por los ciudadanos. Aceptado, no sin cierto convencionalismo, que la acción de gobierno presenta esta legitimidad de origen, la cuestión es que aquella ha de concretarse, primero, y llevarse a la práctica, más tarde. Y, así como en la operación de traducir aquella acción en concretas actuaciones de la Administración los equipos de gobierno, los responsables políticos, continúan gozando del amplio margen de discrecionalidad que les proporciona la periódica comparecencia ante sus electores, en el proceso de ejecución de esas líneas de acción política no disfrutaban de igual libertad, pues dicha ejecución debe efectuarse, en todo caso, conforme a Derecho. Es decir, independencia de los poderes públicos para configurar la acción de gobierno por medio de la que ordenar y conformar la sociedad, según la orientación que ha recibido el refrendo popular; pero, de otra parte, total sujeción a lo establecido en las normas respecto de aquellos instrumentos positivos puestos a disposición del poder político para cumplir los fines por él establecidos y definidos. Y aquí es donde aparece la obra pública como instrumento primordial de conformación y progreso de la sociedad; pero, inexcusablemente, como ya apuntamos y repetimos, con la exigencia de que su ejecución se efectúe de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico. Es en esta fase de ejecución en la que se manifiestan con mayor intensidad los demás aspectos que acompañan el significado y alcance de la obra pública.

En las obras de carácter público concurre la circunstancia de ser ellas las principales palancas de que se sirven los responsables políticos de las Administraciones para captar la voluntad de los ciudadanos. Junto al legítimo uso de una buena gestión en este campo, existe el riesgo de formar una idea adulterada de la obra de utilidad pública como instrumento para el lucimiento de los gobernantes. No se cuestiona que los logros habidos en este ámbito engrosen la propaganda dirigida a los electores, sino que este destino publicitario sea el que oriente, de forma principal, la gestión y ejecución de la obra pública.

Este planteamiento, de aparente claridad, en la práctica diaria no siempre funciona con la debida corrección. Ocurre en no pocas ocasiones que la obra pública, importante instrumento para el diseño de la sociedad y de superación de desigualdades entre los territorios, como ha quedado dicho, entra en tensión en las manos del político. Ello es debido en gran medida a que, como veremos, en el órgano de decisión confluyen responsabilidades propias de su doble condición (gestor político y órgano de la Administración); y cuando así ocurre —casi siempre—, y entran en conflicto ambas esferas de acción, pesa más la primera de aquellas. Justo es decirlo: políticamente lo que pesa es tener buenas relaciones con la dirección y secretaría del partido y dar cierto contento a los electores.⁹ Esta circunstancia, sobradamente conocida por las empresas contratistas, es rentabilizada en la busca de beneficios económicos; pues, conviene no olvidarlo, el empresario es un profesional de la intermediación con ánimo de lucro y el *quantum* del beneficio obtenido por esa labor no se halla limitado por ninguna norma positiva.

2. Los expedientes de contratación de obra pública se inician y aprueban por los respectivos órganos de contratación. La norma señala cuáles son estos y se aprecia que, con carácter general, se trata de órganos de carácter político (Ministro, Secretario de Estado, Consejero, Alcalde). Asimismo, es el órgano de contratación quien dispone la apertura del procedimiento de adjudicación. Sin embargo, en la normativa que rige la contratación pública se observa que, a lo largo de la tramitación del expediente de contratación, en sus fases de promoción, licitación, adjudicación y formalización, y más tarde en la ejecución del contrato, existen actuaciones que se reservan a órganos de composición técnica en los que se integran funcionarios o, de

