

Contratos públicos y contratos administrativos en el nuevo Código de los Contratos Públicos de Portugal

Public contracts and administrative contracts in the new Public Contract Code of Portugal

MARIO AROSO DE ALMEIDA *

Resumen: El Código de los Contratos Públicos (CCP) regula, por un lado, los procedimientos de formación de la generalidad de contratos públicos y, por otro lado, establece el régimen aplicable a la generalidad de los contratos administrativos. En atención a ello, un contrato celebrado por una entidad pública podrá no ser un *contrato administrativo* y, sin embargo, tampoco será un *contrato de derecho privado*, mas sí un *contrato público*. En estos casos, a pesar de no tratarse de un contrato de Derecho administrativo, su relevancia pública lo somete a un procedimiento de formación regulado por normas propias del Derecho administrativo, de donde resulta que es calificado como un *contrato público*, en el sentido y para el efecto en que el Derecho de la Unión Europea utiliza esta expresión.

Palabras clave: Contratos públicos – contratos administrativos – Derecho administrativo – contratación con el Estado

Abstract: The Public Contract Code (PCC) regulates, on the one hand, the training procedures of the general public contracts and on the other hand, establishes the regime applicable to the generality of administrative contracts. In view of this, a contract concluded by a public entity may not be an administrative contract and, however, will not be a private law contract, but it can be public contract. In these cases, despite not being a administrative law contract, the public relevance submit it to a training procedure regulated by rules of Administrative Law, where it is classified as a public contract within the meaning and the effect that the law of the European Union uses this expression.

Key words: Public procurement – administrative contracts – administrative law – contracting with the State

CONTENIDO: I. CONTRATOS PÚBLICOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PORTUGUÉS.- II. SOBRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: ÁMBITO DE LA FIGURA.- III. SOBRE EL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- IV. RÉGIMEN CONTENCIOSO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

* Es profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad Católica Portuguesa y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa.

I. CONTRATOS PÚBLICOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PORTUGUÉS

En el año 2008 fue publicado y entró en vigor en Portugal el Código de los Contratos Públicos (CCP)¹. Se trata de la primera ley de este tipo que reúne un conjunto de disposiciones que, por un lado, regulan los procedimientos de formación de la generalidad de contratos públicos y, por otro lado, establece el régimen aplicable a la generalidad de los contratos administrativos.

Como resulta de su numeral 1 del artículo primero, el CCP tiene, en realidad, un doble objeto de regulación. En efecto, después de una breve parte I dedicada a la delimitación de su ámbito de aplicación, se integra una parte II que establece las reglas aplicables a la contratación pública, esto es, los procedimientos de formación de los contratos que el Código califica como *contratos públicos*; una parte III establece el régimen sustantivo aplicable a los contratos que, en términos del código, revisten la naturaleza de *contratos administrativos*. El CCP asume, así, con carácter innovador, la distinción entre *contratos públicos* y *contratos administrativos*, en los términos que se pasan a enunciar.

En la senda del Derecho de la Unión Europea, el CCP designa como *contratos públicos* a los contratos que son sometidos a la aplicación de los regímenes procedimentales de contratación pública previstos en la parte II, esto es, cuyo procedimiento de formación viene determinado por reglas que, en sus aspectos esenciales, se ajustan a las directivas de la Unión Europea (como las directivas 2004/17 y 2004/18), dirigidas a asegurar la transparencia, publicidad y no discriminación en la selección de las empresas con la que las entidades públicas celebrarán los contratos del más elevado valor económico.

Como resultado de las mencionadas directivas europeas, el CCP equipara a las entidades públicas con las entidades formalmente privadas que satisfacen necesidades de interés general sin obedecer a una lógica de mercado y que tengan capital mayoritariamente público, sea mayoritariamente financiado por entidades públicas o sea que tengan órganos de fiscalización o gestión constituidos por elementos mayoritariamente designados por entidades públicas (confróntense los artículos 2 y 7 del CCP), y somete a los mismos procedimientos de formación a los contratos de obras públicas, concesión de servicios públicos y locación o adquisición de bienes muebles y servicios a celebrar por estas entidades (confróntense los artículos 6 y 11 del CCP).

¹ El Código de los Contratos Públicos fue aprobado por el decreto ley 18/2008, del 29 de enero, y modificado por el decreto ley 223/2009, del 11 de septiembre, y por el decreto ley 278/2009 del 2 de octubre.

El CCP identifica, por otro lado, en el numeral 6 de su artículo primero, las situaciones en las que cada contrato debe ser calificado como un *contrato administrativo*, para los efectos de someterlos a la aplicación del régimen sustantivo establecido en la parte III.

De la contraposición de los conceptos de *contratos públicos* y *contratos administrativos* resulta, pues, que, a partir de ahora, en Portugal, de acuerdo con la terminología del CCP, un contrato celebrado por una entidad pública podrá no ser un *contrato administrativo* y, sin embargo, tampoco será un *contrato de Derecho privado*, mas sí un *contrato público*. De esta forma, aun cuando en sí mismo este contrato no se vea sometido a un régimen sustantivo de Derecho administrativo, sí se encontrará regido por un procedimiento precontractual de formación regulado por las normas de Derecho administrativo. A pesar de no tratarse de un contrato de Derecho administrativo, su relevancia pública lo somete a un procedimiento de formación regulado por normas propias de tal, de donde resulta que es calificado como un *contrato público*, en el sentido y para el efecto en que el Derecho de la Unión Europea utiliza esta expresión.

II. SOBRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: ÁMBITO DE LA FIGURA

En Portugal, hasta la entrada en vigor del CCP, el concepto de contrato administrativo derivaba del artículo 178 del Código de Procedimiento Administrativo (CPA), que lo definía como “el acuerdo de voluntades por el cual se constituía, modificaba o extinguía una relación jurídica administrativa”.

La existencia de una definición legal de ámbito genérico para el contrato administrativo constituía, sin embargo, un dato reciente que no se inscribía en la tradición del ordenamiento jurídico-administrativo portugués. En realidad, fue el artículo 9 del Estatuto de los Tribunales Administrativos (ETAF) de 1984 la norma que por primera vez introdujo esta definición. Hasta dicho momento, según el criterio dominante, los contratos administrativos eran aquellos que correspondían al elenco limitado y taxativo de tipos contractuales incluido en el artículo 815 del Código Administrativo². Todos esos contratos correspondían a un modelo específico y paradigmático de contratos: los denominados *contratos administrativos de colaboración subordinada*³, mediante el cual los particulares establecían una relación duradera con entidades públicas,

² Confróntese CAETANO, Marcello. *Manual de Direito administrativo*. Volumen I. Coimbra: 1984, pp. 579 y siguientes.

³ Para la revisión de este concepto, confróntese, por todos, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: 1987, pp. 418-420; FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito administrativo*. Volumen II. Coimbra: 2001, p. 558; GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo – uma instituição do nosso tempo*. Coimbra: 2003, pp. 64-65.

421

CONTRATOS
PÚBLICOS Y
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LOS
CONTRATOS
PÚBLICOS DE
PORTUGAL

PUBLIC
CONTRACTS AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS IN
THE NEW PUBLIC
CONTRACT CODE OF
PORTUGAL

se asociaban al logro de sus atribuciones y se sometían voluntariamente a los respectivos poderes de autoridad, a través de la asunción de un *estatuto de sujeción o subordinación*⁴.

La consagración en el ordenamiento jurídico portugués de una definición genérica de contrato administrativo representó, así, la superación del *criterio de la sujeción o subordinación*, como criterio de delimitación de la figura, definición identificada con un modelo de contrato de colaboración subordinada.

No había otra posibilidad. Como, en realidad, en su debido momento lo explicó Sérvulo Correia⁵, el criterio de la sujeción o subordinación acuñado en Portugal obedeció a un intento de síntesis de las características más saltantes del régimen aplicable a los tipos de contratos administrativos que, para la época, eran admitidos por el ordenamiento jurídico portugués y que eran, todos ellos, contratos de colaboración subordinada. Ahora, como resulta evidente, la adopción de tal criterio sería hoy incompatible con la concepción moderna de las relaciones jurídico-administrativas y del papel que, en este marco, puede o debe desempeñar el recurso a la vía contractual. En las palabras de Sérvulo Correia⁶, “la adopción por parte de la Ley de la figura del contrato administrativo por naturaleza, tornó en insuficiente la teoría de la sujeción, dada su incapacidad para servir de base a la caracterización de todas las relaciones jurídicas administrativas”⁷.

