

LA CONTRATACION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Por

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO—2. LAS FUENTES REGULADORAS DE LOS CONTRATOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS—3. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: A) *Régimen jurídico*. B) *La Comisión consultiva de compras y contratos*. C) *El control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las adjudicaciones de los contratos*.—4. EL CONTENIDO DEL CONTRATO: REGULACIÓN DEL CONTRATO COMUNITARIO, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRATANTES, EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS Y CONTROL JUDICIAL: A) *La ley aplicable al contrato*. B) *Contenido del contrato tipo comunitario*.—5. CONTRATOS COMUNITARIOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS.—6. VALORACIÓN DEL SISTEMA COMUNITARIO DE CONTRATACIÓN DENTRO DEL PROCESO DE EVOLUCIÓN Y REFORMA DEL PLANO INSTITUCIONAL DE LA COMUNIDAD.—7. EN ESPAÑA, ¿UNA PRAXIS JUDICIAL DE CONTRATOS A LA LUZ DEL MODELO COMUNITARIO?

1. PLANTEAMIENTO

Desde el punto de vista jurídico-comunitario, el fenómeno de la contratación evoca ante todo las famosas directivas (1) que durante los años precedentes ha dictado la Comunidad Europea en relación con los contratos públicos de obras, suministros y servicios públicos (2). A consecuencia de estas directivas, se ha desencadenado en

(1) La contratación pública se basa en las siguientes directivas comunitarias: Directiva 93/37, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras; Directiva 93/36, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros. Ambas directivas tienen una *correspondencia procesal*: Directiva 89/665, de 21 de diciembre de 1989, modificada el 30 de diciembre de 1989, para la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros. También, la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, Directiva 92/50, de 18 de junio de 1992; igualmente, Directiva de sectores 93/38, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Su *vertiente procesal* se regula en la Directiva 92/13, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Deben también tenerse en cuenta algunas proposiciones de modificación de las directivas. Sobre esto, COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Bruxelles, 29 de marzo de 1995, COM (95) 107 final.

(2) Sobre la contratación comunitaria, véase especialmente el *Livre Vert. Les marchés publics dans l'Union Européenne. Pistes de réflexion pour l'avenir*, communication adoptée par la Commission le 27 novembre 1996 sur proposition de Monsieur MONTI; en la doctri-

toda Europa un movimiento general de reforma y frecuentes demandas ante el Tribunal de Justicia de las CC.EE. por parte de la Comisión Europea frente a los Estados miembros reticentes a la trasposición de las directivas.

Después de que las instituciones comunitarias se hayan erigido en protagonistas en materia de contratos públicos, se plantea con especial interés el estudio acerca de cómo es el propio sistema de contratación de las instituciones comunitarias, con el fin de extraer informaciones o puntos de referencia para nuestro propio Derecho. Este proceso de deducción de saberes jurídicos en las propias fuentes del Derecho comunitario habrá de presentar utilidad no sólo desde el punto de vista de la regulación material de los contratos y, por tanto, de sus fases de adjudicación y ejecución. También desde el prisma de la aplicación judicial habrá que observar los criterios jurisprudenciales que se siguen en materia de contratos comunitarios y que puedan servir de referencia para los Tribunales españoles. Por eso este trabajo estudia las sentencias que el Tribunal luxemburgués ha dictado hasta la fecha.

Pero el tema presenta además otras perspectivas de no menor significación. Como es conocido, a nivel comunitario algunos Derechos incardinan la contratación de la Administración dentro del Derecho público y, sin embargo, otros lo hacen dentro del Derecho privado o

na española, A. OJEDA MARÍN, *Contratos públicos en la Comunidad Europea: la Ley de Contratos del Estado y su adecuación al ordenamiento jurídico comunitario*, núm. 112 de esta REVISTA, 1987, págs. 131 y ss.; R. JURISTO SÁNCHEZ, *La adaptación del contrato de obra pública al Derecho comunitario europeo*, Madrid 1987; A. OJEDA MARÍN, *La Comunidad Europea y el GATT en el moderno sistema de contratación pública*, núm. 116 de esta REVISTA, 1988; J. F. MESTRE DELGADO, *El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho comunitario europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares (Comentario a la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989)*, «Noticias CEE», núm. 74, 1991, págs. 35 y ss.; G. SAMANIEGO BORDIÚ, *La normativa comunitaria de los contratos de las empresas que actúan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones*, «REDA», núm. 71, 1991, págs. 357 y ss.; L. RODRÍGUEZ/J. LASA/K. GEEURICKX, *Contratos públicos en la CEE*, «Noticias CEE», núms. 103/104, 1993; J. F. LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, *La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a otras empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea (Sentencia de 17 de noviembre de 1993 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994; M. VINYOLES I CASTELLS, *La adjudicación de los contratos públicos. La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y normativa comunitaria*, Madrid, 1995; J. M. BAÑO LEÓN, *Proyecto de Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, «Anuario del Gobierno Local», Diputación de Barcelona, 1995; M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Los poderes adjudicatarios en el Derecho comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 136, 1996, págs. 49 y ss.; J. A. MORENO MOLINA, *Los procedimientos de selección de contratistas y adjudicación de los contratos*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 136, 1996, págs. 81 y ss.; M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Pamplona, 1996; J. L. PIÑAR MAÑAS, «El Derecho comunitario de la contratación pública. Marco de referencia de la nueva Ley», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (coordinador), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996.

común. Desde esta perspectiva resulta de interés observar qué tendencia —de ambas— es seguida por la Comunidad en sus contratos. Se trataría de realizar así un test a la figura del contrato administrativo.

En general, es preciso investigar este tema, desconocido dentro del Derecho comunitario y que presenta la relevancia jurídica y económica (3) suficiente para ello. Desde esta perspectiva jurídico-comunitaria, el presente trabajo pretende analizar o discutir ciertas deficiencias jurídicas que parecen desprenderse del sistema de contratos de las Comunidades Europeas, así como sus causas y las vías para su posible superación —dentro de los actuales procesos y tendencias de reforma del plano institucional comunitario—.

Pero antes de avanzar en todas estas perspectivas, que han querido simplemente plantearse, corresponde estudiar primero el sistema comunitario de contratación.

2. LAS FUENTES REGULADORAS DE LOS CONTRATOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

La regulación de los contratos encuentra su primera referencia en la normativa presupuestaria, concretamente en el llamado *Reglamento Financiero* (de 21 de diciembre de 1977, si bien sucesivamente modificado) (4) y en su *Reglamento de ejecución* (5). Ambas normas se aplican en común a las tres Comunidades Europeas (CE, CECA y CEEA) (6) y contienen las reglas esenciales en materia de contratos comunitarios (7).

(3) Véase sobre este particular el *Rapport annuel de la Commission consultative des Achats et des Marchés* (CCAM). Las cifras de los últimos años son las siguientes:

Ejercicio 1990: 715.254.989 Ecus.
 Ejercicio 1991: 1.758.050.096 Ecus.
 Ejercicio 1992: 982.328.550 Ecus.
 Ejercicio 1993: 787.970.511 Ecus.
 Ejercicio 1994: 1.160.773.759 Ecus.
 Ejercicio 1995: 1.696.236.907 Ecus.

(4) Concretamente, COMMISSION EUROPÉENNE (Direction générale des budgets), *Règlement financier du 21 décembre 1977 applicable au budget général des Communautés Européennes*, document interne XIX/676/95, modificado por décima y última vez por el Reglamento (CE, Euratom, CECA) núm. 2335/95 del Consejo, de 18 de septiembre de 1995 (JO núm. L 240, de 7 de octubre de 1995, pág. 12).

(5) Reglamento de ejecución del Reglamento presupuestario (Euratom, CECA, CE) de la Comisión, núm. 3418/93, de 9 de diciembre de 1993; núm. L 315/1, de 16 de diciembre de 1993.

(6) Como es sabido, en la actualidad las instituciones comunitarias (Consejo, Comisión, Parlamento, Tribunal de las CC.EE.) son comunes a las tres Comunidades Europeas (y por tanto también sus contratos).

(7) Concretamente, véanse el Título IV del Reglamento financiero y títulos XV a XIX de su Reglamento de ejecución.

Entre dichas reglas (que se irán comentando a lo largo de este trabajo) figura la remisión a las *directivas comunitarias de contratos públicos* —de suministros, de obras y de servicios públicos— para «cuando la contratación iguale o supere los umbrales previstos en las directivas».

Todas estas normas mencionadas se refieren principalmente al momento de la adjudicación del contrato, sin perjuicio de contener alguna prescripción relativa al momento de su ejecución. Pero este último momento es objeto principalmente de *los pliegos de condiciones generales aplicables a los contratos* de cada una de las instituciones comunitarias (8), y por supuesto, de las cláusulas de *los contratos*.

Antes de avanzar en el contenido de todas estas disposiciones, conviene terminar la referencia a las fuentes reguladoras de los contratos —con la mención al *Acuerdo GATT* relativo a los contratos públicos (9), de reciente entrada en vigor (el 1 de enero de 1996)—. Por lo que respecta a la contratación comunitaria, lo significativo de este Acuerdo GATT es que las instituciones comunitarias deben analizar las candidaturas u ofertas de los licitadores de países firmantes de dicho acuerdo en pie de estricta igualdad con las presentadas por empresas comunitarias (10).

Interesa conocer entonces las reglas jurídicas que determinan los momentos de adjudicación y de ejecución del contrato comunitario.

(8) En este caso, cada institución comunitaria elabora sus propios pliegos; en el presente trabajo me refiero a los pliegos de la Comisión Europea: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Pliego de condiciones generales aplicables a los contratos*, marzo 1993 (art. 233.24); la última versión es COMMISSION EUROPÉENNE, *Cahier des conditions générales applicables aux marchés*, mars 1996 (art. 233.18). La contratación del Tribunal se rige por un *Cahier des dispositions générales applicables aux marchés*, de contenido similar al pliego de la Comisión. Por su parte, el Parlamento sigue generalmente el pliego de condiciones de la Comisión, si bien ciertos servicios especiales han elaborado condiciones particulares de contratación. En la actualidad se están elaborando unos «pliegos de condiciones de contratación del Parlamento Europeo».

(9) Fue firmado el 15 de abril de 1994, aprobado mediante la Decisión 94/800/CE, en nombre de la Comunidad Europea, el 22 de diciembre de 1994 [«DOCE», L 336 (págs. 1, 2, 10 y 273 a 289), de 23 de diciembre de 1994]; sobre la significación de este Acuerdo puede verse la sentencia de 8 de mayo de 1996, asunto C-360/93, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*. Véase también la sentencia de 7 de marzo de 1996, asunto C-360/93, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*.

