

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO XV

MAYO-JUNIO 1956

NUM. 87

Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local

A mi Esposa

1) El estudio de la actividad contractual de la Administración impone como cuestión previa el encuadramiento metodológico del tema por razones teóricas y prácticas, ya que las consecuencias varían según sea el sistema y plan adoptado.

La Administración pública puede relacionarse con los particulares de dos formas: por vía unilateral y por vía bilateral. Por vía unilateral, a través de los actos administrativos (actos unilaterales y decisiones ejecutivas). Por vía bilateral, mediante los contratos.

La Historia es ciencia auxiliar muy importante para el Derecho administrativo, sobre todo en materia de contratación. Las posiciones de los países que marchan a la cabeza en materia administrativa (Francia, Italia y Alemania) son distintas, y precisamente parten de un enfoque histórico que metodológicamente les lleva a un encuadramiento sistemático distinto de los contratos de la Administración.

En Francia y en España se admitió corrientemente la existencia de dos clases de contratos: los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración. En Italia, por el contrario, toda la materia contractual queda en manos de la jurisdicción ordinaria, porque afecta a derechos subjetivos perfectos, y, por lo tanto, es incompetente el Consejo de Estado. La posición italiana es com-

pletamente distinta de la francesa, puesto que la diferencia de jurisdicción no se lleva a cabo en orden a que la relación sea pública o privada, sino en base a que el derecho lesionado sea un derecho perfecto, o sea un interés legítimo, bien en la categoría de derechos debilitados, bien en la categoría de derechos reflejos. En Alemania toda la materia contractual queda en manos también de los jueces ordinarios; sucede, sin embargo, que tanto en Alemania como en Italia, cuando se plantean el problema de los contratos de Derecho público, se refieren a unas instituciones que en Francia y en España no ofrecen dificultades en cuanto a su encuadramiento dentro del Derecho público como actos unilaterales, normalmente, y así, cuando se habla de contrato de Derecho público, se están refiriendo a la concesión de servicios, a las concesiones *demaniales*, a la adquisición de nacionalidad, a la expropiación en los casos en que haya acuerdo en cuanto al precio (es el llamado contrato expropiatorio), y, en fin, a la relación de empleo público; todos los demás contratos que en Francia y España constituyen el núcleo y la médula de los contratos administrativos, en estos países forman parte de los contratos privados. En Bélgica, aun después de creado el Consejo de Estado en 1946, la contratación entra en la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Hasta el momento presente, el estudio de la contratación administrativa ha sido desviado de su propio objeto, puesto que se ha perdido de vista el examen fundamental del *sujeto administrativo*. En efecto, el examen de la organización de la Administración es básico para comprender muchos de los puntos comunes de los contratos privados y de los típicamente administrativos. Si nos fijamos, toda la organización de la Administración pertenece al campo del Derecho público; todo lo relativo a la capacidad y a la competencia para obrar está perfectamente regulado en el Derecho público y todos los actos emanan, ya sean públicos o privados, de los mismos órganos; no existe, en efecto, un órgano encargado del Derecho público y un órgano encargado del Derecho privado. Cuando un Ayuntamiento contrata, lo hace a través del Pleno o de la Comisión permanente, ya se trate de un contrato administrativo, bien se trate de un contrato privado de la Administración. Por ello, toda la parte

relativa a la formación de voluntad, a la organización, al sujeto, a la capacidad, a la competencia, etc., pertenece a una *zona común* de todos los contratos de la Administración y no a los contratos administrativos.

Con esto queda aclarado que más que hablar de contratación administrativa es preciso hablar de *contratos de la Administración*, entendiéndose por contratos de la Administración tanto aquellos que pueden englobarse dentro de los contratos típicamente administrativos y los contratos privados, distinguiéndose como categorías, dentro de los contratos de la Administración, los administrativos y los privados. Hay una parte común para todos los contratos de la Administración.

En el examen de la organización administrativa hay que tener en cuenta siempre un principio fundamental sobre el que se basa: como quiera que uno al menos de los sujetos de la relación jurídico-contractual ha de ser siempre una Administración pública, y ésta ha de ser siempre una persona jurídica, está incluida dentro del concepto de organización, sometido al llamado principio de *articulación*, que no es sino el principio mediante el cual todos los órganos que integran una organización se encuentran relacionados en virtud de razones de competencia, de jerarquía, de centralización y de colegialidad.

Todo lo relativo a la regulación del aparato administrativo, así como la formación de voluntad de la Administración cae, por tanto, en el Derecho público, independientemente de que después el contrato que se celebre sea un contrato privado o un contrato público.

Hasta tiempos muy recientes se estudiaron los contratos de la Administración en un sentido complejo y unitario; es decir, que perdían su total individualidad jurídica los actos administrativos que procedían o que seguían a un contrato celebrado por la Administración. Hoy día, sin embargo, no interesa tanto el estudio *macroscópico* de las instituciones como el estudio *microscópico*, y frente al estudio unitario y complejo del contrato se examina este desintegrado en sus momentos y actos, otorgando a cada uno de éstos la propia individualidad jurídica que tienen, aun cuando en

el fondo estén concatenados para la consecución de un contrato. Como dijo Forti con clarividencia, la distinción no es ya de Derecho público y Derecho privado en bloque, sino distinción de los momentos singulares de actuación de la Administración pública, puesto que en algunos de ellos estará sometida al Derecho público y en otros al Derecho privado, incluso dentro de la misma institución.

En Francia, en un principio, la idea de contrato era también compleja y unitaria; no se comprendía que contra los actos administrativos que precedían a la celebración de cualquier contrato se pudiesen interponer recursos de anulación o exceso de poder; puesto que el contrato formaba parte de los actos llamados subjetivos, que creaban situaciones jurídicas individualizadas, el recurso para obtener la anulación o para obtener cualquier ventaja en materia contractual administrativa debía siempre de deducirse ante la jurisdicción a través de un recurso de plena jurisdicción y no de un recurso de anulación.

Se oponían a la interposición del recurso contra tales actos, razones de tipo material y de tipo formal; desde el punto de vista material se decía que los contratos no eran fuentes de obligaciones y derechos, no eran normas jurídicas, no constituían derecho objetivo, sino constituían, sola y exclusivamente, derecho para las partes que lo habían celebrado. Una primera restricción a esta limitación material fué la de distinguir entre contratos de Derecho público y contratos de Derecho privado; los primeros—se dijo—sí que constituyen normas jurídicas y sí que son, por lo tanto, derecho objetivo. Razones de tipo formal se esgrimían con la existencia del llamado recurso paralelo; en efecto, cuando se impugnaba cualquier acto administrativo que precedía a un contrato, bien de Derecho público o privado, con un recurso por exceso de poder, inmediatamente se oponía la excepción de recurso paralelo por la existencia del recurso de plena jurisdicción; esto fué también uno de los frenos que impidió que el Consejo de Estado hiciese utilización de la doctrina más reciente. Hasta 1854 se admitió el recurso por exceso de poder o anulación tanto contra los contratos como contra los actos administrativos que los violaban, pero a partir de este año

el contrato se elimina progresivamente del contencioso por exceso de poder y se elimina precisamente por las razones de tipo material y forma! que hemos citado.

Por otra parte, en Francia se viene distinguiendo entre la posibilidad de recurrir contra un contrato cuando éste viola la ley y la posibilidad de recurrir contra los actos de la Administración que violan a su vez un contrato. En el primer supuesto, cuando el contrato viola la legalidad vigente, se admite la impugnación por el recurso de exceso de poder en virtud de la teoría de los *actos détachables*, es decir, de los actos *relevantes o separables* que tienen individualidad jurídica propia; el Consejo de Estado francés declara susceptible de recurso los actos de tutela, los actos de autorización e incluso los actos de formalización del propio contrato. ¿Cómo llega a esta conclusión? Por una sencilla operación: desintegrando la idea de contrato en la idea de actos administrativos que lo preceden y que lo siguen. Por el contrario, cuando se trata de actos administrativos que violan el contrato celebrado, entonces ya distinguen entre contratos administrativos y civiles, porque tan sólo respecto de los primeros es posible la reclamación por el recurso por exceso de poder, y no en todo caso, sino que dentro de los contratos administrativos, distinguen entre las cláusulas reglamentarias y las contractuales y tan sólo contra las primeras cabe el recurso por exceso de poder.

¿Qué importancia tiene la admisión o no de la teoría de los actos *separables* en la contratación de la Administración? De admitir la individualidad jurídica de los actos administrativos que preceden y siguen al contrato, se llega a conclusiones muy fructíferas: en primer lugar, la posibilidad de que la impugnación se lleve a cabo no solamente por los interesados, sino también por los terceros; en segundo lugar, que se impugnen no solamente por causas contractuales, sino por causas propias de los actos en sí mismos.

En Francia, sin embargo, se da una gran restricción a esta doctrina puesta de manifiesto por Péquignot (*Théorie générale du contrat administratif*, 1945, págs. 590 y ss.) y Godinec (*Contrat et recours pour excès de pouvoir*, «Revue de Droit public», enero-marzo 1950, págs. 58 y ss.), y que consiste precisamente en que aun cuando

se consiga la anulación de uno de estos actos anteriores, no cae automáticamente el contrato, sino que es preciso después acudir al recurso de plena jurisdicción para que se declare anulado totalmente. La doctrina que existe en Francia en relación con la individualidad de los actos separables en los contratos, podemos resumirla en los siguientes puntos: 1.º Esta doctrina es aplicable tanto a los contratos privados como a los contratos administrativos. 2.º Cuando el contrato viola la ley; entonces existe un concepto amplio de acto separable y no se da tampoco la existencia del recurso paralelo, pudiendo impugnar no solamente las partes, sino también los terceros interesados; por el contrario, cuando se trata de impugnar actos que violan el contrato, entonces solamente pueden impugnar los actos los terceros y los usuarios a través del recurso por exceso de poder, y cuando se violen cláusulas reglamentarias pero no cláusulas contractuales, por el contrario, las partes han de acudir siempre a un recurso de plena jurisdicción.