⁹ De nuevo ha sido el profesor Alejandro Nieto quien, con la lucidez y rotundidad que acostumbra, ha establecido el ciclo de la gestación de tantas actuaciones públicas: “El político, que llega a un Ministerio, pregunta por los proyectos pendientes, rechaza de entrada los que, visto el grado de su madurez, pueden imputarse, caso de éxito, a su predecesor, añade otros nuevos de su cosecha improvisadora y ordena, en fin, sacar adelante el resto, sin preocuparse demasiado en su estudio [...]. Elaborado el proyecto por los burócratas, el político lo altera luego de acuerdo con las conveniencias de la política de su partido (aunque sea rompiendo su coherencia interna, como tantas veces sucede) o de acuerdo con frívolas improvisaciones de última hora”. NIETO GARCÍA, Alejandro, *La burocracia I. El pensamiento burocrático*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, p. 970.

manera más genérica, personal al servicio de la Administración. Por otra parte, en diversos lugares, el ordenamiento prevé la responsabilidad directa de los titulares de los órganos administrativos que tengan la competencia para resolver. La responsabilidad de la concreta actuación de la Administración recaerá de forma directa, por tanto, en los titulares de los órganos de decisión que, como se ha visto, presentan naturaleza política. A pesar de ello —es evidente—, en dicha responsabilidad incide de manera notable la actuación del resto del personal al servicio de la Administración y, singularmente, la de los titulares de los órganos de informe y consulta. Es más, la reciente experiencia acredita que la actuación inspectora de otros órganos de la propia Administración que contrata o de diferentes Administraciones independientes especializadas en aquella actuación técnica, hace descansar en la información recibida por el órgano de contratación gran parte de la valoración de su actuación cuando se aprecia algún grado de irregularidad en la decisión adoptada. En un ámbito de actuación en el que, como se ha visto, las responsabilidades de unos y otros órganos aparecen conectadas, cuando no solapadas y aun confundidas de hecho, interesa perfilar en sus debidos límites el alcance de la labor de informe de dichos servicios.

Como es sobradamente conocido, la línea política de actuación del equipo de gobierno de una concreta Administración no está sometida a la fiscalización de los tribunales; no actúa como tal Administración y, por ello, se halla sujeta a los específicos controles de naturaleza política que establece el sistema. En justa correspondencia, y para no desvirtuar el planteamiento arriba reseñado, tampoco debieran ejercerse potestades administrativas (o hacer dejación de ellas), como las prerrogativas en materia de contratación (así, la interpretación, modificación, etcétera, del contrato) atendiendo a criterios de oportunidad política. Sin embargo, relacionadas con la obra pública, asistimos a una serie de acontecimientos impensables en el ámbito de las relaciones privadas: ¿qué particular admitiría, sin mayor transcendencia, que se le entregase la obra encargada, vencidos los plazos previstos para su ejecución; o que se liquidase esa misma obra por encima de los precios fijados; o que se sujetase el proyecto a modificados sucesivos; o que una vez entregada se le sometiese a ulteriores remates y terminaciones durante el período de garantía? Y todo esto ocurre, sin embargo, en la ejecución de obra pública por cuenta de la Administración; forma parte de sus relaciones con las empresas de construcción, constituye la realidad del Derecho y choca, como decimos, con las denunciadas “exorbitancias” a favor de la Administración.

3. En el ámbito de la contratación y ejecución de obra pública se constata con nitidez la situación aquí denunciada; y ello es debido, como decimos, a unos concretos motivos que la peculiarizan.

Sin necesidad de adentrarse en el controvertido campo de la naturaleza jurídica de los contratos que celebra la Administración o en la vertiente de la cuestión que se refiere a su autonomía en relación con los contratos privados, lo cierto es que uno de

los aspectos en que se coincide es en el de la denominada posición preeminente de la Administración Pública con respecto de la otra parte protagonista de la relación jurídica. Y, sin embargo, nada más incierto en el plano de los hechos.

