

CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

Por RAFAEL ENTRENA CUESTA

Ayudanté de Clases Prácticas de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: *Necesidad de intentar una nueva clasificación de los contratos celebrados por la Administración pública, que abarque la totalidad de los mismos.*—II. INEXISTENCIA DE RAZONES DE CARÁCTER DOCTRINAL QUE SE OPONGAN A LA ADMISIBILIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: I. *Importancia y planteamiento del problema.* 2. *Examen de las principales objeciones:* a) *La diversa naturaleza de los sujetos. Alusión especial a las tesis de RANELLETTI y ALESSI;* b) *La no comerciabilidad del objeto de estos contratos;* c) *La situación de monopolio en que se encuentra la Administración pública;* d) *La fijación unilateral de las cláusulas del contrato;* e) *Conclusión.*—III. EXISTENCIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *Las cláusulas exorbitantes constituyen la esencia de los contratos administrativos.* 2. *Existencia de dichos contratos en nuestro ordenamiento jurídico.*—IV. CRITERIO DE DISTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: 1. *Estudios de los diferentes criterios de distinción propuestos por la doctrina:* a) *El sujeto;* b) *La forma;* c) *La jurisdicción;* d) *El contenido: la presencia de las cláusulas exorbitantes.* 2. *Criterio que se propone: son contratos administrativos aquellos cuyo objeto inmediato y directo sea el servicio público, siempre que la gestión de dicho servicio público sea de la exclusiva competencia de una de las partes contratantes.*—V. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ENTRE ENTES PÚBLICOS: 1. *Introducción.* 2. *Contratos privados entre entes públicos.* 3. *Contratos públicos: Contratos de colaboración—administrativos—y contratos de cooperación—públicos en sentido estricto—.* 4. *Consecuencias de la división propuesta en cuanto a la teoría general de los contratos de la Administración.*

I.—INTRODUCCIÓN.

La literatura jurídico-administrativa de todos los tiempos y países se ha ocupado con singular frecuencia de los contratos celebrados por la Administración pública. Ello obedece, sin duda, al carácter central de dicho instituto en la teoría general del Derecho administrativo. Hasta el punto de que puede afirmarse que no existe mejor piedra de toque para averiguar la medida en que un ordenamiento jurídico está dominado por los principios que informan el régimen administrativo, que la de examinar la regulación que nos ofrece de los referidos contratos (1).

(1) De aquí la importancia que para resolver el tan debatido problema de la exis-

Tampoco existe mejor procedimiento para ponderar la autonomía y grado de elaboración de la ciencia que toma por objeto esta rama del Derecho que el de considerar el tratamiento doctrinal de los referidos contratos. De ser estudiados exclusivamente con arreglo a los moldes ofrecidos por la doctrina privatista, se ha llegado, a través de una larga evolución, a construir una temática propia de sugestiva riqueza, de la que las obras de PEQUIGNOT (2) y LAUBADÈRE (3), entre otras, constituyen el mejor testimonio.

Pudiera temerse por ello que la publicación de un nuevo trabajo sobre el tema hiciera acreedor a su autor a ser incluido en el grupo de los cultivadores de la «jurisprudencia escolástica», tan finamente fustigados por SANTI ROMANO (4). Ante esta posible crítica conviene recordar las palabras con que otro italiano, G. PAPINI, justificaba el título de la última de sus obras aparecidas antes de su muerte: «No es verdad, decía el ilustre florentino, que todo haya sido dicho, y que todos los libros hayan sido escritos; en la Naturaleza, en la Humanidad, en la Historia y en el Arte existen todavía muchos ángulos por iluminar, muchos puntos por aclarar, muchas directrices espirituales por descubrir y por poner en evidencia» (5). También en la teoría general de los contratos de la Administración existen numerosas zonas que hasta ahora pasaron desapercibidas a los investigadores. Sobre algunas de ellas queremos llamar la atención.

La legislación de los distintos Estados en la actualidad presenta como una de sus características, cada vez más acentuadas, la multiplicación de los entes públicos menores. Esto ha motivado, como es lógico, contactos entre estos entes públicos en el cumplimiento de sus propios fines, originándose relaciones jurídicas entre ellos y con el Estado. Las relaciones jurídicas entre entes públicos pueden tener su origen—como las demás rela-

tencia de Derecho administrativo en los países anglosajones ofrece la obra de MITCHELL, en que se defiende el empleo en los mismos de los contratos administrativos, *The contracts of public authorities*, Londres, 1953; vid. en particular págs. 6 y ss, págs. 24 y ss. y págs. 81 y ss. Vide nuestra recensión de esta obra en el núm. 21 de esta REVISTA.

(2) *Theorie générale du contrat administratif*, París, 1945, y los diferentes extremos de los referidos contratos tratados por el autor en los fascículos 500, 505, 510, 511 y 515 del «Juris-classeur Administratif». Todos ellos fueron editados conjuntamente en una *separata*, en París, 1954.

(3) *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 3 vols., París, 1956.

(4) *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Florencia, 1953, apartados «Giurisprudenza scolastica», «Giuristi» y «Glissez, Mortels n'appuyez pas», especialmente, páginas 111-19.

(5) *La spia del mondo*, Florencia, 1956, pág. 10.

ciones jurídicas—en actos y en hechos (6). Los actos pueden ser unilaterales o bilaterales.

Hasta el momento presente la doctrina ha prescindido de las relaciones jurídicas bilaterales que se establecen entre los entes públicos. La consecuencia de ello ha sido la elaboración de una teoría general de los contratos de la Administración, viciada por su carácter fraccionario. Para que dicha teoría general pueda recibir tal nombre, deberá ser susceptible de abarcar todos y cada uno de los contratos celebrados por la Administración pública. Objeto de nuestro estudio será intentar una clasificación de tales contratos. No basta con afirmar que existen unas notas comunes a los contratos administrativos y privados celebrados por la Administración pública, como ya subrayó ALVAREZ GENDÍN (7), y recientemente recordaba GARCÍA-TREVIJANO (8). Es preciso también distinguir entre las distintas clases de los contratos regulados por el Derecho público.

Para alcanzar nuestro objeto deberemos encontrar respuesta previamente a las siguientes cuestiones: 1.ª ¿Existe una incompatibilidad entre los términos contrato y administrativo?, o, dicho con otras palabras, ¿puede hablarse de contratos administrativos? 2.ª En el supuesto de que existan dichos contratos, ¿cómo se caracterizan? 3.ª ¿Existen contratos administrativos en el Derecho español? Como se ve, por el momento, seguimos la terminología tradicional, que, salvo excepciones como la de ALVAREZ GENDÍN (9), distingue entre los contratos administrativos y los privados. Más adelante veremos cómo, en nuestra opinión, es necesario modificar esta terminología en el sentido de considerar los contratos administrativos como una parte tan sólo de contratos regulados por el Derecho público.

(6) Cfr. SAYAGUES, *Tratado de Derecho administrativo*, I, Montevideo, 1953, páginas 589 y ss.

(7) *Los contratos públicos*, Madrid, 1934, pág. 37.

(8) *Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 87, mayo-junio 1956, páginas 302 y ss.

(9) Este autor cree que deben denominarse contratos administrativos todos los celebrados por la Administración pública, reservando la expresión *contratos públicos* para aquellos que se rigen por el Derecho administrativo. *Los contratos...*, cit., pág. 43.

II.—INEXISTENCIA DE RAZONES DE CARÁCTER DOGMÁTICO QUE SE OPONGAN A LA ADMISIBILIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

1.—Uno de los problemas más discutidos desde el nacimiento del Derecho administrativo ha sido el de la posibilidad de que la Administración celebre contratos. Generalmente, sobre todo después de un cierto momento, se resuelve en sentido afirmativo en cuanto a los contratos entre entes públicos. Parece, por tanto, que, como éstos constituyen el objeto de nuestro estudio, no deberíamos tratar esta cuestión. Pero, en primer lugar, los contratos entre entes públicos forman parte de los contratos de la Administración pública en general y, por tanto, difícilmente se podría penetrar en su esencia sin haber resuelto previamente el citado problema. Además, las páginas que siguen nos permitirán poner de manifiesto algunas deficiencias en su planteamiento tradicional, que se han dejado sentir en el tema de que principalmente vamos a ocuparnos.

GALLO niega toda importancia a la cuestión apuntada. Estima que la distinción entre negocios jurídicos unilaterales y bilaterales es irrelevante en el Derecho administrativo. El mantenimiento de tal distinción sólo puede tener un significado terminológico meramente formal y, por tanto, convencional. Y ello porque el elemento discriminador y calificador de los negocios de Derecho público y de los negocios de Derecho privado en que participa la Administración pública es la causa, que en los negocios de Derecho público está constituida por el fin de la realización del interés público. Esta causa es preeminente y absorbente en todos los actos negociales de Derecho público, y es relevante incluso para el acto del sujeto privado contrapuesto a la Administración en los actos que se califican de bilaterales, como, por ejemplo, las concesiones de servicios públicos (10); de suerte que también en estos casos tiene el negocio por causa la realización de un interés público. Pero como observa RANELLETTI (11), no es posible detenerse en el examen de la causa del negocio para distinguir los actos jurídicos de Derecho público de los de Derecho privado realizados por la Administración, porque en tanto puede ser de Derecho público un acto que tenga por causa la realización del interés público, en cuanto haya sido realizado

(10) *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padua, 1936, especialmente capítulo 3.º, págs. 97 y ss. y 112 y ss.

(11) *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, págs. 148 y ss.

por un sujeto de Derecho público desarrollando una actividad pública. A esto podemos añadir que, aun admitiendo la tesis de GALLO, dejarían de encontrar adecuada respuesta muchas preguntas que podemos formularnos en cuanto a los actos de la Administración pública a la formación de los cuales concurre la voluntad del particular. Así, por ejemplo, ¿pueden aplicarse a las llamadas concesiones bilaterales los principios de la teoría general del contrato? Evidentemente, ello depende de la naturaleza jurídica que se le asigne. La cuestión, por consiguiente, continúa siendo sustancial, poniéndose así de manifiesto, una vez más, la exactitud de las palabras de FORTI cuando advierte que los problemas sistemáticos tienen siempre su profundo alcance, en el sentido de que la definición sistemática de una relación implica la clasificación de la misma y la posibilidad de aplicar a la relación así clasificada las normas que para aquella categoría de relaciones ha establecido el Derecho (12).

Un exacto planteamiento del problema de la admisibilidad de los contratos administrativos sólo puede realizarse distinguiendo entre la posibilidad dogmática de admitir la existencia de tales contratos y la aplicación que el Derecho positivo de un Estado determinado haga de esta posibilidad, ya que puede concebirse que existan ordenamientos jurídicos en los que en muy escasas ocasiones nos encontremos ante uno de los citados contratos (13).