La introducción en el ordenamiento jurídico portugués de una definición normativa y genérica del contrato administrativo dio lugar, sin embargo, a múltiples dificultades. En realidad, fue solo en 1991 que, en el capítulo III de la parte IV, el CPA se reunió un puñado de reglas de aplicación general a la figura del contrato administrativo. El régimen de ese modo introducido era, con todo, muy incipiente: dejaba de regular o regulaba de modo ambiguo muchos aspectos importantes. Puede afirmarse, por ello, que, hasta el surgimiento del CCP, salvo en los que respecta a los contratos administrativos típicos, objeto de regulación especial —que,

4 Para la caracterización del estatuto de sujeción o subordinación del contratante privado en el ámbito de las relaciones emergentes de los contratos administrativos de colaboración subordinada y el respectivo encuadramiento en un contexto más vasto que, durante el período del Estado Nuevo, surgió de la propia concepción (autoritaria) de la época, prevaleciente en el Derecho administrativo, rama cuyo trazo de identidad residía principalmente en el establecimiento de relaciones de poder y sumisión entre los poderes públicos, en cuanto *potentior personae*, y los particulares, confróntese, por todos, CORREIA, Sérvulo. Ob. cit., pp. 363 y siguientes, y 731; que, en este sentido, recuerda que, de la vinculación de la administración al interés público en ese tipo de contratos, resulta para el contratante privado una cláusula de sujeción mediante la cual él “se compromete a acatar, como se fuera la propia Administración, las leyes, reglamentos y actos administrativos que durante la ejecución del contrato expresen las exigencias del interés público [...]”.

5 Confróntese CORREIA, Sérvulo. Ob. cit., p. 366.

6 *Ibid.*, p. 369.

7 Agregaba el mismo autor que “el criterio de la sujeción no basta para calificar los contratos porque el Derecho Administrativo no se agota en las relaciones de sujeción. La insistencia en la idea de sujeción como polo aglutinador representa aún el uso, por ventura inconsciente, de un instrumento del ‘arsenal’ novecentista, en termos que no se adecuan a la evolución constitucional verificada, que extendió no sólo cuantitativa sino también cualitativamente el marco de la función administrativa” (*loc. cit.*).

en gran medida, correspondían a los tipos contractuales ya identificados y regulados en el Estado Nuevo— el contrato administrativo por naturaleza era, en Portugal, una figura en busca de su régimen sustantivo.

Por otro lado, la definición introducida por el artículo 9 del ETAF de 1984 fue, más tarde, retomada por el artículo 178 del CPA para referirse, pura y simplemente, a la naturaleza jurídico-administrativa de las relaciones jurídicas que eran objeto del contrato. No asumía una opción por cualquiera de los dos criterios que la doctrina y jurisprudencia comparadas venían preconizando para la calificación de los contratos como administrativos y que no podía dejar de conducir a la multiplicación de situaciones de ambigüedad en la delimitación de la figura, con inevitables consecuencias: en el plano sustantivo, de inseguridad en la determinación del régimen jurídico a aplicar a las relaciones entre las partes; en el plano procesal, de inseguridad en la determinación de la jurisdicción competente para dirimir los eventuales litigios contractuales.

Los resultados de la cuestión comenzarán a cambiar con la entrada en vigor, el primero de enero de 2004, que introduciría la reforma del contencioso administrativo⁸ y que, por contar con naturaleza procesal, no tenían, naturalmente, la pretensión de operar cualquier transformación en el plano del Derecho sustantivo. Mas asumirían, en el plano procesal, la necesidad de abandonar la definición de contrato administrativo que discurría del artículo 178 del CPA, para el efecto de delimitar el ámbito de la jurisdicción administrativa en lo que respecta a la apreciación de litigios emergentes de tales contratos.

En efecto, una razón por la cual, en el artículo 4, N° 1, literal f), del ETAF de 2002 se optó por no referir, sin más, al concepto de contrato administrativo del artículo 178 del CPA residió en el no reconocimiento de la inadecuación de ese concepto, en razón de su demostrada ambigüedad para delimitar en términos mínimamente precisos el ámbito de la jurisdicción administrativa en materia de contratos. Como fue oportunamente explicado, ese fue el motivo por el que en el referido precepto se buscó circunscribir el concepto, para efectos procesales, pasando a prever que “además de los casos de contrato típico o de contrato con objeto pasible de acto administrativo, solo [quedarían] sometidos a la apreciación de la jurisdicción administrativa los litigios emergentes de contratos que las partes expresamente sometían a un régimen de derecho público”⁹. De este modo se evitaría “extender el ámbito de la jurisdicción administrativa, como sucedía hasta aquí, al análisis de los

423

CONTRATOS
PÚBLICOS Y
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LOS
CONTRATOS
PÚBLICOS DE
PORTUGAL

PUBLIC
CONTRACTS AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS IN
THE NEW PUBLIC
CONTRACT CODE OF
PORTUGAL

MARIO AROSO DE ALMEIDA

⁸ Nos referimos al Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales de 2002, aprobado por la ley 13/2002 del 19 de febrero y modificado por la ley 107-D/2003 del 31 de diciembre; así como al Código de Procesos en los Tribunales Administrativos, aprobado por la ley 15/2002 del 22 de febrero y modificado por la ley 4-A/2003 del 19 de febrero.

⁹ Confróntese AROSO DE ALMEIDA, Mário, “Implicações de direito substantivo da reforma do contencioso administrativo”. *Cadernos de Justiça Administrativa*, N° 34, p. 78.

litigios emergentes de cualquier contrato administrativo atípico, con todas las dificultades de delimitación que la figura imponía”¹⁰.

Ahora, fue en esa misma senda que, para efectos sustantivos, el CPP se vio en la necesidad de asumir en el numeral 6 de su artículo primero la necesidad de ampliar el concepto de contrato administrativo, y sustituir así la definición genérica que constaba en el artículo 178 del CPA por una enumeración tipológica de las especies de situaciones contractuales que, por aplicación de diferentes criterios, se entendía que debían merecer la calificación de administrativos. El CCP reconoció, de ese modo, que también en el plano sustantivo, de la delimitación de las especies contractuales a ser sometidas a un régimen de Derecho público, la definición del precedente artículo 178 del CPA no proporcionaba una base segura, por lo que el criterio legal no requería de ampliación¹¹.

El primer punto a considerar es que, aunque ahora no quepa duda alguna de que el CCP amplió mucho el ámbito de los contratos administrativos e incrementó mucho más el carácter residual de los contratos de Derecho privado celebrados por la administración pública, no dejó de mantener la distinción entre los contratos administrativos y los demás contratos celebrados por la administración pública¹².

Para este efecto, el CCP abandonó la solución anteriormente adoptada por el artículo 178 del CPA, que ofrecía una definición de contrato administrativo, y la sustituyó por el método de delimitar el ámbito de la figura por referencia a un conjunto de categorías y situaciones contractuales, que enuncia en el numeral 6 del artículo primero. En este sentido quedó determinado el propósito (loable) de obtener un más elevado grado de precisión en la delimitación de la figura. En realidad, no compete al legislador formular conceptos doctrinales, pero sí delimitar del modo más operativo posible el objeto de su regulación. El dominio del legislador le impone el deber de evitar la multiplicación de situaciones dudosas en cuanto a la aplicabilidad a cada caso concreto del régimen jurídico sustantivo establecido para los contratos administrativos¹³.

10 Confróntese FREITAS DO AMARAL, Diogo y Mário AROSO DE ALMEIDA. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. Tercera edición. Coimbra: 2005, p. 44.

11 No podemos dejar de destacar esta concepción, que vino al encuentro de lo que por nuestra parte veníamos preconizando. Por razones de índole sustantiva, fundadas en la necesidad de introducir un mínimo de seguridad en lo que respecta a la intrincada cuestión de la delimitación del ámbito de aplicación del régimen sustantivo aplicable a los contratos administrativos en general, habíamos admitido, en nuestro escrito “Implicaciones del Derecho sustantivo...”, ob. cit., pp. 78-79, que la nueva formulación introducida por el literal f) del numeral 1 del artículo 4 del ETAF podría proporcionar “una pista para que, en el plano sustantivo, se avanzase hacia la delimitación de la figura del contrato administrativo en los mismos términos”.

12 En el mismo sentido, confróntese, por todos, REBELO DE SOUSA, Marcelo y André SALGADO DE MATOS. *Contratos públicos*. Lisboa: 2008, pp. 40-41.

13 Se defiende también que la calificación de un contrato como administrativo debe hacerse con base en datos seguros y, por tanto, la necesidad de claridad en la determinación de las especies de contratos a someter al régimen de los contratos administrativos. Confróntese GONÇALVES, Pedro. Ob. cit., pp. 57 y 105; CAUPERS, João. *Introdução ao Direito administrativo*. Lisboa: 2009, p. 302.