En el plano doctrinal se asiste a un progresivo “vaciado” de los principios clave que han presidido desde siempre la categoría jurídica del contrato de obra pública. En este sentido, por ejemplo, ha quedado desvirtuado por la jurisprudencia y doctrina el *principio de riesgo y ventura* oponiendo un pretendido concepto nuclear de las relaciones entre las partes contratantes, tomado en préstamo al contrato de gestión de servicios públicos. La idea de considerar al empresario contratista de obras como un colaborador de la Administración dueña de la obra, trasvasando la noción de su esfera propia (el citado contrato de servicios), no responde a la realidad ni a la naturaleza de las respectivas prestaciones objeto de uno y otro contrato. Constituye un puro voluntarismo y recuerda a los bien intencionados llamamientos que dirigían nuestros legisladores decimonónicos, en las primeras legislaciones que regularon las obras públicas, apelando al patriotismo benefactor de los particulares empresarios de los que se demandaba la promoción de infraestructuras de uso público (la historia nos enseña en qué quedó aquello). Con todo, como se ha dicho, lo peor es que la falsa idea, extraña a la obra pública y trasvasada a su ámbito propio, ha hecho suerte en amplios sectores de la jurisprudencia y doctrina, ocasionando una notable distorsión en lo que son las relaciones entre Administración y contratista. Visiones candorosas aparte, debe reafirmarse que el empresario de obras que participa en la licitación, aporta su capital a un negocio (en este caso la ejecución de un proyecto de construcción de titularidad pública); y que la empresa de contratas participa en el negocio justamente en la medida en que obtiene un beneficio económico. Y, cuando este enriquecimiento no se aprecia como suficiente, el empresario, de modo individual o concertado con otros que integran el sector, no duda en desatender la invitación recibida, obligando a que la Administración declare desierta la licitación. La empresa de capital privado encuentra su razón de ser y justificación en el planteamiento y desarrollo de su actividad específica; y esta se halla enderezada a la obtención de una ganancia propia suya. Esa es su finalidad; la colaboración con la Administración tiene lugar en aquella medida en que es compatible, y no más, con la consecución del negocio. Si del plano de las ideas descendemos al de los puros hechos, las conclusiones pueden llegar a ser más desgarradoras.

En los órganos de contratación pesa más su componente político que su configuración como órgano de la Administración. Esta apreciación se obtiene ya en el momento de la concepción de la obra pública, que, a la par que legítimo instrumento de desarrollo y configuración de la sociedad, pasa a ser un medio en manos de los responsables políticos y de sus planteamientos. Así, ignorando el requisito legal que obliga a justificar caso por caso la conveniencia y necesidad de la obra a los fines del interés público, se acometen unas u otras según los intereses del partido de turno, que

premiará o castigará poblaciones y territorios según convenga en cada momento a su estrategia. El propio desarrollo y conclusión de la obra se supeditan, en no pocas ocasiones, a lo que son necesidades electorales. Todos conocemos obras formalmente recibidas por la Administración que han tenido que ultimarse tras la inauguración oficial. La “recepción tácita” es un eufemismo que ha venido a reconocer en la jurisprudencia una práctica habitual (en especial en períodos electorales), que consiste en la inauguración de la obra por el responsable político titular del órgano de contratación, con frecuencia antes de la terminación de los trabajos o tras una injustificada aceleración de estos, que se traduce en una inferior calidad en los acabados de aquella. Este uso, aparte de las deficiencias apuntadas en cuanto a la calidad de los trabajos, ocasiona un evidente perjuicio a los intereses públicos, pues de manera formal e inexorable abre el período legal de garantía de la obra al tenerse esta por recibida a todos los efectos; con el consiguiente perjuicio a la hora de eventuales reclamaciones por parte de la Administración. De igual manera, ese uso partidista determina que los eventuales conflictos y discrepancias que puedan darse en el curso de las obras, encuentren “solución” fuera de los cauces previstos por el ordenamiento para estos casos. No podemos olvidar que el empresario conoce e instrumentaliza en su provecho el hecho cierto de que los responsables de la contratación pública buscan rentabilizar su gestión y, por ello, son renuentes a dilucidar los conflictos de intereses en los tribunales de justicia; dicho extremo representa un factor más del negocio y como tal es utilizado. Una resolución judicial recaída varios años después, aun siendo favorable a los intereses públicos, por dictada una vez agotado el mandato político no forma parte de lo que se considera una gestión eficaz.