En Italia, también la teoría de los actos *separables* es aceptada jurisprudencial y doctrinalmente. Zanobini (*Corso di Diritto amministrativo*, vol. IV, 1948, pág. 338) distingue entre causas de invalidez del contrato y causas de invalidez de los actos que lo integran; estos últimos son impugnables ante la jurisdicción administrativa y su nulidad acarrea la del contrato (vid. también vol. II, pág. 151): Los contratos crean derechos perfectos y, por lo tanto, el conocimiento de los litigios a que dieren lugar compete a los Tribunales ordinarios; ahora bien, el Consejo de Estado se declara competente para conocer los recursos interpuestos contra los actos administrativos preparatorios o posteriores que violan tan sólo intereses legítimos.

En Bélgica, el Consejo de Estado se ha declarado competente en *lo relativo a la regularidad del acto administrativo* que precede las convenciones, aunque la materia contractual quede en manos de los Tribunales ordinarios (vid. Sarot, *Repertoire des arrêts et avis de la Section d'administration*. Conseil d'Etat, Bruxelles, 1955, página 88).

¿Cuál es la situación de la jurisprudencia española? En España no se admite y se desconoce totalmente la doctrina de los actos se-

parables. La jurisprudencia continúa estudiando los contratos desde el punto de vista de la finalidad o del objeto, pero como un todo unitario y complejo, sin darse cuenta de que existen actos administrativos anteriores y posiblemente posteriores que tienen y mantienen su propia individualidad jurídica, aun cuando el contrato sea de derecho privado. Numerosas sentencias declaran la incompetencia del Tribunal Supremo en aquellos supuestos en los que se impugna un acuerdo de adjudicación de una subasta, pero en un contrato de derecho privado (vid. sentencia 26 mayo 1953).

La admisión de la teoría de los actos relevantes o separables debe ser total en nuestro Derecho por razones teóricas, y sobre todo por razones prácticas; se fundamenta en la existencia de una zona común aplicable al sujeto administrativo, como dijimos; no solamente las partes, sino los terceros estarían legitimados para impugnar; además, por razones de propia economía procesal, no sería preciso esperar a la formalización del contrato ni sería preciso tampoco el acudir a la vía judicial previa, en el caso de que se tratase de contratos privados, o bien a la decisión «prelable» en el caso de contratos administrativos, sino que se podría impugnar mediante los recursos de reposición y contencioso-administrativo cualquier acuerdo, bien para contratar o bien para adjudicar, que fuese ilegal. De admitir esta teoría de los actos relevantes se podría impugnar directamente el acuerdo de un Municipio para celebrar un contrato que excediese su competencia (según el art. 8.º del Reglamento de Contratación). Por ejemplo: una concesión de distribución de gas o electricidad a los particulares, servicios estatales; cosa distinta es la gestión directa de estos servicios por los entes locales; ello supone distinguir *la competencia para conceder y para explotar*; el Decreto de 27 de enero de 1956 aprobó el Reglamento del suministro de gas, y en su artículo 6.º dispone que «el establecimiento de industrias para la prestación del servicio público de suministro de gas requiere concesión del Ministerio de Industria, *sin perjuicio e independientemente de las autorizaciones de competencia municipal* para la realización de las obras precisas en calles y subsuelo de la ciudad afectada por el servicio»; «por corresponder privativamente al Estado la regulación total del servicio público,

de suministro de gas, no son de aplicación los preceptos del Reglamento de Servicios locales, de 17 de junio de 1955». Es decir, que se distingue entre la *concesión del servicio*, siempre estatal, y la *concesión demanial*; por ello los entes locales no pueden *conceder* el servicio, pero sí *explotarlo* como concesionarios del Estado, aun prohibiendo el Reglamento de Servicios esta calificación, y ello por aplicación del artículo 101 de la Ley local. Los entes locales no son *titulares* del servicio nunca, pero pueden detentar su *ejercicio*. En la Electricidad sucede igual, salvo el alumbrado público que sí les compete, o bien para la celebración de un contrato que estuviese en contra de lo dispuesto en el artículo 11, es decir, cuando la causa de dicho contrato, y mejor aún del acto administrativo previo (acuerdo municipal), no fuese el interés público, sino que fuese el interés privado, bien de carácter político o bien de carácter financiero de algún funcionario e incluso del propio Municipio. En cambio, de no admitir esa doctrina de los actos separables, habría que esperar a la total formalización del contrato para después impugnarlo, bien en la vía ordinaria o en la contencioso-administrativa.

Es verdad que en Francia no ha adquirido más elasticidad esta teoría por una razón de carácter procesal y práctica, y es que los recursos de exceso de poder y de plena jurisdicción tienen diverso tratamiento, en cuanto al aspecto de postulación se refiere, y en algunos otros aspectos de tipo procedimental, que conducen a la imposibilidad de que a través de una vía se pueda impugnar un contrato que debe ir al recurso de plena jurisdicción; pero como quiera que en nuestra legislación local los recursos de plena jurisdicción y de anulación tienen un mismo tratamiento jurisdiccional, y no solamente esto, sino que pueden plantearse acumuladamente, puesto que lo permite la propia Ley de Régimen local, es evidente la posibilidad de que se impugnen aquellos actos relevantes que se refieran incluso a contratos privados a través del recurso por anulación o del recurso de plena jurisdicción en vía contencioso-administrativa. Esta admisión no solamente debe ser en materia de contratos administrativos típicos, sino también, y sobre todo, en materia de contratos privados de la Administración. El verdadero in-

terés en nuestro Derecho, es su admisión en los contratos privados, porque en los administrativos los problemas son menores, dada la posibilidad de acumular los recursos. Pensemos, por ejemplo, en la adjudicación de una subasta llevada a cabo, no al mejor postor, sino a un tercero; el mejor postor podría acudir con un recurso de plena jurisdicción para que se le adjudique a él la subasta; la adjudicación es un acto separable en el sentido de que no sería preciso esperar a la formalización del contrato para utilizar el recurso; pero al mismo resultado se llegaría entendiendo que cualquier tercero que hubiese tomado parte en la subasta, y por lo tanto con interés legítimo y directo, pudiese impugnar la adjudicación definitiva directamente ante la vía contencioso-administrativa alegando vicios de procedimientos y de forma, aunque el contrato fuese privado.

Naturalmente la admisión de la teoría de los actos separables conduce irremisiblemente a que, anulado un acto preparatorio del contrato, automáticamente queda sin efecto este contrato sin necesidad después de acudir a una declaración judicial distinta.

Relacionando todo lo dicho anteriormente con el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, de 9 de enero de 1953, podemos sacar provechosas consecuencias. Se ha llegado a decir que este Reglamento ha llevado a cabo una total unificación en la materia contractual, de manera que todos los contratos que celebrasen las Entidades locales estarían sometidos a un mismo tratamiento jurídico y todas las cláusulas del Reglamento de Contratación serían aplicables a los mismos contratos; sin embargo, nuestra opinión es que el Reglamento de Contratación de las Entidades locales no ha modificado en nada el régimen actualmente vigente; existe en ese Reglamento una *zona común* de aplicación a todos los contratos y que está integrada por aquellos requisitos, elementos y preceptos referentes al sujeto administrativo, tales como la organización, el funcionamiento y formación de voluntad. Por el contrario, aquellas cláusulas relativas al contenido y efecto del contrato como son la rescisión, denuncia, resolución, la responsabilidad e incluso la interpretación de los contratos, únicamente son de aplicación a los contratos administrativos *stritu sensu* y no a los

contratos privados de la Administración. Existen, por tanto, actos administrativos separables, de aplicación a todos los contratos.

Si en lugar de fijarnos en los actos preparatorios de un contrato nos fijamos en los posteriores, también es fructífera esta doctrina. Piénsese, por ejemplo, en que una Entidad local aplica una de las «cláusulas exorbitantes» del Reglamento de Contratación a un contrato típicamente privado como el de arrendamiento de un local de negocio, y en uso de las atribuciones que le otorga el Reglamento declara resuelto el contrato y procede unilateralmente al lanzamiento del inquilino; es evidente que esto constituye una *vía de hecho* que produce consecuencias, e incluso en el aspecto patrimonial por la posible responsabilidad de la Entidad local y de sus funcionarios; ahora bien, lo interesante es determinar que el particular agraviado tiene un verdadero interés directo en que dicho acuerdo, que condujo a la resolución del contrato y además al lanzamiento, sea totalmente anulado porque, quiérase o no, es un acto administrativo que goza de la presunción de legitimidad y de la ejecutoriedad hasta tanto no se declare su anulación por la correspondiente acción contenciosa u ordinaria, y ello sin perjuicio de las acciones posesorias para la paralización inmediata.

En este sentido el particular puede recurrir directamente contra este acto, pero ante el Tribunal Contencioso-administrativo, aun cuando se refieran dichos actos a contratos privados de la Administración, y no declarar la incompetencia del Tribunal, puesto que se trata, en definitiva, de un acto extralimitado en la competencia de la Administración y que incide en la esfera privada; la incompetencia es de la Administración y no de los Tribunales. Hay varias sentencias que declaran la nulidad de los actos administrativos dictados por la Administración en materias de Derecho privado: Sentencias de 18 de febrero de 1936, 21 de enero de 1942 y 11 de mayo de 1950. En cambio, en otros supuestos, el Tribunal Supremo ha declarado su incompetencia, ¿por qué?, porque ha estudiado compleja y unitariamente el contrato y ha entendido que si se trata de un contrato privado, todas las cuestiones sobre interpretación, cumplimiento, rescisión, etc., pertenecen a la jurisdicción ordinaria.

Por razones de economía procesal el particular tiene más expedita la vía contenciosa que la ordinaria, puesto que en la vía contenciosa basta un simple recurso de reposición y el correspondiente contencioso-administrativo y, por el contrario, la vía ordinaria requiere una vía judicial previa, con el silencio administrativo de dos meses, y después el planteamiento de un juicio declarativo por razón de cuantía, precisamente para llegar a la consecuencia de que aquel contrato es un contrato privado y que la Administración no puede inmiscuirse unilateralmente en su propia esfera.