(10) Los derechos de los licitadores y candidatos establecidos en terceros países signatarios del Acuerdo GATT varían según los países y el tipo de contrato. Véanse concretamente los anexos 5 y 6 de la Addenda número 2 a la sexta edición del *Vademécum* de la Comisión consultiva. Por otra parte, el Acuerdo GATT entra en aplicación a partir de determinados umbrales, fijados en el acuerdo, y que sirven también de pauta para la publicación de los anuncios de la serie S del «DOCE».

3. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Régimen jurídico

Rigen con carácter general los principios de publicidad y concurrencia para la contratación comunitaria, tal como sienta el Reglamento financiero; en consonancia, una adjudicación de forma directa es excepcional y sólo puede tener lugar cuando se presente alguna de las causas tasadas que la justifiquen (11). Cuando se igualen o superen los umbrales de las directivas comunitarias, los órganos comunitarios han de seguir la regulación prevista en las directivas de contratos de suministros, obras y servicios públicos.

Al coincidir entonces esencialmente el régimen jurídico de los contratos comunitarios con el de las directivas comunitarias, no presenta mayor interés realizar un estudio acerca de las reglas que han de observarse por los poderes adjudicadores de la Comunidad (12). Por contra, no es, en cambio, fácil conocer el sistema de control establecido a nivel comunitario para velar por el cumplimiento de las reglas de las directivas y del Reglamento financiero. En principio, se ha establecido una remisión a las directivas de suministros, obras y servicios, pero no a las directivas de recursos; tampoco se hace en la normativa comunitaria mención alguna al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La única mención que en este contexto se hace es a la «Comisión consultiva de compras y contratos» (13), que se estudia seguidamente.

B) La Comisión consultiva de compras y contratos

Esta Comisión es un órgano administrativo, compuesto por representantes de los servicios financieros y jurídicos de la Comuni-

(11) Junto al Reglamento financiero, la adjudicación de los contratos se regula, si bien de forma escueta, en los pliegos de condiciones, mediante reglas particulares. Concretamente, siguiendo el pliego de condiciones generales de la Comisión Europea (mayo 1996), aquéllas conciernen al contenido de las ofertas del licitador, a la formalización por escrito del contrato, al momento de conclusión del contrato (que es el de la notificación al licitador de la aceptación de su oferta, mediante carta u orden de pedido) o al pago (que ha de realizarse en ecus).

(12) Para los contratos que no igualen o superen los umbrales de contratación, previstos para que entren en aplicación las directivas comunitarias, rigen también los principios de publicidad y concurrencia; sobre esto, véase *infra*, § 5.

(13) La Comisión consultiva de compras y contratos está regulada de forma extensa, puede decirse, y desde la primera versión del Reglamento financiero (de 1971). Junto a la regulación del Reglamento financiero y su Reglamento de ejecución, puede verse la Decisión de la Comisión de 28 de junio de 1971 (COM 71-911-PE CE/2016/71), modificada varias veces.

dad (14), que ejerce esencialmente funciones consultivas y de asesoramiento de forma independiente, respecto de la contratación de los «ordenadores» (15) de las instituciones europeas. En este sentido, le corresponde dictaminar acerca de la regularidad del procedimiento seguido para la contratación, de la selección del contratista y, en general, sobre las condiciones o criterios que han sido seguidos para la adjudicación (16). Los dictámenes son preceptivos respecto de los contratos de las Comunidades que superen el umbral de 42.000 ecus (17).

Realiza su función de asesoramiento mediante la publicación de unos documentos (*Vademécum*) donde la Comisión sistematiza, recopila y presenta a los «ordenadores» las reglas de Derecho que han de cumplir en su contratación: esencialmente, las directivas de contratos de obras, suministros y servicios, pero también la doctrina jurisprudencial que ha desarrollado el Tribunal de Justicia de las Comunidades (18). Dichos documentos contienen también numerosas recomendaciones de trabajo (19) y criterios para la mejor gestión administrativa y económica. A veces, algunas reglas procedimentales y jurídicas se formulan en tono imperativo por parte de la Comisión consultiva (20) tanto respecto de los momentos de adjudicación del contrato (21) como también de su ejecución (por ejemplo, en relación con los criterios a seguir para la imposición de penalizaciones o para la revisión de precios) (22). No obstante, esto último no puede

(14) Véase M. DÍAZ-LLANOS LA ROCHE, *La competencia consultiva en materia de contratos administrativos otorgados por las Comunidades Europeas. La Comisión Consultiva de Compras y Contratos de la Comisión (CCCC)*, «Revista Noticias de la Unión Europea», núm. 125 (1995), págs. 39 y ss.

(15) Ordenador es la palabra que se emplea en lengua española en el contexto jurídico comunitario (como traducción del francés *ordonnateur*; en alemán es *Anweisungsbefugten*) para designar a los órganos de las instituciones comunitarias que ordenan pagos o la celebración de contratos.

(16) Véase COMMISSION EUROPÉENNE, *Vade-mecum de la CCAM*, 6. édition mars 1994; igualmente, el Reglamento financiero.

(17) Artículo 111 del Reglamento de ejecución del Reglamento financiero.

(18) Así lo ha hecho, por ejemplo, de forma reciente, en relación con la sentencia de 24 de enero de 1995 (asunto C-359/93). El asunto se planteó a consecuencia de una demanda de la Comisión Europea contra el Reino de Holanda. El Tribunal consideró que el Reino de Holanda había infringido las obligaciones que le correspondían (en virtud del art. 30 del Tratado y de las directivas comunitarias de contratos de suministros), ya que no había precisado ni las personas legitimadas para concurrir en la licitación ni el día, hora y lugar de la apertura de las ofertas.

(19) Puede verse el artículo 61 *in fine* del Reglamento financiero y el 112 de su Reglamento de ejecución.

(20) Véase así el «Nuevo anexo 10 a la sexta edición del *vademécum* de la CCCC», en la Addenda núm. 1 a la 6.ª edición del *Vademécum de la CCCC* (procedimiento escrito E/94/1972, adoptado por la Comisión con fecha de 11 de noviembre de 1994).

(21) Puede verse COMISIÓN EUROPEA, *Vademécum...*, págs. 15 a 40 y 41 a 68.

(22) Lo mismo ocurre en el caso de la Junta Consultiva de contratación administrativa que se prevé en el Derecho español [J. A. SANTIAGO VIADA, «La Junta Consultiva de contra-

llevar a romper con el criterio según el cual una obligatoriedad (de los ordenadores) en sentido jurídico sólo se desprende o deriva de la norma misma y no, por tanto, de las recopilaciones de la Comisión consultiva y ni siquiera de sus propias recomendaciones o *instrucciones* (23). Esto no impide que pueda llegar a producirse responsabilidad disciplinaria si se omite el trámite de consulta de la Comisión Consultiva, tal como se encarga de decir el Tribunal de Cuentas de las CC.EE. (24).

C) *El control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las adjudicaciones de los contratos*

Pese a que la regulación de los contratos comunitarios no prevé mención específica alguna acerca del control judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ni tampoco se remite en ningún momento a las directivas de recursos, el Tribunal de Luxemburgo declara abierta su jurisdicción para conocer de los litigios en materia contractual.

El Tribunal tutela los intereses de los recurrentes sobre la base del artículo 173.4 del Tratado de la CE, que permite a toda persona física o jurídica «la interposición de un recurso contra las decisiones de las que sea destinataria». Este precepto abre así las vías para el ejercicio de una acción de anulación contra la adjudicación de un contrato, y en la práctica se ha ejercitado a veces junto a un recurso de inactividad o incumplimiento (del art. 175.3) con el fin de que el Tribunal obligue a la Comisión a que realice una determinada actuación para evitar una adjudicación ilegal (con ejemplos, *infra*, seguidamente). También ha de tenerse en cuenta el artículo 181, por el que el Tribunal de Justicia se declara competente cuando exista una

tación administrativa», págs. 198 y ss., en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (coordinador), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996]. Sobre la Comisión Consultiva de compras y contratos pueden verse los criterios establecidos en COMISIÓN EUROPEA, *Vademécum de la CCCC* (versión en lengua española), 6.ª edición, marzo 1996, Bruselas-Luxemburgo, págs. 47 y 48; págs. 46 y 47 de la versión francesa.

(23) En este sentido, de la regulación de la Comisión Consultiva no se extrae siquiera la impresión de que sus informes tengan carácter vinculante. Su regulación coincidiría sustancialmente con la de la Junta Consultiva de contratación administrativa que se prevé en el Derecho español (tanto por su carácter consultivo como por los efectos de sus informes); sobre éstos, J. A. SANTIAS VIADA, «La Junta Consultiva de contratación administrativa», *op. cit.*, pág. 195.

(24) Véase, así, TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe especial núm. 5/95 presentado en virtud del segundo párrafo del apartado 4 del artículo 188 C del Tratado CE sobre la firma sin visado del contrato de construcción del hemicycle del Parlamento Europeo en Estrasburgo, acompañado de las respuestas del Parlamento*, «DOCE», C 27, año 39, 31 de enero de 1996. La «doctrina» de este informe puede ser trasladable al caso de la Comisión Consultiva.

cláusula compromisoria contenida en un contrato (remitiéndose al Tribunal de Luxemburgo para resolver el litigio). Esto último afecta, no obstante, al control judicial de los litigios concernientes a la fase de ejecución (y no de adjudicación) del contrato, tal como se estudia en este trabajo en el lugar correspondiente (*infra*, § 4). Por su parte, el artículo 178 (en relación con el art. 215) abre específicamente un cauce procesal para las acciones de responsabilidad por los daños causados por una adjudicación ilegal que cause un perjuicio al licitador (25).

Interesa especialmente comprobar cuáles son los criterios que sigue el Tribunal en relación con el control judicial de las adjudicaciones de contratos. Puede a estos efectos diferenciarse entre los momentos de admisibilidad y de estimación de la demanda.

En relación con el primero, han de apuntarse ciertas reglas de tipo procesal en las que el Tribunal se ha basado para declarar la acción inadmisibile. El Tribunal exige, así, que se ejercite correctamente *la acción procesal procedente* en el caso concreto. De este modo, se inadmite la acción de inactividad (también llamada de incumplimiento u omisión) si el demandante debió presentar en realidad una acción de anulación, máxime cuando ha transcurrido el plazo para el ejercicio de esta última (auto del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1991) (26).