2.—La concepción individualista del Derecho dominante en el siglo pasado ha ejercitado sobre la estructura general del Derecho administrativo repercusiones extremadamente características (14). Como el Estado se opone al individuo, como la voluntad general domina las voluntades particulares, las relaciones entre los particulares deben obedecer a principios absolutamente diversos de los que rigen las relaciones del Estado con los ciudadanos. El Estado se encuentra, respecto del individuo, en una situación de contraste esencial; el Estado comienza donde termina la libertad, la igualdad, la autonomía de las personas, y de la misma forma el individuo comienza a desarrollar su actividad donde cesa la zona del Estado. Existe un dique entre el Estado y el individuo; y este dique implica la im-

(12) *Lezioni di diritto amministrativo*, II, Nápoles, 1950, pág. 87.

(13) Sig. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en el núm. 10 de esta REVISTA, pág. 271.

(14) Vid. BERNARD GENY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, París, 1930, especialmente la introducción, págs. 3 y ss. y el capítulo I, págs. 19 y ss.

posibilidad de toda colaboración. Es verdad que se admiten contactos entre el Estado y el ciudadano, pero estos contactos se dirigen primero al segundo a través de la manifestación de su *imperium*.

En esta situación, poca difusión podría tener la doctrina que juzgase aplicable al Derecho administrativo la categoría del contrato. Se pensaba que el Estado podía contratar, pero siempre que lo hiciese, debería de someterse plenamente a las reglas del Derecho civil, tratándose, en consecuencia, de contratos privados. «Como tantas veces hacían los Reyes, según las tradicionales leyendas..., el Estado, para contratar, tenía que bajar de su solio y velar el esplendor de su soberanía con la capa modesta de una persona de Derecho privado» (15); tal era la opinión de MANTELLINI (16) y GIORGI (17). No obstante, no faltan ya en esta época autores que comienzan a advertir la aplicabilidad del contrato a campos diversos de aquellos en que tradicionalmente se había desarrollado, aunque después no realicen un estudio detallado del problema. SAVIGNI, por ejemplo, escribía en 1891: «Nosotros debemos sostener la aplicabilidad del concepto expuesto (es decir, del contrato) en su máxima extensión. Así pueden existir contratos en el Derecho internacional, en el Derecho público, en el Derecho privado» (18). En todo caso, la doctrina predominante era la referida que se basaba en la distinción de dos personalidades en el Estado. Una personalidad pública y una personalidad privada, el Fisco, que se sometía al Derecho privado (19). Ahora bien, a medida que se forma la doctrina administrativa, se percatan los autores de que existen relaciones entre el Estado y los particulares, cuyo origen y contenido no puede ser explicado dentro de los límites del Derecho privado, y así comienza la discusión entre unilateralistas y contractualistas, cuyas voces llegan hasta nuestros días, si

(15) JORDANA DE POZAS, Prólogo a *Los contratos públicos*, de ALVAREZ GENDÍN, cit., pág. XIV.

(16) *Lo Stato e il Codice Civile*, Florencia, 1880, II, págs. 505 y ss.

(17) *Dottrina delle persone giuridiche*, vol. I, págs. 155 y ss., y vol. II, pág. 462, cit. por GALLO, *I rapporti...*, cit., pág. 31, nota.

(18) *Sistema del Diritto Romano attuale*, II, pág. 407, cit. por MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, pág. 31, nota.

(19) Según GARRIDO FALLA, han sido tres las formas históricas de sometimiento de la Administración al Derecho: 1.º Sometimiento parcial de ciertos actos estatales (Doctrina del Fisco); 2.º Sometimiento total al Derecho de los actos del Estado sin consideración a su prerrogativa (Doctrina del *Rule of Law*); 3.º Sometimiento total al Derecho, pero conservando los actos del Estado ciertas prerrogativas (régimen administrativo). (*Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, en esta REVISTA, número 7, pág. 22.)

bien es cierto que cada vez los segundos son más numerosos, pudiéndose afirmar que la admisibilidad dogmática de los contratos administrativos tiene el consentimiento casi general, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los distintos países. Para llegar a este punto ha sido necesario rechazar numerosas objeciones. Las más importantes proceden de la doctrina italiana y son las siguientes:

a) Acaso el argumento más empleado por los mantenedores de la tesis unilateralista haya sido el de la diversa naturaleza de los sujetos. Así, SANTI ROMANO, aunque después no tendrá la misma idea, advertirá que la naturaleza jurídica de los sujetos, incluso cuando el uno no está sometido al otro en virtud de su *status libertatis*, es demasiado diversa para que pueda admitirse su armónico y equivalente concurso en la formación de un mismo acto (20). Con palabras semejantes se expresa BORSI, que ni siquiera admite la existencia de contratos entre entes públicos (21). Estos argumentos serán perfeccionados por RANELLETTI y ALESSI, cuyas posiciones merecen ser estudiadas más atentamente.

Estudia RANELLETTI (22) aquellos casos en que las obligaciones que derivan para el particular de una relación jurídica se fundan en su voluntad, y, concretamente, las concesiones de uso del dominio público, las concesiones de servicios públicos, y así sucesivamente, en las cuales el acto de concesión que crea en el particular el derecho al ejercicio del servicio público y de todos los poderes públicos que el mismo implica, o el derecho al uso especial del bien demanial, están unidos a un acto de obligación de dicho particular, en el que éste asume, respecto de la Administración, una serie de obligaciones en cuanto al ejercicio del servicio o del Derecho con él relacionados, ya respecto de la Administración, ya respecto de los terceros que deberán disfrutar del servicio. Según el autor citado, si el contrato se concluye entre dos sujetos de Derecho público, como el Estado y un Municipio, o una Provincia, o dos o más Municipios o Provincias, en materia de Derecho público no existe duda acerca de la posibilidad de la

(20) Mantiene la tesis unilateralista en los *Principi di Diritto amministrativo*, Milán, 1906, págs. 53 y ss., y la contractualista en el *Corso di Diritto amministrativo*, Padua, 1930, pág. 244.

(21) *Le funzioni del Comune italiano*, en el *Primo Trattato de ORLANDO*, vol. II, parte 2.ª, págs. 23 y ss. Para una exposición y crítica de la tesis de este autor, vid. nuestro trabajo *El acto administrativo complejo en la esfera local*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 95, en particular págs. 658 y ss. y 670 y ss.

(22) *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milán, 1945, págs. 22. y ss. y 142 y ss.

formación de un único negocio y precisamente de un contrato, que será de Derecho público por la naturaleza de las partes contratantes y de la materia objeto del negocio. Naturalmente, como en todo contrato, los entes que lo forman deben intervenir como partes contrapuestas que persiguen intereses propios diversos y contrastantes, y para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial que les permitirá satisfacer los propios intereses respectivos. En cambio, si la otra parte que entra en relación con la Administración es un particular, advierte que es evidente que en estas relaciones el particular no se presenta en su posición de súbdito frente al Estado, sino en su condición de libertad, y que la formación de la relación y las obligaciones que de ella derivan para el particular no encuentran su fuente en un acto de imperio, es decir, en un mandato del Estado, sino en un libre acto de voluntad del particular. El Estado aquí no actúa como soberano de su poder de imperio, no manda, no impone obligaciones al ciudadano. Ni estas obligaciones son establecidas por una Ley como consecuencia de la condición jurídica, o del derecho, que al particular se le ha concedido en el acto administrativo. La relación jurídica por ello, y las obligaciones que de ella derivan para el particular, pueden constituirse sólo con el concurso de su voluntad. Ahora bien, si el negocio es de Derecho público, el particular que actúa como tal no puede concurrir con su voluntad a la formación del mismo. El requisito esencial para que dos declaraciones de voluntad puedan fundirse en un acto jurídico es que tengan la misma naturaleza jurídica. Las dos declaraciones de voluntad constituirán, por consiguiente, dos actos jurídicos distintos, uno de obligación de Derecho privado, otro de concesión de Derecho público, relacionados entre sí. El acto de obligación del particular deberá normalmente preceder a la emanación del acto administrativo y será en tal supuesto condición (*conditio iuris*) de tal emanación. Cuando se forma después de aquél, puede ser condición de validez del acto, o sólo de su eficacia. El acto administrativo de concesión, a su vez, constituye la causa del acto de obligación del particular.

El punto de partida de ALESSI (23) es la distinción entre dos tipos de intereses, a cuya realización puede dirigir su acción el sujeto administrativo: los intereses públicos colectivos primarios y los intereses públicos

(23) *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milán, 1953, págs. 151 y ss., 183 y ss. y 244 y ss.

colectivos secundarios (24). Los intereses públicos colectivos cuya satisfacción debe buscar la Administración, no son simplemente el interés de la Administración entendida como sujeto jurídico, sino aquel que ha sido llamado en interés colectivo primario, constituido por el complejo de los intereses individuales prevalentes en una determinada organización jurídica de la colectividad. El interés del sujeto administrativo es simplemente uno de los intereses secundarios que se dejan sentir en el seno de la colectividad y que pueden ser realizados solamente en caso de coincidencia con el interés colectivo primario. De acuerdo con CARNELUTTI (25), considera el contrato como el instrumento para la pacífica composición consensual de los conflictos intersubjetivos de intereses, de donde deriva que la noción de aquél no está ligada indisoluble y esencialmente al terreno de Derecho privado, ya que los conflictos de interés secundario no son exclusiva de tal campo. Es necesario, sin embargo, distinguir entre el caso de relación entre entes públicos y el de las relaciones entre entes públicos y los particulares. En el primer caso, dado que las relaciones entre entes públicos escapan necesariamente al campo del Derecho privado (26), existe no sólo la posibilidad de un contrato entre entes públicos (en el caso de que se deba resolver pacíficamente un conflicto

(24) La distinción entre intereses colectivos primarios y secundarios es fundamentalmente obra de CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padua, 1933, I, páginas 15 y ss., y PICCARDI. Según este autor, toda colectividad social nos ofrece una tupida red de intereses en distinta relación entre sí: intereses coincidentes e intereses en conflicto. Todo interés, en cuanto sentido por un individuo, es siempre necesariamente individual; pero cuando un mismo interés es propio de una colectividad más o menos amplia de individuos deviene colectivo, en cuanto sentido por todos los individuos de la colectividad, expresión unitaria de una multiplicidad de intereses individuales coincidentes. La organización jurídica de la colectividad representa la prevalencia de una determinada serie de intereses colectivos sobre todo otro interés individual o colectivo existente en el seno de dicha colectividad que se encuentre en contraste con aquéllos: el conjunto de los intereses colectivos prevalentes ha sido llamado en forma sintética interés colectivo primario. Este interés colectivo primario, aun siendo la expresión unitaria de múltiples intereses individuales coincidentes de distintos sujetos jurídicos, miembros de la colectividad, se distingue idealmente del interés individual de cada sujeto en particular, que puede coincidir o estar en conflicto con él. Estos intereses individuales propios de cada miembro de la colectividad en particular han sido denominados intereses colectivos secundarios. (*Sulla distinzione tra diritto e interesse nella giustizia amministrativa*, «Studi per il centenario del Consiglio di Stato», págs. 125 y ss.)

