

Los contratos de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

José M.^a Boquera Oliver
Catedrático de la Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEY DE 18 DE MAYO DE 1995 DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS.—III. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

I. INTRODUCCIÓN

Existen dos tesis sobre los contratos de las Administraciones públicas. Una que afirma que todos los contratos de las Administraciones públicas son civiles y otra que entiende que existen contratos de la Administración civiles y contratos de la Administración administrativos. Esto ha dado lugar a una larga e importante polémica en la que han intervenido directa y frontalmente los estudiosos del Derecho administrativo y los Tribunales. El Legislador hasta 1995 no ha tomado partido con claridad en ella, sólo ha mostrado actitudes. Así la legislación de régimen local, muy especialmente el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, se inclina a favor de la tesis de que todos los contratos son, por naturaleza, civiles, y las sucesivas Leyes de la Jurisdicción Contencioso-administrativa anteriores a la ahora vigente han empleado fórmulas para repartir el conocimiento de los litigios nacidos de los contratos de la Administración entre esta Jurisdicción y la civil que han movido a preguntarse si no existirán dos clases de contratos: los administrativos y los civiles.

II. LA LEY DE 18 DE MAYO DE 1995 DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS

En 1995 el Legislador, mediante su Ley de 18 de mayo de 1995, núm. 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, ha decidido rotundamente que existen contratos administrativos. «Los contratos que celebre la Administración —dispone su artículo 5.1— tendrán carácter administrativo o carácter privado». Pero, después de tantos años de polémica y de formularse diversas tesis sobre cuales son las características de los contratos administrativos de la Administración, no era suficiente decidir que éstos existen. Era necesario añadir por qué unos contratos de la Administración son administrativos y por qué otros son privados. Por eso el citado precepto de la Ley 13/1995 continúa: «Son contratos administrativos (art. 5.2): a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales». «Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados (art. 5.3)...» y, para que no nos equivoquemos al deducir, el precepto continúa «y en particular (son privados), los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables». La lista de contratos administrativos del artículo 5.2. a) de la Ley la desmenuzan otros artículos de la misma, como, por ejemplo, el artículo 207.

De entre todos los criterios que la jurisprudencia había utilizado para caracterizar el contrato administrativo, la Ley vigente elige, en primer lugar, el del objeto del contrato para que sepamos cuando el contrato es administrativo y confecciona una lista de objetos del contrato que hacen a éste administrativo cuando una de sus partes es la Administración. Estos contratos son administrativos aunque ninguna peculiaridad jurídica tenga la ejecución de la obra, la gestión del servicio público, el suministro, la consulta, etc. Quiero decir que el contratista ejecute el contrato de la misma manera que lo haría un particular para otro particular. No hay nada más científico que resolver los problemas jurídicos haciendo listas. Esto equivale a renunciar a los conceptos y a prescindir de la lógica. Ni nada más insustancial que hacer depender la naturaleza de una categoría jurídica de quién o quiénes participan en ella, que es a lo que conduce el primer criterio que la Ley 13/1995 utiliza para saber cuando los contratos de la Administración pública son administrativos. Pero como las listas legislativas no dejan tranquilo ni siquiera a quien las hace, el artículo 5.2. b) de la Ley que analizamos añade que también son contratos administrativos los de objeto distinto a los anterior-

mente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al “giro o tráfico” específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley». En este precepto se encuentra explícito lo que el Legislador cree que convierte a un contrato en administrativo, lo que es la esencia de esta clase de contratos: su vinculación «al giro o tráfico» de la Administración contratante, «por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla». Esta vinculación los convierte en contratos de «naturaleza administrativa especial». Según el Legislador existen contratos administrativos de naturaleza no especial y contratos administrativos de naturaleza especial. Son contratos administrativos no especiales aquéllos que tienen por objeto uno de los enumerados por el Legislador (ejecución de obras, gestión de servicios públicos, realización de suministros, ...), es decir, que son contratos administrativos porque el Legislador quiere, porque le parece conveniente que lo sean por razón de su objeto, y contratos administrativos especiales aquéllos que, no teniendo estos objetos, satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración. El resultado del artículo 5º de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es la existencia de dos reglas para saber cuándo un contrato es administrativo, —la del objeto, que inspira las listas, y la de su finalidad inmediata—. La lista es regla de aplicación preferente. Al criterio de la finalidad pública del contrato sólo se recurrirá cuando no encajemos el contrato en la lista de contratos administrativos o de contratos privados que contiene la Ley. Este criterio es subsidiario. Y, por último, para que todo quede más oscuro, desde un punto de vista lógico, el contrato tendrá naturaleza administrativa especial cuando así lo declare una ley. La ley no sólo puede convertir a un hombre en mujer, sino a un contrato, a cualquier contrato, en contrato administrativo.

