

Resolución de contratos de naturaleza administrativa especial y contratos privados celebrados por la Administración. Doctrina de los órganos consultivos

JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR
*Letrado y secretario general del Consello
Consultivo de Galicia.
Letrado de la Xunta de Galicia (exc.)*

- 1. Introducción**
- 2. Marco normativo**
- 3. La competencia de los órganos consultivos en materia de resolución de contratos**
- 4. Contratos de naturaleza administrativa especial y contratos privados. Doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia**
- 5. Naturaleza del contrato de compraventa**
- 6. Conclusión**

1 Introducción

La Administración, tal y como su propio nombre, la lógica y el sentido común indican, es a la vez el sujeto y objeto principal del derecho administrativo, y por ello protagonista preponderante, aunque no exclusivo, de esta disciplina jurídica.

Con todo, es perfectamente posible que la Administración actúe como un sujeto de derecho privado. En este caso, se someterá a las disposiciones de otras disciplinas jurídicas (derecho laboral, derecho civil, derecho mercantil), lo que en la práctica supone perder las prerrogativas que ostenta, y situarse en un plano de igualdad con los administrados.

La contratación pública, desde siempre, pero cada vez con mayor intensidad, está adquiriendo una importancia fundamental como herramienta

dirigida a la consecución de unos fines públicos, y en definitiva al cumplimiento del interés general.

Precisamente por ello, es una materia intensamente regulada desde una perspectiva esencialmente administrativa. La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), es una norma compleja y muy extensa (347 artículos, 57 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria, 16 disposiciones finales, y 6 anexos) que ha sufrido diversas modificaciones, y que pretende regular agotadoramente toda la actividad de contratación pública realizada por las Administraciones. A pesar de ello, se complementa con el todavía vigente Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), y en su caso, con las legislaciones autonómicas dictadas en su desarrollo (p. ej., Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura; Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra).

Desde un punto de vista material, y tal y como sucede en muchos otros ámbitos administrativos, cuando una Administración celebra un contrato administrativo está investida de una serie de poderes y prerrogativas, que le otorgan una posición de supremacía frente a la otra parte contratante.

Desde un punto de vista formal, la celebración de un contrato administrativo exige una serie de formalidades; en esencia, un procedimiento de licitación pública sometido a los principios de igualdad, publicidad, transparencia y concurrencia.

Pero las Administraciones también pueden realizar contratos de derecho privado. En estos supuestos, renuncian a sus potestades administrativas, colocándose en una posición de igualdad con otra parte contratante, y en cierta medida, a la tramitación legalmente establecida para los contratos públicos.

Esta distinción —contratos administrativos / contratos privados— es la principal causa de que existan determinados “controles” en el ejercicio de las potestades administrativas en materia de contratación pública, tendentes en todo caso a evitar que la posición de superioridad se ejercite de forma arbitraria, irregular, y en definitiva injusta. Por lo tanto, estos controles se configuran como una garantía de legalidad frente a eventuales arbitrariedades administrativas.

Por lo tanto, el dictamen preceptivo que el órgano consultivo competente en función de la Administración de que se trate (Consejo de Estado u

órgano consultivo autonómico) tiene que emitir con carácter previo al ejercicio de las potestades legalmente reconocidas para la resolución, modificación, declaración de nulidad e interpretación del contrato, es una garantía para el administrado frente a eventuales excesos de la Administración en su ejercicio.

El objeto de este trabajo es analizar la competencia de los órganos consultivos cuando la Administración pretende la resolución de contratos de objeto atípico, es decir, aquellos que claramente no responden al paradigma de los contratos administrativos (contrato de obra, servicios y suministro), y que ofrecen dudas sobre su verdadera naturaleza, precisamente por razón de su objeto y calificación formal.