(25) *Contratto e diritto pubblico*, «Studi in onore di Alfredo ASCOLI», Messina, 1931, págs. 7 y ss.

(26) Más adelante veremos cómo tal afirmación no es exacta, existiendo relaciones entre entes públicos reguladas por el Derecho privado.

de interés secundario entre los mismos), sino también la posibilidad de un contrato de Derecho público, pues como tal deberá considerarse el que derive de un acuerdo consensual entre entes públicos destinado a regular relaciones que se desarrollan entre ellos. Inversamente en el caso de relaciones entre entes públicos y particulares, existe también la posibilidad de un contrato (en el supuesto de composición pacífica voluntaria de un conflicto de intereses secundarios), pero, sin embargo, dado que cuando la Administración actúa directamente para la satisfacción de un interés subjetivo secundario la actividad que desarrolla y las relaciones que como consecuencia de la misma se establecen, deben ser disciplinadas por el Derecho privado, falta la posibilidad de un contrato que pueda definirse como contrato de Derecho público. Dicho con otras palabras, existe la posibilidad de un contrato entre la Administración y los ciudadanos, pero no de un contrato administrativo, ya que no se sale de una de estas alternativas: o la actividad de la Administración tiende directamente a la satisfacción de un interés público, lo que permitiría la reglamentación de dicha actividad por el Derecho público, y entonces faltan los intereses secundarios entre la Administración y el particular, con lo que viene a faltar la posibilidad de un contrato entre la Administración y el ciudadano; o bien la Administración tiende efectivamente a la satisfacción directa de un interés secundario subjetivo patrimonial, y entonces existirá la posibilidad de un contrato entre ella y el ciudadano, pero este contrato no podrá ser administrativo, sino sólo privado. En conclusión, por tanto, según ALESSI, si bien es cierto que la idea de contrato no es inconciliable con el calificativo de administrativo, la admisibilidad de tales contratos debe ser rigurosamente circunscrita a las relaciones entre entes públicos, debiendo, en cambio, ser rechazada en cuanto a las relaciones entre los entes públicos y los particulares.

Hora es ya de realizar la crítica de las teorías expuestas. Existe, sobre todo, un argumento que nos parece oponible a todas ellas; es el siguiente: la inclusión de un fenómeno jurídico bajo una determinada categoría, según hemos afirmado con anterioridad, trae como consecuencia la aplicación a dicho fenómeno de las normas que regulan la categoría de que se trate. Si, por consiguiente, dos fenómenos jurídicos son regulados por las mismas normas y producen los mismos efectos, debe pensarse en la necesidad de incluirlos bajo el ámbito de una misma categoría jurídica; ahora bien, como más adelante tendremos ocasión de examinar, en el Derecho moderno, y concretamente en el Derecho español, no es ni mucho menos

infrecuente que un ente público actúe como concesionario de un servicio público, aplicándose a esta relación, salvo escasas modificaciones (27), las mismas normas que se aplican a aquellos supuestos en que el concesionario es un particular. ¿Cómo explicar la producción de idénticos efectos, con categorías jurídicas de distinta naturaleza? La consecuencia será, o negar la calificación de contrato a aquel que se establece entre dos entes públicos cuando uno de ellos se encuentra en una posición jurídica de supremacía, o considerar que en ambos casos existe un contrato, aunque regulado por el Derecho público. Ninguna de las teorías aludidas ofrece razones para la primera solución, debiendo, por consiguiente, seguirse la segunda. Conviene, desde este momento, llamar la atención sobre la necesidad de replantear cuanto se refiere a los contratos entre entes públicos, ya que la doctrina se limita normalmente a admitirlos sin detenerse a estudiarlos para intentar explicar y clasificar los distintos tipos de contratos que puedan darse entre ellos.

Con los razonamientos que preceden, quedan en realidad refutadas las afirmaciones de los unilateralistas, pero todavía podemos ofrecer otros argumentos en defensa de nuestra tesis. Así, contra quien invoca la «naturaleza demasiado diversa» de los sujetos, recordamos con MIELE (28) que la naturaleza de los sujetos de Derecho, desde un punto de vista formal, pero rigurosamente jurídico, es siempre idéntica: consiste en ser «persona», es decir, titular de derechos y de deberes en relación con un determinado ordenamiento. La diferencia entre el Estado y el particular no se funda en su diversa naturaleza, sino en la diversa entidad de las tareas, de los fines y de los poderes que a un sujeto corresponden frente al otro.

En cuanto a la tesis de RANELLETTI, creemos que podrá admitirse o no, como hace LESSONA (29), que las llamadas concesiones bilaterales entran en el más amplio grupo de las concesiones (30); es decir, de aquellos actos

(27) El Decreto-ley de 10 de marzo de 1950 y la Ley de 19 de diciembre de 1951 dispensan a los Municipios de la obligación de prestar fianza cuando actúen como concesionarios en materia de transporte urbano. Vid. sobre el particular GARCÍA DE ENTERRÍA, *La ordenación jurídica de los transportes madrileños*, publicado por el Ayuntamiento en el tomo «La cátedra de Madrid, Curso primero», en la Facultad de Derecho en la Universidad de Madrid, 1954, págs. 113 y ss., y *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, Madrid, 1955, pág. 13.

(28) *La manifestazione...*, cit., págs. 29 y ss.

(29) *Istituzioni di Diritto pubblico*, Roma, 1943, págs. 118, e *Introduzione al Diritto amministrativo*, Florencia, 1952, págs. 78 y 79.

(30) Como señala SILVESTRI, la expresión *concesión* no designa un acto administra-

que se verifican cada vez que la Administración pública transmite a otros sujetos el ejercicio de un poder o un derecho que a ella corresponde, o bien limitando el propio poder o el propio derecho, constituye un nuevo derecho o poder en favor de otro sujeto. Pero lo que no se puede negar es la existencia en las concesiones de servicio público de un verdadero y propio contrato administrativo. En estas concesiones, en efecto (31), como el mismo RANELLETTI reconoce, y FORTI puso de manifiesto en los primeros años del siglo (32), nos encontramos en la esfera del *status libertatis* del ciudadano, al que el Estado no puede imponer una obligación como la de la prestación de servicio sin su consentimiento. La manifestación de voluntad del Estado se dirige a la consecución del mejor desarrollo del servicio público concedido. El fin que determina a una voluntad a actuar jurídicamente se encuentra, por consiguiente, en la prestación prometida por la otra, existe el «*duorum in idem placitum consensus*», el «*do ut des*», en suma, una bilateralidad evidente, empleando este término en sentido genérico, es decir, en cuanto sirve para indicar que de la relación derivan obligaciones para las dos partes que en ella intervienen. Así las cosas, no se podrá objetar, como hace RANELLETTI, que no existe una posibilidad de enlace entre el acto administrativo y la manifestación de voluntad del particular. La manifestación de voluntad de la Administración desempeña aquí, como afirma FORTI, una doble función: en cuanto voluntad unilateral, sirve para ejecutar y sólo para ejecutar la obligación asumida por la Administración pública, ya que con un acto unilateral no se puede dar vida a una relación que no puede nacer sin la voluntad del particular. En cuanto voluntad dirigida a crear situaciones sinalagmáticas, no es y no puede ser sino voluntad contractual. Esta solución, añade el mismo autor, no tiene nada de artificiosa. Nada existe de extraño ni de irregular en que la

tivo típico, sino más bien un *genus*, es decir, una categoría de actos que tienen sólo en común algunos elementos y efectos. (*Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milán, 1956, pág. 13.)

(31) Como es sabido, la naturaleza jurídica de las concesiones de uso de dominio público es muy discutida, ya que mientras algunos autores las consideran como un acto unilateral (así, JÈZE, *Principios generales de Derecho administrativo*, trad. española, IV, pág. 4, y FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, en «*Studi di Diritto pubblico*», I, Roma, 1937, págs. 397 y ss.), otros estiman que tienen la misma naturaleza jurídica que las concesiones del servicio público (así, SILVESTRI, *Il riscatto*, cit., págs. 22 y ss. En las págs. 18 y ss. de esta obra puede encontrarse la exposición de las diversas teorías elaboradas sobre el problema).

(32) *Natura giuridica*, cit., págs. 397 y ss.

voluntad desempeñe dos funciones, la de voluntad contractual y la de prestación con que se ejecuta el contrato. Este fenómeno no es infrecuente en la vida del Derecho. Así, si yo pasando junto a un vendedor de periódicos le entrego el precio de uno de ellos, este acto tiene dos significados: declaración de voluntad que contribuye a aceptar la oferta expresa o tácita de venta del periódico, y actuación de mi prestación de comprador, es decir, pago del precio (33).

Conviene señalar que no es ésta la tesis normalmente seguida por la doctrina, en cuanto a la naturaleza jurídica de la concesión del servicio público. Sin perjuicio de considerarla como contrato, según los autores franceses, se compondría de cláusulas contractuales y cláusulas reglamentarias. Sólo a éstas se extendería la facultad de modificación que a la Administración corresponde. Pero, como ha demostrado recientemente BADAoui, esta teoría no responde ni al sentido de la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* ni a las exigencias de la técnica jurídica. A nosotros nos interesa el segundo tipo de críticas. Según el citado autor, no puede seguirse la tesis señalada, por dos razones: en primer lugar, porque resulta difícil concebir posibilidades de que un particular pueda participar en la formación de un acto legislativo. Esta objeción habría podido ser descartada si se consideran las cláusulas reglamentarias de la concesión como disposición de carácter unilateral. Pero no es éste el pensamiento de los miembros de la escuela realista, que deben considerarse como los principales seguidores de la tesis que combatimos. Para ellos, acertadamente, las cláusulas relativas a la organización y explotación del servicio son, como las demás cláusulas, establecidas de común acuerdo entre la Administración y el concesionario. Sin embargo, las disposiciones orgánicas, a diferencia de las cláusulas financieras, no tienen naturaleza contractual: son el resultado de una unión de voluntades del concedente y el concesionario para establecer la Ley del servicio. Existe un acuerdo de voluntad, pero no constituye un contrato. La segunda objeción que BADAoui dirige contra la tesis que combatimos es la siguiente: según la escuela realista, lo que caracteriza el acto legislativo o reglamentario es que establece por vía abstracta y general, sin consideración ninguna de especie ni de persona, y que crea una situación jurídica general imparcial y objetiva. Sin embargo, las disposiciones del acto de concesión, relativas a la organización del

(33) *Lezioni...*, cit., págs. 85 y 86.

servicio, poseen el carácter de generalidad y de imparcialidad con relación a los usuarios del servicio público, no así respecto al concesionario. Frente a esas disposiciones, igual que frente a las demás, el concesionario se encuentra sin duda alguna en una situación subjetiva particular y especial: organiza relaciones individuales de acreedor y de deudor entre el concesionario y el concedente (34).