II) En el estudio de los contratos de la Administración hemos de empezar por separar toda la materia de las relaciones jurídicas de prestación. El contrato es una técnica que el Derecho administrativo toma del privado y se la apropia con ciertas modificaciones. Pero este concepto clásico de contrato que todos conocemos, sufre una triple evolución: en primer lugar, la evolución de la vida económica con el capitalismo a fines del siglo XIX, que conduce a que el contrato restrinja cada vez más la autonomía de la voluntad y llegue a ser un contrato dirigido: contrato de adhesión, contratos dictados. En segundo lugar, la aparición en el campo laboral de los contratos colectivos de trabajo, que obligan incluso a personas que no han contratado, sino que forman parte de una categoría profesional, y que por ese simple hecho se encuentran obligadas a las cláusulas que los Sindicatos y las Asociaciones profesionales han establecido para ellos.

Por último, la intervención de la Administración pública en los servicios económicos, que plantea el problema de las relaciones que se establecen entre los usuarios y la Administración pública. Es interesante deslindar este concepto de relaciones de prestación, porque es un concepto que no entra dentro del epígrafe «Contratos de la Administración» en el sentido en que lo toma el Reglamento de Contratación de las Entidades locales.

En el derecho administrativo juegan dos conceptos fundamentales: el de *Reglamento* y el de *Contrato*; o se está en situación reglamentaria o en situación contractual con la propia Administración. Lo que ocurre es que el Reglamento, al no aplicarse automáticamente, sino que muchas veces precisa de una excitación y de

una iniciativa particular, ha conducido a la opinión de que toda relación entre el administrado y la Administración, en cuanto a prestación de cualquier función o cualquier servicio público, es una relación contractual. En este sentido sería contrato la adquisición de nacionalidad, la expropiación, la concesión, la autorización, puesto que no se pueden otorgar si no se piden.

Por otra parte, frente a este concepto contractualista de las relaciones administrativas, aparece un concepto totalmente distinto, un concepto reglamentario, y se dice: no puede hablarse de contractualidad en las relaciones administrativas, porque la Administración está obligada siempre a contratar y a entrar en relación y, por tanto, como lo que caracteriza al contrato es la libertad de contratar, aun cuando las cláusulas insertas sean previamente fijadas, y como quiera que la Administración pública está obligada siempre a prestar su consentimiento, por esto no se puede hablar nunca de relación contractual.

De esta forma todas las relaciones jurídicas de prestación quedarían fuera del campo contractual; ambas posturas, precisamente por ser extremas, son inaceptables. Hemos de distinguir entre los distintos servicios y funciones de la Administración para ver si la relación de prestación encierra una idea de contrato y si éste entra dentro de nuestro concepto y, más aún, si entra dentro del campo público o del privado, sobre todo para efectos jurisdiccionales.

Para aquellos autores que mantienen que la relación jurídica de prestación encierra siempre una situación reglamentaria y no contractual es, en definitiva, un acto administrativo unilateral, la llamada admisión a la prestación del servicio, la que hace surgir esta relación entre la Administración y el particular; en este sentido, por ejemplo, el particular que solicita una prestación benéfica, sanitaria o docente, se encuentra en una situación reglamentaria y es admitido en base, no a un contrato, sino a una relación unilateral. Por el contrario, para aquellos que opinan que todo es contrato, ya diversifican la opinión, puesto que según los servicios, estos contratos van a caer en el campo del Derecho privado, sobre todo en los servicios económicos, mientras que caen en el Derecho público cuando los servicios no son económicos.

Hemos de distinguir entre dos conceptos fundamentales que suelen barajarse con cierta imprecisión y que es imprescindible su separación por la importancia que tiene y porque además en nuestro Reglamento de Servicios y en la Ley de Régimen local se especifica. En el artículo 43 del Reglamento se habla de funciones que supongan autoridad; estas funciones no pueden ser gestionadas indirectamente a través de concesión, de gestiones interesadas, de arrendamientos, etc.

Frente a estas funciones que implican autoridad, nos encontramos con los servicios. Esta distinción terminológica es fundamental; funciones serían, en definitiva, aquellas prestaciones de la Administración para las cuales no se despoja nunca de ese poder de imperio, de su prerrogativa, y que las tiene incluso en los regímenes totalmente liberales; por el contrario, servicios serían aquellas prestaciones que han aparecido a través del siglo XIX, y concretamente en el siglo XX, pero que no son esencialmente necesarias; que no son fines de conservación, por así decir, sino que son simples fines de bienestar.

Entre las funciones destacamos, en general, la función judicial, la justicia: no es posible decir que la relación jurídica entre el administrado que solicita justicia y el Estado, a través de sus órganos judiciales, es una relación contractual, aun cuando esto también se ha sostenido en teoría procesal. La defensa, el orden interior, constituyen también funciones que incluso el Estado en el siglo XIX las tenía. ¿Por qué?, porque el Estado sin estas funciones no hubiese sido el Estado.

Por último, la actividad financiera y la actividad certificante. Constituye la actividad certificante de la Administración pública una manifestación genuina de su función y de su poder de imperio, por esto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 43, en todos estos supuestos en que la Administración ejercita y presta unas funciones de tipo policial, de tipo certificante, etc., nos encontramos ante una relación unilateral con el usuario: éste se encuentra siempre en una situación puramente reglamentaria. El particular que solicita una certificación de un Municipio o Provincia, no puede decirse que entable un contrato con la Administración, sino que emana una

manifestación de voluntad particular que es un medio necesario para la validez y eficacia del acto administrativo, pero sin que quiera decir que se llegan las dos voluntades a fundirse o a constituir un contrato.

En el terreno ya de los servicios, es decir, de aquellos fines que decíamos que no eran esenciales, pero sí de bienestar y de progreso, hemos de distinguir a su vez dos grandes categorías: los servicios no económicos y los económicos de naturaleza agrícola, industrial y comercial. Entre los primeros existen, fundamentalmente, tres en el Estado moderno y, naturalmente, en las Entidades locales (dejamos aparte la cuestión de si estos servicios siguen siendo locales): la enseñanza, la sanidad y la beneficencia. En estos servicios no económicos la relación jurídica que se establece entre el usuario y la Administración es una relación unilateral. El particular que se encuentra en un establecimiento benéfico, en virtud de su título a la beneficencia, no puede decirse que está en una relación contractual con la Administración; cosa distinta es el que se encuentra en un establecimiento benéfico en virtud de su estancia de pago; en este caso es una relación contractual y puramente de derecho privado. Exactamente lo mismo ocurre con el que tiene derecho a prestaciones obligatorias de sanidad o al que tiene derecho a prestaciones escolares.

Junto a estos servicios aparecen los de carácter económico y éstos, en sus tres categorías citadas, sí que dan lugar a relaciones contractuales de Derecho privado. La situación en que se encuentra un usuario del servicio público de iluminación, de transporte, de distribución de agua, aun cuando estos servicios se estén ejecutando y explotando directamente en un régimen de municipalización o de provincialización, no son sino situaciones contractuales iguales a las del Derecho privado; podrán existir derogaciones, pero éstas no proceden ya del contrato en sí, sino que proceden de que una de las partes es la Administración pública y, aunque no se quiera, ese tinte de prerrogativa lo tiene que llevar siempre, porque ese tinte la Administración *lo es y no lo tiene*. Naturalmente que nos referimos a los servicios en los que la prestación se individualiza por el particular, a los servicios que se llaman *uti singuli*; in-

cluso en el campo financiero esta distinción entre servicios económicos y no económicos tiene una importancia jurídica, porque lo que el particular paga como contraprestación del contrato es un precio y lo que paga como contraprestación de una relación unilateral es una tasa. Entre estas dos categorías de servicios económicos y no económicos aparece una tercera constituida por un servicio: el servicio de Correos, citado exclusivamente a título de ejemplo, porque este servicio es una manifestación de cómo la historia en esta materia contractual juega un gran papel en el Derecho público; las prestaciones postales han sido estimadas siempre, en todos los ordenamientos jurídicos, como prestaciones que no dan lugar a contratos de Derecho privado, sino a relaciones de Derecho público; no dan lugar a contratos de transporte, como se ha dicho respecto a las cartas, o a contratos de comunicación respecto del telégrafo, sino a relaciones puramente unilaterales. Sin embargo, de los servicios de Correos hay que excluir, en gran parte, los servicios bancarios, que son servicios que le han venido al Correo de una manera un tanto accesorios y que, en definitiva, se encuentran en un plan de desarrollo exactamente lo mismo a lo que sucede con la Banca privada (nos referimos a los servicios bancarios residenciados en la Caja Postal de Ahorros, no al giro postal en sí mismo). No obstante, tampoco dan nacimiento a un contrato típicamente privado, a nuestro modo de ver, ya que tienen una regulación específica con propias normas; por eso lo que el particular paga como contraprestación de estos servicios de Correos no es un precio en el sentido jurídico, sino una tasa; no es un precio en el sentido económico, porque no debe cubrir el coste de producción, y si lo cubre no debe sobrepasarlo (esto lo tenemos manifestado en la última Ley de reorganización del Correo, de 22 de diciembre de 1953, que en su artículo 9.º dice que las tarifas serán el resultado de considerar tanto el nivel económico del país, como la debida eficiencia, coste y naturaleza del servicio público de que se trata).

Por lo tanto la conclusión a la que llegamos en estas relaciones de prestación es a la de que para conceptuar de contractual o de unilateral la relación entre el usuario y la Administración no influye el monopolio de derecho en virtud del cual se explote el

servicio. Se ha dicho, y es un argumento en contra, que no puede hablarse de contrato porque la Administración explota estos servicios en plan monopolístico (pensemos en los servicios municipalizados en régimen de monopolio); no sería, por lo tanto, un contrato el celebrado entre un usuario del transporte urbano municipalizado con monopolio; el monopolio es un fenómeno económico y no jurídico y que no puede desnaturalizar en nada la relación contractual en sí mismo. Por otra parte, en los Códigos más avanzados se establece la obligatoriedad para todo empresario monopolista de contratar con quien quiera que pida su prestación. La obligatoriedad no le viene tanto de ser una Administración pública, sino de encontrarse en una situación privilegiada en el mercado, pero que no puede en absoluto desnaturalizar la relación contractual. Tampoco puede influir la capacidad privada de los individuos, puesto que en esta materia de las relaciones de prestación la capacidad es muy inferior y mucho más restringida a la que existe en el Derecho privado; en definitiva, también los menores tienen capacidad contractual en el Derecho administrativo en esta clase de contratos.