El criterio legislativo subsidiario para descubrir el contrato administrativo lo ha tomado el Legislador de la concepción que el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA mantiene sobre el Derecho administrativo. Existe giro o tráfico administrativo, dice GARCÍA DE ENTERRÍA (*Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 4ª ed, 1983, pp. 50 y ss.), «cuando el sujeto Administración actúa para realizar “obras y servicios públicos” entendida esta expresión en sentido no técnico, sino material». En sentido técnico una obra pública es una edificación que se toca, con la que se tropieza. Los servicios públicos, por ejemplo, el transporte, el suministro de agua, etc., también se tocan y funcionan. No son las obras o servicios públicos entendidos de esta manera lo que define al giro o tráfico administrativo. «Obras y servicios públicos» en sentido material califica a una especie de fines públicos. No a los grandes fines de una comunidad política, sino a sus fines ordinarios, que por eso son atendidos por las Administraciones Públicas. Pero como resulta muy subjetivo calificar a un fin de extraordinario o de ordinario, de impor-

tante o modesto, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha tenido que explicar que el giro administrativo de la Administración es el encaminado a una «finalidad pública de la específica competencia» de la Administración y, como la competencia de ésta la fijan la Constitución y las leyes, como también la competencia del Legislador y de los Jueces, hay que acudir a la Constitución y a las leyes para saber cuál es la competencia de las Administraciones Públicas, con lo que se demuestra que el fin administrativo no es un concepto o idea definidora, sino que los fines son administrativos por estar en una lista legislativa que se los atribuye a las Administraciones públicas. La función o actividad que tiene por finalidad «obras y servicios públicos» —continúa GARCÍA DE ENTERRÍA— es la propia del instituto administrativo en cuanto tal. Negativamente, «todo lo que hace (la Administración) que no sea la gestión de su dominio privado o patrimonial o la gestión mercantil».

El Legislador ha convertido en criterio legal del contrato administrativo especial, lo que el prestigioso administrativista, con un gran número de seguidores, entiende que es lo administrativo. En la resolución de una cuestión polémica ha buscado el apoyo de la mayoría más poderosa. Pero resulta tan difícil hacer perceptible el sentido material de la expresión «obras y servicios públicos», que GARCÍA DE ENTERRÍA emplea una enumeración negativa, con una breve lista, para delimitar lo administrativo. Lo que no es gestión patrimonial o mercantil de la Administración es lo jurídico administrativo. Al final resulta que es administrativo lo que no es gestión patrimonial o mercantil de la Administración. Serán contratos administrativos los que la Administración celebra cuando no gestiona su patrimonio o no lleva a cabo actividades mercantiles, salvo que sus objetos figuren en las listas que por voluntad del legislador son considerados objetos de contratos administrativos.

Voy a poner unos ejemplos. Un Municipio decide comprar mesas y armarios. Surge un conflicto con el vendedor y resulta necesario saber si el contrato es administrativo o privado para pedir a la Jurisdicción-contenciosa o al orden jurisdiccional civil que lo resuelva. Consultamos la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Su artículo 172 dice: «A los efectos de esta Ley se entenderá por contrato de suministros el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles, ...». La adquisición de mesas y armarios —bienes muebles— es, pues, un contrato de suministros y el artículo 5.2.a) de la misma Ley dispone que «son contratos administrativos» «aquéllos cuyo objeto directo, sea ... la realización de suministros,...». El contrato del Municipio es administrativo. Acudiremos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para que resuelva el conflicto.