Finalmente, en cuanto a la tesis de ALESSI, estimamos, en primer lugar, que es falso su punto de partida; además, que, aun en el caso de admitirlo, las consecuencias que del mismo derivan son inadecuadas. Sobre el primer extremo, no es éste el lugar de extenderse. Diremos solamente que, como ha sostenido GARRIDO FALLA (35) combatiendo la tesis de BALLBÉ (36), que en España ha seguido la postura de ALESSI, la distinción entre el interés público colectivo primario y el secundario es insostenible en el estado actual de la doctrina, y significa un paso atrás en la evolución de nuestra ciencia, para volver a la teoría ya superada de la doble personalidad del Estado, a través del cual una zona de la actividad de aquél, el Fisco, se sometía al Derecho. Pero, aun en el caso de que se admitiese aquel doble grupo de intereses, ello no debe conducir a rechazar la posibilidad de contratos entre la Administración y el particular, regulados por el Derecho público: en efecto, como ha subrayado precisamente CARNELUTTI (37), cuyo concepto de contrato es aceptado y empleado por ALESSI, negar en el campo del Derecho público la contraposición de intereses o de voluntades es una inútil tentativa de esconder la evidencia de los hechos. No es que no exista una supremacía del interés público, pero tal supremacía muchas veces no es suficiente para posibilitar la producción de determinados efectos jurídicos con la sola voluntad de la Administración; otras veces, en cambio, el carácter público de uno de los intereses en conflicto, puede justificar la producción del efecto apetecido, mediante la sola voluntad de la Administración. Pero ello no quiere decir que tenga que ocurrir siempre así. El Estado, por ejemplo, podría requisar los bienes muebles de que tiene necesidad para su Ejército, y, sin embargo, no lo hace,

(34) *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, París, 1955, págs. 77 a 92, especialmente 77 a 80.

(35) *Sobre el Derecho administrativo...*, cit., pág. 10 y 13 y ss.

(36) *Voz Derecho administrativo*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, pág. 59 de la *Separata*, Barcelona, 1949.

(37) *Contrato e Diritto pubblico...*, cit., pág. 10.

recurriendo a la compra-venta. En consecuencia, sostener que la supremacía del interés público impide la asimilación del acto de la Administración con el del particular, equivale a confundir lo que puede ser con lo que es; es decir, la posibilidad con la realidad.

b) Algún autor (38) ha querido encontrar otro obstáculo para la inadmisibilidad de los contratos administrativos en la no comercialidad del objeto de los mismos. Pero tal obstáculo se puede superar fácilmente observando que dicha in comerciabilidad se refiere sólo al Derecho privado, mientras que, en nuestro caso, nos referimos al Derecho público, y precisamente por ello se habla de contrato administrativo.

c) El tercer argumento contra la tesis contractualista ha encontrado su principal defensor en CANMEO, según el cual (39) el contrato tiene como función específica la actuación del intercambio de utilidades económicas en régimen de libertad, igualdad y concurrencia. En los pretendidos contratos que se verificasen en el terreno del Derecho administrativo, la Administración pública se encontraría en una situación de privilegio monopolístico en virtud de la cual la determinación del contenido por parte del particular es sólo aparente, ya que éste, sustancialmente, deberá vincularse a las condiciones previamente impuestas por la Administración. Pero, como advierte BARASSI (40), es innegable que la posición de monopolio puede darse también en el régimen contractual privatístico a favor de uno de los contratantes, sin que por ello desaparezca la figura jurídica del contrato.

d) La última objeción contra la teoría contractualista, se encuentra íntimamente ligada con la anterior, y es formulada, entre otros, por MESSINEO (41). En la opinión de este autor, cuando el contenido de una determinada conducta se encuentra pre-establecido, no nos encontramos en el campo del contrato, sino en el del acto administrativo. Pero como advierte WALLINE (42), el contrato no supone necesariamente que las cláusulas, la condición de ejecución, el precio, haya sido libremente discutido entre las partes en su totalidad. Para que exista un contrato, es necesario y suficiente

(38) CANMEO, *Corso di Diritto amministrativo*, Padua, 1901, pág. 1166.

(39) *Op. cit.*, pág. 1167.

(40) *Il contratto di lavoro nel diritto pubblico*, «Rivista di Diritto Civile», 1913, págs. 191 y ss.

(41) *Dottrina generale del contratto*, Milán, 1952, pág. 33.

(42) *De la situation juridique de l'usager d'un service public*, «Revue Critique de Législation et de Jurisprudence», 1933, pág. 238. En igual sentido, LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, París, 1953, pág. 435.

que ambas partes hayan querido que nazca una obligación. Por otra parte, observan los contractualistas (43) que también en el Derecho privado se dan contratos, los contratos de adhesión, en los que la voluntad de uno de los contrayentes se limita a adherirse al proyecto establecido por la otra parte contratante, no pudiendo desconocerse que tal voluntad adhesiva contiene en sí el elemento del consentimiento contractual. La semejanza existente, sin embargo, entre los contratos administrativos y los contratos de adhesión del Derecho privado, no deben llevar a pensar en una identidad entre ambas figuras jurídicas. En los segundos, advierte PEQUIGNOT la desigualdad entre las partes, es sólo fáctica, y además únicamente concurre en el momento de la formación del contrato. En los contratos administrativos, en cambio, dicha desigualdad es jurídica y subsiste durante toda la vida del contrato (44).

e) Las observaciones precedentes nos autorizan, por tanto, a afirmar que no existe ningún obstáculo en el terreno de los principios que pueda oponerse a la admisibilidad de actos bilaterales y plurilaterales en la rama del Derecho en que se desenvuelve nuestra investigación. El contrato, ha podido afirmar DUCUIT, «es una determinada categoría jurídica, y si concurren los elementos que la integran, existe siempre con el mismo carácter e idénticas consecuencias» (45). Se trata, la expresión no es nueva, de formas jurídicas generales (46), el reconocimiento de las cuales, eliminada toda posibilidad de impedimentos doctrinales, depende en definitiva del Derecho positivo. Esta es la conclusión a que llega la mayor parte de la doctrina moderna.

III.—EXISTENCIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

1. Como nuestro estudio se refiere al Derecho español, ha llegado el momento de investigar si en este Derecho existen contratos administrativos. Para resolver esta cuestión, tendremos que averiguar previamente cuál sea

(43) Sig. BARASSI, *Il contratto...*, cit., págs. 193 y ss.

(44) *Theorie générale...*, cit., pág. 262.

(45) *Traité de Droit constitutionnel*, 3.^a ed., III, págs. 434 y ss. En igual sentido, EDMOND, *De la nature juridique des concessions de travaux publics*, París, 1923, pág. 21.

(46) Vid., sobre las formas jurídicas generales, LEVI, *Teoria generale del Diritto*, Padua, 1953, págs. 116-119.

la esencia de tales contratos. Por supuesto, que la cuestión es distinta de la de concretar si un determinado contrato es o no administrativo. El problema que nos planteamos es el siguiente: ¿cuándo puede decirse de un ordenamiento que admita la categoría jurídica de los contratos administrativos? Y concretamente, ¿existe este tipo de contratos en el Derecho español? Nosotros nos preguntamos: ¿en este ordenamiento existen contratos administrativos? La interrogante que suele presidir las investigaciones, en cambio, sería la siguiente: ¿Este contrato es administrativo?

Para que nuestra respuesta sea afirmativa, es decir, para que pueda mantenerse que en un determinado ordenamiento existen contratos administrativos, no bastará con que nos encontremos ante contratos entre un ente público y un particular, dirigidos a la consecución de un fin público, pero regulados por el Derecho privado, ni siquiera en el caso de que existan cláusulas exorbitantes del Derecho privado.

En efecto, una de las características del Derecho público moderno, como ya subrayaba el Comisario del Gobierno ROMIEU en el *Affaire Terrier* (47) y la doctrina ha puesto reiteradamente de manifiesto, es la de la persecución de fines públicos a través de medios de Derecho privado (48). Ha sido superada de esta suerte la vieja distinción entre una personalidad pública y una personalidad privada de la Administración pública, la de los actos de autoridad y los actos de gestión, e incluso, según algunos autores, entre una actividad pública y una actividad privada de la Administración pública (49). GARRIDO FALLA (50) cita al respecto un ejemplo muy expresivo: la finalidad perseguida por el Estado en los supuestos de las nacionalizaciones puede ser la sustitución de sistemas del gran capitalismo privado por la propiedad estatal; una finalidad, como puede verse, de gran relieve político que debiera perseguirse como es lógico invocando el interés público. El instrumento jurídico administrativo utilizado ha sido la conversión de la antigua empresa capitalística privada en una empresa pública. Pero una vez que esta

(47) Cit. por LAUBADÈRE, *Traité theorique et Pratique...*, cit., I, págs. 30 y 31 en nota.

(48) Vid., entre otros, AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padua, 1938, págs. 33 y ss.; CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padua, 1941, págs. 15 y ss.; GARRIDO FALLA, *Sobre el Derecho administrativo*, cit., págs. 25 y ss.

(49) Puede considerarse como un intento de volver a la vieja distinción entre los actos de autoridad y los actos de gestión el trabajo de VEDEL, *Les bases constitutionnelles du Droit administratif*, «Etudes et Documents du Conseil d'Etat», págs. 21 a 53.

(50) *Sobre el Derecho...*, cit., pág. 32.

conversión se ha operado, es muy probable que continúe su funcionamiento utilizando, si ello es posible, los propios medios jurídicos privados que conoció en su etapa la empresa capitalística (51). ¿Qué ha sucedido? Simplemente, que para conseguir el fin propuesto, se ha utilizado la prerrogativa cuando fué necesario: para hacer pasar la propiedad a las manos públicas. Después el fin puede alcanzarse continuando el funcionamiento de la empresa sometida al régimen jurídico privado. Se ve, por consiguiente, como aun continuando el interés público como el fin al que dirige su acción el ente público, y siendo por consiguiente su actividad administrativa, tal actividad se encuentra sueta al Derecho privado.