Como es evidente, la solución adoptada no inviabiliza la construcción de un concepto doctrinal de contrato administrativo. Una doctrina es, en realidad, libre de desprender una noción de contrato administrativo a partir de la manera en la que el CCP delimita la figura. A nuestro parecer, lo que una doctrina no puede pretender es que, independientemente de la forma inequívoca en la que el CCP delimita la figura del contrato administrativo, pueda afirmarse que ella sigue correspondiendo a un concepto aborto, pasible de extenderse a contratos que no correspondan a ninguna de las situaciones enunciadas en el numeral 6 del artículo primero. En nuestra opinión, y con la mayor consideración y respeto por esta doctrina, esto significaría desconocer de modo abusivo e injustificado el propósito inequívoco del legislador, asumido claramente en los términos expresados en el numeral 5 y 6 del artículo primero del CCP¹⁴.

Además, en un momento en que, como ya fue dicho y en seguida se verá con mayor detenimiento, se tornó extremadamente residual la categoría de los contratos de Derecho privado de la administración pública, parece evidente la calificación como administrativos de todos los contratos en los que, aunque remotamente, se pueda admitir la necesidad de sometimiento a un régimen de Derecho administrativo. Por esta razón, nada justifica que se pretenda dejar abierta una puerta para calificar como administrativos otros contratos no comprendidos en alguna de las situaciones previstas en el numeral 6 del artículo primero.

Este último está conformado por cuatro literales. Sin embargo, son cinco las categorías de situaciones contractuales a las que se atribuye la calificación de contrato administrativo. En rigor, puede decirse que estas categorías pueden ser reconducidas a dos grandes grupos:

- a. El primer grupo corresponde a los contratos que la propia ley califica directamente como administrativos y que son sometidos a un régimen substantivo de Derecho público. Integran este grupo (i) los contratos administrativos típicos previstos en el título II de la parte III del CCP; (ii) los demás contratos administrativos típicos previstos en la legislación dispersa; (iii) los contratos a que se refieren las líneas b) y c) del numeral 6 del artículo primero del CCP: contratos con objeto pasible de acto administrativo y demás contratos sobre el ejercicio de poderes públicos, así como contratos que conceden a la contraparte derechos especiales

¹⁴ Asumimos, pues, aquí, nuestro desacuerdo con relación a lo que, en este punto, sustentan Rebelo de Sousa y Salgado de Matos, ob. cit., pp. 30-31 y 35-36. Por otra parte, se hace notar que la necesidad a la que hacen referencia estos autores de asegurar que la administración se encuentre en condiciones de liberarse de los vínculos asumidos siempre que el interés público lo exija no está implicada en todos los contratos que la administración celebre, pero sí en los contratos administrativos por naturaleza, que son los contratos de objeto público, que hoy se encuentran cabalmente cubiertos por las previsiones del numeral 6 del artículo primero del CCP. Confróntese Pedro Gonçalves. Ob. cit., p. 104.

425

CONTRATOS
PÚBLICOS Y
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LOS
CONTRATOS
PÚBLICOS DE
PORTUGAL

PUBLIC
CONTRACTS AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS IN
THE NEW PUBLIC
CONTRACT CODE OF
PORTUGAL

sobre cosas públicas o el ejercicio de funciones de órganos del contratante público.

- b. El segundo grupo corresponde a los contratos administrativos atípicos con objeto pasible de contrato de Derecho privado, que son, hoy, contratos que la ley no califica como administrativos. Pero admite que puedan ser administrativos por calificación de las partes y acepta que las propias partes, siempre que una de ellas sea un contratante público, expresamente los califiquen como administrativos, al someterlos a un régimen sustantivo de Derecho público.

Veamos, pues, cada una de estas cinco categorías con referencia a los grupos que acabamos de identificar.

II.1. Contratos administrativos por calificación legal

El literal a) del numeral 6 del artículo primero del CCP califica como administrativos a los *contratos típicos* que, por determinación legal expresa —contenida en el título II de la parte III del Código o en otra leyes—, se someten a un específico régimen sustantivo de Derecho público; y los *contratos nominados* que por ley expresa sean calificados como administrativos sin que para ellos se prevea un régimen específico, que son de esta forma sometidos al régimen del título I de la parte III.

El literal b) del numeral 6 del artículo primero del CCP califica como administrativos a los *contratos con objeto pasible de acto administrativo* y *demás contratos referidos al ejercicio de poderes públicos*. Se trata de contratos que tienen por objeto la sustitución de actos administrativos y la resolución de cuestiones prejudiciales o la determinación del contenido de la decisión final, en el ámbito de procedimientos administrativos dirigidos a la emisión de actos administrativos; o bien de contratos que tienen por objeto la asunción de compromisos referidos al ejercicio futuro de los poderes públicos¹⁵.

El literal c) del numeral 6 del artículo primero del CCP califica como administrativos a los contratos que “confieren al contratante derechos especiales sobre cosas públicas o el ejercicio de funciones del contratante público”.

A nuestro parecer, la previsión corresponde a la mayor parte de los contratos cuyo objeto refiere a los contratos típicos, como los contratos de concesión de obras públicas y servicios públicos, y de exploración o dominio público. La mención, con todo, resulta útil, pues se trata de dar expresión a una categoría de *contratos administrativos por naturaleza*, en

¹⁵ Sobre esta categoría de contratos, en la doctrina portuguesa, confróntese, por todos, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...* Ob. cit., pp. 428 y 752; FREITAS DO AMARAL. Ob. cit., p. 563; GONÇALVES, Pedro. Ob. cit., pp. 76 siguientes; BOBELA-MOTA KIRKBY, Mark. *Contratos administrativos de subordinação (natureza, funções e limites)*. Lisboa: 2002, pp. 75 siguientes.

razón de la naturaleza pública de su objeto, dado que implica la disposición de bienes públicos o la realización, por el contratante privado, de actividades de naturaleza pública. Ello se contraponen a los contratos de realización de obras públicas o de locación y adquisición de bienes o servicios, que se caracterizan por tener por objeto prestaciones que, de partida, pueden ser objeto de un contrato de Derecho privado, en la medida en que se dirigen a la realización, por el contratante privado, de actividades de naturaleza meramente privada, aunque dirigidas a la obtención, por el contratante público, de utilidades en principio necesarias para la prosecución de sus fines.

El literal d) del numeral 6 del artículo primero del CCP califica como administrativos los “contratos que la ley someta o que admita que sean sometidos a un procedimiento de formación regulado por normas de derecho público y en que la prestación del contratante pueda condicionar o substituir, de forma relevante, la realización de las atribuciones del contratante público”.

Esta previsión suscita reservas que ya fueron apuntadas por la doctrina¹⁶. Aparentemente, está inspirada en el literal e) del numeral 1 del artículo 4 del ETAF, que también apela a un criterio fundado en la existencia de un procedimiento de formación del contrato regulado por normas de Derecho público —más para el efecto completamente distinto de delimitar el ámbito de la jurisdicción administrativa en materia de contratos— que parece conjugar ese criterio con un criterio sustantivo reportado como objeto del contrato¹⁷.

Para los efectos que aquí estamos tratando, y respecto de la cuestión de saber qué especies de contratos deben ser calificados como administrativos y, como tales, sometidos al correspondiente régimen sustantivo, no se ve motivo para atribuir relevancia a la naturaleza del régimen aplicable al procedimiento de formación del contrato, que no es, en sí mismo, un criterio atinente a la sustancia del contrato, mas apenas respecto a sus aspectos extrínsecos. Se justifica, por eso, preguntar por qué razón los contratos “en los que la prestación del contratante pueda condicionar o substituir la realización de las atribuciones del contratante público” deban ser calificados como administrativos cuando la ley los sujete o cuando admita que sean sometidos a un procedimiento de formación regulado por normas de Derecho público y ya no deban ser calificados como tales cuando tal circunstancia no se verifique.

16 Para la respectiva crítica, confróntese GONÇALVES, Pedro. “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”. *Cadernos de Justiça Administrativa*, Nº 64, p. 39 y la nota 13.

17 Aspecto que el literal e) del numeral 1 del artículo 4 del ETAF no atiende; se presenta, por eso, como un complemento a los criterios —aquellos, sí, sustantivos— previstos en el literal f) del mismo artículo y numeral. Para la contraposición entre el criterio del procedimiento precontractual y el criterio del régimen sustantivo, tal como los literales e) y f) del numeral 1 del artículo 4 del ETAF los configuran, en cuanto criterios de delimitación del ámbito de la jurisdicción administrativa en materia de contratos. Confróntese FREITAS DO AMARAL Diogo y Mário AROSO DE ALMEIDA. Ob. cit., pp. 41-44.