El Municipio, como ya tiene mesas y armarios nuevos, decide vender las mesas y armarios usados. Vende estos bienes muebles y por esta venta entra en litigio con el comprador. Necesitamos saber si el contrato es adminis-

trativo o privado para acudir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo o civil. Este contrato de compraventa no está en la lista del artículo 5.2.a), ni en la lista del artículo 5.3, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues no se trata de la compraventa de un bien inmueble, ni de la adquisición por el Municipio de un bien mueble, lo que le calificaría de contrato de suministro. Tendremos que aplicar el apartado b) del artículo 5.2. La venta de los bienes muebles, ¿resulta vinculada al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley? Evidentemente, no. Al vender las mesas y los armarios viejos no se satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública administrativa. Sencillamente el precio obtenido irá a la caja municipal y con esta cantidad se pagará lo que adeude el Municipio. Además, como ya sabemos qué ideas inspiraron este precepto, nos preguntamos: el contrato ¿es gestión patrimonial de la Administración? Parece que sí. El contrato será, pues, privado. Competente para resolver el litigio será el orden jurisdiccional civil.

Pensemos ahora en el contrato de arrendamiento de una plaza de toros propiedad de una Provincia o de un Municipio. ¿Es un contrato administrativo o privado? Buscaremos en las listas de la Ley y encontraremos la respuesta en su artículo 5.3. «Los contratos de arrendamiento ... sobre bienes inmuebles» tendrán la consideración de contratos privados. Si surge algún litigio con el arrendamiento de la plaza de toros se acudirá al orden jurisdiccional civil. Esto implica un cambio radical con respecto a soluciones jurisprudenciales anteriores.

Podemos recordar que en la Sentencia de 13 de julio de 1987, Sala 4ª (A 6888 y RAP nº 117, 1988, p. 218) se dice que el contrato de arrendamiento de la plaza de toros de Madrid —bien patrimonial de la Provincia de Madrid— es administrativo porque lo que pague el arrendatario se destinará al sostenimiento del Hospital General Provincial, «institución de beneficencia a través de la cual la Corporación desarrolla el cumplimiento de una de sus obligaciones mínimas la instalación y sostenimiento de hospitales médico-quirúrgicos,...» «así el destino de los rendimientos económicos obtenidos cobra especial relevancia incidiendo en la causa del contrato, al introducir en la misma la indirecta satisfacción de un servicio público como es la asistencia hospitalaria... ello hace que sea lógico extender a este tipo de negocios jurídicos la tutela administrativa, pues en ellos subyacen de *manera mediata intereses públicos*». Entre que la Provincia de Madrid arriende su plaza de toros y que arriende la suya el Sr. X. no existe otra diferencia —si es que esto es una diferencia en el contrato de arrendamiento— que el destino que cada arrendador dará a lo que le pague el arrendatario. Pero el TS piensa que como la Provincia de Madrid destina el canon arrendaticio al sostenimiento de un servicio público (el Hospital General Provincial) el contrato de arrendamiento de su plaza de toros es administrativo.

Si al supuesto de la Sentencia de 13 de julio de 1987 aplicáramos hoy lo dispuesto por el artículo 5.2 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como hemos dicho el criterio legal subsidiario o supletorio para averiguar la naturaleza de los contratos de la Administración, el contrato sería privado, porque con él no se satisface de manera directa o inmediata una finalidad pública, sino de manera mediata.

La Sentencia de 29 de junio de 1990, Sala 3ª, Sección 5ª (A. 5756 y en *RAP* n° 126, 1991, p. 330), se refiere al arrendamiento de la plaza de toros de Teruel propiedad del Municipio. Dice que «el contrato de arrendamiento de la plaza de toros... en cuanto adscrito al desenvolvimiento de un aspecto de esa competencia municipal de ocupación del tiempo libre (art. 25, LRBRL) (sin que esto implique desconocer la faceta cultural y deportiva del espectáculo taurino como tal) constituye un verdadero y propio contrato administrativo», aunque no está prevista la adscripción de la recaudación a un fin de interés público, porque «el arrendamiento de las instalaciones pertenecientes a las Corporaciones locales constituye una forma indirecta de gestión de los servicios públicos de su competencia». La causa del contrato es proporcionar a la población la ocupación del tiempo libre, un fin público.