La modificación del contrato constituye una de las varias prerrogativas reconocidas a las Administraciones Públicas. La norma reguladora de la contratación pública reviste el ejercicio de esta facultad de especiales requisitos por la transcendencia que la variación de los elementos del contrato tiene para los intereses públicos y para el contratista adjudicatario; entre aquellos, y por lo que luego se dirá, interesa mencionar la incorporación de un informe de los servicios jurídicos. En algunos supuestos, en atención al precio del contrato y al porcentaje de la modificación propuesta respecto de aquel, se exige un segundo informe jurídico; esta vez, por la mayor garantía, del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma de que se trate. El resto de ocasiones en que se requiere la intervención de estos órganos consultivos cualificados se reduce a aquellas en que el contratista se opone a la interpretación que de las cláusulas pretende el órgano de contratación; así como en los casos de nulidad y resolución contradictoria del contrato. Ni que decirse tiene que todas estas intervenciones de órganos “extraños” a la Administración que contrata procuran ser evitadas por los responsables públicos de la gestión. Por un lado, por la evidente demora que toda intervención burocrática ocasiona siempre al programa de ejecución de la obra; de otro lado, y en no pocas ocasiones, la causa de

esta huida de los controles exteriores hay que buscarla en el intento de ocultar toda una maraña de irregularidades, más o menos formales, que se esconde en el expediente de contratación (modificaciones ejecutadas antes de su aprobación o en porcentajes sospechosamente cercanos a los límites legales, novaciones del contrato que evidencian deficiencias en el proyecto o groseras imprevisiones de la Administración, etcétera).¹⁰ El problema en estos casos es que, así como los dictámenes de los órganos consultivos (Consejo de Estado y órganos autonómicos de naturaleza equivalente), por imperativo legal, se centran en exclusiva en el análisis jurídico del asunto objeto de estudio, no sucede lo mismo con los órganos internos de informe, cuyo papel no aparece claro, pues, no siendo órganos de fiscalización interna, tampoco pueden limitarse a repetir en sus informes los presupuestos legales que se contienen en las normas. Sucede en no pocas ocasiones que los órganos internos se encuentran inmiscuidos de una manera más directa en la gestión del contrato (y, también hay que decirlo, sometidos a mayores presiones de los titulares de los órganos de contratación), a diferencia de las Administraciones consultivas, que se hallan favorecidas por su posición distante e independiente.

Ello nos conduce, aunque sea con brevedad, a reconocer la actualidad de lo señalado líneas arriba, pues también aquí la Administración continúa situada en una posición de inferioridad en cuanto al personal a su servicio. Justo es decirlo: el personal más cualificado deja la función pública por el ejercicio libre de la profesión, por lo que las empresas contratistas de obra pública, llegado el caso, pueden recabar el asesoramiento de los profesionales más competentes. Aparte las inexorables leyes del mercado, a esta situación está conduciendo una consciente política de personal de los responsables públicos, que cuentan a su servicio con un escandaloso porcentaje de personal contratado, deliberadamente situado en una posición precaria e inestable, y en no pocas ocasiones más preocupado de superar la eventualidad de su situación individual que de prestar un cabal servicio a la cosa pública. También en esta parcela de actuación la Administración puede encontrarse en peor posición que la empresa privada.