Ahora bien, incluso cuando la Administración contrata según el Derecho privado, existen reflejos inevitables de su naturaleza; estos reflejos se manifiestan sobre todo en el momento de la formación del contrato (52), pero también durante su vida y en la extinción (53). Son una prueba de la exactitud de las palabras de FORTI (54), cuando afirma que no existe ninguna relación jurídica regulada exclusivamente por el Derecho privado (se comprende si interviene la Administración pública), por lo que no debe hablarse de actividad o de gestión con respecto a las distintas relaciones jurídicas, sino que la distinción debe extenderse a superar los distintos momentos de la relación. Pero la presencia de estas alteraciones del régimen normal del contrato privado no basta para poder afirmar que existe un contrato administrativo, ya que pueden considerarse como simples privilegios, como *ius singularis* respecto del régimen privatístico. Para realizar tal afirmación, es necesario que exista, como GARCÍA DE ENTERRÍA señala, un cuerpo armónico de normas exorbitantes del Derecho privado; que, no obstante, pue-

(51) «Hay pueblos vencidos, ha podido escribir H. HOUIN, cuyas leyes y civilización se imponen al vencedor en razón de su valor. Tal parece ser la situación del Derecho mercantil privado en presencia de la nacionalización y de la invasión de la economía por el Estado» (*La gestión des entreprises publiques et les methodes de droit commercial*, en «Archives di Philosophie du droit», 1952, pág. 79. En el mismo sentido se expresa VEDEL cuando afirma que «el Estado ha expropiado a los capitalistas no sólo sus empresas, sino también su experiencia y sus fórmulas» (*La technique des nationalisations*, en «Droit Social», 1946, pág. 96).

(52) Para una enumeración detallada de las modificaciones que sufren los contratos privados en que interviene la Administración como reflejo de la presencia de ésta, vide ALESSI, *Sistema istituzionale...*, cit., págs. 188-92, e Ingresso, *I contratti dei Comuni*, Milán, 1921.

(53) Interesantes observaciones sobre el particular se contienen en GARCÍA-TREVIJANO, *Principios sobre los contratos de la Administración...*, cit., págs. 302 y ss. y 333 y ss.

(54) *Lezioni...*, cit., pág. 68.

dan incluirse dentro del ámbito del contrato, y que sean aplicadas orgánicamente y no mediante una simple excepción casuística, según una dialéctica propia (55).

¿Existen estas normas en el Derecho español? No faltan en nuestra patria autores que consideran injustificable la consideración de los contratos administrativos como una figura jurídica autónoma (56). Esta solución al problema que nos ocupa se explica o por la fecha de sus publicaciones, o por el excesivo acercamiento a la doctrina italiana, olvidando la realidad del Derecho y la jurisprudencia española. Y la realidad es ésta: que en nuestro Derecho existe aquel conjunto de reglas exorbitantes del Derecho privado de que acabamos de hablar, que se aplican orgánicamente a algunos de los contratos en que la Administración es uno de los sujetos contratantes. La esencia de estas reglas se encuentra en establecer una situación de desigualdad a favor de la Administración. Por algún sector de la doctrina italiana, que aun admitiendo el contrato administrativo, pone como condición la igualdad de las dos partes contratantes, se podría objetar, que falta aquí la igualdad (57), pero cuando un concepto jurídico vive y se desarrolla en el seno de un Derecho positivo, y de nuevo empleamos palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, un argumento lógico como el mencionado, no le afecta de ninguna manera (58).

Mantenemos, por consiguiente, que la existencia de cláusula exorbitante del Derecho común constituye la esencia de los contratos administrativos. Este mismo criterio ha sido mantenido entre nosotros por ALVAREZ GENDÍN y por el autor que acabamos de citar (59). Muy interesante es en

(55) *Dos regulaciones orgánicas...*, cit., pág. 271.

(56) Cfr. DELGADO Y ARRIAGA, *Contratos administrativos*, Madrid, 1889, pág. 12; CABALLERO MONTES, *Lo contencioso administrativo*, I, Zaragoza, 1902, pág. 144; ABELLA, *Contratos provinciales y municipales*, Madrid, 1913, pág. 16; ALBI, *Los contratos municipales*, Valencia, 1944, págs. 11 y ss.; BALLBÉ, *Derecho administrativo...*, cit., págs. 68 y ss. de la *separata*. Vid. una crítica de la doctrina de ALBI en GARCÍA-TREVIJANO, *Principios...*, cit., págs. 335 y ss.

(57) Así, por ejemplo, MIELE, aunque admite la existencia de contratos regulados por el Derecho público, establece la condición de que «las distintas voluntades que en ellos participan se sitúen en el mismo pie de igualdad» (*La manifestazione...*, cit., página 32).

(58) *Dos regulaciones orgánicas...*, cit., pág. . Como es sabido, las cláusulas exorbitantes establecen no sólo prerrogativas a favor de la Administración, sino, en ocasiones, normas más rigurosas de las que dicta el Derecho privado. Cfr. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, «Revue du Droit Public et de la Science Politique», 1953, págs. 279 y ss., especialmente 287-89.

(59) ALVAREZ GENDÍN define el contrato administrativo, que él llama público, como

este sentido la sentencia de 20 de abril de 1936 de nuestro Tribunal Supremo, que consideraba como característico de los contratos administrativos las «cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común que asume la consideración de una competencia administrativa retenida..., las cuales, por el hecho de no encontrar equivalencia en el Derecho civil, donde juegan los elementos personales en pie de igualdad, pertenecen solamente a la doctrina de los poderes estatales que los imponen en virtud de imperio».

La tesis que seguimos nos conduce a discrepar de la posición mantenida por alguno de nuestros más prestigiosos tratadistas (60) a propósito de la existencia de los contratos administrativos en la esfera local. Comentando GARCÍA DE ENTERRÍA el Reglamento de contratación de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, afirma que en él se abandona en su totalidad la teoría del contrato administrativo, como ha sido acogido en nuestro Derecho desde los orígenes del régimen administrativo hasta hoy, para sustituirlo por una concepción que hace rigurosamente de todos los contratos de la Administración, sin distinción entre ellos, un contrato pura y simplemente privado. Pero seguidamente advierte que el legislador no ha podido prescindir de las exigencias de la práctica, estableciendo una serie de normas que no son sino las acostumbradas reglas exorbitantes del Derecho civil.

Estamos plenamente de acuerdo con el autor citado en cuanto al carácter exorbitante de las disposiciones que enumera, no así en lo que respecta al abandono de la vieja categoría del contrato administrativo para implantar unas reglamentaciones idénticas de todos los contratos de las corporaciones locales. Y ello por dos razones:

1.ª) Porque en nuestra opinión este Reglamento es solamente en parte aplicable a todos los contratos en que intervenga la Administración. Concretamente, en cuanto se refiere a las normas que regulan la celebración del contrato. Así lo deducimos de la primera de las Disposiciones adicionales, según la cual «la celebración de los contratos en que intervengan las corporaciones locales se regirá por este reglamento». Si se hubiese que-

«una obligación bilateral convenida, es decir, consensual, en la que una de las partes se encuentra en una situación privilegiada en relación a la otra, por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones convenidas, sin que ello implique una merma en los derechos económicos que la otra pueda hacer valer» (*Los contratos públicos...*, cit., página 19). Según GARCÍA DE ENTERRÍA, en la presencia de las cláusulas exorbitantes se identifica la presencia de un contrato administrativo propiamente tal (*Dos regulaciones...*, cit., pág. 268).

(60) GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., págs. 268 y ss.

ruido introducir una innovación tan trascendental, se habría empleado una fórmula más amplia, por ejemplo, la que se incluía en el art. 1.º del Proyecto de dicho Reglamento, que dispone que los preceptos del mismo se aplicarían a todos aquellos contratos en que interviniesen las corporaciones locales, cualquiera que fuese su naturaleza. Y aun en este caso, la cuestión sería muy discutible.

Por otra parte, como en seguida veremos, el fundamento de la atribución del conocimiento de las cuestiones que surgen en el cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos administrativos, a la jurisdicción contencioso-administrativa, se encuentra en la necesidad de que sobre los mismos juzguen personas más habituadas a moverse en el terreno del Derecho administrativo, que es el que regula los contratos que tienen este carácter. Si, por consiguiente, ahora se sometieran a las mismas reglas todos los contratos de las corporaciones locales, ¿cómo explicar el mantenimiento de la diversidad de jurisdicciones según se deduce del art. 12 del Reglamento a que aludimos?

2.ª) Porque aun en el caso de que se debiera admitir el idéntico régimen de todos los contratos en que fueran parte las corporaciones locales, ello no implicaría que se hubiese abandonado la tradicional concepción acogida en nuestro Derecho, de considerar el contrato administrativo como figura jurídica autónoma, exorbitante de aquella reglamentación del contrato que establece el Código civil. Observada la cuestión con detenimiento, parece indudable, dada la serie de cláusulas exorbitantes que en el tantas veces citado Reglamento de contratación de las corporaciones locales se contienen, que debería hablarse, en todo caso, de un contrato administrativo. Sólo que en lugar de limitarse las posibilidades de su empleo a los supuestos de los contratos que tuvieron por objeto una obra o servicio público, ahora podría estipularse un contrato de aquella naturaleza en todos los supuestos que intervinieran las corporaciones locales (61). Ello nos lleva a estudiar cual sea el criterio a seguir en nuestro Derecho para distinguir los contratos administrativos de los que no tienen este carácter.

(61) Se expresan en favor de la subsistencia dentro del marco del Reglamento de contratación de las corporaciones locales de la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho común ALBI, *Orientaciones generales del nuevo Reglamento de contratación de las corporaciones locales*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 71, págs. 669 y ss., y GARCÍA-TREVIJANO, *Principios sobre los contratos...*, cit., página 309.

IV.—CRITERIO DE DISTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

1.—Dadas las afirmaciones sentadas en el capítulo precedente, pudiera pensarse que nos adherimos a la postura de quienes estiman que el criterio de distinción entre contratos de Derecho común y contratos administrativos, debe hallarse en la presencia de cláusulas exorbitantes. Pero no es ésta nuestra tesis, como veremos en el momento oportuno. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se fijan fundamentalmente en cinco extremos a la hora de señalar el referido criterio de distinción: aluden al sujeto, a la forma, a la jurisdicción, al contenido y al objeto del contrato. Examinemos cada uno de los criterios apuntados.

a) Nosotros creemos que la presencia de la Administración pública en un contrato no sirve para calificarlo como administrativo. Y ello, en primer lugar, porque, como ya se ha visto, la Administración puede contratar también con arreglo al Derecho privado. Y además porque, como hemos apuntado en alguna ocasión y veremos con más detenimiento en el curso de nuestro estudio, no todos los contratos en que interviene la Administración regulados por el Derecho público deben ser considerados como contratos administrativos. Es decir, como contratos en los que una de las partes contratantes disfruta de una situación de privilegio respecto de la otra.