Sobre el criterio de *la legitimación*, el Tribunal parte de que el recurrente haya sido licitador en la oferta del contrato (27). Por otra parte, el recurrente ha de hacer valer una lesión jurídica. El artículo 173 del Tratado exige, concretamente, que la decisión comunitaria le afecte directa e individualmente. Este último presupuesto ha suscitado una especial polémica y una numerosa jurisprudencia —en materia de contratos—. En él se ha apoyado el Tribunal para declarar sistemáticamente inadmisibile la acción procesal, en relación con una serie de supuestos en los cuales las adjudicaciones de contratos públicos se hacían «en común» entre la Comisión Europea y un país

(25) Sobre el sistema de justicia comunitario, M. BACIGALUPO SAGESSE, *La justicia comunitaria*, Madrid, 1995, págs. 57 y ss.; J. M. FARAMIÑAN GILBERT, «El control de la legalidad comunitaria: el recurso de nulidad y el recurso por omisión», en RODRÍGUEZ IGLESIAS/D. J. LIÑAN NOGUERAS (directores), *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, págs. 507 y ss.; M. C. BERGERÈS, *Contentieux communautaire*, París, 1989; S. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *El control de la discrecionalidad administrativa a la luz del Tribunal de Justicia y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español*, núm. 135 de esta REVISTA, 1994, págs. 303 y ss.; C. DÍAZ JIMÉNEZ, *Principios de Derecho procesal comunitario*, Madrid, 1996.

(26) Asunto C-250/90, *Control Union Gesellschaft für Warenkontrolle mbH contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. I-3585 y ss.

(27) Sentencia de 28 de octubre de 1982, asunto 135/81, *Groupement des Agences de Voyages, a.s.b.l. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 3799 y ss., § 7.

beneficiario de una ayuda al desarrollo concedida por aquélla (en virtud de los famosos acuerdos de Lomé). Para el Tribunal de Luxemburgo, la función de la Comisión (en nombre de la Comunidad) se limitaba o bien a una supervisión de la adjudicación o bien a una recomendación o prescripción de los criterios a seguir en la adjudicación (28), ya que la entidad adjudicataria era la Administración del Estado beneficiario de la ayuda al desarrollo (29). La casuística jurisprudencial no impide llegar a un criterio general según el cual la acción —bien de anulación, bien de inactividad o incumplimiento (30) o incluso de indemnización (31)— es inadmisibles si las actuaciones comunitarias no despliegan efectos frente a terceros por realizarse aquéllas dentro de relaciones jurídicas interadministrativas (32); no producen en estos casos un «perjuicio» en los términos que establece el artículo 173 del Tratado de la Comunidad Europea.

En los litigios en materia de adjudicación de los contratos, frecuentemente se alega la excepción procesal de *incompetencia del Tri-*

(28) La posición de la Comisión es, a juicio del Tribunal, la de una instancia *interesada* en la legalidad de las adjudicaciones. Esto es discutible porque concretamente, en virtud de dichos acuerdos, la Comisión debía proponer una lista de licitadores seleccionados (en caso de que la adjudicación se hiciera de forma directa) o tenía un poder de codecisión o aprobación en caso de que fuera por concurso. Véanse las sentencias de 4 de marzo de 1982, *cit.* § 15, y la sentencia de 27 de septiembre de 1988, *cit.* § 11.

(29) Junto a las sentencias anteriores, pueden verse en este contexto las ilustrativas sentencias de 14 de enero de 1993, asunto C-257/90, *Italsolar SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. I-9 y ss.; y de 19 de septiembre de 1985, asunto 33/82, *Murri frères contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 2759 y ss.

(30) La acción de inactividad o incumplimiento se ejercita ante el Tribunal de Justicia sobre la base de que la Comisión tiene una obligación de actuar frente a las adjudicaciones ilegales de los Estados adjudicadores. En este contexto, puede verse, inadmitiendo dicha acción, la sentencia de 4 de marzo de 1982, *cit.* §§ 13 y 18.

(31) Ni siquiera se ha estimado esta acción cuando la Comisión asumía directamente el papel de la entidad adjudicadora, como ocurría en el supuesto de la sentencia de 16 de noviembre de 1994, *cit.*

(32) «No es procedente el recurso si la decisión de la Comisión es una simple recomendación» (sentencia de 24 de junio de 1986, asunto 267/82, *Développement SA y Clemessy contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 1907 y ss., § 23). En estos casos, «no estamos ante una *decisión* en términos del artículo 173 del Tratado» (sentencia de 4 de marzo de 1982, asunto 182/80, *H. P. Gauff Ingenieure GmbH & Co. KG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 799 y ss.); puede verse también la sentencia de 10 de julio de 1985, asunto 118/83, *CMC Cooperativa muratori e cementisti y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 2325 y ss., § 29; auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 1990, asunto C-201/86, *Société Spie-Batignolles contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. I-197 y ss.; la acción procesal no se admite si la decisión no tiene efectos jurídicos frente a los licitadores (sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto 114/86, *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 5289 y ss., §§ 12 y ss.). En todos estos casos, no se afecta una posición jurídica del licitador, ya que éstos no «entablan una relación jurídica con la Comunidad»; así, véase la sentencia de 10 de julio de 1984, asunto 126/83, *STS Consorzio per sistemi di telecomunicazione via satellite SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 2769 y ss.; concretamente, los §§ 7, 16 y 18 («las únicas relaciones jurídicas del licitador son las que se entablan con el Estado adjudicador, signatario del acuerdo de Lomé»).

bunal; sin éxito, sin embargo, ya que aquélla no prospera siquiera en los casos que acaban de ser referidos, en los que «la Comunidad no era parte del contrato». Indudablemente, el Tribunal de Justicia pretende afianzar su competencia en materia de contratos comunitarios entendiendo de forma amplia sus funciones (33).

También se amparan en sede judicial comunitaria los recursos que solicitan *medidas cautelares* frente a una adjudicación ilegal. El Tribunal de Justicia exige que se hagan valer los presupuestos propios de este tipo de pretensiones, que son exigibles para lograr la obtención de una medida cautelar en el caso concreto. Así, que se acredite la «necesidad de las medidas requeridas» (34), o que la concesión de lo solicitado no deja el proceso principal vacío de contenido (35).

Interesante es destacar que el enjuiciamiento del Tribunal parte de (y se hace sobre) la pretensión del sujeto, exigiendo al demandante que haga valer sus presupuestos específicos (para que la demanda pueda estimarse). De ello no es sólo ejemplo el supuesto anterior de las medidas cautelares. También lo son las acciones de indemnización. El Tribunal se centra en estos casos en la averiguación de si concurren los presupuestos de esta acción, concretamente la existencia de un daño, una relación de causalidad y la antijuridicidad de la medida; ha de demostrarse también la «especialidad» del daño; finalmente, han de constar con claridad los presupuestos de hecho en relación con los cuales se produjo el daño y deben probarse fehacientemente cada uno de los presupuestos de esta pretensión (36).

(33) Ejemplarmente, sobre esto, la sentencia de 2 de diciembre de 1992 [asunto C-370/89, *Société générale d'entreprises électro-mécaniques SA (SGEEM) y Roland Etroy contra Banco Europeo de Inversiones*, Rec., págs. I-6211], declarando la competencia del Tribunal para entender de las acciones planteadas en virtud del artículo 215 contra el Banco Europeo de Inversiones; igualmente, es ilustrativa la sentencia de 18 de diciembre de 1986, asunto 426/85, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Jan Zoubek*, Rec., págs. 4057 y ss.

(34) Desestimando la pretensión, véase así el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1990, asunto C-257/90 R, *Italsolar SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. I-3841 y ss.

(35) Desestimando la pretensión cautelar, véase así el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 1986, asunto 231/86 R, *Asociación momentánea Breda-Geomineraria contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 2639 y ss.

(36) Sentencia de 16 de noviembre de 1994, asunto T-451/93, *San Marco Impex Italiana SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. II-1061 y ss.; sentencia de 4 de marzo de 1982, *cit.* §§ 14 y 20; sentencia de 10 de julio de 1985, *cit.* §§ 33 y ss.; sentencia de 14 de enero de 1993, *cit.* §§ 32 y ss.; sentencia de 19 de septiembre de 1985, *cit.*; sobre el requisito del carácter especial del daño puede verse la sentencia de 24 de junio de 1986, § 33; sentencia de 16 de noviembre de 1994, *cit.* (donde no se entró a valorar el posible derecho de indemnización, ya que el demandante no aportaba pruebas suficientes); en esta línea, también la sentencia de 11 de julio de 1996, asunto T-175/94, *International Procurement Services SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Por otra parte, el Tribunal estima que no puede pedirse una indemnización por los gastos y otros perjuicios causados por la entidad adjudicadora en la fase de adjudicación, ya que aquéllos han de asumirse por el licitador (sentencias de 24 de junio de 1986, *cit.* § 33 y §§ 27 y ss., y de

En relación con la *estimación* de la demanda, el Tribunal considera que, en la fase de adjudicación, la entidad adjudicadora dispone de un «amplio margen de apreciación» en cuanto a los elementos que hay que valorar para decidir sobre la adjudicación del contrato; en consonancia, el control del Tribunal «debe limitarse a comprobar que no existe ningún error grave y manifiesto» (37). El Tribunal exige que la entidad adjudicadora motive la decisión de no admisión de un licitador a la fase de concurso, si bien no concreta los requisitos exigibles respecto de la motivación (38).

4. EL CONTENIDO DEL CONTRATO: REGULACIÓN DEL CONTRATO COMUNITARIO, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRATANTES, EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS Y CONTROL JUDICIAL

A) *La ley aplicable al contrato*

A continuación se trata de averiguar si existe un régimen jurídico comunitario previsto para la fase de ejecución del contrato, un régimen jurídico en el que se establezcan las obligaciones y derechos de las partes contratantes. En principio, no parece ser posible deducirlo, ya que en los contratos comunitarios se pacta la remisión a una determinada ley nacional como ley reguladora del contrato; no podría entonces extraerse un sistema general comunitario de contrata-

10 de julio de 1985, *cit.* § 47; igualmente, el art. 4 del pliego de condiciones de la Comisión Europea). No se plantean, sin embargo, problemas en estos casos para que el Tribunal pueda entrar en su enjuiciamiento, en virtud del artículo 215 del Tratado de la CE.

Un supuesto singular, en materia de responsabilidad extracontractual a consecuencia de perjuicios derivados de la ejecución de un contrato, es el de la sentencia de 29 de abril de 1993; debido a ciertos débitos en el pago de las cantidades precisas para la continuación de la prestación objeto del contrato por parte del empresario, éste solicitaba ante el Tribunal de Luxemburgo una indemnización a consecuencia de los daños ocasionados por una negativa de ejecución de un embargo de bienes comunitarios, por parte de la Comisión Europea, que se había ordenado por un Tribunal belga sin que la Comisión opusiera objeción alguna. El Tribunal de Justicia denegó esta petición invocando que todo embargo de bienes de la Comunidad precisaba de previa autorización del propio Tribunal. Al ser legal la actuación de la Comisión (de negativa de realización del embargo mientras no existiera una autorización judicial), no había lugar para pedir una indemnización en virtud del artículo 215.2 del Tratado de la CE (sentencia de 29 de abril de 1993, asunto C-182/91, *Forafrique Burkinabe SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 1-2161 y ss.); puede también verse el auto del mismo Tribunal de fecha 17 de junio, asunto 1/87, *SA Universe Tankship contra Comisión Europea*, Rec., 1987, 2807.