Hoy este contrato, según el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sería un contrato privado, pues es el arrendamiento de un bien inmueble. En cambio, según el artículo 5.2. b), de aplicarse, que no puede aplicarse, porque este precepto es de aplicación supletoria, sería administrativo, porque, según la citada sentencia, el arrendamiento de la plaza de toros satisface de manera directa un fin público, proporcionar a la población la ocupación del tiempo libre.

El arrendamiento de los cines y de cualesquiera otros sitios en los que los vecinos se entretienen también atiende el fin público de ocupar el tiempo libre. Sin embargo, si un particular arrienda un cine el contrato será civil.

He recordado estos ejemplos para poder apreciar dos cosas: primera, como hay que actuar y que consecuencias tiene, que el Legislador haya hecho unas listas con contratos administrativos y con contratos civiles; segunda, comprobar las repercusiones de la nueva Ley de Contratos sobre los criterios jurisprudenciales anteriores.

Ahora, cuando el objeto de un contrato de la Administración encaja con uno que figura en las listas de sus contratos administrativos y privados no hay que preguntarse por la causa del contrato, por su finalidad o por sí satisface directa o indirectamente una finalidad pública. Es contrato administrativo o privado porque así lo califica la Ley. Nos ahorraremos en las demandas, contestaciones a las demandas y sentencias muchos razonamientos, mucho esfuerzo. Pero habrá que recordar las listas o consultar la Ley cada vez que necesitemos saber si un contrato es administrativo o civil. La falta de un concepto de contrato administrativo tiene estas consecuencias y por eso el contrato administrativo está a merced del Legislador. La

Ley 53/1999, por la que se modificó la Ley 13/1995 contiene un ejemplo muy claro de la volubilidad del contrato administrativo. El artículo 5 de la Ley se modificó de la siguiente manera: Del apartado 2 a) —lista de los contratos administrativos— se sacan «los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos», y se pasan al apartado 3 —lista de los contratos privados— del mismo artículo. Contratos que recientemente fueron administrativos son ahora privados.

La Sentencia de 21 de noviembre de 1986, Sala 4ª (A. 1987, 1543; RAP nº 115, 1988, p. 268) dice que es administrativo el contrato de seguro suscrito entre un Ayuntamiento y la sociedad «E», pues tiene por finalidad «establecer una cobertura para casos de muerte o invalidez para todo el personal al servicio de la Corporación, interés netamente público que hace insoslayable la presencia de unas potestades administrativas (propias de este tipo de contratación) y que vienen impuestas por el artículo 109, regla 2ª, del Decreto 3046/1977, de 6-10, en donde se precisa que tendrá naturaleza administrativa aquel contrato que, por sus características intrínsecas, haga precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo». Si un empresario particular contrata un seguro para sus trabajadores, se tratará de un contrato mercantil, pero si lo concierta un Municipio para su personal se dice que es un contrato administrativo, por requerir el interés público para su desarrollo una especial tutela jurídica. ¿Una tutela diferente a la que requiere el contrato mercantil de seguro? No lo creemos, porque no es diferente la tutela que proporciona un Tribunal del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la que proporciona un Tribunal del orden jurisdiccional civil.

El contrato de seguro que concierta un Municipio era ayer, según la Sentencia citada, administrativo. A partir de la Ley 53/1999 privado. El contrato administrativo *e movile cuam piuma al vento*.

Lo más decepcionante de tan lamentable asunto es que, en la mayor parte de las ocasiones, todo el esfuerzo por descubrir cuándo el contrato es privado o administrativo sólo sirve para decidir el orden jurisdiccional competente para resolver la cuestión litigiosa, pues la cuestión de fondo será, las más de las veces, una interpretación de cláusulas contractuales, que lo mismo pueden hacer unos que otros jueces.

Según la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las consecuencias de calificar a los contratos de administrativos o privados son: 1ª Se regirán (artículo 7º, 1 de la LCCAAPP) en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y estructuración por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán la restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. No obstante, los contratos administrativos es-

peciales, que se definen en el artículo 5. 2. b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente. Los contratos privados de las Administraciones públicas se regirán (artículo 9º.1), en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho privado.