Esto conduce a la distinción entre *contratos instrumentales* y *contratos finales*. Todas las relaciones que hemos establecido y que hemos dicho que pueden dar lugar a relaciones contractuales son contratos finales, son contratos que no interesan en el momento del examen del Reglamento de Contratación, puesto que, en definitiva, no hacen sino desarrollar la propia finalidad de los entes locales en sí mismos; por el contrario, el estudio de los contratos instrumentales se refiere a aquellos contratos que la Administración celebra para proveerse de bienes o de servicios por medio de los cuales después celebrará sus contratos finales, y a éstos primeros es precisamente a los que nos vamos a referir.

Capacidad contractual de la Administración.—Se dice corrientemente—y la jurisprudencia española lo repite—que en los contratos civiles la Administración actúa como persona jurídica, mientras que cuando el contrato es administrativo actúa como ente público. Continúa el Supremo con esta vieja doctrina de las dos personas sin darse cuenta de que la Administración pública es una

persona jurídica única, pero ante todo es una persona jurídica con capacidad de derecho privado y después de derecho público.

La capacidad de derecho privado de la Administración pública se manifiesta en aquellas actuaciones en las cuales no sea necesaria la existencia de una persona física ; no puede, por lo tanto, hablarse de relaciones familiares, de capacidad de testar, etc. ; en cambio, la capacidad de la Administración se manifiesta sobre todo en el campo de las relaciones patrimoniales, concretamente en el campo de la propiedad, en el de los derechos reales, en el de los cuasicontratos, en el de los cuasidelitos y en el contractual. Esta capacidad contractual de la Administración se encuentra, sin embargo, delimitada ; las personas jurídicas se encuentran todas ellas delimitadas, por lo que se denomina el *principio de especialidad* y el *principio de adherencia al fin*. En definitiva, la capacidad de una persona jurídica se mide por lo que los Estatutos vienen a decir y a determinar ; por esto, el fin y la organización constituyen los dos límites fundamentales para hablar de capacidad contractual de un ente público ; el fin vendría a ser la *capacidad*, la organización vendría a hablarnos de la *competencia*. Se ha dicho que en Derecho público la capacidad se sustituye por la competencia y esto puede aceptarse, pero también puede decirse que son cosas distintas ; la primera se refiere a la finalidad de una persona jurídica y la competencia a los distintos órganos que integran esta persona, a sus facultades y atribuciones para desarrollar esa finalidad, en este sentido podría hablarse de que los Municipios tienen una capacidad que está delimitada por los fines que marca la Ley, y que además los órganos del Municipio tienen unas competencias para desarrollar precisamente esos fines y estas competencias dependen, en su mayor parte, del fin a que se refieran. En este sentido, por lo tanto, vamos a hablar de capacidad y de competencia : capacidad de persona jurídica, competencia de órgano.

¿ Cuáles son las fuentes que nos van a delimitar el campo de actuación de los contratos de la Administración ? En primer lugar la Ley de Régimen local, básica en la materia, es precisamente el primer límite que nos va a decir hasta dónde puede llegar la capacidad contractual de la Administración local ; en segundo lugar

los Reglamentos. El Reglamento de Contratación, en su artículo 8.º, nos habla de que son nulos los contratos celebrados fuera del ámbito de su competencia; habla aquí de competencia en el sentido general de capacidad. Además de la Ley y de los Reglamentos, constituyen también un límite los llamados Estatutos; éstos son sus normas constitucionales; estas normas unas veces se las dan ellos mismos y otras veces se las da el Estado, pero siempre existe al menos una *homologación* por su parte; en los entes territoriales no existen porque ya hay leyes uniformes.

La existencia actualmente de lo que se ha denominado el feudalismo administrativo para indicar este pulular de los entes públicos, ya que cada día vemos la existencia de innumerables entes públicos creados con personalidad independiente jurídica y a veces solamente económica (las Cajas especiales), conduce a un régimen estatutario, régimen que delimita su competencia y su capacidad, pero, en cambio, cuando los entes públicos están presididos por un principio de uniformidad, estos Estatutos desaparecen y esto es lo que sucede con los entes territoriales; no podemos confundir por esto los Estatutos con las Ordenanzas u ordenaciones particulares que cada ente público territorial pueda darse para sí, puesto que estas Ordenanzas, en definitiva, lo que hacen es desarrollar una competencia delimitada, pero no delimita a su vez una competencia anterior. El régimen de *estatutos particulares* da lugar, según Holleaux, a una «proliferación lujuriosa» de organismos diversos que rompen los cuadros clásicos del derecho (vid. *La décentralisation administratif en Allemagne*, «Revue de Droit public», enero-febrero, 1956, pág. 14).

Los entes territoriales, el Estado, la Provincia y el Municipio, la Entidad local menor, las Colonias cuando tienen personalidad jurídica y los Municipios coloniales, se caracterizan, frente a los demás entes públicos no territoriales, por tener una pluralidad de fines (en el artículo 101 de la Ley de Régimen local se especifica, por ejemplo; la competencia municipal, los fines del Municipio); en definitiva, esto no es sino un programa amplio que nos delimita genéricamente la capacidad contractual de la Administración; todo contrato instrumental que tienda, por lo tanto, a proveerse de bie-

nes o servicios para después en un sentido mediato realizar esos fines del artículo 101, será un contrato que entrará dentro de la capacidad; podemos comprender cómo precisamente en esta pluralidad de fines sea muy difícil el extralimitarse, puesto que la especificación es genérica totalmente.

Habiendo visto la delimitación de tipo genérico, vamos a tratar de hacer un examen particular, una relación, de los principales contratos de la Administración. En primer lugar, nos vamos a referir a un contrato que, por regla general, se dice que escapa de cualquier competencia de los entes públicos y, por lo tanto, de los entes territoriales, concretamente *la donación*. La donación como contrato gratuito unilateral se dice que no puede ser celebrado por la Administración pública, porque éste iría en perjuicio de sus propios intereses y también de los intereses de los administrados; naturalmente, dejamos aparte las donaciones que entren dentro de sus propios fines; por ejemplo, un establecimiento de beneficencia, una fundación que tuviese por objeto la entrega de subvenciones, premios o becas; en este caso, no solamente es válido, sino obligatoria la donación; pero en los demás casos, ¿los entes públicos pueden ser donantes? En primer lugar, no cabe duda que donatarios pueden serlo, pero donantes en principio no, y es preciso que distingamos de la donación las llamadas subvenciones. El Reglamento de Servicios locales en su artículo 23 y siguientes al hablar de la acción de fomento enumera unos artículos relativos a las subvenciones, distinguiendo tres clases: 1.ª Las que se otorgan a las Entidades, organismos o particulares cuya actividad complementa o supla a la actividad provincial o municipal; éstas siempre habrán de otorgarse mediante subasta. 2.ª Las subvenciones que se entregan para la explotación de servicios en sus formas de gestión directa o de gestión indirecta. 3.ª Las que se entregan como ayudas personales. Las subvenciones de que tratan estos artículos del Reglamento de Servicios no constituyen contratos de donación; ¿constituyen meras liberalidades? Tampoco; precisamente el artículo 27 establece que serán nulas las subvenciones que obedezcan a mera liberalidad. La subvención de estos artículos no implica *animus donandi*, sino que se da precisa-

mente para cumplir con una obligación *ex lege* y nace, precisamente también, no de un consentimiento particular, sino de un hecho objetivo, incluso en aquellos casos en que las Entidades locales exijan cierta contraprestación de los particulares, como suele suceder, por ejemplo, con las becas para estudios, en las que se exige que el becario presente después un trabajo, demuestre o acredite de cierta manera el aprovechamiento de la finalidad de su beca; ni siquiera en estos casos puede hablarse de un contrato; se trata siempre de un hecho objetivo y de una discrecionalidad técnica que la Administración tiene para otorgar esta subvención; por lo tanto, la materia de las subvenciones queda fuera del contrato de donación.

Por otra parte, en el artículo 659 de la Ley se prohíbe terminantemente a las Entidades las exenciones, los perdones, las moratorias, las rebajas, etc., todo esto que podría entenderse de manera indirecta como donaciones. Naturalmente es lógico que la Ley prohíba a los entes públicos que no tengan como finalidad exclusiva la de otorgar prestaciones benéficas a los particulares, las donaciones, porque esto sería peligrosísimo para la Hacienda local y en definitiva para los propios vecinos. No obstante, la Ley y el Reglamento de Bienes prevén las cesiones gratuitas para fines benéficos al vecindario y en favor de Entidades públicas, pero se exige previa autorización estatal y, además, a veces son verdaderos compromisos de auxilio. Un caso «híbrido» es la entrega de solares al Estado para casas cuarteles de la Guardia civil: ¿es compromiso de auxilios? Se prohíbe también, junto a este contrato, los *contratos aleatorios*, aquellos que de algún modo puedan empeñar a las Haciendas locales, por ejemplo, los contratos de bolsa, que, aunque sea de una manera tácita e implícita, quedan prohibidos a las Entidades públicas; éstos sí que serían contratos que se saldrían de su propia capacidad y, por lo tanto, de su propia competencia.

La compraventa.—Es indudable la capacidad contractual, tanto como comprador o como vendedor, de las Entidades locales.

Los arrendamientos.—En sus tres variadas formas: de obras, de servicios y de bienes o de cosas, son contratos que se celebran corrientemente por las Administraciones locales, entre ellos sobre

todo el arrendamiento de obras que plantea el nudo gordiano de la cuestión sobre la distinción entre el contrato administrativo y el privado de obra, porque en definitiva aquí es donde el Tribunal Supremo llega a un relativismo jurídico enorme; en unos casos considera que la construcción de una plaza de toros supone en definitiva una finalidad inmediata pública y es un contrato administrativo, y en otros entiende que la construcción de un campo de deportes es contrato privado.

De ser un contrato administrativo a ser un contrato privado tiene unas fundamentales diferencias, porque si es administrativo, se le aplicará íntegramente el Reglamento de Contratación, mientras que si es privado, no se le aplicará el Reglamento más que en aquellas materias que eran comunes a todos los contratos, es decir, las materias de la formación del contrato, de la formación de la voluntad.