427

CONTRATOS
PÚBLICOS Y
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LOS
CONTRATOS
PÚBLICOS DE
PORTUGAL

PUBLIC
CONTRACTS AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS IN
THE NEW PUBLIC
CONTRACT CODE OF
PORTUGAL

Este hecho incrementaría la ambigüedad de la formulación utilizada al referir la posibilidad de que la prestación del contratante “condicione o sustituya, de forma relevante, la realización de las atribuciones del contratante público”. En realidad, esta formulación no apela a conceptos utilizados anteriormente por la legislación portuguesa o que en Portugal han sido objeto de elaboración jurisprudencial o doctrinal. En sí mismo, aparece criticable por el hecho de mantener, sin necesidad alguna, la existencia de factores de incertidumbre en la delimitación del ámbito de las especies contractuales sometidas al régimen común de los contratos administrativos, cuando, a nuestro parecer, la ley debería ser clara en la determinación de las especies de contratos que califica como administrativos y dejar, en todo lo restante, al contratante público la carga de establecer, en términos inequívocos, la sumisión de los respectivos contratos al régimen correspondiente¹⁸.

II.2. Contratos administrativos por calificación de las partes

El literal a) del numeral 6 del artículo primero del CCP califica como administrativos los contratos atípicos que las partes opten por calificar como administrativos o por someter a un régimen sustantivo específico instituido por normas de Derecho público.

El precepto tiene en vista los contratos administrativos atípicos con objeto pasible de contrato de Derecho privado. Se trata, pues, de contratos que no corresponden a un tipo específico, legalmente previsto y regulado, de contrato administrativo; y, por otro lado, a contratos que no son contratos administrativos por naturaleza, en razón de la naturaleza pública de su objeto, como aquellos que se señalaron en los tres tipos de situaciones precedentemente enunciadas.

En realidad, la calificación de “administrativos” de los contratos administrativos típicos y de los contratos administrativos por naturaleza resulta de la ley y no depende de la voluntad de las partes. Solo la calificación de administrativos de contratos con objeto pasible de contrato de Derecho privado está en la disponibilidad de las partes.

De las tres categorías en las que la figura del contrato administrativo se desdobra (contratos típicos, contratos atípicos con objeto pasible de acto administrativo y contratos atípicos con objeto pasible de contrato de Derecho privado¹⁹), es con relación a los contratos pertenecientes a la tercera categoría que, en situaciones concretas, se pueden encontrar dificultades en lo que respecta a saber si un determinado contrato debía

¹⁸ Ya en este sentido confróntese AROSO DE ALMEIDA, Mário. “Implicações de direito substantivo...”. Ob. cit., pp. 78-79. Para la defensa de la imposición de cargas del mismo tipo como condición de la titularidad de prerrogativas exorbitantes por parte del contratante público en el ámbito de los contratos administrativos atípicos, confróntese CORREIA, Sérvulo. Ob. cit., p. 738.

¹⁹ Para la tricotomía puede verse GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*. Ob. cit., pp. 58-59.

ser calificado como administrativo o como de Derecho privado. Resulta recomendable, por ello, procurar la adopción de criterios claros cuando se trate de determinar la configuración concreta que debe asumir una estipulación de las partes para que un contrato sea calificado como administrativo de acuerdo con el criterio de la voluntad de las partes.

A nuestro parecer, esta estipulación puede revestir formas diversas, mas todas ellas deben tener un sentido inequívoco. Una de las formas a través de las cuáles las partes pueden calificar un contrato como administrativo es, naturalmente, la expresa calificación —por las partes— del contrato como uno administrativo, en la medida en la que tal calificación equivale a una remisión genérica para el régimen de la parte III del CCP, o, lo que es lo mismo, una cláusula que determine la aplicación del régimen de la parte III del CCP al contrato en cuestión, en los que respecta a los contratos administrativos o, por los menos, de alguno de los preceptos en esa parte contenida. Lo mismo puede suceder, naturalmente, con la estipulación que determine la aplicación al contrato, en todo o en parte, de cualquier otro régimen normativo mediante el cual la ley regule cualquier contrato administrativo típico en especial.

A nuestro modo de ver, el contrato atípico de objeto posible de contrato privado podrá ser calificado como administrativo cuando en sus cláusulas fuera reconocida, de modo expreso e inequívoco, la posibilidad del contratante público de ejercer específicos poderes de autoridad en el ámbito de la relación a través de la práctica de actos administrativos.

Repárese que en este caso no consideramos que pueda bastar una previsión de la posibilidad de ejercicio, por el contratante público, en el ámbito de la relación contractual, de poderes o facultades que también pudiesen ser estipulados —o ejercidos en forma similar— en el ámbito de relaciones de naturaleza privada. En ese sentido, no nos parece que la mera estipulación, por ejemplo, de un derecho de rescisión en favor del contratante público, sin otra referencia que especifique que ese derecho podrá ser ejercido por acto administrativo, sea suficiente para permitir afirmar que la entidad pública, por esa vía, se encuentra investida de la titularidad de un poder público, mas apenas de un derecho potestativo a ejercer en los mismos moldes en que él también podría ser ejercido en el ámbito de una relación contractual de Derecho privado. En la hipótesis a la que nos estamos refiriendo, tendrá que ser expresamente asumida, de forma inequívoca, una atribución al contratante público de practicar actos administrativos en el ámbito de la relación²⁰.

Agréguese que, como resulta del contenido del numeral 6 del artículo primero del CCP, es necesario que por los menos una de las partes en el

429

CONTRATOS
PÚBLICOS Y
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LOS
CONTRATOS
PÚBLICOS DE
PORTUGAL

PUBLIC
CONTRACTS AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS IN
THE NEW PUBLIC
CONTRACT CODE OF
PORTUGAL

MARIO AROSO DE ALMEIDA

20 En este sentido, confróntese GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*. Ob. cit., pp. 59-60.

contrato sea un contratante público para que las partes puedan calificarlo como administrativo²¹.

Sin embargo, establecen los artículos 3 y 8 del CCP que las entidades formalmente privadas que satisfagan necesidades de interés general sin obedecer a una lógica de mercado y tengan capital mayoritariamente público, sea mayoritariamente financiadas por entidades públicas o tengan órganos de fiscalización o gestión constituidos por elementos mayoritariamente designados por entidades públicas, identificadas en los artículos 2 y 7, son contratantes públicos cuando opten por calificar sus contratos como administrativos. Significa esto que el CCP reconoce a estas categorías de entidades, y no apenas a las personas colectivas públicas, el poder de optar por calificar sus contratos como administrativos aun cuando no los celebren en ejercicio de funciones materialmente administrativas —hipótesis a la cual refiere específicamente el artículo 3, numeral 2—²².

No podemos dejar de expresar nuestra dificultad de comprender esta solución. En verdad, ella establece, a nuestro modo de ver, un nexo artificial e injustificado entre, por un lado, el ámbito de aplicación de las ya referidas directivas de la Unión Europea sobre los regímenes procedimentales de formación de los contratos públicos y, por otro lado, la cuestión de la delimitación de las entidades que pueden ser parte en un contrato administrativo y que, como tales, se ven investidas en el estatuto de supremacía que corresponde a los contratantes públicos en el ámbito de dichos contratos.

Por ello, tenemos dificultades en comprender la razón por la cual se admite que empresas que no son, en sí mismas, titulares de atribuciones públicas, solo por el hecho de ser sometidas por las directivas europeas a reglas relativas a los procedimientos de formación de algunas de sus contratos, han de verse investidas por el legislador portugués²³ con el poder de calificar sus contratos como administrativos y, por ese medio y de modo injustificado a nuestro parecer, con el específico estatuto de

21 No se tienen, pues, en vista las situaciones de contratos de Derecho privado, celebrados entre entidades privadas, en los que las partes remiten ciertos aspectos de la respectiva disciplina para regímenes substantivos de Derecho público, como frecuentemente sucedía, por lo menos hasta aquí, en los contratos civiles de contratos que las partes sometían al régimen de los contratos de obras públicas.

22 Sobre la definición de contratantes públicos no CCP, confróntese GUERRA TAVARES y MONTEIRO DENTE. *Código dos Contratos Públicos: Âmbito da sua aplicação*. Coimbra: 2008, pp. 99 siguientes.

23 La solución no parece una consecuencia del Derecho comparado sobre la materia. A título de ejemplo, puede verse la ley española de los contratos del sector público (ley 30/2007 del 30 de octubre), que, al ser contemporánea del CCP, ha tenido, como este, que realizar la transposición de las directivas 2004/17 y 2004/18. Esta ley fue muy clara en separar el ámbito subjetivo de aplicación de los regímenes precontractuales y el del régimen de los contratos administrativos, asumiendo, en el artículo 20º, que tienen naturaleza de contratos privados los celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que, a pesar de estar sujetos a los regímenes precontractuales públicos, no tengan un estatuto de administraciones públicas; luego califica exclusivamente como contratos administrativos, en el artículo 19, un conjunto de contratos típicos de aquellos que satisfagan "de forma directa o inmediata una necesidad pública".

poder público que —como más adelante se verá— el título I de la parte III del CCP confiere a los contratantes públicos en el ámbito de sus relaciones contractuales administrativas²⁴.