2ª En el pliego de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos especiales (artículo 5. 2. b) se hará constar (artículo 8, apartado c) las prerrogativas de la Administración.

La diferencia esencial estriba, pues, en que los efectos y extinción de los contratos administrativos se rigen, en primer lugar, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y los efectos y extinción de los contratos privados de la Administración por los Códigos civil y mercantil. Pero la única diferencia importante a este respecto entre dicha Ley y estos Códigos consiste en que aquélla confiere y regula las llamadas prerrogativas de la Administración Pública en los contratos. Prerrogativas que pudiera pensarse que sólo tiene la Administración cuando el contrato es administrativo, pero esta apreciación es errónea.

Si la Ley otorga a las Administraciones Públicas las facultades de interpretar sus contratos, variarlos, rescindirlos, etc., por motivos de interés público, dichas facultades no nacen del acuerdo de voluntades de las dos partes contratantes, ni se incluyen en el contrato. Quedan fuera del contrato tanto si éste es administrativo como si es privado, si bien con ellas se incide sobre la situación del contratista, de la misma manera que otras facultades administrativas pueden recaer sobre todas las relaciones privadas. La facultad o potestad de expropiar, por ejemplo, puede repercutir sobre la propiedad privada y otros derechos o intereses patrimoniales legítimos. La inferioridad del contratista con respecto a la Administración contratante no es una consecuencia contractual; es una desigualdad ajena al contrato debida al poder público que las leyes han otorgado a la Administración y del que ésta no prescinde cuando contrata privadamente, pero que no incluye en ninguno de sus contratos. La desigualdad real entre las partes contratantes, que también se da en muchos contratos privados y que yo noto cuando contrato con Iberdrola, no influye en la naturaleza de los contratos, aunque tenga influencia en la manera de ejecutarlos.

Quien contrata con una Administración Pública establece una relación jurídica con un ser poderoso que con una mano contrata, con la capacidad jurídico-privada, y con la otra sostiene el poder administrativo —un grueso y largo garrote—, con el que crea unilateralmente e impone consecuencias jurídicas incluso al contratista con quien se ha vinculado voluntariamente con su capacidad jurídico-privada. A veces, el poder administrativo cae, como un garrotazo, sobre la situación contractual. Le ocurre de la misma manera al propietario de un bien que no quiere vendérselo a la Administración. Si el bien es necesario para satisfacer un fin de utilidad pública o inte-

rés social, la Administración puede expropiárselo. El poder administrativo puede incidir sobre el contrato administrativo o privado cuando lo exige un fin público, aunque este fin sea el fin del contrato.

Las leyes suelen compensar los efectos del poder de imposición de la voluntad de la Administración sobre su contratante con el deber de aquélla de indemnizar al particular por los daños y perjuicios que le ocasiona, con lo que, en realidad, se le expropián sus derechos contractuales mediante un procedimiento peculiar.

Si el interés público lo exige la Administración aplicará sus prerrogativas —poder administrativo— sobre las relaciones contractuales calificadas de privadas. No veo, pues, ninguna diferencia sustantiva entre el contrato calificado de administrativo y el contrato calificado de privado.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, el contrato que celebra un Municipio con un grupo musical para que amenice las fiestas patronales es privado. Celebrado el contrato, el Ayuntamiento aprecia que si el grupo de artistas actúa puede haber una alteración del orden público y decide resolver unilateralmente el contrato con la correspondiente indemnización. Perfectamente legal.

III. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Los autores de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 11 de julio de 1998 tenían resuelta —por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dictada tres años antes— la cuestión de la competencia de esta Jurisdicción con respecto a los contratos de la Administración. Era lógico que ni siquiera se plantearan la cuestión de si existían o no contratos administrativos y cuáles eran sus características. Esto lo había decidido una ley sustancial y la de la Jurisdicción Contencioso-administrativa es una ley procesal.

Por eso el artículo 2. b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se limita a decir: «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos ...», pero también de las relacionadas con «los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas». Los contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas que no son administrativos son los privados de la Administración.