(37) Por eso se desestima la demanda en la sentencia de 8 de mayo de 1996, asunto T-19/95, *Adia Interim SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*. En el presente caso existía un error de cálculo en la presentación de la oferta de uno de los licitadores. El Tribunal entendió que de este hecho no se derivaba una obligación de ponerse en contacto (por parte de la entidad adjudicadora) con el licitador. Puede verse también la sentencia de 10 de julio de 1985, § 5.

(38) Sentencia de 8 de mayo de 1996, *cit.*

ción, ya que habría tantos regímenes jurídicos como leyes o Derechos nacionales existen (quince, pues, dentro de la Comunidad). Máxime cuando también queda a la libertad de las partes contratantes la estipulación del Tribunal que ha de conocer de los litigios que se presenten (39).

Sin embargo, existen ciertos apoyos para poder deducir un régimen jurídico comunitario para la fase de ejecución del contrato comunitario. Un primer elemento es la constatación de que la práctica comunitaria ha generalizado una serie de criterios para todo tipo de contrato de las Comunidades (40). Así, respecto de la concreta estipulación del Tribunal y de la ley aplicable. De esta forma, en los contratos comunitarios se pacta la remisión al Tribunal de Justicia de las CC.EE. de Luxemburgo (estipulación conforme con los arts. 181 del Tratado de la Comunidad, 153 del Tratado de la CEEA o 42 del Tratado de la CECA). La ley nacional aplicable para resolver las controversias del contrato es, por otra parte, la del lugar donde está destinado el órgano comunitario responsable del seguimiento de la ejecución del contrato (41).

Pero el elemento que mayormente ha contribuido a la generalización de un régimen jurídico comunitario para todo tipo de contrato de las instituciones comunitarias ha sido el valor que el Tribunal de Justicia viene otorgando a los pliegos generales y particulares de contratación elaborados por las propias Comunidades Europeas, a los que las partes se remiten (42).

En efecto, la pauta que sigue el Tribunal de Justicia de las CC.EE. para resolver los litigios planteados es el pliego de condiciones elaborado por cada una de las instituciones comunitarias, a los que se remiten los contratos. Siempre que en aquéllos (o en las prescripciones del Reglamento financiero) (43) exista una regulación, no hace falta

(39) También se prevé así en los pliegos de condiciones; véase el artículo 17 del pliego de condiciones de la Comisión Europea.

(40) En los pliegos de condiciones y en los contratos mismos se prevé que el licitador acepta todas las condiciones estipuladas en la convocatoria de la licitación y que renuncia a sus propias condiciones de venta o trabajo.

(41) Dicha regla rige cuando las prestaciones se efectúan en el territorio de un Estado miembro. Cuando las prestaciones se efectúan fuera del territorio de la Comunidad, el «ordenador» elegirá o bien la legislación y la competencia de los Tribunales del lugar de ejecución de las prestaciones o bien la del lugar donde tenga su domicilio social o su residencia principal el adjudicatario. No obstante, los ordenadores podrán conceder excepciones previa consulta al servicio jurídico. La Comisión Consultiva de compras y contratos insiste en la observancia de estos criterios como regla general.

(42) Concretamente, se pacta la validez de las condiciones generales, pliegos de condiciones particulares, pliegos de especificaciones técnicas, así como las reglas previstas en el propio concurso o en la licitación o, en su caso, la invitación a licitar (de acuerdo con los propios pliegos de condiciones y los contratos, que así lo establecen).

(43) Como ya nos consta, dichas prescripciones son por otra parte escasas. Pero, en la medida de lo posible, el Tribunal arraiga los criterios de la sentencia en normas de la

acudir a la ley nacional (44). De este modo, no sólo se salvan las posibles contradicciones entre la ley nacional y los pliegos de condiciones (45), sino que también se consigue un régimen jurídico propio para los contratos comunitarios. Esto último se entiende especialmente si se considera que los pliegos no contienen simples reglas o principios abiertos que hubieran de integrarse o interpretarse a la luz de la ley nacional aplicable. Más bien, contienen una regulación completa del contrato comunitario, que regula sus distintas incidencias, el régimen de derechos y deberes de las partes y, en general, su fase de ejecución. Es al menos una regulación tan completa como para que el Tribunal pueda resolver el litigio basándose exclusivamente en los pliegos de condiciones elaborados por las propias instituciones comunitarias.

Estos hechos hacen, pues, posible la deducción de un régimen jurídico comunitario propio para los contratos de las instituciones comunitarias; esta conclusión es, por otra parte, tanto una consecuencia lógica de aplicar lo estipulado en el contrato (la remisión a los pliegos) como una solución conforme también con la ley nacional del contrato, ya que con toda seguridad aquélla permitirá deducir la primacía del contrato como ley entre las partes (46): lo que ocurre es que las cláusulas del contrato no se redactarán conforme a dicha ley nacional, sino dentro de un marco jurídico establecido por la propia Comunidad.

propia Comunidad: Reglamento financiero o su Reglamento de ejecución. Puede seleccionarse sobre esto la ilustrativa sentencia de 5 de marzo de 1991, asunto C-330/88, *Alfredo Grifoni contra CEEA*, Rec., págs. I-1045 y ss.

(44) Pueden, así, consultarse: sentencia de 26 de noviembre de 1985, asunto 318/81, *Comisión de las Comunidades Europeas contra CO.DE.Mi. SpA*, Rec., págs. 3694 y 3707, y especialmente pág. 3711, § 19, § 23 y § 59; sentencia de 8 de abril de 1992, asunto C-209/90, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Walter Feilhauer*, Rec., págs. I-2613 y ss., § 36; sentencia de 13 de noviembre de 1986, asunto 220/85, *Sociedad Anónima de Derecho belga Fadex NV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 3387 y ss.; sentencia de 5 de marzo de 1991, asunto C-330/88, *Alfredo Grifoni contra CEEA*, Rec., págs. I-1046 y 1065, § 8; sentencia de 23 de enero de 1986, asunto 251/84, *Centrale Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbh contra Comunidad Económica Europea*, Rec., págs. 217 y ss.; sentencia de 1 de junio de 1995, asunto C-42/94, *Heidemij Advies BV contra Parlamento Europeo*, Rec., págs. I-1417 y ss., § 16; sobre la afirmación de la competencia del Tribunal es ilustrativa la sentencia de 18 de diciembre de 1986, asunto 426/85, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Jan Zoubek*, Rec., págs. 4057 y ss.

El propio pliego de condiciones de la Comisión parece también confirmarlo en su artículo 17. La versión o redacción alemana es especialmente clara: «sólo en la medida en que en los pliegos no se prevea una regulación, es cuando entra en aplicación la ley nacional» (*sofern in den Besonderen Bedingungen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist...*).

(45) Para entender fácilmente esta cuestión puede resultar útil partir de que, a diferencia del caso de los Estados miembros, en el ámbito de los contratos comunitarios no forman ley y pliegos de condiciones un mismo sistema jurídico ni, por tanto, existe necesariamente una coherencia o identidad entre las regulaciones de ambos.

(46) En este contexto, sentencia de 1 de junio de 1995, *cit.* § 16.

B) *Contenido del contrato tipo comunitario* (47)

Corresponde comprobar entonces a continuación la regulación comunitaria de los contratos, que se deduce esencialmente de los pliegos de condiciones; también de algunas disposiciones del Reglamento financiero y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las CC.EE. (48).

En el contrato, el adjudicatario se obliga a cumplir la prestación acordada en los plazos estipulados en aquél, a cambio de un *pago* por parte de la Comisión; la jurisprudencia del Tribunal le reconoce también un derecho a los intereses devengados tras el momento del impago (49).

En relación con los *plazos de ejecución*, éstos se estipulan concretamente en el propio contrato y se empiezan a computar tras su fecha de conclusión. El contratista tiene derecho a una prórroga del plazo de ejecución en caso de fuerza mayor (50) y a solicitar, simplemente, la prórroga del plazo de ejecución del contrato.

La Comisión puede imponer penalizaciones por demora, con arreglo a lo dispuesto en las condiciones particulares del contrato. Aquéllas pueden imponerse a partir del momento en que se produjo el retraso o demora en la ejecución y mientras no se haya resuelto el contrato (51).

(47) Las referencias que a continuación siguen se centran en los contratos de la Comisión Europea, porque es éste el supuesto indudablemente más relevante. Por otra parte, el contenido de los contratos de las demás instituciones comunitarias no difiere esencialmente de aquél (véase respuesta del señor Liikanen en nombre de la Comisión a la pregunta de C. Rovsing, «DOCE», núm. C 305/81, de 15 de octubre de 1996). En relación con la contratación del Tribunal, existe un *Cahier des dispositions générales applicables aux marchés*, de contenido similar al pliego de la Comisión. Por su parte, el Parlamento sigue generalmente el pliego de condiciones de la Comisión, si bien ciertos servicios especiales han elaborado condiciones particulares de contratación. Finalmente, en la actualidad se están elaborando unos «pliegos de condiciones de contratación del Parlamento Europeo».

(48) El Reglamento financiero es especialmente parco respecto de la regulación de la ejecución de los contratos comunitarios. Establece concretamente reglas para la revisión de precios, para la posibilidad de exigir una caución con el fin de garantizar la ejecución de los contratos; también reconoce a favor de las Comunidades un derecho de indemnización en caso de incumplimiento del contratista; al respecto pueden consultarse los artículos 122 a 125 y 108 del Reglamento 3418/93 y el *Vademécum*, *cit.* pág. 71.

(49) Estos se determinan, de acuerdo con los pliegos de contratación, en virtud del Derecho nacional que se haya estipulado para regular el contrato (el Derecho belga, en el caso resuelto por esta sentencia en que nos basamos, de fecha 13 de noviembre de 1986, *cit.* § 11).

(50) Artículo 10 del pliego de condiciones de la Comisión Europea que coincide esencialmente con el artículo 97.2 de nuestra Ley de Contratos.

(51) Sentencia de 26 de noviembre de 1985, *cit.*; por su parte, la Comisión consultiva considera también que las penalizaciones deberán reunir determinadas condiciones para poder imponerse: adaptación a la naturaleza del contrato, necesidad, racionalidad y carácter progresivo.

Rige la regla del *ius variandi a favor de la Comunidad*, en un sentido amplio, al ser procedentes «cuantas modificaciones aquélla estime oportunas y que sean compatibles con el estado de avance de los trabajos». El contratista puede solicitar que se modifique el objeto del contrato, quedando entonces a discrecionalidad de la Comisión las consecuencias que de ello hayan de derivarse. Las modificaciones del contrato dan lugar a un documento adicional escrito, concluido en idénticas condiciones que aquél, sin que quepa la posibilidad para ello de recurrir a acuerdos verbales.