Otra cosa sería afirmar que un contrato administrativo, no ya cuando la Administración pública sea una parte contratante, sino cuando ésta al contratar actúe en su calidad de tal. De las posibilidades que esta afirmación ofrece para la solución del problema que tenemos planteado, nos ocuparemos al estudiar el objeto como criterio discriminador de los contratos administrativos.

b) La forma es el segundo de los criterios propuestos. Tampoco nos parece aceptable. Y ello por varias razones: por lo pronto, también entre los particulares se estipulan contratos para los que la Ley exige la observancia de determinadas formalidades. Por otra parte, cuando la Administración contrata con arreglo al Derecho privado, también se exige una forma determinada en algunas circunstancias. Finalmente, la observancia de la forma es igualmente prescrita en los contratos que la Administración celebra conforme al Derecho público, sin que tengan el carácter de contratos administrativos. No vale contra esto observar, como ha mantenido

algún autor francés, que la adopción de una determinada forma en un contrato puede servir para indicar que la Administración ha querido contratar con arreglo al Derecho administrativo, señalando que la «forma recubre generalmente un contenido que la es particular» (62). Pues lo primero que hay que averiguar es la forma que deberá adoptarse, la cual vendrá impuesta por la propia naturaleza del contrato. Debemos, por tanto, afirmar con el Real-decreto resolutorio de conflictos de competencia de 10 de julio de 1908, que «la forma extrínseca... no varía la esencia de los acuerdos».

c) La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 establece que dicha jurisdicción conocerá de las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración pública, cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie (art. 3.º, *a*) (63). Este artículo reproduce con ligeras modificaciones el art. 5.º del Texto refundido de la Ley de 8 de febrero de 1952, que a su vez recogía el de la Ley de 1894. Dicha Ley, por lo demás, no hacía sino seguir la tradición que se implanta en 1845 al estructurar la jurisdicción contencioso-administrativa. De aquí han partido algunos autores para afirmar que la jurisdicción competente debe considerarse como criterio discriminador de ambas clases de contratos. Pero si bien se mira, existe aquí una petición de principio. Así obrando se incurre en el mismo error señalado en el párrafo precedente. La primera cuestión a resolver será precisamente la de la naturaleza del contrato sobre el que se discute. Sólo entonces podremos conocer la jurisdicción competente para enjuiciar tal discusión.

Tampoco nos parece aceptable mantener no ya que la jurisdicción competente puede servirnos para precisar la naturaleza de un contrato, sino que la existencia misma del instituto de los contratos administrativos obedece a la división de jurisdicciones, como ha mantenido entre nosotros GARCÍA-TREVIJANO. «La razón básica e histórica que fundamenta la existencia de dos tipos de contratos, escribe este autor, es, en primer lugar,

(62) Sic. PEQUIGNOT, *Theorie générale...*, cit., págs. 65 y 139. En todo caso este autor afirma que «en la actualidad es absolutamente cierto que el empleo de formas administrativas es insuficiente para hacer adquirir a un contrato la condición de administrativo» (pág. 64).

(63) Vid. un comentario de este artículo en BOQUERA OLIVER, *La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española*, en el número 23 de esta REVISTA, págs. 203 y ss.

la división del trabajo, y en segundo lugar, la división de jurisdicciones (64). La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es efecto y no causa de las peculiaridades del contrato administrativo. Como lo prueba el hecho de que en países donde ni siquiera existe una jurisdicción contencioso-administrativa, se ha defendido, v con singular brillantez, la existencia de los contratos administrativos. La obra de MITCHELL es un buen testimonio de ello (65).

d) El cuarto criterio mantenido ha sido el del contenido del contrato. Este contenido se cifraría en la presencia de las llamadas cláusulas exorbitantes. La postura mantenida en el capítulo anterior pudiera llevar a considerar como una incongruencia la oposición al criterio que estudiamos. La aparente contradicción se salva si se tienen en cuenta los términos en que nos planteábamos el problema: entonces nuestra pregunta iba dirigida a un ordenamiento, ahora nos encaramos con un contrato. Pensamos que en un ordenamiento jurídico existen contratos administrativos cuando en el mismo se regulan una serie de contratos en los que se insertan, o pueden insertarse, cláusulas exorbitantes. Pero somos igualmente de la opinión de que la presencia de cláusulas exorbitantes en un contrato no es necesaria ni suficiente para que dicho contrato pueda y deba ser considerado como administrativo. Veamos de explicarnos.

Cada ordenamiento regula una serie de institutos jurídicos. Pero al mismo tiempo establece los supuestos en que dichos institutos deben aplicarse. Es posible, por tanto, que admitida la existencia de contratos administrativos, los criterios seguidos en distintos ordenamientos para señalar los supuestos de aplicación de aquéllos no sean coincidentes. En el Derecho francés se venía considerando tradicionalmente como contrato administrativo aquel en que se insertaban o podían insertarse cláusulas exorbitantes. Pero se estimaba que para calificar a un contrato como administrativo, de suerte que pudieran insertarse las susodichas cláusulas, era necesario que éste apuntara a la realización de una obra o servicio público. Tal era, en líneas generales, la tesis mantenida por Gaston JÈZE (66). En esta misma dirección se mueve PEQUIGNOT, aunque ha llegado a mantener que en ocasiones no es necesaria la presencia de un servicio público para

(64) *Principios sobre los contratos...*, cit., págs. 330 y 331.

(65) *The contracts...*, cit., págs. 24 y ss., en cuanto a Inglaterra; págs. 81 y ss., en cuanto a los Estados Unidos.

(66) Sic., por ejemplo, en el tomo IV de los *Principios generales de Derecho administrativo*, traducción española de DE PALMA, págs. 193, 232 y ss. y 363

que un contrato deba ser calificado como administrativo (67). La crisis de la doctrina del servicio público ha dejado también sentir su influencia en el tema que tratamos: en este sentido es significativa la obra de CHAPUS, donde se mantiene que la idea de servicio público es irrelevante para calificar a los contratos administrativos. Sólo deberán ser considerados como tales aquellos en que existan cláusulas exorbitantes (68). Este mismo criterio es el mantenido por VEDEL, que llega incluso a estimar que los contratos que, según la tradicional doctrina francesa, son administrativos «por determinación de la Ley», lo serán en la medida en que contengan cláusulas exorbitantes (69).

Sin penetrar en el examen del grado de certeza de las posturas extremas que acabamos de mencionar, de las que el *arrêt Bertin* supone un buen correctivo (70), no creemos que la doctrina de las cláusulas exorbitantes pueda ser mantenida con éxito en nuestro Derecho. Una vez más hemos de distinguir entre la causa y el efecto. Las tantas veces aludidas cláusulas exorbitantes no son la causa de la naturaleza del contrato, sino una consecuencia de ésta. Ante un contrato con cláusulas exorbitantes tendríamos que averiguar si la inserción de éstas está justificada. No puede dejarse al arbitrio de la Administración el asignarse una situación de ventaja. Es el Derecho positivo quien determina cuándo un contrato es administrativo. Sólo si el contrato es administrativo con arreglo al Derecho positivo, podrá la

(67) *Theorie générale...*, cit., pág. 114. Este autor advierte, sin embargo, que la cualidad de administrativo en un contrato se encuentra siempre unida, por lo menos, a la idea de utilidad pública (pág. 127), y define a los contratos administrativos como aquellos que presentan el doble carácter de ser relativos a un servicio público y el contener cláusulas exorbitantes del Derecho común (pág. 66).

(68) *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, 1957, reimpresión de 1957.

(69) *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, en *L'évolution du Droit public*, Paris, 1956, págs. 527-61, en particular págs. 531, 532 y 545.

(70) En dicho *arrêt* el Conseil d'Etat estableció que la circunstancia de que un contrato tenga por objeto confiar la ejecución misma del servicio público es suficiente por sí sola para imprimir al contrato de que se trata el carácter de un contrato administrativo, sin que sea necesario buscar si el citado contrato lleva consigo cláusulas exorbitantes del Derecho común. En la misma fecha, 20 de abril de 1956, el Conseil d'Etat declaraba en el *arrêt Grimouard* que las operaciones de repoblación forestal «tienen el carácter de obras públicas, y que cualquiera que pueda ser la naturaleza de las estipulaciones incluidas en los contratos de que se trata, tienen por su mismo objeto el carácter de contratos administrativos». Vid. un comentario de estos dos *arrêts* en BOQUERA OLIVER, *La caracterización...*, cit., y bibliografía allí citada. En dicho comentario puede encontrarse igualmente la jurisprudencia reciente de nuestro Tribunal Supremo acerca del criterio de distinción entre los contratos administrativos y los de Derecho común.

Administración insertar cláusulas exorbitantes. Es más, aunque no las inserte, se aplicarán cuando así lo exija la naturaleza del contrato (71). Un contrato puede, por tanto, ser administrativo aunque no contenga expresamente ninguna cláusula exorbitante. Inversamente, puede que un contrato, aunque tenga cláusulas exorbitantes, no deba reputarse administrativo (72).

2.—¿Cuál es entonces el criterio que permitirá descubrir la presencia de un contrato administrativo? De los seguidos por la doctrina, el único que nos queda por examinar es el del objeto contractual. Aquí deberemos buscar la solución que perseguimos. A decir verdad, es, con mucho, el criterio más seguido, tanto en España como fuera de ella. La redacción misma del art. 5.º de la vieja Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y del art. 3.º, a), de la vigente, están invitando a inclinarse por esta postura. Para que un contrato sea de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa deberá tener por objeto una obra o servicio público.

Conviene señalar que la expresión «obra o servicio público» no debe ser interpretada en sentido literal (73). De la misma forma que el concepto de obra pública ha sido históricamente absorbido por el de servicio público, pasando a ser considerada como obra pública aquella que está destinada a un servicio público, en el servicio público su contenido se ha desvinculado de la forma. No se exige que exista una organización de medios y personas destinados a satisfacer de una manera regular y continua el interés público. Se ha llegado a considerar como servicio público cualquier actividad encaminada a la satisfacción del interés público (74). Con arreglo a esto, serían contratos administrativos aquellos destinados a la satis-

(71) Así, por ejemplo, la sentencia de 13 de enero de 1932 resolvió que el Ayuntamiento tenía razón al obligar al contratista a prorrogar el contrato de alumbrado, a pesar de no haberse pactado expresamente, evitando la contingencia de que la población llegara a estar privada de alumbrado.

(72) En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Concepto, método y fuentes del Derecho administrativo*, no publicado, II, pág. 349, en nota; PEQUIGNOT, *Theorie générale...*, cit., pág. 241 y 304 y ss. y LAUBADÈRE, *Traité theorique...*, cit., I, págs. 88 y ss., y GARCÍA TREVIJANO, *Principios sobre los contratos...*, cit., pág. 331.

(73) Sic. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Concepto...*, cit., págs. 341 y ss. Cfr. las sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1947, relativa a un arrendamiento para instalar escuelas, y de 26 de mayo de 1936, sobre la construcción de casas para particulares; y el auto de 11 de febrero de 1942, sobre alquiler de vehículos privados por la Corporación municipal (cits. en la pág. 350).