Sin embargo, como decimos, la importancia que se le da a la modificación contractual radica en que se le reputa una de las mayores facultades en manos de la Administración. No obstante, la verdad es que la modificación del contrato también es conocida en el ámbito del Derecho privado; la “exorbitancia”, en este caso, resulta de la posibilidad que se reconoce a la Administración de imponer aquella al contratista. Pero una vez más, en el tema de los privilegios de la Administración, es “más

¹⁰ Se ha llegado a descubrir, recientemente, en el concepto de “obra complementaria” una vía de escape que permite a la Administración, amén de encomendar de forma directa su ejecución al mismo contratista que la principal, un mecanismo de maquillaje de las desviaciones habidas entre el precio de adjudicación y el importe que alcanza la liquidación de la obra. Se fuerza el tenor de la norma, pero se obtiene una rentable imagen de gestión eficaz.

el ruido que las nueces”, pues dicha potestad de modificación unilateral del contrato no tiene una especial significación práctica. Normalmente, la empresa contratista acepta el aumento del volumen de la obra que se construye, pues ello redundaría en un mayor beneficio. Es más, no es infrecuente que algunas de las modificaciones sean aprobadas por la Administración a propuesta del contratista adjudicatario de la obra; por lo que, en suma, en la mayoría de los supuestos no se sigue un perjuicio para el contratista por el uso de tal prerrogativa por parte del órgano de contratación, salvo que la baja ofertada por la empresa o los precios que figuren en el contrato no hagan interesante tal modificación (dado que los nuevos precios se fijan de forma contradictoria), extremos ambos que en su momento quedaron bajo el control de la libre voluntad del empresario, que pudo concurrir o no a la licitación y ofrecer la baja que estimase más adecuada a sus intereses.

4. Vemos, pues, que en este campo de la contratación pública, como en otros, nos encontramos con un modelo o “cliché” no siempre ajustado a la realidad, situación acentuada, en este caso, por ciertas peculiaridades propias del sector, dado que el profesional de la obra pública conoce bien de estas distorsiones y de las “miserias” de la Administración, poniéndolas a contribución de su negocio.

La solución que aquí propugnamos es doble. Por un lado, la necesidad de revisar la concepción del Derecho Administrativo como un derecho privilegiado en manos de la Administración Pública. Es necesaria una gradación del planteamiento clásico y atemperar la aplicación de las prerrogativas al caso concreto; ductilidad unas veces en sentido restrictivo pero otras en sentido progresivo, pues será en no pocos casos la Administración la necesitada de un fortalecimiento de sus potestades por su situación claudicante en la concreta relación jurídica y en su condición de representante de los intereses públicos. Hemos visto que las facultades que el ordenamiento reconoce a la Administración se justifican en tanto que se necesitan para el logro de una gestión eficaz.

El propio Estado social y democrático, según se ha dicho, se fundamenta en el buen funcionamiento de los servicios públicos, legitimándose, de este modo, no solo por su origen, sino sobre todo por su ejercicio.¹¹ La constatación diaria de que estas cuestionadas potestades administrativas se muestran insuficientes impone el cambio de orientación propuesto.

Pero, por otro lado, también hay que reconocer que los servidores de la Administración son eso; personas a las que se les han confiado intereses de la comunidad. Su actuación, por tanto, no debe justificarse en sí misma; no debe servir a los fines personales y a su propia razón de ser, sino que tiene que enderezarse a los fines

¹¹ MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 13 y 91.

de la Administración. Lo que podemos llamar burocracia, por entendernos, debe aportar un elemento de raciocinio a la organización pública; proporcionando lo necesario para garantizar la objetividad e impersonalidad en su funcionamiento. No se trata de una opción a favor de los técnicos, pues también esta puede tener su componente político como ha demostrado el derecho de la organización al distinguir entre tecnócratas y su variante de tecnólogos. Tampoco se trata de una lucha entre políticos y funcionarios, pues, si nos atenemos al modelo establecido, estos carecerían de la legitimidad de aquellos. Menos todavía, el funcionario, en su actuación, debe obstaculizar o mediatizar la gestión de los responsables del gobierno de la Administración. Sin embargo, su labor de informe o dictamen, en cuanto ordenada por la ley, está obligado a desempeñarla con rigor y veracidad en su condición de mandatario de intereses que le trascienden; objetando las razones que considere oponibles a la actuación de los órganos superiores y, llegado el caso, sin merma de la ejecutividad de lo por mandado por aquellos, plasmando su opinión disidente.