Los que la Ley denomina actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas forman procedimientos de selección del contratista que son la subasta y el concurso. Estos procedimientos, salvo excepcio-

nes, deben utilizarse tanto para elegir a la parte que celebre un contrato administrativo como a la que celebre un contrato civil.

Con estos procedimientos se trata de encontrar el mejor contratista para la Administración pública y todos ellos terminan con un acto administrativo (la adjudicación definitiva) que decide quién de los aspirantes a contratar con la Administración será el mejor contratista. Este acto confiere al elegido el derecho a celebrar el contrato con aquélla, y, al mismo tiempo, deniega este derecho a los licitadores o concursantes no seleccionados. Lógico es, pues, que esta resolución administrativa pueda ser impugnada ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Lo que ocurre es que el acto de adjudicación definitiva del contrato es también la aceptación por la Administración de la oferta presentada por el licitador o concursante seleccionado. Por tanto, con la misma declaración de voluntad, en el mismo instante, se producen dos efectos jurídicos, uno unilateral, administrativo, y otro bilateral, privado. La elección del contratista y el rechazo de los demás aspirantes es efecto jurídico-administrativo, y la coincidencia de la voluntad de las dos partes, su consentimiento, que da nacimiento al contrato, es un efecto jurídico-privado. Si el Juez de lo Contencioso-administrativo anula el efecto jurídico-administrativo, la designación del contratista, desaparecerá también el efecto privado, el contrato, pues dejará de existir una de las partes del contrato al perder su posibilidad de contratar. Esto debe tenerse en cuenta al impugnar la adjudicación definitiva de todos los contratos de la Administración. Si el recurrente impugna la elección del contratista (efecto jurídico-administrativo), la competente para resolver el recurso será siempre la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pero si se impugna el consentimiento contractual, la competencia para resolverlo será, en los casos en que el contrato sea administrativo, la Jurisdicción Contencioso-administrativa y, si el contrato es civil, el orden jurisdiccional civil.

Éstas que he recordado son las escuetas normas generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa sobre los contratos de la Administración. He tratado más de explicarlas que de juzgarlas, aunque tampoco he tratado de ocultar mi parecer sobre ellas.

En la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa existe una norma sobre un contrato, el contrato de concesión de servicios públicos, que encierra una enseñanza que deseo destacar. El artículo 2. d) de dicha Ley dispone que «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que *impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos,...*».

El precepto que acabamos de recordar encierra la convicción de que los concesionarios de servicios públicos pueden recibir potestades administrativas para la prestación del servicio. Recuerdo el contenido de una sentencia, pero no su fecha, pero créanme que no la invento, en la que la empresa

constructora de un ferrocarril en Galicia recibió mediante una ley la potestad de expropiar. Posiblemente la Administración pensó que era más cómodo y eficaz que la concesionaria del ferrocarril, necesitada de los terrenos para tender las vías y construir estaciones, pudiera por sí misma cambiarlos forzosamente por una cantidad de dinero, que hacer intervenir al Estado cada vez que un propietario se negara a vender su terreno. Podemos también pensar en un supuesto más corriente. El que sube al tren sin billete y el concesionario lo sanciona en virtud del poder sancionador que le ha otorgado la Ley de Ferrocarriles. En estos dos ejemplos los concesionarios actúan su poder administrativo con respecto a personas que no tienen con él una relación contractual —propietarios de terrenos por donde debe pasar el ferrocarril; persona que sube al tren sin billete—, pero los concesionarios, cuando la ley les faculta para ello, también pueden imponer obligaciones o modificar derechos de los usuarios del servicio que han contratado con él su utilización. Por ejemplo, el particular que contrata el suministro domiciliario de agua puede ser obligado por el concesionario de este servicio a añadir a su instalación un adelanto técnico. Esta obligación puede no haber sido pactada y será manifestación de una potestad administrativa del concesionario con la que incide por un motivo de interés público sobre quien tiene un contrato con él; no es el ejercicio de un derecho contractual, sino la manifestación de un poder que está fuera del contrato y que puede utilizarse por motivos de interés público.