Los transportes.—El transporte es un contrato que puede ser final o instrumental: cuando la Administración es porteadora, es un contrato final y queda fuera de nuestro estudio; es el caso de un servicio de transportes urbanos municipalizado y gestionado con o sin Hacienda especial. En estos casos nos encontramos ante puros contratos de transporte. Por el contrario, de medios o instrumentales son aquellos casos en que la Administración pública no es porteadora, sino transportada; pensemos en un contrato que celebre un Ayuntamiento con una Empresa de transportes para que todos los días trasladase a los funcionarios de un lugar a otro; también este contrato de transporte plantea un problema interesante para discriminar en qué casos es un contrato administrativo y en qué casos es un contrato civil. También el contrato de transporte del correo es caso típico.

Los suministros.—El contrato de suministro es una compraventa de carácter sucesivo, que se diferencia del arrendamiento de obra porque se refiere a bienes muebles; se ha dicho que el suministro es cualquier compraventa de bienes muebles. Realmente no es esto; el suministro es una compraventa de bienes muebles, pero continuado, es decir, de carácter sucesivo o de entregas a plazos.

Los de Sociedad.—Otro contrato que la Administración local

celebra corrientemente y, sobre todo, el Reglamento de Servicios ha dado una gran amplitud para ello, es el de Sociedad. Este contrato en la Ley y en el Reglamento de Servicios puede ser de economía mixta o de único accionista por el Municipio o Diputación; en el primer caso nos encontramos ante un contrato de Sociedad; en el segundo caso nos encontramos ante una Sociedad que no nace por contrato, sino por fundación, por acto unilateral; el primer caso no plantea problemas; es evidente la existencia de las Sociedades de economía mixta con participación mayoritaria, igualitaria o minoritaria de la Administración (Vid. mi artículo *Aspectos de la Administración económica* en el número 12 de la «Revista de Administración Pública»). Es indudable que los entes locales pueden formar Sociedades de economía mixta; pero, además, pueden establecer una Sociedad privada municipal o provincial como único socio. La Ley de Sociedades Anónimas exige tres miembros fundadores, pero hace excepción de los entes públicos. Es un tránsito del concepto corporativo al concepto fundacional de la Sociedad. Se trata de una Sociedad sometida a la Ley de Sociedades Anónimas, salvo en lo referente a la formación de voluntad, que corresponde al pleno. (Vid. el art. 92 del Reglamento de Servicios).

Transacción.—Es precisa autorización del Consejo de Ministros con informe del Consejo de Estado Pleno.

Hipoteca.—Son precisos los mismos requisitos de la enajenación.

Préstamo.—Hay tres formas: el empréstito, en el sentido de emisión de Deuda, incorporando el crédito en un título-valor; la contratación directa con el Banco de Crédito Local u otra Entidad autorizada, y apertura de cuenta corriente bancaria.

Depósito.—Puede depositarse dinero o títulos en un Banco; pueden también las Entidades locales ser depositarias, y esto plantea la cuestión de si son contratos civiles o administrativos.

Emisión de letras de cambio.—Emiten letras de cambio con ciertas garantías; ha de haber un déficit momentáneo y es preciso que lo autorice el Pleno. Pero, contra lo que es normal, estas letras no tienen aparejada ejecución, lo que constituye una interesante derogación de las normas del Código de Comercio por prohibir el

mandamiento de embargo el artículo 661, número 2.º, de la Ley.

Contratación sobre teatros, cines, hoteles, etc.—Muchas veces se celebra el contrato dándole el nombre de arrendamiento, pero las Entidades locales se reservan una participación en los beneficios de la explotación, y suelen reservarse no sólo la facultad de inspeccionar los bienes, sino también los libros de la Empresa. Esta forma de gestionar es, por eso, más que un arrendamiento, una especie de gestión interesada y que, según el Código de Comercio, podría calificarse de cuentas en participación. Sucede que a veces una Entidad local encuentra inconveniente en una concesión o una gestión directa. Entonces monta los elementos materiales y los cede a un gestor. Pero hay tres formas de esto: participación en las ganancias, participación en las ganancias y en las pérdidas y concesión de una participación al gestor. En el primer caso, la Entidad local no puede perder. En el segundo, hay una especie de Sociedad, que podría ser una Sociedad irregular. En el tercero hay una gestión interesada (vid. mi artículo citado anteriormente). Las hipótesis podrían ser: a), cuentas en participación, si se participa en las pérdidas hasta el límite de la aportación; b), contrato parciario o *cointeresamiento*, si no se pierde; c), contrato de Sociedad, si se pierde más allá de la aportación.

Estos contratos son cada vez más utilizados planteando problemas jurídicos interesantes, porque lo corriente es entender que se trata de arrendamientos. La forma que hemos denominado *cointeresamiento* es la que mejor cuadra en la mayor parte de los supuestos, es decir, en aquellos en los que se participa en las ganancias lisa y llanamente; pero cuando existe un *mínimum* garantizado ¿hay arrendamiento? A nuestro modo de ver habría que atender al tenor del contrato y ver cual de las dos contraprestaciones tiene el carácter de principal sobre la otra, si la fija, o la variable del tanto por ciento de la ganancia, y según cual sea, la tipificación del contrato vendrá hecha fácilmente. Piénsese en la importancia que tiene su diferencia, porque, si es arrendamiento, puede estar acogido a la prórroga legal si está sometido a la ley especial, cosa que nunca sucede cuando se califique el contrato de otra de las formas citadas.

III) Delimitado el campo contractual de la actividad de la Administración pública, es preciso dar un paso más y plantear el problema de la distinción entre los contratos administrativos y los privados de la Administración pública ; planteamiento que es distinto en la legislación española y francesa respecto a Italia, Alemania y Bélgica.

En Francia y en España, como dijimos anteriormente, la distinción se hace en base a dos jurisdicciones competentes para conocer de todas las vicisitudes relativas a los contratos administrativos o a los contratos privados. En Italia los contratos caen de manera total bajo la competencia del Juez ordinario, por lesionar derechos subjetivos perfectos. En Alemania también van a la jurisdicción ordinaria, y en Bélgica, aun después de la creación del Consejo de Estado en 1946, la materia relativa a contratación queda también en manos de la jurisdicción ordinaria, que se la ha reservado para sí.

La pregunta que surge al plantearse el problema de la discriminación entre un tipo y otro de los contratos es la siguiente : ¿Existen contratos administrativos por naturaleza? Hemos de marcar los hitos fundamentales sobre los que se ha asentado la trayectoria de los contratos de la Administración, sin perder de vista que los dos pilares fundamentales sobre los que se ha creado toda la teoría del Derecho administrativo han sido la *responsabilidad y la contratación*; ambos pilares, sin embargo, no han andado juntos a través de la historia administrativa, y por ello es preciso marcar los puntos de inflexión fundamentales para comprender el distinto matiz de unos y otros :

1.º Al aparecer el derecho administrativo como derecho del Estado y de los entes públicos después de la unificación del Estado absoluto y después de la aparición del constitucionalismo en el que, como todos sabemos, el Estado absorbió al concepto de fisco y unificó en una sola persona, aun cuando con dos fâcetas, toda la actividad estatal, la distinción entre lo público y lo privado se lleva a cabo a base de la teoría de los *actos de imperio* y de los *actos de gestión*; los contratos quedaban encuadrados dentro de los actos de gestión, que eran aquellos que la Administración pública celebraba

como cualquier particular, sin diferencias de fondo con los mismos. Sin embargo, ya en aquel primer momento de la historia de los contratos de la Administración existían determinados tipos que por una determinación legal eran de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Eran éstos los siguientes: el contrato de obra pública, que por la Constitución del año VIII fué otorgada la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa; el contrato de suministro y de transporte que lo fué en el año 1806, y el contrato de Deuda pública, que lo fué en el año 1890. Entonces la doctrina imaginó que entre los actos de imperio y los de gestión existía un *tertium genus*, constituido precisamente por este tipo de contratos, que si bien por naturaleza eran privados, sin embargo, por determinación legal eran administrativos.

2.º En 1873 se produce el momento más trascendental del Derecho administrativo europeo con la famosa *decisión Blanco*, del Tribunal de Conflictos francés y que resolvió el problema de competencias en materia de responsabilidad de la Administración. Esta decisión fundamental estableció el principio de que la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos debía exigirse siempre al Estado ante la jurisdicción contencioso-administrativa y no ante la jurisdicción ordinaria. La doctrina gira en torno a la teoría del servicio público fundada por Duguit y la Escuela de Burdeos y posteriormente seguida por Gastón Jèze y actualmente por Laubadère. Sin embargo, la decisión Blanco se refirió exclusivamente a la materia de la responsabilidad pero, por el contrario, la materia contractual seguía dividida en dos jurisdicciones: la ordinaria y la administrativa; no todo contrato que se relacionase con un servicio público era de competencia administrativa, sino que también había contratos de competencia del Juez ordinario, aun cuando mediatamente se relacionasen con los servicios públicos. Para León Blum la distinción se basaba en el procedimiento empleado; cuando éste era similar al de los particulares, el contrato era privado; cuando era distinto, el contrato era público. Por ello la teoría del servicio público no fué suficiente, como ha puesto de manifiesto Pèquignot para el encuadramiento y examen de la contratación administrativa. Había muchos contratos, como dijimos,

que iban a la jurisdicción contencioso-administrativa sin relacionarse con un servicio público, sino por el concepto de utilidad general, concepto más amplio y distinto del primero y, por el contrario, había contratos que a pesar de estar relacionados con los servicios públicos no eran de competencia contencioso-administrativa. No bastaba, por lo tanto, la simple colaboración de los particulares en un servicio público.

La doctrina empieza a bifurcarse y a manifestarse en distintas opiniones. Para unos, todos los contratos son privados, porque son actos de gestión; para otros, todos los contratos son actos unilaterales, por lo tanto, actos administrativos; para algunos existen dos actos unilaterales en la contratación, pero que no llegan nunca a encontrarse, por lo que no puede hablarse de contrato, y para otros, como Fernández de Velasco en España, el contrato da lugar a unas actuaciones innominadas de la Administración.