2

Marco normativo

El Capítulo II: "Contratos del sector público", Sección 3.ª: "Contratos administrativos y contratos privados", de la LCSP (artículos 24 y ss.) establece el régimen jurídico aplicable a los contratos del sector público, distinguiendo entre contratos administrativos, contratos de naturaleza administrativa especial, contratos privados, y la jurisdicción competente para conocer de las vicisitudes que surjan de unos y otros.

Por un lado, son contratos puramente administrativos los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios.

Por otro lado, también se consideran contratos administrativos aquellos otros distintos de los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial, por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

También serán contratos administrativos los declarados así expresamente por una ley.

Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Finalmente, serán contratos privados aquellos cuyo objeto sea distinto de los anteriormente referidos, y particularmente aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos. En esencia, y con ciertos matices, este tipo de contratos se regirán en cuanto a

su preparación y adjudicación por la normativa administrativa, y en lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, por el derecho privado.

3

La competencia de los órganos consultivos en materia de resolución de contratos

El artículo 190 de la LCSP atribuye al órgano de contratación la potestad de resolver el contrato y determinar los efectos de la resolución, con la exigencia de solicitar el dictamen del órgano consultivo cuando se formule oposición por parte del contratista (artículo 191.3.a LCSP).

La totalidad de las legislaciones reguladoras de los diferentes órganos consultivos reproducen esta competencia.

Por citar solo algunos ejemplos, el artículo 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado atribuye a su Comisión Permanente la competencia para dictaminar resolución de contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado.

El Consello Consultivo de Galicia resulta competente para la emisión de este tipo de dictámenes, a tenor de lo establecido en el artículo 12.g) de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consello Consultivo de Galicia, y en el artículo 17.a) de su Reglamento de organización y funcionamiento, aprobado por el Decreto 91/2015, de 18 de junio.

En términos similares se pronuncian, entre otras, las siguientes leyes: Ley 2/2024, de 19 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía (artículo 17.d); Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (artículo 13.n); Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja (artículo 11.i); o Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana (artículo 10.c).

Esta oposición del contratista, que determina la necesidad de dictamen preceptivo del órgano consultivo correspondiente, debe referirse a la propia causa de resolución del contrato y no a sus efectos meramente accesorios. Así, por ejemplo, cuando ambas partes están de acuerdo en la extinción contractual, y la discrepancia se circunscribe a aspectos como el importe de la liquidación contractual, no será preciso recabar el dictamen, todo ello según reiterada doctrina de los órganos consultivos. En este sentido, Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia 128/2024, de 29 de abril, y los que en él se citan.

Otros órganos consultivos comparten la misma opinión, como se desprende, por ejemplo, del Dictamen 321/2013, del Consejo Consultivo de Cas-

tilla-La Mancha, o del Dictamen 11/2019, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Además, la falta de presentación de alegaciones, es decir, el silencio en el trámite de audiencia, impide apreciar la oposición a la resolución contractual (Dictamen 170/2014, de 8 de mayo, del Consejo Consultivo de Castilla y León; Dictamen 453/2018, de 5 de diciembre, del Consello Consultivo de Galicia).

4

Contratos de naturaleza administrativa especial y contratos privados. Doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia

De conformidad con el artículo 25.2 LCSP, se consideran contratos de naturaleza administrativa especial aquellos que no son contratos de obras, servicios o suministro, pero que están vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, o que satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

Teniendo en cuenta las carencias de la definición legal, cuando la Administración pretende resolver este tipo de contratos, la primera cuestión que se plantea es si su simple calificación como tales en los pliegos reguladores les otorga indiscutiblemente la naturaleza administrativa especial.

Prima facie, podría invocarse la tradicional doctrina, pacíficamente consolidada en la jurisprudencia histórica, de la obligatoriedad y vinculación de los pliegos como ley del contrato una vez aceptados por las partes contratantes¹. En el mismo sentido, podría también invocarse el principio de la interpretación literal de los contratos previsto en el artículo 1281 del Código Civil², que reproduce el principio general del derecho: *in claris non fit interpretatio*. Aplicando este principio como máxima, si el contratista ha aceptado por medio de la celebración y suscripción del contrato su califi-

1. "De acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo '*pacta sunt servanda*' con los corolarios del imperio de la buena fe y del *non licet* contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas" (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982).