Consideramos, por eso, que a las entidades en cuestión no les debe ser reconocida una entera libertad en lo referido a la calificación de “administrativos” de los contratos que celebren²⁵. Si en verdad esa calificación, cuando por lo menos uno de los contratantes sea una entidad pública, depende de un elemento finalista, concretizado en la causa-función del contrato, que puede ser identificado por referencia al marco de las atribuciones de la entidad concernida²⁶, no se puede dejar de exigir lo mismo cuando la entidad que se pretenda erigir en contratante público sea una entidad de Derecho privado, y que solamente se le reconozca

24 El tema, que infelizmente no podemos desarrollar aquí, fue sobre todo estudiado por Pedro Gonçalves en Portugal (*Entidades privadas con poderes públicos*. Coimbra: 2005). En efecto, aunque en situaciones puntuales y solamente para algunos efectos, ciertas personas colectivas de Derecho privado tienden hoy a ser sometidas, bajo ciertas condiciones, a la aplicación de normas de Derecho administrativo, de ahí no resulta que ellas sean o puedan o deban ser equiparadas, para todos los efectos, como personas colectivas públicas: lo que apenas ocurre es que ciertas actuaciones privadas son, de este modo, sujetas al régimen jurídico que regula actuaciones públicas de la misma naturaleza (confróntese Gonçalves, *ibid.*, p. 314). Debe, por ello, asumirse que, cuando no sean formalmente investidas en funciones públicas, las entidades privadas no pueden —y no les debe ser reconocida que puedan— utilizar las formas típicas de ejercicio de esos poderes. En realidad, “cuando definida la capacidad de derecho público en sentido formal como la aptitud de una persona para usar los instrumentos formales de acción de derecho público, verificamos que las personas públicas son, en regla, titulares de una capacidad general de derecho público, al tiempo que las personas privadas apenas podrán asumirse, en ciertas condiciones, como titulares de una mera capacidad parcial de derecho público” (confróntese *ibid.*, p. 253). Por consiguiente, en cuanto “la personalidad pública incluye por naturaleza una capacidad general para la celebración de contratos administrativos”, que hoy encuentra expresión en el artículo 278 del CCP, debe entenderse que, “sin una delegación de poderes públicos, las personas que actúan, en general, según el derecho privado no detienen, en principio, la capacidad de derecho público” (confróntese *ibid.*, p. 257). Además, la elección de la figura contrato administrativo es la forma en que las entidades titulares de la capacidad de utilizarla se revisten los poderes de autoridad que le están asociados, hoy consagrados en el artículo 302 del CCP (confróntese *ibid.*, pp. 648-649).

25 Parece orientarse en el sentido preconizado en el texto a observación de Rebelo de Sousa y Salgado de Matos (ob. cit., p. 29), en el sentido de que “la calificación derivada de la voluntad de las partes suscita algunos problemas”, en la medida en que “ella será inoperante para transformar en contrato de derecho privado un contrato que debe ser administrativo, o a la inversa”; debe por eso entenderse que “la calificación de las partes podrá cuando mucho funcionar como indicio presuntivo del carácter administrativo del contrato”. Por consiguiente, si, como refieren Guerra Tavaresy Monteiro Dente (ob. cit., p. 94), para que la voluntad de las partes funcione como factor del carácter administrativo de determinado contrato, es condición necesaria que una de las partes sea un contratante público, importa subrayar que esa condición, al ser necesaria, puede no ser, solamente por sí, suficiente.

26 Confróntese, a propósito, CORREIA, Sérvulo. “Contrato administrativo”. *Separata do Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Coimbra: 1972, pp. 28-29, y *Legalidade...* Ob. cit., pp. 562 y siguientes, 618 y siguientes, y 676 y siguientes. Si, como explica el ilustre autor en esta última obra, la libertad de las entidades públicas para calificar sus contratos como “administrativos” o “privados” pasa por un juicio de compatibilidad entre la causa-función del contrato y su sometimiento a los principios generales del Derecho de los contratos administrativos, en ese contexto se admite, en la tradición francesa, que las entidades públicas sean libres de colocar los contratos que celebran sobre la efigie del Derecho público o del privado. Se entiende que eso resulta de la conjugación de las normas que confieren a los órganos administrativos el poder de celebrar contratos administrativos atípicos como las normas que fijan las atribuciones de las personas colectivas públicas, al colocar a su cargo la satisfacción de necesidades de interés público cuya eficiente prosecución puede, supuestamente, justificar que la entidad pública asegure la titularidad, en el ámbito de la relación contractual, de las prerrogativas que derivan de la calificación del contrato como administrativo. Por consiguiente, este ingrediente fundamental, la titularidad de atribuciones públicas, direccionadas a la satisfacción de necesidades de interés público, también debe, a nuestro parecer, existir en las entidades referidas en el numeral 2 del artículo 2 y en el artículo 7 para que pueda serles legítimamente reconocida la facultad de calificar sus contratos como administrativos.

la posibilidad de optar por calificar como administrativo un contrato que celebre con otra entidad privada cuando el citado contrato “tenga por objeto la prosecución de intereses públicos en términos tales que este deba necesariamente prevalecer sobre los intereses privados en un eventual conflicto”²⁷.

A nuestro parecer, debe, pues, entenderse que los artículos 3 y 8 del CCP solamente confieren a las entidades privadas el poder de calificar como administrativos los contratos que celebren en la medida que las entidades en cuestión estén involucradas de funciones públicas y la celebración del contrato haya sido dirigida a la prosecución de esas funciones: “La capacidad del derecho público que les es conferida para celebrar contratos administrativos no puede ser [pues] ejercida para la prosecución de fines privados o, de cualquier modo, para fines ajenos al interés público”²⁸.

III. SOBRE EL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

En la parte III, como ya se mencionó, el CCP establece el régimen sustantivo aplicable a los contratos calificados como “administrativos”. La parte III del CCP posee, sin embargo, un doble objeto de regulación: está integrada por un título II en el que se establece el régimen aplicable a un conjunto específico de contratos administrativos, que, a pesar de la previsión de otros en ley aparte, corresponden a los contratos administrativos típicos más importantes²⁹; y por un título I en el cual se optó por establecer un régimen aplicable en general a los contratos que, conforme el artículo primero, N° 6, deban ser calificados como administrativos.

Sin embargo, debemos expresar nuestra profunda reserva con relación al modo como el CCP, en su título I de la parte III, configuró el régimen sustantivo aplicable a los contratos administrativos, al conferir al contratante público una posición de supremacía que ni el ordenamiento

27 Se acoge a la formulación de Rebelo de Sousa y Salgado de Matos (ob. cit., pp. 27-28) para describir el *criterio de grado de intensidad de interés público perseguido por el contrato*, que estos autores consideran correspondiente a la “aplicación del criterio general de distinción entre los actos de gestión pública y de gestión privada bajo el dominio de la contratación administrativa” y, como tal, sería el único criterio de distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado *prima facie* aceptable a la luz de la teoría general de la actividad administrativa, y que, por eso, nos parece adecuado utilizar a efectos del presente texto.

28 Confróntese GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas con poderes públicos*. Ob. cit., p. 1064, a pesar, como es evidente, de que el autor no se pronuncie por referencia al régimen introducido por el CCP.

29 En el título II, el código califica y regula —y, de ese modo tipifica— como administrativos los contratos de obras públicas y de concesión de servicios públicos, así como, con carácter innovador, los contratos de locación y adquisición de bienes muebles y de adquisición de servicios que sean celebrados por contratantes públicos: los contratos de locación y adquisición de bienes muebles y de adquisición de servicios que sean celebrados por contratantes públicos pasarán a ser, pues, solo por ese hecho, contratos administrativos típicos, como hoy claramente lo dispone el CCP en sus artículos 431, 437 y 450.

jurídico autoritario del *Estado Novo* tenía consagrado en Portugal. Sus términos nos parecen, en sí mismos, claramente excesivos³⁰; también nos parecen inadecuada la gran amplitud con que, como se ha señalado, el CCP delimita la figura del contrato administrativo. En verdad, consideramos excesivos los términos en que el CCP configura la posición de supremacía del contratante público en el ámbito de la relación contractual administrativa.

Por su importancia, destaca desde este punto de vista la solución de calificar como administrativos —salvo cuando otra cosa resulte de ley especial o de la naturaleza del contrato y se dote de fuerza ejecutiva, con remisión para los términos previstos en el CPA— todos los actos que expresen el ejercicio de los poderes que el código confiere al contratante público en los siguientes campos: dirección y supervisión de la ejecución del contrato; modificación unilateral de las cláusulas con respeto al contenido y al modo de ejecución de las prestaciones contractuales; aplicación de sanciones; y resolución del contrato por razones de interés público³¹.