3.º La teoría del servicio público puede decirse que en el momento presente ha entrado en su fase de crisis total. La aparición de los servicios industriales y comerciales y la aparición, sobre todo, de las intervenciones económicas, conducen a una aplicación cada vez más abusiva de las normas del Derecho privado sobre el Derecho público. Junto al servicio público tradicional, concepto orgánico, aparecen los servicios públicos, concepto funcional, y junto al concepto del servicio público-administrativo, los servicios públicos industriales y comerciales; se llega todavía a más con las empresas nacionalizadas francesas que replantean toda la cuestión de si la teoría del servicio público, base del Derecho administrativo, debía mantenerse todavía en 1956. Entonces, por uno de estos efectos cíclicos de la historia, se vuelve de nuevo al antiguo concepto de los actos de imperio y de gestión, aunque con distinta denominación. Hoy día la distinción entre actividad pública y privada de la Administración no se puede hacer ya en sentido total, según las instituciones, teniendo en cuenta la idea del servicio público, sino según los *momentos singulares de las actuaciones*, como dijo Forti en Italia, o según el procedimiento empleado, como se ha dicho en Francia por Corail, por Eisenmann y por Rivero.

El examen de la institución contractual no debe ser un examen

macroscópico y unitario, sino microscópico, según los elementos singulares de cada actuación ; pero no es solamente teoría esta cuestión de la crisis del servicio público, sino que es una apreciación práctica y que ha dado lugar a una famosa decisión del Tribunal de Conflictos francés : el 22 de enero de 1955 este Tribunal; a través de la famosa *decisión Naliato*, ha derogado totalmente la doctrina sentada en 1873 por la *decisión Blanco*, estableciendo que la responsabilidad que se puede exigir al Estado derivada de daños de la organización de las colonias de vacaciones para los niños y por su personal, aun cuando se trate de verdaderos servicios públicos, debe ser competencia de los Tribunales ordinarios, porque *no ofrece ninguna particularidad de naturaleza para distinguirlas jurídicamente de las organizaciones similares de las personas particulares*, y por ello, no es de competencia contencioso-administrativa. Esta decisión fundamental ha sido objeto de una interesante nota de comentario del Profesor Eisenmann, en la cual se pone de manifiesto toda la importancia histórica de esta decisión. Igual que dijimos respecto de la *decisión Blanco*, repetimos ahora : se trata de una decisión referente tan sólo a la responsabilidad y no a la contratación, pero que, no obstante, es un síntoma de esta crisis de la noción de servicio público en el sentido orgánico.

Hoy día, por tanto, la diferencia entre las relaciones públicas y privadas de la Administración se basan en el procedimiento concreto empleado en cada actuación.

Aplicando todo lo anteriormente dicho a la teoría de la contratación, podemos preguntarnos cuáles son los índices de distinción entre los contratos administrativos y los privados de la Administración, una vez que ha hecho quiebra la tesis del servicio público. Hemos de partir de un hecho trascendental y necesario, y es que no todo contrato relacionado con el servicio público es administrativo y además que no todo contrato que es administrativo está relacionado directamente con un servicio público. ¿Cuál es, por lo tanto, el índice de diferenciación de unos y otros? La doctrina ha buscado una fuente de salvación en diversos matices : para unos es el objeto, para otros es el fin, para otros es la forma, para otros la desigualdad de las partes y para otros es la jurisdicción compe-

tente, y, últimamente, en Francia se mantiene, con bastante unanimidad, la teoría de que los contratos administrativos se caracterizan porque poseen *cláusulas exorbitantes de Derecho público* frente a los contratos privados que no las poseen.

Digamos, desde ahora, que quiérase o no, la creación de los contratos administrativos y los privados de la Administración es una necesidad ineludible desde el momento en que existen dos jurisdicciones; por lo tanto, la jurisprudencia ha tenido que crear obligatoriamente esta distinción para saber en qué casos se debe acudir a una vía o se debe acudir a otra. En un principio los contratos eran todos administrativos por determinación de la Ley, y surge la pregunta entonces de si hoy día puede hablarse de contratos administrativos por naturaleza. Los contratos administrativos que por determinación legal la historia nos ha legado han sido los siguientes:

A) *Contrato de obra pública*.—Es quizá este contrato el que ha servido de modelo a todos los que posteriormente ha perfeccionado y celebrado la Administración pública; sus cláusulas eran consuetudinarias y se codificaron en pliegos de condiciones, pliegos que son el fruto de una larga práctica y que constituyen, a nuestro modo de ver, una norma reglamentaria y no contractual. Este contrato es atractivo y tiene caracteres propios y se refiere a todas aquellas obras que se realicen para utilidad general por cuenta de una Administración pública y además sobre inmuebles. Desde un principio, también este contrato se interpretó de distinta manera a los contratos de obras entre los particulares, y en este sentido nadie discutió el que la Administración tuviere los poderes de dirección, de intervención, de rescisión e incluso de modificación.

B) *Suministro*.—Este contrato aparece históricamente después del anterior y es una copia del mismo, incluso en sus pliegos de condiciones. El suministro se caracteriza por una compra continuada de bienes muebles.

C) *Transportes*.—La Administración pública podía actuar, bien como transportista, explotando Empresas de transportes, o bien como transportada; por ejemplo, celebrando un contrato para la conducción del Correo, de sus funcionarios, etc.; pues bien, este

contrato también lo fué administrativo por determinación legal desde el año 1806, en Francia.

D) *Concesión de servicios públicos.*—No entramos aquí en la discusión teórica sobre su naturaleza jurídica, sino más bien en terreno positivo. La concesión de servicios públicos, que a nuestro modo de ver tiene más caracteres de acto unilateral que de contrato, viene calificada en Francia y en España como acto complejo con parte reglamentaria y parte contractual. En un principio las concesiones eran de obras y de servicios, es decir, que el concesionario estaba obligado a construir las obras y posteriormente a explotar el servicio. Se diferenciaba del simple contrato de obras porque no se percibía el precio de la obra, sino que percibía unas tarifas de los usuarios hasta conseguir una amortización y una modesta ganancia. Por el contrario, posteriormente, esta concesión prescindió del concepto de obra que pasó a ser una cláusula accesoria, siendo lo fundamental la explotación del servicio, y hoy día, incluso, hay concesiones en las cuales no existen obras de inmovilización y son tan sólo de servicios, por ejemplo, los transportes mecánicos por carretera.

E) *El contrato de Deuda pública.*—Este contrato nadie discute su naturaleza administrativa debido, sobre todo, a la posibilidad de conversión de la misma por parte de la Administración pública y de la ley.

F) *El compromiso de auxilios.*—Es un contrato que cada día celebra más la Administración y que consiste precisamente en aquel acuerdo por el que una Administración o un particular se comprometen con otro o una Administración en su caso, para la realización de determinadas obras de interés general. En la esfera local existen casos de estos compromisos de auxilio, que pueden ser unilaterales y bilaterales. Los contratos de compromiso de auxilios son todos bilaterales, y las declaraciones unilaterales de comprometer un auxilio se perfeccionan como contratos en el momento que se aceptan por la Entidad a la que van dirigidas: por ejemplo, los compromisos de auxilios para el abastecimiento de aguas de poblaciones de nuestra legislación actual, o en las numerosas donacio-

nes (aparentes donaciones, pero que no lo son) de solares para construcción de casas cuarteles para la Guardia civil por los Ayuntamientos, y que envuelven en sí un contrato de compromiso de auxilios (vid. lo dicho anteriormente); el compromiso de auxilio de los particulares que se asocian administrativamente para la realización de un polígono declarado de ensanche, etc.

Junto a estos contratos por determinación legal aparecieron después los contratos innominados, pero paulatinamente estos contratos administrativos por determinación legal fueron transformándose en contratos por naturaleza, en virtud, sobre todo en Francia, de las cláusulas exorbitantes. Esas cláusulas eran las siguientes: a) O bien se atribufan poderes a la Administración que un particular no podía atribuirse a sí mismo; b) o bien se sujetaba a la otra parte contratante a una decisión previa de la Administración; c) o bien se otorgaban poderes al contratante sobre los terceros: por ejemplo, la vía de apremio, poderes de policía (en Derecho privado tan sólo existen los contratos con cláusulas en beneficio de tercero, pero no en perjuicio de terceros, aunque se hable de ellos en Italia con el «consorcio» entre empresarios); d) también se estimaron como cláusulas exorbitantes los pliegos de condiciones, el que el objeto estuviese fuera de comercio, por ejemplo, las concesiones demaniales cuando se consideraban contractuales, etc.; e) por último, incluso se admitió la existencia de cláusulas exorbitantes tácitas, es decir, que siempre existía tácitamente la posibilidad de que la Administración dirigiera, e incluso rescindiera, esos contratos.

¿Cuál es la conclusión a la que llegamos con esta teoría de las cláusulas exorbitantes? La conclusión primera es la de que los contratos administrativos y los civiles eran, en un principio, iguales por naturaleza; segundo, que por determinación legal fueron pasando a la jurisdicción contencioso-administrativa, y esto por razones de orden práctico; tercero, que la tradición histórica llevó a que los contratos por determinación legal se transformasen en contratos por naturaleza, y cuarto, un paso más se dió cuando se admitió la existencia de contratos innominados de carácter administrativo.

De todo esto, la razón básica e histórica que fundamenta la

existencia de dos tipos de contrato es, en primer lugar, la división de trabajo, y en segundo lugar, la división de jurisdicciones.