(74) En este sentido, VEDEL, *Remarques...*, cit., pág. 539.

facción del interés público. Es la idea de servicio público la que determina la necesidad de la inserción de las cláusulas exorbitantes, porque el servicio público, como advierte GARCÍA DE ENTERRÍA, no puede ser abandonado por la Administración, siendo indeclinable para ella mantener sobre aquél su titularidad permanente e inderogable. He aquí por qué, continúa el autor citado, este objeto no podrá ser un verdadero objeto contractual en el sentido civil, precisamente porque su regulación entraría en una rígida estructura en cuanto determinada por la Ley del contrato y por la subordinación al mismo de los dos contratantes en un mismo plano: esto atentaría contra aquel principio suyo que es la pertenencia exclusiva y permanente a la voluntad única y libre de la Administración (75). En términos parecidos se expresa FERNÁNDEZ DE VELASCO al afirmar «que es el fin el que determina la forma generalmente observada en la contratación administrativa; en razón del fin se condiciona toda su vida y se da lugar a su constante alineabilidad. Este fin es el servicio público (76). La enumeración de citas como las expuestas resultaría interminable (77).

Esta importancia del servicio público, entendido en el sentido expresado, en toda la actividad administrativa y, por tanto, en los contratos administrativos, hace que el particular deba ser considerado tan sólo como un colaborador en la gestión de aquél. La idea de colaboración es central para comprender la esencia del contrato administrativo, que, en definitiva, se nos muestra, según palabras de LAUBADÈRE, «como un sistema de colaboración entre la Administración y el particular que con ella contrata» (78). Al ser particular tan sólo un colaborador de la Administración, a ésta corresponderá la dirección de quien con ella colabora.

La idea que acabamos de exponer es de fundamental importancia para el problema que estudiamos. Cuando la Administración tiende a la satisfacción del servicio público, debe aplicarse el Derecho administrativo. Esta postura es la mantenida por GARCÍA DE ENTERRÍA como criterio orien-

(75) *Dos regulaciones...*, cit., pág. 269.

(76) *Los contratos administrativos*, 2.^a ed., por GASCÓN Y MARÍN y LEIRA, Madrid, 1945, pág. 52.

(77) Cfr. JÈZE, *Principios...*, cit., IV, págs. 193 y 363; PEQUIGNOT, *Theorie générale*, cit., págs. 252 y ss.; FLAMME, *Les marchés de l'Administration*, Bruselas, 1955, pág. 323; ALVAREZ GENDÍN, *Los contratos públicos...*, cit., pág. 39, y sentencias de 1 de mayo de 1889, 12 de marzo de 1890, 8 de febrero de 1894, 14 de julio de 1903, 23 de diciembre de 1935, 7 de enero de 1936, 11 de diciembre de 1947, 26 de mayo de 1953, etc.

(78) *Traité théorique...*, cit., I, pág. 23. En igual sentido, JÈZE, *Principios...*, cit., IV, págs. 232 y ss., y PEQUIGNOT, *Traité...*, cit., pág. 303.

tador de esta rama del Derecho. No basta, para que el contrato sea administrativo, que la Administración pública sea uno de los sujetos contratantes. Es necesario que, además, cuando contrata lo haga con miras al servicio público, esto es, lo que de exacto se contiene, como el mismo autor ha señalado, en muchas sentencias de nuestro Tribunal Supremo cuando habla de que si la Administración actúa como poder, el contrato será administrativo (79).

Pero es necesario precisar aún más este criterio. Nuestra misma jurisprudencia se encarga de ello al exigir en reiteradas ocasiones que el contrato debe tender de manera *inmediata* y *directa* a satisfacer el servicio público. De esta suerte se reduce y concreta la esfera de aplicación del criterio adoptado; a los Tribunales corresponderá determinar cuándo se dan estas dos notas.

¿Debe entonces estimarse que será contrato administrativo con la consiguiente posibilidad de insertar en él cláusulas exorbitantes, o de que se apliquen aunque no hayan sido pactadas, todo contrato que reúna los requisitos apuntados? Una vez más nuestra respuesta debe ser negativa, aunque con ello nos apartemos de la que hasta ahora ha sido opinión dominante entre nosotros. Lo que justifica la existencia de contrato administrativo no lo es tanto la idea de servicio público abstractamente considerada, como el hecho de que el particular sea tan sólo un *colaborador* de la Administración. Las cosas se complican cuando la otra parte contratante no es un particular, sino otro ente público. La idea de colaboración será susceptible aquí de una aplicación mucho más reducida. Si el particular es tan sólo un colaborador de la Administración, es porque ésta tiene la competencia para gestionar el servicio público objeto del contrato. Esta competencia le faculta para contratar, pero al mismo tiempo le impide renunciar a la gestión de servicio público en favor del particular. Cuando la otra parte contratante es un ente público, la base de partida puede ser diferente. Nuestro Derecho positivo nos ofrece ejemplos numerosos de supuestos en que los entes públicos partes de un contrato tienen competencia sobre el servicio público objeto del mismo. En tal supuesto la Administración actúa precisamente en su calidad de tal, el objeto es el servicio público, y sin embargo, el contrato no es administrativo. No pueden aplicarse cláusulas exorbitantes. No existe aquí la figura del colaborador. Los dos entes públicos están cooperando para la gestión en común del servicio pú-

(79) *Concepto...*, cit., págs. 341 y ss.

blico. Ninguno de ellos puede desprenderse de aquello que constituye materia de su competencia, pero tampoco puede gozar de una situación privilegiada, puesto que también competé a la otra parte contratante.

Parece que con estos razonamientos hemos llegado a la meta perseguida. Ni el sujeto, tanto si se emplea la expresión en sentido genérico como si se habla de la Administración en su calidad de tal; ni la forma, ni la jurisdicción, ni el contenido, pueden servir para distinguir los contratos administrativos de los de Derecho común. Tampoco el objeto por sí solo cumple esta función. Será necesario ponerlo en relación con la idea de competencia. El contrato entonces es administrativo cuando concurren las dos circunstancias siguientes: 1.^a, que tengan como objeto inmediato y directo el servicio público; 2.^a, que la gestión del servicio público objeto del contrato sea de la exclusiva competencia de una de las partes contratantes. Es indiferente que la otra parte contratante sea un particular u otro ente público. Estas afirmaciones serán comprendidas con mayor facilidad en el capítulo que sigue.

V.—CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ENTRE ENTES PÚBLICOS.

1.—Una vez fijados los criterios fundamentales acerca de la actividad contractual de la Administración pública, podemos adentrarnos en el estudio del tema central de nuestra investigación, es decir, de la actividad contractual que se desarrolla dentro de la esfera de las relaciones entre entes públicos. La primera constatación que es necesario hacer, recordando cuanto hasta ahora hemos escrito, es la unanimidad de los autores de los distintos Estados al admitir no sólo la posibilidad, sino también la existencia de los contratos que examinamos. Incluso los unilateralistas se expresan en este sentido. En efecto, dado que el argumento principal por ellos empleado es el de la inadmisibilidad de actos bilaterales en el Derecho administrativo en que una de las voluntades participantes sea la del particular, cuando las dos voluntades que concurren pertenezcan a entes públicos, el camino queda abierto para los contratos regulados por el Derecho administrativo. Sólo que, después de tal admisión, son escasísimas las líneas que encontramos referidas a este problema. Parece como si aquí todo estuviera claro, como si no existieran dificultades que justificasen una consideración más meditada.

Y, en cambio, vemos que la lectura de las páginas precedentes ha puesto suficientemente de manifiesto la necesidad de un trabajo como el que hasta estos momentos hemos estado preparando, y en el que ahora intentamos profundizar. Hemos visto que entre estos entes públicos existen contratos en que uno de los contratantes disfruta de una posición de prevalencia. Tales contratos constituyeron el punto de partida para que GALLO elaborase su doctrina (80), pero se recordará que su solución no nos pareció convincente. GARCÍA DE ENTERRÍA se ha ocupado también de ello, pero los límites fijados a su investigación no le permitieron, desgraciadamente, ocuparse con detenimiento de un problema que en aquélla tenía carácter tan sólo marginal (81). Se recordará igualmente que hemos ya expresado nuestro desacuerdo respecto de algún autor, según el cual entre entes públicos sólo existen contratos regulados por el Derecho administrativo. Finalmente, la doctrina habla por lo general de aquellos contratos entre entes públicos que se desarrollan en pie de igualdad. ¿Existe algún criterio que permita reconducir a unidad estas distintas manifestaciones de la actividad contractual de los entes públicos? Parece, por lo menos, que existe la conveniencia de buscarlo.

2.—Una primera orientación creemos que puede encontrarse en la aplicación a las relaciones entre entes públicos de la distinción antes formulada entre actividades según el Derecho privado y actividad según el Derecho administrativo de la Administración pública.

No obstante que, según ALESSI, entre entes públicos solamente pueden existir contratos administrativos (contratos públicos, dice él, siguiendo la terminología generalmente adoptada por la doctrina italiana) (82), estimamos que nada impide la aplicación a este terreno de dicha división. En efecto, dado el criterio de distinción fijado en el apartado anterior, deberán tener el carácter de contratos privados entre entes públicos aquellos por ellos celebrados y que no se encaminen de una forma directa e inmediata a una finalidad de servicio público. En estos casos, salvo las modificaciones derivadas de la naturaleza de los sujetos, no se aplicará el Derecho administrativo, pues no actuará la Administración en su calidad de tal. Así, nuestro Tribunal Supremo ha considerado como arrendamiento

(80) *I rapporti...*, cit., especialmente págs. 55 y ss., 65 y ss.

(81) *La actividad industrial...*, cit., págs. 11 y ss.

(82) *Sistema istituzionale...*, cit., págs. 244 y ss.

de carácter civil el de un bien patrimonial de un Municipio al Estado, considerando como jurisdicción competente para conocer de la cuestión debatida a los Tribunales civiles (83).

Especial importancia tienen a este respecto los acuerdos que se producen con ocasión del procedimiento de expropiación forzosa. Según el artículo 1.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954, es objeto de dicha Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el art. 32 del Fuero de los Españoles, en la cual se encuentra comprendida cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualquiera que sea la persona o entidad a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, sanción, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio. Sin penetrar aquí en el problema de si los bienes pertenecientes al dominio público pueden ser objeto de expropiación forzosa (84), nos parece evidente que dentro de los límites del artículo citado puede perfectamente concebirse que se dé una expropiación en que los bienes expropiados pertenezcan a un ente público: ahora bien, como es sabido, en el procedimiento de expropiación pueden tener lugar acuerdos amigables entre el sujeto expropiante y el expropiado, debiendo, por tanto, preguntarnos cuál sea la naturaleza de tales acuerdos cuando el sujeto expropiado sea un ente público. De acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA, que sigue en este punto a la doctrina francesa, aunque con las reservas que las particularidades de nuestro Derecho positivo imponen, creemos que se debe distinguir entre la cesión amigable propiamente tal y la adhesión a la expropiación. Con aquélla se alude al acuerdo anterior al comienzo del procedimiento expropiatorio; con la segunda, a la conformidad en el precio, una vez que dicho procedimiento sea iniciado (85). Pues bien, en el primer supuesto podremos encontrarnos con un contrato entre entes públicos regulado por el Derecho privado cuando ello derive del objeto a que se refiera.