El *principio de riesgo y ventura* (52) está también recogido en los pliegos generales de condiciones, concretamente en las disposiciones complementarias aplicables a los contratos de suministros y de obras (53); de este modo, considerando la práctica jurisprudencial que hace primar el contenido de los pliegos de condiciones, poco valor resta a la regulación que pudiera disponer en otro sentido la «legislación nacional reguladora del contrato» (54).

Para que puedan tener validez y eficacia los derechos y obligaciones entre las partes, tanto la regulación comunitaria (en este punto el propio Reglamento financiero y los pliegos de contratación) como, por tanto, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo exigen que aquéllos consten por escrito (así, generalmente en el propio contrato o bien en un documento posterior). Se han planteado frecuentemente problemas jurídicos en relación con trabajos realizados por el contratista, de forma suplementaria a los que figuraban en el contrato, alegando aquél que habían sido ordenados verbalmente por la Comunidad Europea. Así se entiende que el Tribunal haya insistido en el criterio mencionado (55). Quizás fuera de utilidad para el Tribunal

(52) Sobre este principio en el Derecho español, recientemente, J. L. VILLAR PALASÍ/J. L. VILLAR EZCURRA, «El principio de riesgo y ventura», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (coordinador), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996.

(53) Pueden verse los artículos 20 (primer párrafo) y 20 E.

(54) No se prevé una regulación específica para los contratos de servicios públicos, respecto de los cuales el principio de riesgo y ventura sería *matizable*. Por otra parte, la jurisprudencia no ha desarrollado este principio ni, con ello, sus limitaciones.

(55) Sentencia de 5 de marzo de 1991, asunto C-330/88, *Alfredo Grifoni contra CEEA*, Rec., págs. I-1045 y ss.; el Tribunal exige que las obligaciones consten por escrito, para que puedan surtir efectos los derechos y obligaciones pactados (de acuerdo con el Reglamento financiero y las cláusulas contractuales que han sido pactadas). En el presente supuesto, las partes acordaron la sujeción al Tribunal de Justicia y la aplicación del Derecho italiano. La desavenencia, en cuanto al importe del contrato, partía de la realización de ciertos trabajos cuyo encargo por la Comisión Europea no constaba por escrito. El Tribunal consideró insuficiente el encargo verbal por la Comisión, pese a que los trabajos estaban realizados, exigiendo una constancia por escrito para que dichas obras pudieran dar lugar al pago correspondiente.

Puede consultarse también la sentencia de 18 de diciembre de 1986, asunto 426/85, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Jan Zoubek*, Rec., págs. 4057 y ss., § 11; en este caso, se pactó la sujeción de las partes al Derecho belga (lugar de realización de las prestaciones en favor de la Comisión Europea) y a la jurisdicción del Tribunal de Luxem-

luxemburgués el conocimiento de los criterios que se siguen por los Tribunales españoles, más generosos y depurados sobre la base de la teoría del enriquecimiento injusto, que lleva a hacer prosperar las pretensiones de pago del contratista aun cuando el contrato no se haya formalizado por escrito, aun a pesar de que así debió haberse hecho (sentencia del TSJ de Cantabria de 5 de febrero de 1996, AA núm. 4 1996, § 129, basándose en la jurisprudencia del TS: sentencias de 21 de marzo de 1991, de 24 de julio de 1992 y otras).

Sobre la *resolución del contrato*, los pliegos de condiciones establecen causas que facultan a la Comisión a resolver el contrato. Esto ocurre, así, en caso de que aquél se encuentre en situación de quiebra o situación análoga (56). También en caso de incumplimiento del contratista; en este último supuesto, la Comisión puede requerir al contratista a que cumpla el objeto del contrato y, tras este preaviso o «carta de emplazamiento», rescindir el contrato. Pero también puede aquélla resolver directamente el contrato si a consecuencia del incumplimiento «deja de tener objeto la prestación» objeto del contrato; no es entonces necesario preaviso, como tampoco lo es si se presenta «incumplimiento grave por parte del contratista». En todo caso, la decisión de rescisión debe notificarse al contratista por carta certificada.

La cuestión entonces está en averiguar si existen otras causas de resolución, en primer lugar, y, en segundo, si o en qué casos se prevé un derecho de indemnización a favor del contratista. Hasta la última versión de los pliegos de condiciones (ésta de 1996) constaba expresamente por escrito un derecho de libre resolución a favor de la Comisión Europea (abonando al contratista una indemnización correspondiente a la parte del contrato aún no ejecutada).

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las CC.EE., no sólo se ha reconocido un derecho de resolución del contrato (a favor de la Comisión) por causas de fuerza mayor (así, el estallido de la guerra civil en Somalia) (57); «siguiendo lo estipulado en los contratos», el Tribunal de Luxemburgo llega a reconocer «un poder de re-

burgo. Igualmente, puede verse la sentencia de 20 de octubre de 1993, asunto C-338/92, *Compagnie d'entreprise CFE contra Parlamento Europeo*, Rec., págs. I-5237 y ss. (en este caso apoyándose en los pliegos de condiciones regulados en una Orden Ministerial belga que regían en el presente caso de acuerdo con el Derecho belga, al que se habían remitido las partes).

(56) Concretamente, se mencionan los casos de liquidación, cese de actividades, suspensión de pagos, convenio preventivo o cualquier situación análoga que resulte de un procedimiento similar existente en las legislaciones y normativas y que lleve aparejada la suspensión de las actividades comerciales. En segundo lugar se prevé la situación de *procedimiento* de declaración de quiebra, suspensión de pagos, convenio preventivo o cualquier otro procedimiento similar que exista en las legislaciones y normativas nacionales.

(57) Sentencia de 16 de noviembre de 1994, *cit.*

solución unilateral —a favor del poder adjudicador— absolutamente discrecional, convocando esta institución comunitaria, si lo desea, un nuevo concurso para una nueva adjudicación del contrato» (58).

En relación con el derecho de indemnización del contratista en caso de resolución, en los propios pliegos de condiciones se encuentran reglas específicas sobre esta cuestión; así, expresamente se prevé la no indemnización en el supuesto de la resolución en caso de quiebra o «situación análoga...». En los contratos pueden encontrarse estipulaciones sobre los criterios a seguir (59) y, si no, habría que estar a lo dispuesto en la ley nacional aplicable al contrato, siempre que así lo prevean los contratos (60).

El incumplimiento del contratista acarrea la obligación del contratista de reparar a la Comisión los daños causados por la no ejecución del contrato, la ejecución defectuosa o la ejecución tardía del contrato. Estos criterios de los pliegos de condiciones son seguidos también por el Tribunal de Justicia de las CC.EE. La paralización de la obra por parte del contratista se equipara judicialmente al supuesto de incumplimiento; aunque haya interpuesto una acción ante el Tribunal, aquél está obligado a seguir realizando la prestación convenida, si bien puede pedir judicialmente el reconocimiento de una medida cautelar a su favor con el fin de inexecutar provisional o temporalmente el contrato. De lo contrario, y salvo el caso de fuerza mayor, «si paraliza la ejecución de la obra, asume la responsabilidad que de ello pueda derivarse (frente al poder adjudicador)» (61). Por su parte, la Comisión puede ordenar la paralización de la obra (en el caso de los contratos de obras) si considera que no se está haciendo conforme a lo estipulado, y podrá determinar la responsabilidad del contratista a consecuencia de la necesidad de paralizar las obras.

En caso de incumplimiento del contratista, la Comisión tiene también un derecho a exigir la restitución de los pagos adelantados

(58) El poder adjudicador era el Parlamento Europeo (sentencia de 1 de junio de 1995, *cit.*). En este caso se reconoció un derecho de indemnización a favor del contratista.

(59) Entonces priman como ley entre las partes (sentencia de 1 de junio de 1995, *cit.* §§ 16 y ss.).

(60) Sentencia de 1 de junio de 1995, *cit.* §§ 16 y siguientes: el Tribunal mantiene la validez del Código civil belga (que reconoce un derecho de indemnización a favor del contratista en caso de resolución del contrato), sólo *porque* no existe una cláusula específica en el contrato sobre esta cuestión y porque la voluntad de las partes del contrato de no excluir la indemnización *se desprende* de las cláusulas del contrato. Sin embargo, el poder adjudicador goza de un derecho de resolución discrecional, ya que «este extremo ha sido así regulado expresamente en el contrato».

(61) Sentencia de 26 de noviembre de 1985, *cit.*; y sobre el mismo asunto, auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1982, asunto 318/81 R, *Comisión de las Comunidades Europeas contra CO.DE.MI. SpA*, Rec., págs. 1325 y ss. La referencia en nuestro Derecho es el artículo 114.4 de la Ley de Contratos.

—«anticipos» (62) realizados— después de que haya transcurrido un mes desde el requerimiento de la Comisión para que aquél cumpla el contrato (63).

Siempre antes de acudir al Tribunal, las partes contratantes pueden recurrir a un informe pericial, «en caso de divergencia que requiera comprobaciones materiales o técnicas» (tal como prevén los pliegos de condiciones) (64).

La regulación comunitaria de los contratos contempla también una *regulación específica para los contratos de obras y de suministros*. En síntesis, en los contratos de obra se incide en las típicas (al menos desde el punto de vista jurídico español) (65) funciones de supervisión del desarrollo de las obras, por parte de los «delegados de la Comisión», pudiéndolas paralizar si consideran que no se están desarrollando conforme a lo estipulado.

Los pliegos de condiciones establecen también ciertos límites relativos a la posibilidad de aceptar la obra por parte de la Comisión Europea; aquélla ha de estar ejecutada al menos en un 95 por 100, ha de mediar un requerimiento al contratista con el fin de concederle la oportunidad de estar presente en el momento de la aceptación y, por último, ésta no puede realizarse si el estado de la terminación de las obras no permite la utilización del conjunto que constituye el objeto del contrato.

Tras la aceptación, el contratista queda obligado a sustituir, reparar y poner a punto durante un año (u otro tiempo estipulado) todo aquello que haya sido objeto del contrato, a no ser que aquél pueda probar que los daños o el mal funcionamiento obedecen a fuerza mayor, a uso anormal o a reparaciones o modificaciones efectuadas por la Comisión sin la conformidad escrita del proveedor (66).

Respecto de los contratos de suministros, los pliegos regulan las condiciones de expedición, embalaje y transporte de los suministros, y la fase de aceptación, los períodos de garantía, la factura y la forma de pago.

Finalmente, habría que mencionar otras reglas concretas válidas para todo tipo de contrato, concernientes a la subcontratación (per-

(62) Respecto de dichos «anticipos», la Comisión Consultiva de compras y contratos recomienda que cuando el contrato tipo utilizado establezca el pago de un anticipo superior a 100.000 ecus los ordenadores prevean una «garantía de reembolso del anticipo».