¿Puede aplicarse la teoría de las cláusulas exorbitantes en nuestro Derecho, o es preciso hacer una crítica de esta doctrina? A nuestro modo de ver, la doctrina de las cláusulas exorbitantes es inaceptable en España y tiene los siguientes defectos: 1.º *Su gran relatividad*, porque si en definitiva la calificación de un contrato administrativo o civil depende de la cláusula exorbitante, se deja en manos de la Administración el que un contrato sea civil o administrativo, puesto que bastará que imponga esta cláusula para que automáticamente lo transforme en contrato administrativo. Existen en la actividad administrativa actividades sustituibles por procedimientos públicos a privados y actividades no sustituibles; en las primeras, la Administración puede, por ejemplo, comprar, o si no, expropiar; en las no sustituibles, por el contrario, la Administración ha de adoptar siempre la fórmula institucional pública; por ejemplo, la concesión de un servicio público; la explotación de los servicios públicos ha de hacerse siempre por medio de concesiones y no por simples contratos de Derecho privado; lo mismo vale para las concesiones demaniales o utilización de dominio público. Por esto, no depende de la voluntad de la Administración, en todo caso, el que un contrato sea administrativo o civil, sino que depende también de la propia finalidad y esencia del contrato. 2.º En muchos casos el contrato administrativo es *por naturaleza* y las cláusulas exorbitantes se aplican, incluso sin decirlo, en el mismo contrato como una especie de cláusulas de estilo tácitas. 3.º La cláusula exorbitante no es causa de la distinción de los contratos, sino *consecuencia* de la distinción de los mismos; son aquellas cláusulas que puestas en contratos entre particulares serían nulas. Con ello queremos decir que no es que un contrato sea administrativo porque existan cláusulas exorbitantes, sino por el contrario, que son de aplicación las cláusulas exorbitantes a un contrato porque es administrativo; según esto no queda en manos de la Administración la calificación de uno o de otro. Existen estas cláusulas insertas, sobre todo, en el Reglamento de Contratación; por lo que es preciso determinar previamente a qué tipos y clases

de contratos se aplican. La importancia práctica de esto es enorme, puesto que ya no depende sólo del Juez la calificación de un contrato o de otro, sino que depende de aquellos funcionarios que confeccionan los pliegos de condiciones, y más concretamente del Secretario de la Corporación, el saber con carácter previo si es o no un contrato privado o administrativo para poder insertar o no cláusulas exorbitantes, porque estas cláusulas exorbitantes impuestas en contratos privados deben ser nulas totalmente, bien nulas ellas o incluso anulando el propio contrato. En nuestro Derecho examinaremos precisamente cómo las cláusulas exorbitantes no son la causa, sino la consecuencia, y por eso dijimos que el Reglamento de Contratación de las Entidades locales no ha supuesto ninguna unificación, sino que las mismas se aplican solamente a unos contratos que por naturaleza son administrativos. Con esto también queremos decir que los contratos administrativos por naturaleza deben de restringirse y no admitir contratos innominados por naturaleza, porque históricamente los contratos pertenecen siempre al campo del Derecho privado.

El régimen especial a que están sometidos los contratos administrativos y que, por lo tanto, es de aplicación solamente a ellos y no a los contratos privados es: 1.º *El privilegio de interpretación especial*. El artículo 99 del Reglamento de Contratación determina que la Administración interpretará los contratos en que intervenga y resolverá las dudas que ofrezca su cumplimiento; ahora bien, este principio de interpretación es de aplicación sola y exclusivamente a los contratos administrativos y no a los privados, entre otras cosas, porque la interpretación unilateral por la Administración mira al futuro y no al pasado, y es además un privilegio exorbitante y no una cláusula normal. Existen países, como Portugal, en los que ni siquiera los contratos administrativos puede la Administración interpretarlos, sino que tiene que acudir a los Tribunales ordinarios para su interpretación. 2.º *Privilegio de la decisión unilateral*. Antes de acudir a la vía contencioso-administrativa es preciso que el particular que pretende algo frente a ella se lo exija para formar un acto administrativo impugnabile, porque no se impugnan contratos, sino actos administrativos; por ejemplo, el

artículo 93, párrafo 2, del Reglamento, determina que el contratista habrá de solicitar de la Corporación el reconocimiento del derecho a indemnización y la cuantía de ésta, y, en caso de disconformidad, resolverá la jurisdicción competente; es decir, que el particular no puede acudir directamente a la vía contenciosa, sino que ha de acudir primeramente a la Administración. En cambio, la Administración genera unilateralmente su propio título y derecho. 3.º *Privilegio de la ejecución directa*. Una vez declarado el derecho por el privilegio de la decisión unilateral, es posible que la Administración utilice la vía de apremio para la ejecución de las responsabilidades; por ejemplo, artículo 89 del Reglamento, las multas e indemnizaciones que afecten al contratista se harán efectivas inicialmente sobre la garantía.

De todo esto se deduce que la labor del Secretario en las Corporaciones locales es fundamental; el artículo 20 del Reglamento de Contratación le otorga las facultades de hacer constar que, a su juicio, se cumplen todos los preceptos de la contratación, y en otro caso le ofrece la posibilidad, e incluso le obliga, a la advertencia de manifiesta legalidad y así salvará su posible responsabilidad. Frente a la interpretación *ex post*, el Secretario ofrece la interpretación administrativa *ex ante*.

IV) Examinemos la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados en el Derecho español.

En 1845, en que se estructura la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a base de Consejos provinciales y Consejo Real (que en 1855 cambió de nombre por el de Consejo de Estado), los autores introdujeron entre las materias que competían a la jurisdicción contencioso-administrativa, distinta de la ordinaria, todo lo relativo a la rescisión, cumplimiento y efectos de los contratos administrativos, siempre que el particular, decían, se sintiese agraviado con la decisión del Gobierno. Aparecen, por tanto, los dos conceptos claves: contrato administrativo y decisión previa para acudir a la vía contenciosa en vista de un agravio a un particular. La competencia para resolver las controversias correspondía a los Consejos provinciales cuando se trataba de Ayuntamientos o Diputaciones y al Consejo Real (Consejo de Estado), cuando se trataba

del Estado. Para Coímeiro, las razones que indujeron a dar competencia en estas materias a la jurisdicción contencioso-administrativa eran dos: En primer lugar, el embarazo en que se encontraba la jurisdicción ordinaria por su lentitud, por la solemnidad de sus ritos y por el fácil acceso de los particulares, y, en segundo lugar, porque rompía el equilibrio de la separación de poderes. Estas dos razones, la primera puramente práctica de división del trabajo, y la segunda política, son las que fundamentan en España esta distinción, un poco fantasmal, entre *contratos administrativos* y *contratos privados de la Administración*.

Decían también que la Administración en estos contratos de obras y servicios públicos debía de tener las manos libres para acordar en cualquier momento la rescisión o la modificación en cuanto el interés público pudiese aconsejarlo. La jurisprudencia de aquella época (vamos a citar algunas resoluciones interesantes porque vemos que después de cien años no hemos adelantado en absoluto, ya que en muchas materias, incluso aquellas primitivas sentencias iban muy adelantadas respecto a las actuales del Tribunal Supremo) decía, entre otras cosas, las siguientes: Únicamente alcanza la jurisdicción contencioso-administrativa a los casos legalmente establecidos (porque no se olvide que esta jurisdicción era una derogación a la jurisdicción ordinaria; por eso después la Ley de lo Contencioso recogerá el precepto diciendo: «sin embargo, continuarán conociendo los Tribunales contencioso-administrativos de las materias de contratación administrativa»; este *sin embargo* significa que supone una derogación a una norma general); pues bien, solamente abarca a las obras públicas y a los servicios públicos; era preciso agotar la vía gubernativa a través de una decisión previa (Resolución del Consejo Real, de 23 de febrero de 1847). Otra Resolución mantiene que: «los contratos celebrados por los Ayuntamientos para objetos diferentes de los servicios públicos o de las obras públicas son contratos privados y no administrativos» (Resoluciones de 23 de febrero y 14 de marzo de 1847), y entre los ejemplos que citaba este Real Decreto-sentencia (puesto que era jurisdicción retenida), incluía la administración de los bienes de propios de los Ayuntamientos, el pago de los censos a los Ayun-

tamientos, la enajenación de bienes de propios, etc. Posibilidad de rescindir los contratos únicamente aplicable a los de obras y servicios públicos (Real Decreto-sentencia de 20 de junio de 1879). Y una Resolución de 29 de noviembre de 1863, en la que se decía nada menos que los particulares podían solicitar una revisión de precios cuando éstos tuviesen un notable aumento sobre los iniciales.

La Ley de 1894 y el texto refundido de 8 de febrero de 1952, al igual que el actual proyecto de Ley de lo Contencioso (que al parecer pronto pasará a las Cortes), contempla entre las materias de competencia contencioso-administrativa todo lo relativo a interpretación, rescisión, cumplimiento y efectos de los contratos administrativos, pero anteponiendo lo que hemos dicho, «sin embargo» seguirán entendiendo estos Tribunales de estas materias, y este *sin embargo* hay que conectarlo con la excepción del artículo anterior que establece que no entran dentro de lo contencioso-administrativo aquellas materias de índole civil o penal que corresponda a la jurisdicción ordinaria. Los contratos administrativos constituyen, por tanto, una *derogación* a los contratos en general.

Los autores han hecho caso omiso de esta advertencia legislativa y han tratado nada menos que de construir una teoría general de los contratos de la Administración, pero no a base de degradar el contrato administrativo a contrato privado, sino, por el contrario, dándole todas las facultades y todos los privilegios a la Administración, incluso en los contratos privados. Examinemos la posición concretamente sostenida por Albi respecto a los contratos municipales.

Para este autor los contratos privados de la Administración no son cosa distinta de los contratos administrativos y se caracterizan por tres notas: primera, la esencialidad de la forma; segunda, la desigualdad de las partes en todos los contratos, porque existen pliegos de condiciones y, por lo tanto, hay siempre una adhesión del particular, y tercera, especialidad legal, lo cual quiere decir que en todos los contratos de la Administración (vamos a referirnos a los entes locales) se aplica en primer lugar el Derecho administrativo, es decir, el Reglamento de Contratación, y en se-

gundo lugar, y supletoriamente, el Código civil por aplicación de su artículo 16 y del artículo 60 de la Ley de Contabilidad. «Hay que prescindir—dice Albi—de la existencia de dos jurisdicciones que por razones históricas y políticas siguen subsistiendo, pero que, en definitiva, todos los contratos de la Administración, en su contenido y en su regulación jurídica, son idénticos, porque la distinción entre unos y otros es artificiosa y sin contenido; por otra parte no existe ninguna utilidad práctica para distinguir unos y otros; ¿es que no existe una utilidad pública en todos los contratos de la Administración?» Evidentemente que con estos razonamientos es fácil llegar a la conclusión a la que ha llegado respecto al Reglamento de Contratación local de que no regularía más que unos contratos, y que como son todos exactamente iguales, puesto que los Ayuntamientos y las Diputaciones tienen siempre como finalidad última la utilidad pública, la regulación jurídica debe ser la misma; a nuestro parecer, esto es totalmente inexacto con arreglo al Derecho positivo, al cual, queramos o no, tenemos que pliegarnos, tanto desde el punto de vista científico como desde el punto de vista profesional, ya que si existen dos jurisdicciones es por algo, y que si existen dos regulaciones también es por algo, y que si el Tribunal Supremo dice que los contratos privados de la Administración se rigen por el Código civil es porque no se les puede aplicar los privilegios exorbitantes del Reglamento de Contratación; de modo que no se trata exclusivamente de una posición teórica, sino de una posición práctica; por eso, decir que no existe *utilidad práctica* en esta distinción parece realmente una equivocación, con los textos legales en la mano.