Nos parece discutible y sujeto a consecuencias perjudiciales para la buena gestión de muchas de las relaciones contractuales administrativas la solución de calificar como actos administrativos, dotados de fuerza ejecutiva y sometidos a la carga general de impugnación, dentro de los plazos establecidos por la legislación procesal, todas las manifestaciones de ejercicio de los poderes mencionados. Esta es una solución innovadora en el Derecho portugués, de carácter autoritario, que no encuentra expresión generalizada en el Derecho comparado y que, incluso en Portugal, nace a contra corriente de la tradición jurisprudencial acuñada desde hace décadas, la cual, en caso de duda, calificaba como meras declaraciones negociales, y no como actos administrativos, las manifestaciones del contratante público en el ámbito de la relación contractual³². Dicha tradición nos parecía positiva por coincidir con la concepción que

433

CONTRATOS
PÚBLICOS Y
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LOS
CONTRATOS
PÚBLICOS DE
PORTUGAL

PUBLIC
CONTRACTS AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS IN
THE NEW PUBLIC
CONTRACT CODE OF
PORTUGAL

30 También en sentido crítico con relación a lo que califica de un retroceso, en lo que respecta a la regla consagrada en el artículo 307 del ejercicio de poderes unilaterales de autoridad en el ámbito de las relaciones contractuales administrativas, concretizado en la práctica de actos administrativos impugnables por la vía de la acción administrativa especial y que considera incompatible con verdaderas relaciones jurídicas contractuales, véase CAUPERS, João. Ob. cit., pp. 307-308.

31 El código consagra que las declaraciones del contratante público, tanto sobre interpretación y validez como sobre la ejecución del contrato, tienen la naturaleza de meras declaraciones negociales. Exceptúa, sin embargo, los actos administrativos practicados en ejercicio de los poderes mencionados en el texto.

32 Para mayor desarrollo, con indicación de referencias doctrinales y jurisprudencia, véase AROSO DE ALMEIDA, Mário. "Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos". *Cadernos de Justiça Administrativa*, N° 66, pp. 10-12. También en sentido crítico en relación con la orientación asumida por el CCP, véase VIEIRA DE ANDRADE. "A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos". *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Volumen I. Coimbra: 2008, pp. 348-349 e 361-362. Y, ya antes, sobre la misma línea, véase *a justiça administrativa*. Novena edición. Coimbra: 2007, p. 194.

consideramos preferible de las relaciones contractuales administrativas en los modernos estados democráticos de Derecho³³.

Por otra parte, incluso en comparación con el régimen anterior, el código amplió el alcance de los poderes de definición unilateral del contratante público. En efecto, la legislación precedente se limitaba a admitir, sin detallar, la posibilidad del contratante público de aplicar las sanciones por incumplimiento del contrato *que estuvieran previstas*, y encargaba así, en términos generales, el deber de establecer las posibles sanciones a la ley especial o al propio contrato. El nuevo código, por el contrario, atribuye directamente al contratante público la potestad de proceder a la resolución sancionadora del contrato bajo ciertas circunstancias; instituye así la resolución sancionadora, de carácter novedoso, como una modalidad de sanción general por incumplimiento del contratista, independientemente de la previsión contractual.

A esto se agrega —lo que es aun más novedoso y original en términos de Derecho comparado— la configuración del propio contrato administrativo como un título ejecutivo que permite al contratante público exigir el cumplimiento forzado de las prestaciones en falta en caso de incumplimiento por el contratista. Por lo tanto, el contratante público puede proceder a la ejecución forzosa de cualquier cláusula contractual e incluir aquellas que hayan sido alteradas en virtud del poder de modificación unilateral³⁴.

De otro lado, el modo como, en general, el CCP ha introducido la posibilidad de modificación o resolución de los contratos administrativos

33 A pesar de que este punto no pueda ni deba ser aquí desarrollado, no dejaremos de señalar que, bajo nuestra opinión, incluso en el ámbito de los contratos en que particulares se asocian al desempeño de las atribuciones de entidades públicas, la afirmación de un cuerpo de principios aplicables a las relaciones emergentes de contratos administrativos, en un moderno Estado de Derecho democrático, no debe ser dirigida a exacerbar el estatuto de autoridad del contratante público en el ámbito de la relación contractual administrativa, de acuerdo con una concepción de contrato administrativo como instrumento de sometimiento de los particulares al poder de la administración. Sin embargo, inconscientemente, tal solución se asienta en una concepción autoritaria de las relaciones jurídico-administrativas y del rol que debe corresponder a las entidades públicas y a los particulares en el cuadro de esas relaciones, y tienen, a nuestro modo de pensar, el inconveniente de limitar el papel que el recurso a la vía contractual puede y debe desempeñar hoy en la construcción de un Derecho Administrativo más paritario, en cuyo marco de relaciones las entidades administrativas sólo deben figurar como un Poder y ser, como tales, investidas de la titularidad de poderes de autoridad cuando ello sea indispensable para la adecuada prosecución de sus fines. En esta perspectiva, el contrato administrativo puede ser encarado como un instrumento privilegiado para hacer evolucionar el modelo clásico (autoritario) de relacionamiento de la Administración con los particulares en un nuevo patrón de relaciones, en el cual solo en circunstancias excepcionales, específicamente previstas por la ley y conforme a los concretos tipos de contratos, haya lugar a la práctica de actos administrativos en el ejercicio de poderes de autoridad del contratante público sobre el contratista. Y para demostrar el sustento de esta concepción, tenemos la lección del derecho comparado que evidencia que la titularidad del poder de emitir actos administrativos en el ámbito de la relación contractual no deriva de la naturaleza de los contratos administrativos, como algo indispensable para que estos puedan ser normalmente utilizados como una forma de prosecución de las atribuciones de las entidades públicas que los celebran.

34 Sobre este punto, y para una apreciación crítica, confróntese GONÇALVES, Pedro. "Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo". *Estudos de contratação pública*. Tomo I. Coimbra: 2008, pp. 624-626.

sobre la base de la alteración anormal e imprevisible de las circunstancias (*rebus sic stantibus*) plantea cuestiones referidas al ejercicio del “derecho de resolver el contrato” otorgado al contratante público en esos casos. En ese sentido, conviene ponderar si, de modo inesperado y sorprendente, el CCP ha añadido un nuevo poder autoritario a las clásicas prerrogativas que la tradición francesa otorga al contratante público, lo que le permite practicar también actos administrativos en ese ámbito, que no se confunden con el ejercicio de los poderes de modificación o resolución unilateral por imperativo del interés público.

El régimen del título I de la parte III del CCP también nos parece criticable porque, al concentrar el régimen sustantivo aplicable a los contratos administrativos en la atribución de intensos poderes de autoridad al contratante público, supuestamente justificado por la crucial necesidad de hacer prevalecer el interés público en la economía de la relación contractual, no se muestra adecuado a la gran amplitud con que, como hemos señalado, el CCP delimita la figura del contrato administrativo.

En efecto, el código, en lo que es esencial, consagró en el título I de su parte III el “cuerpo de principios del contrato administrativo”, de elaboración jurisprudencial francesa, que, aunque se ha asociado de manera abusiva a un concepto supuestamente unitario de “contrato administrativo”, fue construido por el Consejo de Estado francés para conformar las relaciones jurídicas emergentes de un modelo específico de contratos (los contratos administrativos de colaboración subordinada) al cual ya se ha hecho referencia y entre ellos, en particular, los contratos de concesión³⁵.

De ahí el enfoque con especial énfasis, como hemos visto, en las prerrogativas de autoridad del contratante público en el ámbito de la relación contractual: en verdad, se buscaba consagrar “un régimen jurídico que, en su esencia, se caracteriza por conferir a la entidad pública una posición de *supremacía jurídica* sobre su contratista”, por lo que la administración es investida de prerrogativas que “*desigualan* las posiciones en

435

CONTRATOS
PÚBLICOS Y
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LOS
CONTRATOS
PÚBLICOS DE
PORTUGAL

PUBLIC
CONTRACTS AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS IN
THE NEW PUBLIC
CONTRACT CODE OF
PORTUGAL

35 Como juiciosamente lo hace notar C.H. Guettier (*Droit des contrats administratifs*. París: 2004, pp. 27-28), el Consejo de Estado francés procedió a la construcción de una pretendida “teoría general del contrato administrativo [...] generalizando [sic] al conjunto de los contratos administrativos las soluciones que habían sido desarrolladas para ‘el más administrativo de los contratos administrativos’, a saber, la concesión de servicio público”. Y agrega, citando a Hubrecht: “todo lleva a pensar que la doctrina clásica tituló ‘teoría general del contrato administrativo’ a una pura y simple transposición de las reglas que se imponen en un contrato muy particular, porque es un contrato de servicio público, la concesión”. Ahora, como hace notar el mismo autor, de ese modo “el árbol ocultó el bosque”, dado que “con esa teoría general el trazo fue forzado porque existían, de hecho, en la aplicación de las reglas desarrolladas diferencias conforma a la naturaleza de los contratos administrativos”, tanto más que “si la concesión del servicio público era el más administrativo de los contratos administrativos, esta no era tal vez el más contractual de esos contratos”, por pertenecer “a una categoría toda particular”, por lo que “podía configurarse como bastante peligroso querer generalizar las soluciones desarrolladas”.

que las partes están colocadas” en el ámbito de “una relación de *poder público versus sujeción* (y no de derecho versus deber)”³⁶.