(63) Sentencia de 8 de abril de 1992, asunto C-209/90, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Walter Feilhauer, Rec.*, págs. I-2613 y ss., § 36.

(64) Si la desavenencia se produce también sobre el perito que ha de dictaminar, éste lo designará el Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En nuestro Derecho sería el Consejo de Estado (RD 390/1996) quien asume todas estas funciones.

(65) Puede verse el artículo 142 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

(66) Los plazos de garantía pueden ser, igualmente, prorrogados en las disposiciones específicas del pliego de condiciones particulares.

mitida, a menos que se estipule en contrario), a la responsabilidad del contratista en la ejecución del contrato (intransferible), a la utilización de patentes o al deber del contratista de guardar secreto en relación con las informaciones que se le hayan comunicado con carácter de oficiales.

5. CONTRATOS COMUNITARIOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS

En el Derecho comunitario se conocen y emplean los términos de «contratos administrativos» y «contratos privados»; así, la contraposición está reconocida en los propios Tratados fundacionales de las Comunidades (art. 181 del Tratado de la CE, o 153 del Tratado de la CEEA, o en el art. 42 del Tratado de la CECA). También la jurisprudencia los distingue, y califica a veces como administrativos o como privados (67). Abundando en estas referencias, las directivas comunitarias se bautizan como directivas de contratos públicos (de suministros, obras y servicios). Asimismo, en el Reglamento financiero se distinguen y regulan específicamente los contratos públicos (*marchés publics*). Concretamente, esta última regulación afecta a los contratos comunitarios de obras, servicios y suministros, que pueden así ser considerados como los contratos administrativos nominados.

Pero no son sólo razones de tipo formal las que llevan a afirmar el reconocimiento de la figura del contrato administrativo en el Derecho comunitario de contratos. La denominación de ciertos contratos como administrativos se acompaña, materialmente, con el régimen jurídico típico del contrato administrativo. Por una parte, rigen los principios de publicidad y concurrencia (en definitiva, el principio de legalidad) en relación con la fase de adjudicación del contrato comunitario (68). Por otra parte, el sistema administrativo comuni-

(67) No obstante, las referencias en la jurisprudencia no se hacen desarrollando una doctrina sobre el particular, ya que a lo sumo se agotan en una simple referencia en el índice o encabezamiento de la sentencia por la cual se indica si el supuesto se refiere, o bien a un contrato administrativo (sentencia de 5 de marzo de 1991, *cit.* pág. 1045; sentencia de 26 de noviembre de 1985, pág. 3693), o bien a un contrato privado (sentencia de 13 de noviembre de 1986, *cit.* pág. 3393; así se consideró el contrato por el cual la Comisión Europea encargaba a un empresario el arreglo del suelo de una determinada sala del edificio de la Comisión). En la doctrina, L. GOFFIN, «La responsabilité contractuelle des Communautés», *Les nouvelles, droit des Communautés européennes*, 1969, pág. 159; P. J. VERDAM, «De privaatrechtelijke contractuele aansprakelijkheid der E.E.G», *Volkenrechtelijke opstellen aan Prof. Dr. Jesina H. J. Van der Molen*, Kampen, 1962, pág. 169.

(68) Como recuerda acertadamente SÁNCHEZ MORÓN, «los rasgos más característicos que diferencian el régimen jurídico de la contratación pública de la privada se encuentran en la regulación de los actos de preparación y adjudicación» [M. SÁNCHEZ MORÓN/J. GARCÍA TORRES, «Actuaciones preparatorias, tramitación del expediente de contratación y adjudicación de los contratos», pág. 357, en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (coordinador), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996].

tario ha tomado para sí las prerrogativas propias o características de un sistema de contratación administrativo (69), pues, tal como hemos podido comprobar, las Comunidades (sin necesidad de acudir a un Tribunal) pueden introducir cuantas modificaciones deseen en el objeto del contrato, paralizar la obra, imponer penalizaciones, resolver libremente el contrato, establecer que el contratista renuncie a sus propias condiciones de venta o trabajo...

El sistema comunitario de contratos sigue el modelo francés, en tanto en cuanto contempla una regulación específica en la que se prevé tanto la sujeción de la voluntad contratante a presupuestos especiales de legalidad como la idea de las prerrogativas públicas. No sigue, pues, el modelo alemán o el británico, que no reconocen específicamente los contratos administrativos y que, al menos el primero, sujeta el régimen de ejecución de los contratos administrativos al propio de los particulares (esto es, al Código Civil o *BGB*).

Que la Comunidad Europea sigue el modelo de los contratos públicos (*marchés publics*) es fácil también hacerlo deducir de las famosas directivas comunitarias de contratos de suministros, obras y servicios (que también valen en el ámbito estrictamente comunitario). Aquéllas han llevado a profundizar e incluso perfeccionar la figura del contrato administrativo a nivel europeo; en primer lugar, sobre los Derechos nacionales que parten de la incardinación de los contratos de la Administración en el Derecho civil, aquéllas han causado un efecto de iuspublicación, mediante la introducción del principio de legalidad administrativa y de medios públicos de control (70). En los propios sistemas de Derecho administrativo las directivas han traído consigo una ampliación de las exigencias de legalidad que los poderes adjudicadores (o las empresas públicas) han de seguir para la adjudicación del contrato.

No obstante este reconocimiento del contrato administrativo (hecho especialmente meritorio considerando la indiferencia del Derecho comunitario hacia las formas jurídicas) (71), no están claros, sin embargo, otros aspectos. Ni siquiera está, en efecto, claro el concepto del contrato administrativo en el ámbito comunitario, su alcance o extensión y su delimitación respecto de los contratos civiles.

Este hecho puede valorarse en el contexto de las doctrinas que ponen de manifiesto ciertos déficits jurídicos de las Comunidades

(69) Sobre la prerrogativa como elemento definitorio del contrato administrativo puede verse L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Pamplona, 1996, pág. 278.

(70) S. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1996, págs. 239 a 250.

(71) Sin salir del Tratado de la CE puede verse el artículo 222.

Europeas (72). Da la impresión de que se sigue el modelo (francés) de los contratos administrativos por pura inercia, sin que existan criterios jurídicos orientadores de la delimitación conceptual de esta figura jurídica en el Derecho comunitario.

Pese a esto, la legislación comunitaria permite, sin embargo, deducir el régimen jurídico de los «contratos administrativos» (según el criterio nominalista seguido, los de obra, suministro y servicio público) y de los demás contratos, civiles. Sólo aquéllos tendrían una regulación específica (en la sección primera del Título IV del Reglamento financiero, en los pliegos de condiciones y en las directivas comunitarias) (73), pese a que todos ellos gozarían de un mismo régimen jurídico básico, respecto al cual paso a continuación a referirme.

En este sentido, merece destacarse que todos los contratos de las Comunidades han de seguir el principio de concurrencia, regla que, por tanto, también rige para los contratos diferentes de los contratos de obras, servicios y suministros. La práctica jurisprudencial corro-

(72) Así, J. L. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, *El Derecho común y el nacimiento de Europa*, «RDCI», 613 (1992), págs. 2523 y ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, op. cit., pág. 667, donde designé al fenómeno como «ausencia de una idea clara de Derecho»; véase también H. W. RENGELING, *Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht*, «VVDSrL», 53 (1994), págs. 208 y ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht*, «DVBl», 1993, págs. 924 y ss.; F. SCHOCH, *Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, «JZ», núm. 3, 1995, págs. 109 y ss.; véase infra § 6.

(73) En el marco de los contratos públicos se han desarrollado formas de gestión, los llamados *contratos marco* y *contratos múltiples*. El primero surge cuando no es posible fijar de antemano las dimensiones o cantidades precisas del suministro, obra o servicio, así como las fechas de entrega o prestación. Si bien los elementos esenciales del contrato (el precio, la duración del contrato y las condiciones básicas para la realización del mismo) no pueden alterarse tras la celebración del contrato marco (sobre la base de la correspondiente licitación), las cantidades concretas se dejan sin determinar, pendientes, pues, de un posterior convenio con el adjudicatario del contrato. El *contrato múltiple* es un contrato entre la Comisión y varios empresarios (proveedores o prestadores de servicios) con vistas a ejecutar el contrato de forma sucesiva por uno u otro de los contratistas en caso de indisponibilidad del primer contratista obligado. Puede verse, para la exhaustiva «regulación» de ambas figuras, la Nota modificativa núm. 3 al *Vademécum de la CCCC. Disposiciones aplicables en materia de contratos marco*. También la sentencia del Tribunal de primera instancia de fecha 8 de mayo de 1996, asunto T-19/95, *Adia Interim SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, en relación con un contrato marco para el aseguramiento (por parte de la Comisión) de personal interino. Por su naturaleza jurídica, el contrato se calificó como un contrato público de servicios; puede verse también la sentencia de 5 de marzo de 1991, *cit.* Por su parte, la Comisión Consultiva de compras y contratos recomienda la celebración de los contratos marco respecto de los suministros cuya entrega deba fraccionarse en el tiempo o de obras o prestaciones de carácter repetitivo (en el argot comunitario).

También se distinguen específicamente los expedientes inmobiliarios, por una parte, y los contratos de subvención o contribución económica, por otra parte. Los contratos de expedientes inmobiliarios son aquellos contratos de compra y alquiler de bienes inmobiliarios. Sobre el contrato de subvención puede verse la Nota modificativa núm. 4 al *Vademécum de la CCCC*, pág. 37. En la jurisprudencia, ejemplos del contrato de contribución económica son los de las sentencias de 23 de enero de 1986, *cit.*, y de 18 de diciembre de 1986, *cit.*

bora esta regla, contenida en el Reglamento financiero. Por ejemplo, en el caso que dio origen a la sentencia de 28 de octubre de 1982 (74) se siguió un trámite de concurso para la adjudicación de una agencia de viajes dentro del edificio de Luxemburgo de la Comisión Europea.

Hay, no obstante, una excepción concerniente a los contratos de compra de un inmueble construido o de alquiler de un inmueble (75). Confirmando esta regla, no se abrió un concurso respecto del contrato privado de compraventa del hemiciclo del Parlamento Europeo en Estrasburgo (76).

Junto a esta regla del concurso existen otros criterios de legalidad que también conciernen a todo tipo de contrato. Así, normas de tipo procedimental preparatorio del contrato; concretamente, la necesidad de realización de un proyecto de contrato por parte del «ordenador» y la presentación de un expediente ante la Comisión consultiva de compras y contratos (77); y, principalmente, prescripciones de tipo presupuestario, tales como la presentación de una propuesta de compromiso de gasto al interventor con indicación de los costes (con cargo al presupuesto) y con la presentación de los documentos justificativos (incluido el proyecto de contrato); en este sentido, como los contratos suponen un gasto presupuestario, aquéllos han de contar con el visado del interventor en el impreso de la propuesta de compromiso, hecho que certifica que se ha seguido una buena gestión financiera y las reglas de disponibilidad de créditos. También se prevé en este sentido la inscripción contable de la propuesta del compromiso. Finalmente, la firma del contrato, la emisión de orden de pago y nuevamente un visado o negativa de visado del interventor en la orden de pago, antes de que se proceda al pago por el contable (78).