2. Artículo 1281 del Código Civil:

"Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. [...]".

cación administrativa, no podrá oponerse al ejercicio de las potestades de la Administración, y particularmente la potestad de resolución contractual. Asimismo, el ejercicio de esta potestad exigirá el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, y particularmente el dictamen preceptivo del órgano consultivo (artículo 191.3.a LCSP).

Pero esta tesis no ha sido aceptada por diferentes órganos consultivos, que reaccionan frente a su simplismo enarbolando otros principios generales del derecho, y las propias reglas lógicas del obrar humano y del sentido común.

De este modo, junto con los aludidos principios generales —vinculación del contrato y literalidad de las cláusulas—, también cabe tener en cuenta otros de similar arraigo, y en concreto aquel que considera que, a los efectos de la cualificación del contrato, prima la verdadera naturaleza por encima de su denominación. Este principio ha sido recogido por la jurisprudencia; por todas, la STS, Sala de lo Civil, núm. 693/2019, de 18 de diciembre, recurso 1458/2016, que manifiesta lo siguiente: “[...] como hemos declarado en múltiples resoluciones, los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son (irrelevancia del *nomen iuris*, por todas, sentencias 765/2010, de 30 de noviembre; y 335/2013, de 7 de mayo)”.

En coherencia con esta tesis, el órgano consultivo a cuyo dictamen se somete un procedimiento de resolución contractual deberá analizar el objeto del contrato para verificar su verdadera naturaleza, administrativa o privada, y en consecuencia emitir dictamen aceptando su competencia, o devolver el asunto en caso contrario, por carecer de la misma.

Por ello, el órgano consultivo no puede limitarse a una mera verificación del nombre del contrato, sino que tiene necesariamente que indagar si la calificación del contrato establecida en el pliego es ajustada a su contenido, a la realidad, y en última instancia a la legalidad. Debe ser la realidad material del objeto contractual la que determine la calificación del mismo, y no la denominación formal realizada en el pliego. No cabe aquietarse con la calificación formal por aplicación del principio general de la contratación pública en cuya virtud los pliegos son ley del contrato.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, en el sistema de fuentes normativas, el pliego, pese a ser “ley del contrato”, estaría en el último escalafón, por debajo de cualquier norma con rango de ley en sentido amplio. Un pliego nunca puede establecer cláusulas contrarias a la legalidad, y particularmente a la normativa de contratación pública.

Lo contrario llevaría a la absurda conclusión de que la mera calificación en el pliego de un contrato permitiría considerar como privado un contrato

de obras, servicios o suministro, y consecuentemente eludir el régimen jurídico administrativo establecido en la normativa de contratación pública.

La interpretación literal de los artículos 3³ y 1281 del Código Civil es un mecanismo de interpretación de leyes y contratos, pero también existen otros, como la interpretación teleológica, considerada “fundamental” por dicho artículo 3 del Código Civil.

En definitiva, los órganos consultivos no pueden compartir interpretaciones de los pliegos contrarias a la ley, ni, en consecuencia, que el pliego permita lo que la ley prohíbe.

5

Naturaleza del contrato de compraventa

En el Dictamen 96/2022, de 11 de mayo, del Consello Consultivo de Galicia⁴, la Administración sometía a consideración del órgano consultivo la resolución de un contrato de compraventa de parcelas, formalizado en escritura pública notarial.