Ya tuvimos la oportunidad de constatar que la figura del contrato administrativo no es, ni podría ser hoy, delimitada en el CCP por exclusiva referencia al modelo de los contratos de colaboración subordinada. Esta es la razón por la que creemos, por lo tanto, que el régimen del título I de la parte III es inadecuado³⁷.

Vimos en efecto que, además de los *contratos administrativos por naturaleza*, cuya calificación se exceptúa de la disponibilidad de las partes en virtud de la naturaleza pública del respectivo objeto, el CCP optó por ampliar, de manera muy relevante, la lista de contratos administrativos típicos, al extenderla, en el título II de su parte III, a los contratos de adquisición o locación de bienes y de adquisición de servicios, desde que son celebrados por contratantes públicos. Con ello pasó a tipificar como “administrativos” los tipos contractuales que, anteriormente, eran exactamente señalados como el paradigma de los contratos de Derecho privado de la administración pública. Por otro lado, la cualificación de cualquier contrato como administrativo puede resultar de la voluntad de las partes: llega el código al punto de admitir, como también ya vimos, que las entidades privadas puedan optar por cualificar los contratos que celebren como administrativos³⁸.

Téngase en cuenta que la ampliación de la figura del contrato administrativo, en sí misma, no nos suscita particulares reservas y, desde el momento en que el CPP tornó extremadamente residual la categoría de los contratos de Derecho privado de la administración pública, propendemos a concordar con aquellos que ponen en cuestión la necesidad de insistir en la diferenciación de categorías: parece pertinente preguntarse hoy, en Portugal, en vista del CCP, qué contratos de la administración pública siguen siendo de Derecho privado. El camino tomado por el CCP parece, por lo tanto, estar de acuerdo con la posición de los autores que en la doctrina portuguesa han defendido la aplicación del régimen

36 Para recurrir a la síntesis de GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo*...Ob. cit., pp. 33-34.

37 Como, en verdad, y con mucha agudeza notó Sérvulo Correia (*Legalidade*...Ob. cit., pp. 365-366 y 392) “o corpo de princípios do contrato administrativo” —históricamente construido por referencia a la teoría de la subordinación que Marcello Caetano sintetizó tan bien al explicar que, en el contrato administrativo, “el acuerdo tiene como efecto principal (si no exclusivo) someter al particular una voluntad de Estado en una relación de subordinación especial” mediante el cual “el particular se obliga a colaborar con el Estado en todo cuanto sea necesario para la realización de cierto interés público, sujetando las órdenes que para ese efecto reciba, y el Estado en cambio le promete apoyo, protección jurídica y, normalmente, remuneración” (*Manual de Derecho administrativo*. Volumen I, p. 576)— fue concebido por referencia a un grupo reducido de contratos, todos caracterizados por la asociación de un particular a la realización de atribuciones de la Administración. Se cuestionaba, por eso, el ilustre administrativista: “Está por verificar en qué medida esos principios serán aplicables a un conjunto mucho más amplio y diversificado de contratos”.

38 Sobre la definición de contratantes públicos no CCP, confróntese Guerra Tavares y Monteiro Dente. Ob. cit., pp. 99 y siguientes.

sustantivo del contrato administrativo a todos los contratos celebrados por la administración pública³⁹.

Así, en coherencia con ello, a nuestro juicio hubiera sido preferible optar por calificar como “administrativos” todos los contratos celebrados por la administración pública, antes que dejarles a las partes —lo que en la práctica significa dejar a la discreción de la parte más fuerte en el contexto precontractual, que es el contratante público— la calificación o no como administrativos de los pocos contratos que el código (todavía) no decidió cualificar como tales.

Nos parece que el régimen sustantivo que —por referencia al modelo emblemático de los contratos de colaboración subordinada de la tradición francesa— el CCP hace corresponder a la figura del contrato administrativo confiere a los contratantes públicos poderes desproporcionados, configurados como si todos los contratos que son reconducidos a esta amplísima categoría fuesen necesariamente celebrados para fines de inmediata utilidad pública y, por ello, fuese crucial proporcionarle al contratante público los más intensos poderes con vista a promover la más efectiva satisfacción del interés público. A nuestro modo de ver, sería importante que, en este ámbito, se reconociesen las enormes diferencias que separan entre sí las categorías de contratos administrativos, al atribuirles a esas diferencias la debida relevancia cuando se trate de definir el régimen de las correspondientes relaciones contractuales⁴⁰.

A nuestro juicio, debe entenderse que, contrariamente a lo que uno podría pensar desde el principio, el régimen del título I no es aplicable a todos los contratos administrativos. Esto es lo que, bajo nuestro parecer, explica la existencia, en el título I de la parte III del CCP, de un último capítulo IX, constituido por “reglas especiales” que en las dos primeras

437

CONTRATOS
PÚBLICOS Y
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LOS
CONTRATOS
PÚBLICOS DE
PORTUGAL

PUBLIC
CONTRACTS AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS IN
THE NEW PUBLIC
CONTRACT CODE OF
PORTUGAL

39 De algún modo, en ese sentido, véanse Rebelo de Sousa y Salgado de Matos (ob. cit., pp. 31 y siguientes, y 39-40) y João Caupers (ob. cit., pp. 302-303).

40 En este sentido, confróntese AROSO DE ALMEIDA, Mário. “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, pp. 9 y siguientes. En el mismo sentido escribe también Vieira de Andrade que “la razón de ser de la construcción de una figura específica de contratos de derecho administrativo como ‘una institución de nuestro tiempo’ —al presuponer poderes especiales de autoridad, al establecer deberes especiales ante los particulares (de imparcialidad, de legalidad, de garantía y protección de derechos fundamentales), al sujetar la actuación de las entidades públicas a la realización de intereses públicos— impone la conclusión de que no puede haber un régimen único aplicable a todos los tipos de contratos. En verdad, no se puede dejar de tener en cuenta las diferencias significativas existentes entre los contratos administrativos cuanto en varios aspectos de los que destacamos algunos: la medida de la densidad normativa legal (a mayor o menor vinculación), el grado de importancia de la realización del interés público (en cuanto causa-función del contrato), las partes concretamente envueltas (también hay contratos administrativos entre entes administrativos y entre entes privados), la posición relativa de las partes en la relación jurídica tal como resulta de las normas legales (si es posible de regulación por acto administrativo, si hay subordinación efectiva), el objeto (si se objetiva la atribución de derechos o la colaboración en tareas administrativas, si la prestación principal es la del particular o la de la Administración, cual es el tipo de prestación, material o intelectual), el tipo de relación contractual (si el contrato versa sobre un ámbito en el que haya libertad de los particulares, si hubo libertad de estipulación, si la relación es duradera o instantánea”. En “Princípio da legalidade e autonomia da vontade na contratação pública”. *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*. Madrid: 2004, p. 69.

secciones se refiere, respectivamente, a los contratos con objeto pasible de acto administrativo y sobre el ejercicio de poderes públicos, y a los contratos interadministrativos. En efecto, ambas secciones se refieren a categorías de contratos administrativos que no corresponden al modelo del contrato de colaboración subordinada, por lo que, aunque por razones diferentes y, por ello, en medidas diferenciadas, se restan de algunos de los aspectos más significativos del régimen del título I de la parte III del CCP.

Desde luego, esto resulta del artículo 318, relativo a los contratos interadministrativos, que excluyen la aplicabilidad de las disposiciones de la parte III “a los contratantes públicos que contratan entre sí en un plano de igualdad jurídica, según una óptica de armonización del desempeño de las respectivas atribuciones”, y que determinan, en contrapartida, su aplicabilidad “a los contratos celebrados entre contratantes públicos en los cuales una de las partes es sometida al ejercicio de poderes de autoridad por la otra”⁴¹.

Igualmente, esto es lo que ocurre con los contratos con objeto pasible de acto administrativo, ante los cuales, creemos, no se debe entender aplicable el régimen del título I de la parte III del CCP, por lo menos en lo que respecta los poderes de modificación y resolución unilateral del contratante público.

En efecto, el CCP admite la figura del *contrato administrativo sustitutivo del acto administrativo* que reconduce, aunque con algunas fluctuaciones terminológicas, a la categoría de los contratos administrativos con objeto pasible de acto administrativo y otros contratos sobre el ejercicio de poderes públicos, a los que ya hicimos referencia⁴². Además, esta categoría de contratos, proveniente de una tradición completamente diferente de la francesa, suscita cuestiones específicas de las cuales deriva la necesidad de soluciones diferenciadas en términos del régimen. Sin embargo, el CCP, en el título I de su parte III, no dio una respuesta adecuada a la necesidad de estructurar un régimen normativo propio para esta nueva categoría de contratos.