Pocas particularidades ofrecen los contratos privados entre entes públicos, pasando, por consiguiente, una vez constatada su existencia, a estudiar los que entre ellos se establecen con arreglo al Derecho administrativo.

(83) Sentencia de 7 de enero de 1936.

(84) Vid. sobre el particular GUICCIARDI, *Il Demanio*, Padua, 1934, págs. 369 y ss.

(85) *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1956, págs. 50, 127 y 128.

3.—No se piense que con la distinción que acabamos de establecer entre contratos privados y contratos regulados por el Derecho administrativo, dentro de la esfera de las relaciones entre entes públicos, se elimina la confusión antes aludida. Algo se ha hecho, pero todavía quedan muchos puntos que aclarar. Como ya hemos puesto de manifiesto, acaso la principal dificultad que el estudioso se presenta en este terreno sea la de explicar las razones en virtud de las cuales los entes públicos unas veces contratan entre sí según el Derecho administrativo en pie de igualdad, y otras, en cambio, reservándose uno de ellos una situación de privilegio. Porque, evidentemente, es necesario remontarse hasta los motivos determinantes de tales diferencias. No basta con afirmar que en el ámbito de los contratos que examinamos se deban establecer distinciones en base a la relación en que los contratantes se encuentren entre sí. Hay que encontrar la explicación de este fenómeno. En caso contrario, examinaríamos siempre consecuencias de un principio desconocido. La importancia de la cuestión radica en el hecho de que actuando de esta forma podremos, en presencia de una relación contractual entre entes públicos cuya reglamentación no haya sido precisada de forma expresa, indicar cuales sean las normas a aplicarse.

Pues bien, parece evidente que este nuevo criterio de distinción o, mejor, de sub-distinción, ya que la primera gran división a tener en cuenta es aquella entre contratos según el Derecho administrativo y contratos según el Derecho privado, es decir, contratos privados, no debe buscarse en la naturaleza de los sujetos contratantes, por dos razones: la primera, que entre los mismos sujetos, por ejemplo, el Estado y un Municipio, pueden darse tanto relaciones de igualdad como de desigualdad; la segunda, que, como ya hemos tenido ocasión de subrayar, la naturaleza de los sujetos de Derecho, desde un punto de vista formal, es siempre idéntica, ya que consiste en ser «persona», es decir, titular de derechos y deberes en relación a un determinado ordenamiento. La diferencia entre los distintos sujetos no se basa en su distinta naturaleza, sino en la diversa entidad y calidad de las tareas de los fines y de los poderes que a un sujeto corresponden frente a otro.

Ahora bien, en nuestra opinión, estas últimas palabras pueden constituir el punto de partida para llegar a una solución: si la diferencia entre los sujetos se basa en la diversa entidad y calidad de las tareas, de los fines y de los poderes que a ellos corresponden, la cuestión de la preeminencia

de uno de los sujetos en una determinada relación solamente podrá resolverse conociendo las tareas, los fines y los poderes que, no con carácter general, sino en cuanto al objeto de dicha relación en concreto, corresponde a cada una de las partes contratantes. Alguna indicación hemos hecho ya sobre este particular cuando nos hemos ocupado de aquellos que las doctrinas francesa y española denominan contratos administrativos. Decíamos entonces que si bien la esencia de estos contratos se encontraba en el carácter exorbitante que su reglamentación ofrecía respecto de la de Derecho civil, tal reglamentación venía impuesta precisamente en consideraciones al objeto de dichos contratos, que no podía ser abandonado por la Administración, siendo indeclinable para ella mantener sobre aquél una titularidad permanente e indeclinable. Resulta, por tanto, que en el Derecho español la situación de desigualdad entre los dos sujetos contratantes conforme al Derecho administrativo se da en principio cuando el objeto inmediato y directo de tal contrato sea el servicio público. Recordamos que la expresión «servicio público» se emplea aquí en un sentido amplio, e importa resaltar igualmente que dicho objeto debe ser el inmediato y directo del contrato, pues en definitiva el servicio público, entendido en este sentido amplio, es el objeto de toda la actividad administrativa. Comparando la situación del particular con la de los entes públicos en cuanto a la satisfacción de las necesidades públicas, se comprenderá que existen diferencias profundas que tienen que dejarse sentir necesariamente en el tema que tratamos. En efecto, mientras que al particular no corresponde jamás la satisfacción de la finalidad de servicio público objeto del contrato, que corresponde a la Administración, cuando las dos partes contratantes son entes públicos, puede darse una de estas dos situaciones: en primer lugar, que sólo uno de los contratantes tenga competencia en cuanto a la prestación del servicio público en cuestión. Pero también puede ocurrir que los dos entes públicos tengan dicha competencia. En el primer caso, la situación del ente público al que la ley no le atribuye la competencia es idéntica a la del particular, debiendo, por tanto, regular sus relaciones contractuales por las mismas normas que se aplicarían en el caso de que un particular contratase. En efecto, los principios que sabemos justifican el carácter exorbitante del contrato administrativo son aquí perfectamente aplicables. Si la ley no atribuye a un ente público la titularidad de un determinado servicio público, quiere decir que la única forma de efectuar

su prestación será colaborando con el ejercicio por el ente público al que corresponde esta titularidad.

Diversa es la situación cuando la competencia del servicio público sobre el que se contrata corresponde a ambas partes contratantes. Por ejemplo, cuando dos Municipios contratan acerca de la derivación de un curso de agua. Parece evidente que en estos casos desaparecen las razones por las cuales el legislador establecía la situación de desigualdad de que hace poco hemos hablado. Como la titularidad del servicio corresponde a las dos partes contratantes, ninguna de ellas podrá introducir modificaciones sin el concurso de la voluntad de la otra. Cada uno de los contratantes podrá prestar el servicio por sí mismo, pero si considera preferible una prestación en común, el contrato con que tal actuación en común se establece no hace sino precisar los derechos y las obligaciones de cada una de las partes contratantes. No existe una atribución de la facultad de ejercicio, que ya existía, sino una reglamentación en situación paritaria y, por tanto, inmodificable sin un nuevo acuerdo de voluntad de tal ejercicio.

Avanzando un paso más en nuestros razonamientos, nos parece que puede verse en el primer caso una colaboración de un ente público en la prestación de un servicio cuya titularidad corresponde al otro, mientras que en el segundo nos encontramos con una cooperación entre los dos sujetos contratantes. Estos dos términos pueden, en nuestra opinión, emplearse para expresar las diferencias existentes entre una y otra categoría de contratos. ZANOBINI afirma que existe en la concesión de un servicio público un ejercicio privado de funciones públicas (86). La terminología nos parece inadecuada porque, como se ve, un ente público puede actuar como concesionario. Por esto consideramos más aconsejable adoptar los términos propuestos. Se podrá objetar que colaborar y cooperar son términos equivalentes. Pero, aparte el hecho de que los términos jurídicos tienen un valor convencional y no hemos encontrado otros más adecuados para calificar los contratos que examinamos, la tradición doctrinal que arranca desde la obra de BERNARD GENY (87) ha cargado el término colaboración de un sentido propio que permite oponerlo al de cooperación. Si B. colabora con A., quiere decir que es A. quien dirige la obra a realizar, que es él la parte principal, que es el titular de dicha obra. En cambio, cuando

(86) *L'esercizio privato delle funzione e dei servizi pubblici*, en el *Primo Trattato* de ORLANDO, vol. II, parte 3.ª, págs. 187 y ss.

(87) *La collaboration des particuliers...*, cit.

hablamos de cooperación aludimos a una situación más objetiva, a una obra que se hace en común. En el primer caso, el servicio es de uno de los sujetos que intervienen en la relación; el otro se concierta con él para ayudarle bajo su dirección. En el segundo caso no existe una titularidad correspondiente a uno solo de los sujetos, ni, por tanto, una sumisión del otro a su dirección.

Recapitulando, nos encontramos, por consiguiente, con que los entes públicos realizan unas veces contratos con arreglo al Derecho privado, es decir, contratos privados, y otras, con arreglo al Derecho administrativo. ¿Deberían denominarse estos contratos administrativos? No creemos que deba seguirse esta terminología. Lo esencial de los contratos administrativos, tal como se han configurado en nuestra patria, consiste, como hemos señalado repetidamente, en la existencia de una situación de privilegio a favor de una de las partes contratantes. Únicamente a los contratos de colaboración, por ello creemos que debe aplicarse la calificación de contratos administrativos. En cambio, para los contratos de cooperación, es decir, para aquellos contratos regulados por el Derecho administrativo en los que los contratantes se encuentren en una situación de igualdad, podría emplearse el término contratos públicos en sentido estricto, considerando como contratos públicos en sentido amplio todos los regulados por el Derecho administrativo. De esta forma nos amoldamos a la que hasta ahora fué terminología prevalente en nuestra patria, reduciendo al mínimo las modificaciones. Las exigencias de la práctica aconsejan en ocasiones sacrificar el rigor lógico en favor de una continuidad en la obra de quienes nos precedieron. Desde un punto de vista lógico sería posiblemente preferible seguir la terminología propuesta por ALVAREZ GENDÍN, que designa como contratos administrativos a todos aquellos en que interviene la Administración pública, independientemente de la rama del ordenamiento jurídico que los regule, para distinguir seguidamente entre los contratos privados y los públicos. La única modificación, o mejor, el único avance que nos permitiríamos sugerir en esta división sería la de distinguir dentro de la esfera de los contratos públicos entre los de colaboración y los de cooperación.

4.—Las consecuencias a deducir de lo que precede en cuanto a la teoría general de los contratos de la Administración, saltan a la vista. La magna división a establecer dependería no de las partes contratantes, sino del objeto del contrato. Habrá unos contratos cuyo objeto inmediato y directo

sea el servicio público, otros que no tendrán este objeto. Los primeros—contratos públicos en sentido amplio—, se rigen por el Derecho administrativo, jurisdicción competente para conocer de las cuestiones que sobre ellos se suscitan será la contencioso-administrativa. Los segundos—contratos privados—, salvo las modificaciones debidas a la naturaleza pública de uno o los dos sujetos contratantes, se rigen por el Derecho privado. De las cuestiones a que ellos den lugar conocerán los Tribunales civiles.

Cuando el objeto inmediato y directo del contrato sea el servicio público, las partes contratantes podrán encontrarse en pie de igualdad o de desigualdad. Lo primero ocurrirá cuando una de dichas partes contratantes sea simplemente un colaborador de la otra; la segunda, cuando las dos partes contratantes cooperen en la satisfacción del interés público. Los contratos de cooperación deberían denominarse contratos públicos en sentido estricto. Sólo podrán estipularse entre entes públicos. Los contratos de colaboración son los que tradicionalmente se vienen designando como contratos administrativos. Son susceptibles de ser estipulados tanto entre dos entes públicos, como entre un ente público y un particular.