Por un lado, el citado artículo 25.2 LCSP considera que la naturaleza administrativa especial del contrato viene otorgada por estar vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante, o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

Por otro lado, el pliego establecía lo siguiente: “Los contratos objeto de este pliego, ...tienen carácter administrativo especial ya que con la venta de este suelo industrial con los requisitos y condiciones establecidos sin beneficio económico para al Ayuntamiento, pretendiera impulsar el desarrollo económico del Municipio que consiguiente creación de empleo, la mejora de la calidad de vida de los vecinos así como la mejora del medio urbano al promover el traslado de las empresas ubicadas en el casco urbano al Polígono” (cláusula 25.^a). Los informes técnicos avalaban estas manifestaciones, añadiendo que, “si bien en principio y al tratarse de la compraventa de un

3. Artículo 3 del Código Civil:

“1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

4. Esta doctrina se refrendó en los dictámenes 97, 98, 99 y 100/2022, de 11 de mayo, y posteriormente en el Dictamen 425/2024.

bien inmueble habíamos podido estar ante un contrato privado, la finalidad pública de impulsar el desarrollo económico del Municipio califica el contrato como contrato administrativo especial, siendo su régimen jurídico el establecido en el artículo del mismo cuerpo legal”.

El órgano consultivo discrepa de estas conclusiones, interpretando el artículo 25.2 LCSP. Así, considera que las menciones a la promoción de la actividad económica, creación de empleo, mejora de calidad de vida de los vecinos o mejora del medio urbano, no pueden equipararse a una finalidad de la específica competencia de un ayuntamiento, sino que todas las expuestas son competencia de todas las Administraciones públicas, precisamente por el carácter general y transversal con que son descritas. Para el órgano consultivo, la mejor prueba de lo expuesto es la propia cláusula del pliego (antes reproducida), que cita como finalidad específica a cumplir el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), pero no concreta en cuál de las múltiples competencias descritas por el precepto se inserta este contrato —el número segundo de este artículo se divide en dieciséis letras, y cada una de ellas enumera varias competencias específicas agrupadas por áreas temáticas—. Por lo demás, el desarrollo económico, la mejora de la calidad de vida o la mejora del medio urbano son expresiones inconcretas en las que podría incluirse un amplísimo abanico de actividades, de manera que una interpretación extensiva podría desvirtuar el verdadero y sentido carácter de los contratos de naturaleza administrativa especial. El Consello sienta doctrina, entendiendo que la exigencia prevista en el artículo 25.2 LCSP, “finalidad pública contractual dirigida a satisfacer una *competencia específica*”, supone que esta debe insertarse de manera clara y evidente en alguna de las competencias propias y específicas que el artículo 25.2 de la LBRL atribuye a los ayuntamientos.

En la labor de indagación a la que hemos hecho referencia, el órgano consultivo no se circunscribe al objeto del contrato, o al *nomen iuris*. Al contrario, realiza una interpretación integradora de todo el pliego, indicando aquellas cláusulas del mismo que redundan en el carácter privado del contrato.

Así, por un lado, pone de manifiesto la exigencia de formalización en escritura pública notarial del contrato, lo que constituye una contravención del artículo 153 LCSP. En efecto, de acuerdo con este precepto, los contratos de la Administración se formalizarán en documento administrativo, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público; sin perjuicio de elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista. Por otro lado, también pone de manifiesto que el régimen de

penalidades establecido en el pliego contraviene las disposiciones de la Ley de contratos.

Para avalar las tesis del órgano consultivo, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), secc. 1.ª, 25.6.2007, n.º 781/2007, rec. 3508/2000:

“Así las cosas, no es posible apreciar la vinculación al desarrollo regular de un servicio público o el giro o tráfico que caracteriza la relación administrativa en un contrato que, como el contemplado en el supuesto de autos, tiene por objeto la realización de actividades de patrocinio para la celebración de un congreso, por más que el contenido de éste viniera referido a una materia, como la medioambiental, respecto de la que la Administración municipal tiene innegables competencias en orden a su protección, promoción y fomento. Ni siquiera atendiendo a la finalidad, más que a su objeto, del contrato es posible apreciar en él los rasgos moduladores que confieren la naturaleza administrativa a la relación jurídica, en la medida en que el fin de ésta se agota en la realización de tales actividades de patrocinio, independientemente del objeto y finalidad de las actividades en sí realizadas por los particulares, personas físicas o jurídicas, con quienes la demandante había de contratar para promocionar y publicitar la celebración del evento, en mayor o menor medida relacionadas con su objeto. Propugnar una amplitud excesiva a la hora de considerar la vinculación del contrato al servicio público, o el giro o tráfico específico de la Administración contratante sería tanto como desvirtuar la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, pues siempre sería posible ver un último enlace en la actividad de ésta con un fin público. La conclusión de todo cuanto se ha expuesto no puede ser otra que la de considerar que el contrato cuyo incumplimiento origina la reclamación objeto de este proceso reviste carácter privado, y se halla sólo sometido a la legislación administrativa en todo cuanto afecta a los actos tradicionalmente considerados separables -los relativos a la formación de la voluntad de la Administración, a su preparación y adjudicación-, en tanto que en cuanto a sus efectos y extinción se somete a las normas de derecho privado, correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos, como aquí, a las consecuencias del incumplimiento contractual”.

Más específicamente, la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los contratos de compraventa fue objeto de diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. En concreto, el Informe 42/2007, de 29 de octubre de 2007, con cita de otros precedentes (Informe 36/1997, de 10 de noviembre de 1997; Informe 55/2005, de 19 de diciembre de 2005).

De acuerdo con lo expuesto, el órgano consultivo gallego declara su incompetencia para pronunciarse sobre el fondo de la controversia –concurrencia de la causa de resolución–, resolviendo la devolución del expediente. No obstante, deja abierta la puerta a la facultad que tiene la Administración para promover la resolución contractual por las vías establecidas para los contratos privados si así lo considera oportuno y legalmente procedente.

En este sentido, el artículo 27 LCSP establece que el orden jurisdiccional civil será competente para resolver las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones públicas.

6 Conclusión

Las competencias atribuidas a los órganos consultivos son *numerus clausus*. Únicamente deben intervenir en aquellos casos en los que existe una atribución legal expresa. Son órganos de superior asesoramiento jurídico, y por ello su función se limita a aquellos casos en los que el legislador considere necesario exigir un plus de garantía para evitar arbitrariedades y asesorar a las Administraciones públicas en el cumplimiento de la legalidad.

En el ámbito de la contratación pública, la Administración está investida de *imperium*, y desde esta posición de supremacía ejerce una serie de potestades exorbitantes que no se reconocen al resto de los administrados.

Por esta razón, el legislador ha considerado procedente que un órgano independiente de composición jurídica asesore a las Administraciones públicas, y garantice que sus facultades de supremacía se ejercen con arreglo a derecho.

Precisamente por ello, la labor de los órganos consultivos debe ser proactiva. Si se aquietan a la calificación del contrato que se realiza en los pliegos, o al contenido literal de sus cláusulas, bajo la máxima de la obligatoriedad de los pliegos como ley del contrato, estarán dando carta de naturaleza a eventuales abusos o arbitrariedades que pudieran haberse cometido en su redacción y aprobación. Por más que el pliego sea la ley del contrato, el órgano de contratación que lo aprueba no es el legislador.

Por lo demás, como órganos de asesoramiento jurídico, se les presupone un conocimiento intenso de la materia, que les permite eventualmente revisar calificaciones jurídicas erróneas, e indicar el camino legalmente pro-

cedente para una resolución contractual, en función del verdadero tipo de contrato sometido a dictamen.

Como consecuencia de ello, en este tipo de procedimientos deberá realizarse un análisis sesudo de los parámetros que determinan la competencia del órgano consultivo para dictaminar, con carácter previo a entrar en el fondo del asunto. Y, para el caso de concluir que la naturaleza del contrato no se ajusta a lo calificado, deberán abstenerse de opinar, y remitir a las partes a la jurisdicción competente para tal efecto.