Por ende, infelizmente, respecto del régimen del título I de la parte III del CCP, continúan siendo justificados los reparos que Mark Kirkby dirigió a la legislación anterior cuanto sobre el tema tratado⁴³ señalaba que el régimen jurídico de los contratos administrativos:

41 Para la distinción, en la doctrina, confróntese ESTEVES DE OLIVEIRA Mário. *Direito administrativo*. Segunda edición. Coimbra: 1984, p. 651; y CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...* Ob. cit., p. 419.

42 Sobre esta categoría de contratos, en la doctrina portuguesa, confróntese, por todos, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...* Ob. cit., pp. 428 y 752; FREITAS DO AMARAL. Ob. cit., p. 563; GONÇALVES, Pedro. Ob. cit., pp. 76 y siguientes; MARK KIRKBY. Ob. cit., pp. 75 y siguientes.

43 Confróntese MARK KIRKBY. Ob. cit., pp. 138 y siguientes.

[...] fue diseñado de inicio para regular los contratos de colaboración y que el legislador [...] en el momento en que decidió ampliar la autonomía pública contractual de la Administración y la capacidad para el ejercicio del poder administrativo a través de contratos, se limitó a reparar el régimen jurídico de los contratos de colaboración, es decir, de aquellos contratos que siempre fueran objeto de regulación expresa en el plano del Derecho Administrativo portugués.

Es sintomático de esto “el hecho de que los preceptos nucleares del régimen jurídico supuestamente unitario de los contratos administrativos dispongan con la reserva *de que resulte otra cosa de la naturaleza del contrato*”.

Analizando hoy el régimen de la parte III del CCP, no podemos dejar de concordar con el referido autor cuando, con referencia al régimen normativo anterior, se pregunta “si no haría sentido que el Código, en el capítulo de los contratos administrativos, incluyese una parte general dirigida a regular los aspectos que son transversales a todos los contratos administrativos y que, subsecuentemente, procediese a un tratamiento diferenciado” de categorías diferenciadas, como los contratos de colaboración subordinada y los contratos relativos al ejercicio de poderes públicos⁴⁴.

IV. RÉGIMEN CONTENCIOSO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Trazamos una última anotación con relación al régimen contencioso de los contratos administrativos para señalar que, de conformidad con lo dispuesto en los literales e) y f) del numeral 1 del artículo 4 del ETAF, pertenece al ámbito de la jurisdicción de los tribunales administrativos la apreciación de *todos* los litigios relativos a *todos* los *contratos administrativos*. El alcance de la jurisdicción de los tribunales administrativos en materia de contratos no se agota, sin embargo, en las acciones relativas a contratos administrativos, ya que también se extiende a las acciones relativas a los contratos públicos en general, en el sentido que fue explicado al inicio, aunque estos no sean calificados como contratos administrativos.

En efecto, el alcance de la jurisdicción de los tribunales administrativos comprende desde luego los contratos —que son, como hemos visto, contratos administrativos, según el numeral 6 del artículo primero del CCP— que correspondan a alguno de los tres tipos de situaciones previstos en el artículo 4, numeral 1, literal f) del ETAF: “contratos con objeto pasible de acto administrativo” o relativos al ejercicio de poderes

439

CONTRATOS
PÚBLICOS Y
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LOS
CONTRATOS
PÚBLICOS DE
PORTUGAL

PUBLIC
CONTRACTS AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS IN
THE NEW PUBLIC
CONTRACT CODE OF
PORTUGAL

⁴⁴ Confróntese MARK KIRKBY. Ob. cit., p. 140.

públicos; contratos típicos o nominados, que la ley expresamente sujeta a un régimen sustantivo regulado por normas de Derecho administrativo; contratos en que una de las partes sea una entidad pública o un concesionario actuando bajo la concesión y que las partes hayan expresamente optado por calificar como contrato administrativo y por someterlo a un régimen sustantivo de Derecho administrativo.

Debe entenderse que aquí están incluidos los contratos administrativos a que se refiere el literal c) del numeral 6 del artículo primero del CCP, que “confieren al contratista derechos especiales sobre las cosas públicas o el ejercicio de funciones de los órganos del contratante público”, en la medida en que es el propio literal c) del artículo primero del CCP que, al calificar estos contratos como administrativos para el efecto de sujetarlos a la aplicación del régimen del título I, los somete a un régimen sustantivo regulado por normas de Derecho administrativo.

Por otro lado, los “contratos que la ley someta, o admita que puedan ser sometidos, a un procedimiento de formación regulado por normas de derecho público y en que la prestación del contratista pueda condicionar o sustituir, de forma relevante, la realización de las atribuciones del contratante público”, y que el literal d) del numeral 6 del artículo primero del CCP también cualifica como contratos administrativos, igualmente están dentro del alcance de la jurisdicción administrativa porque encuadran en la previsión del literal e) del numeral 1 del artículo 4 del ETAF, que, sin diferenciar, atribuye a la jurisdicción administrativa la competencia para dirimir los litigios emergentes de todos los contratos que la ley sujeta o admita que puedan ser sometidos a un procedimiento de formación regulado por normas de Derecho público.

La previsión del literal e) del numeral 1 del artículo 4 del ETAF posee, sin embargo, un alcance más amplio, ya que comprende las acciones relativas a todos los contratos sometidos a reglas procedimentales de formación del Derecho administrativo: es el criterio del *contrato público* lo que complementa el del contrato administrativo. El legislador partió del entendimiento de que las razones que, por impulso del Derecho de la Unión Europea, llevaron al ordenamiento jurídico portugués a hacer depender la celebración de ciertos tipos de contratos, por ciertas entidades —públicas o equiparadas— de la previa realización de un procedimiento específicamente regulado por normas de Derecho público justifican la atribución a la jurisdicción administrativa de competencia para dirimir los litigios que puedan surgir bajo las correspondientes relaciones contractuales, aunque estas relaciones no tengan en sí mismas la naturaleza administrativa.

A los contratos hasta aquí indicados se agregan, finalmente, las situaciones previstas en la segunda parte del literal b) del numeral 1 del artículo 4 del ETAF, según el cual se puede pedir en los tribunales administrativos

la invalidación de cualquier contrato —sea un contrato administrativo, sea un contrato público o también un contrato de Derecho privado— siempre desde que dicha invalidez se deba a la de un acto administrativo previo en que la celebración del contrato se haya fundado. Por lo tanto, se trata de verificar la *invalidez consecuyente* del contrato, directamente determinada por razones relacionadas con la entidad pública contratante y, más concretamente, con el hecho de que esta no haya observado las normas de las que dependía la validez de su actuación. La solución tiene la ventaja de permitir, a través de la acumulación de pedidos, la apreciación bajo la misma acción y ante el mismo tribunal de la cuestión de la invalidez del acto precontractual y de la cuestión de la invalidez consecuyente del contrato.

Se verifica, así, que más allá de los litigios relativos a los contratos administrativos el artículo 4, numeral 1, del ETAF establece que la jurisdicción administrativa es aún competente para dirimir litigios en materia de contratos en dos tipos adicionales de situaciones: contratos públicos y situaciones de invalidez de cualquier contrato, en tanto sea consecuencia o derivada de un acto administrativo previo.

De este modo, se extiende el alcance de la jurisdicción administrativa a la apreciación de litigios relativos no solo a contratos administrativos, sino también a contratos públicos que no sean administrativos, en el sentido debidamente explicitado, e incluso a contratos de Derecho privado; y tanto a contratos celebrados por personas colectivas de Derecho público como a contratos celebrados por entidades privadas, cuando esas entidades también estén sujetas a reglas de Derecho público en lo que respecta al procedimiento de formación del contrato, independientemente de si el contrato es o no, en sí mismo, administrativo.

Con relación a los contratos celebrados por la administración pública, se verifica que el legislador decidió no extender la jurisdicción administrativa a todos los contratos, aunque optó, a pesar de todo, por extenderla a los más importantes tipos contractuales, que, incluso cuando no son calificados como administrativos —categoría que, como hemos visto, ya comprende la gran mayoría de las situaciones—, tienden a ser legalmente sometidos a la observancia de los procedimientos de formación regulados por normas del Derecho administrativo.

441

CONTRATOS
PÚBLICOS Y
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
EN EL NUEVO
CÓDIGO DE LOS
CONTRATOS
PÚBLICOS DE
PORTUGALPUBLIC
CONTRACTS AND
ADMINISTRATIVE
CONTRACTS IN
THE NEW PUBLIC
CONTRACT CODE OF
PORTUGAL

MARIO AROSO DE ALMEIDA