Se persigue con ello la observancia no sólo de los principios de le-

(74) Asunto 135/81, *Groupement des Agences de Voyages, a.s.b.l. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. 3799 y ss.

(75) Artículo 57 del Reglamento financiero.

(76) TRIBUNAL DE CUENTAS, Informe especial núm. 5/95, presentado en virtud del segundo párrafo del apartado 4 del artículo 188 C del Tratado CE, sobre la firma sin visado del contrato de construcción del hemiciclo del Parlamento Europeo en Estrasburgo, acompañado de las respuestas del Parlamento, «DOCE», C 27, año 39, 31 de enero de 1996.

(77) «Nuevo anexo 10 a la sexta edición del Vademécum de la CCCC», en la Addenda núm. 1 a la 6.ª edición del *Vademécum de la CCCC (procedimiento escrito E/94/1972 adoptado por la Comisión con fecha de 11 de noviembre de 1994)*, pág. 5, § 5.

(78) Son, éstas, disposiciones del Reglamento financiero destinadas a garantizar que las decisiones que dan lugar a gastos con cargo al presupuesto sean objeto de controles previos para comprobar la regularidad del gasto y la aplicación del principio de buena gestión financiera (arts. 36 a 39 del Reglamento financiero). En el artículo 66 de su Reglamento de ejecución se menciona en este contexto el contrato, como figura o técnica por la que se dispone un gasto, así para la compra de un inmueble.

galidad, sino también de eficiencia, conveniencia y oportunidad del contrato (79). La vulneración de estos presupuestos desencadena, lógicamente, consecuencias jurídicas (80); en este sentido, se ha planteado una especial complejidad acerca de las consecuencias de un contrato celebrado sin el presupuesto del visado por parte del interventor. Un informe del Tribunal de Cuentas (81) mantuvo que el contrato ya formalizado era válido frente al contratista (por lo que el Parlamento Europeo quedaba obligado al pago de los cánones anuales correspondientes que se derivaban del contrato en favor de la otra parte contratante), pero que la irregularidad a que daba lugar la inexistencia de visado ocasionaba responsabilidad disciplinaria (de acuerdo con el Título V del Reglamento financiero) (82).

Para los contratos administrativos rigen no sólo estas reglas, sino también, como ya nos consta, un régimen específico y completo respecto de las fases de adjudicación y de ejecución del contrato. Pero la generalidad de los contratos ha de respetar los principios de concurrencia y publicidad para la adjudicación.

6. VALORACIÓN DEL SISTEMA COMUNITARIO DE CONTRATACIÓN DENTRO DEL PROCESO DE EVOLUCIÓN Y REFORMA DEL PLANO INSTITUCIONAL DE LA COMUNIDAD

Seguidamente quieren estudiarse o discutirse ciertas deficiencias jurídicas del sistema comunitario de contratación, así como su signi-

(79) Así, «los ordenadores prestarán una especial atención a la relación coste-eficacia (art. 2 del Reglamento financiero) consultiva» y deberán «analizar la prospección del mercado» [«Nuevo anexo 10 a la sexta edición del Vademécum de la CCCC», en la Addenda núm. 1 a la 6.ª edición del *Vademécum de la CCCC (procedimiento escrito E/94/1972 adoptado por la Comisión con fecha de 11 de noviembre de 1994)*, pág. 4, § 2].

(80) La sexta y última edición del *Vademécum de la CCCC* (Addenda núm. 1 procedimiento escrito E/94/1972 adoptado por la Comisión con fecha de 11 de noviembre de 1994, que introduce un anexo 10, pág. 4) establece que «no podrá asumirse con respecto a terceros compromiso alguno en relación con los expedientes de gestión inmobiliaria de no cumplirse previamente el procedimiento descrito en la presente instrucción».

(81) TRIBUNAL DE CUENTAS, Informe especial, núm. 5/95, presentado en virtud del segundo párrafo del apartado 4 del artículo 188 C del Tratado CE sobre la firma sin visado del contrato de construcción del hemicycle del Parlamento Europeo en Estrasburgo, acompañado de las respuestas del Parlamento, «DOCE», C 27, año 39, 31 de enero de 1996.

(82) El caso se planteó en relación con la construcción del edificio del Parlamento Europeo en Estrasburgo. El Parlamento Europeo celebró un contrato de enfiteusis con el Ayuntamiento de Estrasburgo y una sociedad de economía mixta constructora (por el que aquél se obligaba anualmente al pago de un canon a cambio de la adquisición del edificio, con la posibilidad de su compra en un plazo de diez años tras la celebración de aquél) sin el visado del interventor. En el presente caso, el interventor estuvo al corriente de la preparación de este contrato, pero el Parlamento no formuló su petición al interventor en el impreso de «compromiso de gasto».

ficación real en el contexto de los típicos procesos actuales de reforma del plano institucional comunitario.

Todo este análisis puede realizarse sobre la base de tres elementos básicos o esenciales del sistema comunitario de contratación. El primero se refiere a los pliegos generales como ley del contrato.

En este sentido, desde un punto de vista jurídico, la posibilidad de vincular al contratista no puede provenir simplemente de unos pliegos de condiciones elaborados por la propia instancia que celebra el contrato (83). Hace falta una legitimación para ello, como ocurre en los Estados de Derecho, en los cuales la posibilidad de que el contratista quede vinculado frente a los poderes públicos deriva en último término de una ley elaborada por el Parlamento donde están establecidos los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Los déficits en el plano jurídico y democrático son por eso evidentes desde el momento en que, en el sistema de contratación comunitaria, la vinculación jurídica del contratista deriva de unos pliegos de condiciones que elabora la propia instancia de contratación, sin un apoyo o cobertura en una norma democráticamente legitimada en dichos términos, y sin un control judicial sobre la legalidad de las cláusulas allí establecidas.

En segundo lugar, hemos podido observar que en el contrato comunitario se prevén las típicas prerrogativas propias del contrato administrativo. Así, la facultad de las instituciones comunitarias (sin necesidad de acudir a un Tribunal, como dicen los pliegos de condiciones) de introducir «cuantas modificaciones estime oportunas», de ordenar la paralización de la obra, imponer penalizaciones, etc.

Pues bien, este sistema no es un fenómeno puramente casual en los Derechos de los Estados miembros donde se ha desarrollado, pues tiene unas causas y presupuestos determinados que son los que lo legitiman y hacen posible. La legitimación de las prerrogativas públicas está en que la Administración representa un interés público. Su justificación se comprende dentro de una determinada concepción jurídico-cultural basada en la idea del servicio público, por la cual se justifica el ejercicio de poderes especiales por parte de la Administración en tanto en cuanto ésta esté sirviendo a la realización de servicios públicos (o «cumpliendo una función de su giro o tráfico administrativo»). Jurídicamente, se trata de una concepción ligada (esencial o intrínsecamente) a los Estados en cuanto tal, pues, en de-

(83) Según nos consta, gracias en gran medida al Tribunal de Justicia de las CC.EE., los pliegos de contratación de la Comisión son la ley del contrato. Por otra parte, el artículo 1 del pliego de condiciones de la Comisión Europea prevé que el licitador acepta todas las condiciones estipuladas en la convocatoria de la licitación y que renuncia a sus propias condiciones de venta o trabajo.

finitiva, la concreta regulación del contrato administrativo se entiende en conexión con la cualidad de Administración en cuanto ente al servicio de los intereses públicos. ¿Se presentan estas características en el ámbito comunitario?

Pero, antes de avanzar en esta cuestión, terminemos el análisis de los elementos básicos del sistema comunitario de contratos aludiendo desde esta misma perspectiva a otro problema significativo. Como ha podido observarse en el apartado dedicado al «contenido del contrato comunitario» (*supra*, § 4), los pliegos de condiciones prevén determinadas reglas que las instituciones comunitarias han de respetar en la ejecución del contrato. Así, la Comisión sólo puede aceptar la obra si «su estado de terminación permite la utilización del conjunto que constituye el objeto del contrato», y únicamente si «la obra está ejecutada en un 95 por 100 como mínimo». Se establecen así ciertas pautas de legalidad que la Comisión Europea ha de seguir para su propia actuación, respecto del momento de la ejecución del contrato. Pero el sentido de este tipo de reglas se presenta concretamente cuando existe un interés público que tutelar, que es el que puede llevar al Legislador a establecer ciertas normas de *ius cogens* que la Administración ha de seguir para la ejecución del contrato.

No por ello quiere llegarse aquí a una conclusión o valoración negativas sobre el sistema comunitario de contratación; tampoco mantener que sería más adecuado con la Comunidad un sistema de contratación no público, como el alemán, donde se parte de que la Administración representa sus intereses propios o particulares en el mismo nivel que lo hacen los ciudadanos. Más bien, se trata aquí de entender el sistema comunitario de contratación en el contexto general institucional de la Comunidad Europea, dentro, pues, de su estado actual y su dimensión de futuro (84). No pueden obviarse los pro-

(84) Entendido así, aquél no sería sino una muestra más que corrobora los típicos déficits jurídicos y democráticos de la Comunidad. Sobre los déficits jurídicos de las Comunidades, J. L. DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, *El Derecho común...*, págs. 2523 y ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, op. cit., págs. 667 y 15 y ss.; W. RENGELING, *Deutsches...*, págs. 208 y ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Deutsches...*, págs. 924 y ss.; F. SCHOCH, *Die Europäisierung...*, págs. 109 y ss.; sobre los déficits democráticos, U. VILLANI, «Il deficit democratico nella formazione delle norme comunitaria», *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1992, págs. 599 y ss.; G. LAPRAT, *Reforme des Traités: le risque du double déficit démocratique*, «Revue du Marché Commun et de la Union Européenne», octubre 1991, págs. 351 y ss.; A. G. CHUECA SANCHO, *Derecho de petición al Parlamento Europeo y déficit democrático de la Unión Europea*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 137, junio 1996, págs. 9 y ss.; J. C. ARCE GÓMEZ, *Insuficiencias del Parlamento Europeo en el examen del presupuesto y en el examen político de las instituciones comunitarias*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 134, marzo 1996; M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, *La reforma del control jurisdiccional comunitario en la Resolución sobre la Constitución de la Unión Europea aprobada por el Parlamento Europeo*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 133, febrero 1996; A. ALLUE BUIZA, *El Parlamento Europeo*, Valladolid, 1990, pág. 21.