Lo cierto es que si existen dos ordenamientos jurisdiccionales, hemos de llevarlos a sus últimas consecuencias y aceptar, como veremos, que existe una *zona común* aplicable a todos los contratos y una *zona separada* que es precisamente la que diferencia unos de otros.

La jurisprudencia se ha colocado muchas veces totalmente enfrente de la posición de Albi; si éste dice que no existen diferencias porque en todos tiene privilegios la Administración, la jurisprudencia ha llegado a decir que los contratos privados de la Ad-

ministración se rigen sólo y exclusivamente por el Código civil, salvo en cuanto que los Tribunales no pueden embargar los bienes de los entes locales. Como todas las posiciones extremas, tanto una como otra, a nuestro modo de ver, son inexactas; muy defendibles teóricamente, pero inexactas en el terreno de las posibilidades prácticas. En una célebre sentencia de 7 de julio de 1936, el Tribunal Supremo llegó a decir que los contratos administrativos se distinguen de los contratos privados de la Administración en que en los primeros existen cláusulas exorbitantes, y dice: «El pliego de condiciones es una especie de competencia retenida y por lo tanto constituye una cláusula exorbitante»; esta sentencia trató de introducir, aunque es aislada, la teoría explicada de las cláusulas exorbitantes en nuestro Derecho.

Es fácil demostrar que esta teoría no es adecuada al fijar el error de la posición anteriormente descrita, que supone una confusión entre dos conceptos distintos: una cosa son las *cláusulas exorbitantes* que se imponen en un contrato y que hacen que la Administración local tenga poderes que tendrían los Tribunales, y otra cosa es que la Administración local tenga ciertos *privilegios* no en cuanto que contrata, sino en cuanto que es Administración local, es decir, en cuanto sujeto. Hay dos clases de privilegios en el Derecho administrativo: los privilegios que se tienen por la *actividad* que se desarrolla y los privilegios que se tienen por la *organización*; los primeros se tienen y los segundos se viven. Por ejemplo, el Estado, la Provincia y los Municipios, tienen los siguientes privilegios en cuanto sujetos, no en cuanto actividad: primero, imposibilidad de que se les exija sus deudas por vía de apremio, esto vale para toda clase de deudas, públicas o privadas; segundo, la ejecución de toda sentencia, ya sea contencioso-administrativa, ya sea ordinaria, ha de hacerse siempre por la propia Administración; tercero, junto a estos privilegios en más, tiene privilegios, a veces, en menos (aunque parezca absurdo): la Administración no puede transigir, como lo haría un particular, sino que requiere un Decreto del Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado en Pleno para hacerlo; cuarto, tiene la prelación en el cobro de sus créditos; quinto, puede rescindir los contratos que le

sean perjudiciales, por ejemplo, los contratos celebrados sin crédito presupuestario; sexto, el artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento civil dice que cuando sean parte los entes públicos no se les podrá pedir confesión, sino que tendrán que hacerlo por vía de informe; séptimo, para poder demandar ante los Tribunales a los entes públicos territoriales, es preciso apurar la vía gubernativa previa a la judicial. Estos privilegios no son privilegios en cuanto que contrata administrativamente o contrata privadamente, son privilegios que tiene el ente local en cuanto que es «ente local» (sujeto) independientemente de la actividad que desarrolle en cada caso, de modo que estos privilegios, que para Albi son una causa de la naturaleza misma de un contrato, no tienen nada que ver con que sea un contrato administrativo o privado porque juegan siempre por la naturaleza del sujeto.

En cuanto a lo que dice Albi de que los entes locales pueden exigir por vía de apremio las deudas y los créditos a su favor, basta citar una Orden de 28 de febrero de 1955 del Ministerio de Industria referente al cobro de las tarifas, precios de los servicios públicos de abastecimiento de aguas en régimen de municipalización por gestión directa, y se niega la vía de apremio, y dejamos si estuvo bien o mal dictada; es lo cierto que dicha Orden dice que los Ayuntamientos no pueden ejecutar por la vía de apremio los créditos por este suministro porque se trata de un servicio como un particular, y esta relación de prestación debe ir a los Tribunales ordinarios; por lo tanto tampoco es cierto que la Administración pueda usar siempre del privilegio del apremio, dependiendo esto ya de la actividad pública o privada en cuestión.

Todo esto que acabamos de decir, en definitiva no es sino un conjunto de principios generales que vienen definidos por dos síntomas: 1.º Que el poder de la Administración, la potestad pública, se tiene siempre hacia fuera, hacia los administrados, siempre que se llevan a cabo actividades públicas. 2.º Por el contrario, cuando se llevan a cabo actividades privadas, también hacia los administrados, no existen estos privilegios. Veamos ahora desde el punto de vista contrario: los particulares, no tienen privilegios contra la

Administración, pero esto ya es independientemente de la actividad, porque deriva de la organización, del sujeto.

Siguiendo el planteamiento en Derecho español ocurre que existe una *zona común* entre ambas clases de contratos ; esta zona común está sometida siempre a unos principios de Derecho administrativo y no de Derecho privado, y es todo lo relativo a la organización de los entes locales, al régimen de votaciones, a la formación de la voluntad. Esto sí que cae dentro del Derecho administrativo porque no se refiere ya a los efectos del contrato, sino que se refiere precisamente a que un sujeto del contrato tenga que formar su voluntad, y al igual que un menor necesita tutor, la Administración necesita formarla a través de un procedimiento que será un *quórum*, unas votaciones, un acta, etc., y esto no tiene nada que ver con los efectos del contrato.

Con estas dos zonas resulta claro que muchos de los privilegios que Albi citaba como afectos al contrato administrativo en su sustancia, no son, ni más ni menos, que privilegios de la Administración, sujeto, en esta zona común, y por lo tanto no nos sirven para calificar a un contrato de administrativo o de civil. Queda, por tanto, bien claro nuestro pensamiento de que esta distinción, si bien es verdad que históricamente es artificiosa, al declarar la Ley que «sin embargo» estas cuestiones van a lo contencioso-administrativo, hace que debemos plegarnos ante ella y hemos de manifestarnos en el sentido de que todos los privilegios exorbitantes de la Administración quedan circunscritos a los contratos administrativos, pero que los demás quedan, salvo las derogaciones citadas, sometidos al Derecho privado.

El Derecho aplicable a los contratos ya no es el que decía Albi ; si son administrativos se aplicará en primer lugar el Reglamento de Contratación. La Disposición adicional segunda nos dice : «para lo no previsto en este Reglamento, fuente primaria, regirán las disposiciones aplicables a la Administración del Estado», concretamente el Pliego general de condiciones del año 1903, si se trata de obras públicas ; la Ley general de Obras públicas, si se trata de concesiones ; Decreto de 24 de junio de 1955, sobre sanciones a contratistas ; Orden de 20 de julio de 1955, sobre contratos por

gestión directa en obras públicas ; Ley de revisión de precios, etc., y en defecto de todo, el Derecho común. Por el contrario, cuando el contrato es privado, las fuentes se invierten, en primer lugar se aplicará, para la zona común de los contratos, el Reglamento de Contratación, pero para los efectos del contrato, el Código civil, de comercio o el que corresponda.

El problema entonces se agrava mucho más, porque resulta que la indagación o búsqueda de un índice de separación entre los dos contratos ya no es una labor del Juez, es una labor de la Administración local, del Secretario. En el momento de perfeccionar un pliego de condiciones, que no es una cláusula exorbitante, puesto que forma parte de la zona común, el Secretario debe darse cuenta y deslindar, dentro de lo posible, si se trata de un contrato o de otro, para poder, en definitiva, poner cláusulas exorbitantes concretas y también hacer aplicación del Reglamento de Contratación en aquellos puntos que hemos dicho que son puntos de aplicación únicamente a los contratos administrativos.

Hemos citado el caso de un arrendamiento de local de un bien de propios celebrado por la Administración local con la cláusula de improrrogabilidad y después un acuerdo municipal lanzando administrativamente al particular; esto constituiría una vía de hecho, el particular podría perfectamente reintegrarse a su posesión mediante los interdictos y exigir las correspondientes responsabilidades tanto a la Administración como al funcionario. He aquí el interés de que esta labor de separación de confines sea hecha antes que por el Juez por los funcionarios encargados de la redacción de los pliegos.

El artículo 20 del Reglamento de Contratación nos habla de la advertencia de ilegalidad que el Secretario puede hacer; el párrafo segundo otorga estas facultades incluso al Servicio de Inspección y Asesoramiento. Caso de incluirse una de estas cláusulas exorbitantes en un contrato de naturaleza privada, es evidente que esta cláusula sería nula y, en muchos casos, anularía al propio contrato. El Real Decreto de 26 de octubre de 1895, resolviendo una cuestión de competencia, decía lo siguiente: «el contrato en virtud del cual un Ayuntamiento cede unos terrenos a un particular, es un con-

trato privado, y la cláusula en virtud de la cual todas las cuestiones que puedan surgir entre las partes queda reservada a la resolución de la Administración es nula»; por aplicación del artículo 4.º del Código civil y los artículos 54 y 56 de la Ley de Enjuiciamiento civil que se refieren a la competencia de los Jueces ordinarios para fallar y resolver todas las cuestiones incidentales, subsidiarias, et-cétera, que se planteen. Este Real Decreto podemos darlo como norma general para todas aquellas cláusulas exorbitantes en contratos privados.

Continuaremos ocupándonos del criterio discriminador en un próximo artículo.

J. A. GARCÍA-TREVIJANO FÓS,

Letrado del Consejo de Estado
Profesor del Instituto de Estudios
de Administración Local

Esta REVISTA dedicará especialmente su próximo número al estudio y consideración de dos importantísimas leyes para el régimen local recientemente aprobadas por las Cortes españolas: la Ley sobre régimen del suelo y la Ley de ordenación de transportes urbanos de Madrid.