yectos y tendencias de interés, acerca de la elaboración de una constitución para la Unión Europea o de un modelo federalista, abandonando progresivamente el carácter institucional finalista e instrumental que aún hoy predomina en las Comunidades (85) —para llegar así a una Unión Europea más próxima en su carácter a un Estado (*Staatlichkeit o Staatswerdung*)— (86). Dentro de esta tendencia general que paulatinamente completa y perfecciona el planteamiento institucional actual comunitario habría que entender la regulación actual en proceso de formación (*im Werden*) del sistema de contratación administrativa. En este contexto, no parece entonces, por otra parte, inoportuna la vía de profundizar a nivel comunitario

(85) El análisis en profundidad del tema trascendería de los objetivos del presente trabajo. Simplemente, pueden recordarse ciertos hitos que corroboran estas tendencias, como han sido los distintos proyectos de constitución europea realizados hasta el momento, la consagración en el Tratado de Maastricht del principio de subsidiariedad, o la idea de ciudadanía europea. El Tratado de Maastricht es generalmente entendido dentro de esta tendencia federalista que acompañaría al proyecto comunitario desde sus inicios. Como es conocido, a diferencia de un Estado, las Comunidades no tienen actualmente una «competencia de la competencia», al regir, por contra, un sistema enumerativo de competencias; su sistema de competencias se determina de acuerdo con la idea de la atribución de fines mencionados en el Tratado. Su origen mismo está en un acto de Derecho internacional como es un Tratado. Pero no son tampoco típicas organizaciones internacionales ya que, a diferencia de las organizaciones internacionales, lo característico de la Comunidad es que sus disposiciones tienen efecto directo e inmediato (siendo destinatarios directos los ciudadanos), así como su justiciabilidad y la defensa de los derechos subjetivos de los ciudadanos, hecho que según se ha dicho «a été reconnu par la doctrine comme un des critères du passage d'un système confédéral a un système fédéral» (V. CONSTANTINESCO/R. KOVAR/J. P. JACQUÉ/D. SIMON, *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, París, págs. 13 y ss., §§ 19 y ss. —§ 24—); sobre la naturaleza jurídica de las Comunidades Europeas, y las distintas tesis internacionalistas, federalistas o «supranacionalistas», pueden verse estos trabajos: L. J. CONSTANTINESCO, *La nature juridique des Communautés européennes*, «Annales de la Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège», 1979, pág. 151; C. LEBEN, *A propos de la nature juridique des Communautés*, «Revue française de théorie juridique», 1991, pág. 61; U. EVERLING, *Reflections on the structure of the European Union*, «Common Market Law Review», 1992, pág. 1053; G. ISAAC, *Manual de Derecho comunitario general*, traducción de G. L. RAMOS RUANO, Barcelona, 1995, págs. 361 y ss.; M. IGLESIAS CABERO, *Fundamentos de Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1995, págs. 37 y ss.

(86) S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El sistema comunitario de competencias*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 148, 1997; S. U. PIEPER, *Subsidiarität*, Köln, 1994; T. STEIN, *Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?*, «VVDStRL», 53, 1994, págs. 27 y ss.; H. P. STIHL, *Chance Europa. Die europäische Einigung aus Sicht der deutschen Wirtschaft*, «Aus Politik und Zeitgeschichte», B/1993, 1-1-1993, pág. 29. Se habla, así, de un «proceso de estatalización de la Comunidad» (*auf dem Wege zu einer Staatlichkeit*); véase M. RAINER LEPSIUS, «Nationalstaat oder Nationalitätenstaat als Modell für die Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaft», en R. WILDENMANN (coordinador), *Staatswerdung Europas?*, Baden Baden, 1991; y en el mismo libro, otras interesantes contribuciones de H. SCHNEIDER, D. BIEHL, R. BIEBER, F. W. SCHARPF y B. WIELAND; A. VON BOGDANDY, «Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung», en *Auf dem Weg zu einer Europäischen Staatlichkeit*, Bonn, 1993, págs. 24 y ss.

Sobre las tendencias actuales de reforma puede verse la Résolution du Parlement Européen sur la constitution de l'Union Européenne du 10 février 1994; en la doctrina, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El proyecto de Constitución europea*, «Revista de Derecho europeo», núm. 4, 1994; y los trabajos de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, en «Noticias CEE», núm. 100, 1993, págs. 93 y ss., y J. V. LOUIS, «Revista de Instituciones Europeas», 1995, núm. 22.

en el contrato público, figura que lleva consigo la afirmación del principio de legalidad administrativa (respecto de las decisiones de adjudicación de los contratos) y refuerza las facultades de los poderes públicos en la contratación. Todo esto conlleva, lógicamente, una mayor atención hacia los contratos, dentro del ámbito comunitario, especialmente en el plano judicial, perfeccionando el actual sistema (integrando, así, la regulación de los pliegos de contratación y reforzando sus bases legales) (87). En definitiva, el contrato público o administrativo *perfeccionaría* el carácter *estatal* y público de las instituciones comunitarias o, cuando menos, se situaría dentro de esta tendencia o proceso.

7. EN ESPAÑA, ¿UNA PRAXIS JUDICIAL DE CONTRATOS A LA LUZ DEL MODELO COMUNITARIO?

Ciertos hechos justifican un análisis de los criterios jurisprudenciales que son seguidos a nivel comunitario, a los efectos de extraer consecuencias válidas y de interés para el Derecho español. Por una parte, la validez de la jurisprudencia comunitaria como punto de referencia para la praxis judicial española se comprende pensando en que existe una normativa basada en unos mismos principios (a nivel comunitario y nacional), determinados éstos en las directivas comunitarias. Por otra parte, la función del Tribunal de Justicia es equiparable con la que puedan desarrollar las instancias judiciales nacionales, pues aquélla no es la de interpretar el Tratado, sino la de resolver litigios entre las partes del contrato. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es, asimismo, la fuente de información más genuina respecto de la aplicación que puede darse a los instrumentos procesales contenidos en las directivas de recursos y que son parte del ordenamiento jurídico español.

Pues bien, podrían destacarse dos resultados o enseñanzas para los Tribunales contencioso-administrativos, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha sido estudiada en este trabajo.

(87) Estas ideas se enmarcarían así dentro de los procesos que a este nivel constitucional está impulsando el Tribunal de Justicia; véase, con más bibliografía sobre el tema, M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *La Corte di giustizia quale elemento essenziale nella definizione di Costituzione europea*, «Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario», núm. 2, 1996, pág. 230. Por contra, el Tribunal se limita a seguir al pie de la letra los pliegos de condiciones de las instituciones comunitarias, examinando simplemente si las pretensiones de las partes encajan dentro de dichos pliegos. Podría también desarrollarse una doctrina jurisprudencial garantista a favor del contratista, frente a la práctica seguida actualmente (*supra* § 3, y sentencias de 5 de marzo de 1991, *cit.*; 18 de diciembre de 1986, *cit.*, y 23 de enero de 1986, *cit.*).

En primer lugar, habría que subrayar la necesidad de que se apliquen judicialmente (y se prevean legalmente) todos los medios procesales necesarios para tutelar los intereses del recurrente y de que el control judicial se haga *por referencia* a la pretensión; por otra parte, no sólo las pretensiones de anulación (para lograr que se anule una decisión), también las prestaciones o de condena (para conseguir una *prestación*, esto es, un hacer o no hacer por parte de la Administración), así como las preventivas y cautelares —tanto positivas como negativas— (88).

La práctica judicial a nivel comunitario es una buena referencia en cuanto al manejo —que ha de hacer un juez— de los distintos medios que el Derecho procesal contempla para la protección de los licitadores o adjudicatarios (89). Es importante destacar que en todos los casos examinados (*supra*, § 3) el Tribunal ha resuelto en relación con el concreto interés del sujeto (de anulación, cautelar, de condena...). No se plantea así, por ejemplo, que el recurrente deba conformarse con una indemnización por el hecho de que no se enjuició en su momento su interés en una anulación o suspensión.

Otro plano distinto se refiere, no obstante y en segundo lugar, a la medida o extensión de la aplicación de dichos medios procesales (al *cómo*, pues, de su utilización). De acuerdo con la práctica seguida por el Tribunal luxemburgués, los Tribunales contencioso-administrativos habrían de exigir que el demandante hiciera valer todos y cada uno de los distintos elementos de la pretensión ejercitada (90) (para poder obtener la declaración de admisibilidad y la estimación de la acción ejercitada) (91).

(88) Puede verse sobre esto mi trabajo *La reforma del contencioso-administrativo: el Anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo*, «Revista del Poder Judicial», núm. 39, septiembre 1995, págs. 203 y ss.

(89) Un buen ejemplo de ello es el auto (comentado *supra*) del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1991, asunto C-250/90, *Control Union Gesellschaft für Warenkontrolle mbH contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., págs. I-3585 y ss.

(90) Por ejemplo, en relación con las pretensiones cautelares, dichos presupuestos serían: la necesidad de una resolución judicial urgente, siendo imposible esperar al final del proceso principal y siendo las medidas cautelares el único medio posible para la tutela del interés del sujeto; también la necesidad de hacer valer que la concesión de lo solicitado no lleve a dejar el proceso principal vacío de contenido...; en relación con las pretensiones de indemnización: la existencia de un daño, una relación de causalidad, la antijuridicidad de la medida (especialidad del daño, relación de causalidad...).

(91) En cierto modo, mediante estas exigencias respecto al ejercicio de la pretensión no viene sino a compensarse el hecho (al que aludíamos anteriormente) de la amplia gama de pretensiones procesales a favor del recurrente. Todas estas reflexiones derivan de la «concepción subjetiva» del contencioso-administrativo; parte aquélla de la atribución a favor del recurrente de amplios poderes procesales para ejercitar sus derechos, mediante un completo sistema de pretensiones (de anulación, preventivas y de condena) y cautelares (positivas y negativas); por otra parte, insiste aquélla en que se hagan valer los presupuestos de la pretensión. Desde el momento que ni el presupuesto del acto administrativo ni el de la legitimación suponen hoy restricción significativa para que el Tribunal declare admi-

En este sentido, por lo que a los contratos se refiere, es significativo que la actitud judicial comunitaria llega a ser esencialmente didáctica, explicando al recurrente por qué no tiene razón en sus pretensiones procesales. Por eso, considerando el Derecho comunitario de contratos en su globalidad (directivas junto a la praxis judicial que ha sido comentada), surge la reflexión, a efectos del Derecho español, de hasta qué punto el contenido de la regulación de los contratos no podría quedar desvirtuado a través de una aplicación judicial determinada, de hasta qué punto el Derecho comunitario no aporta una visión progresista en un plano legislativo, pero otra restrictiva en la esfera judicial.

sible la acción, los límites de la concepción subjetiva se convierten en los más significativos desde el punto de vista del acceso a la jurisdicción. Se trata con todo ello de lograr un equilibrio entre la defensa del recurrente y la necesidad de considerar las exigencias del interés público desde una perspectiva acorde con el artículo 24 de la Constitución española (S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994).