Los actos administrativos, manifestaciones del poder administrativo, dictados por los concesionarios de servicios públicos, pueden ser controlados o fiscalizados por actos administrativos de la Administración concedente. Los recursos contra aquéllos y éstos los conocerá el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, según dispone el artículo 2. d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Por el contrario, los actos jurídicos de los concesionarios que no impliquen el ejercicio de potestades administrativas, sino el ejercicio de su capacidad jurídico privada, si originan cuestiones litigiosas, serán juzgados por el orden jurisdiccional civil. Y si esto ocurre con respecto a la actividad de los concesionarios de servicios públicos, ¿por qué no ocurre lo mismo con respecto a la actividad de las Administraciones públicas? La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, al bajar de lo genérico a lo concreto, ha puesto de relieve un dato esencial: que el orden contencioso-administrativo conoce de las manifestaciones de las potestades administrativas, pero no de actividades en las que éstas no intervienen. Así debería ocurrir con respecto a todos los sujetos cualesquiera quiénes éstos sean.

Las llamadas prerrogativas de la Administración contratante son, a mi modo de ver, manifestaciones de su poder administrativo, que el artículo 60 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas únicamente especifica y que la Administración tendría aunque esta Ley no las enumerara. Prerrogativas sobre cuya naturaleza muchas veces la terminología habitual

confunde. Se habla del *ius variandi* de la Administración, del derecho de ésta a modificar el contrato, expresión que da a entender que variar el contrato es un derecho de la Administración nacido, como los otros derechos del contratante, del acuerdo de voluntades. Y esto no es así, porque el artículo 1.256 del Código civil, explicitando una consecuencia de la naturaleza del contrato, dispone que «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». La cláusula que permitiera a uno de los contratantes variar unilateralmente el contrato sería contraria a la esencia misma de esta categoría jurídica. La apariencia de contrato encubriría un vínculo de sumisión de una persona a otra. Por eso el artículo 60 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dice que «el órgano de contratación ostenta la *prerrogativa* de modificar (los contratos) por *razones de interés público, ...*» No es, pues, un *ius*, sino una *facultas variandi* cuyo ejercicio sólo justifican razones de interés público.

Los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que establecen la competencia de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se refieren a los convenios entre Administraciones Públicas (arts. 10.1.g y 11.1.c), pero no a los contratos entre éstas y personas privadas. En sus artículos se utilizan los términos disposiciones, actos, actos administrativos, actuaciones administrativas, pero no se nombra a los contratos. Creo que esto se debe a que la competencia de esta Jurisdicción sobre los contratos no es algo natural, sino simplemente añadido por tradición y la voluntad del Legislador. Para saber si en caso de litigio éste lo debe resolver el Juzgado de lo Contencioso-administrativo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo se habrá de tener en cuenta, en primer lugar, si se impugna un acto unilateral de la Administración, como, por ejemplo, la adjudicación del contrato, la interpretación por la Administración de las cláusulas del contrato, la resolución del mismo por incumplimiento del contratista, etc., y ver de encajarlo en los preceptos que atribuyen a cada uno de aquellos órganos la resolución de los recursos contra sus actos. Caso de que por este camino no se encontrara la solución a la cuestión suscitada habría que aplicar las fórmulas genéricas que la Ley utiliza.

Limitándonos a los contratos de las Entidades locales creo que la competencia para resolver los litigios surgidos de sus contratos administrativos y los actos de preparación de todos sus contratos, corresponde a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. En primer lugar, porque ningún apartado del artículo 8 de la Ley atribuye estos litigios a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y, en segundo lugar, porque el artículo 10.1 a) dispone que dichas Salas conocerán de los recursos que se deduzcan en relación con los actos de las Entidades locales..., cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo» y, según el apartado j) del mismo precepto, a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales

Superiores de Justicia corresponde conocer de «cualquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional».

Como se habrá apreciado por lo expuesto, el Legislador español utiliza el calificativo de «contrato administrativo» como una etiqueta que coloca en aquellos contratos que quiere que, en su caso, sean enjuiciados por la Jurisdicción Contencioso-administrativa y, para cuando no los ha calificado de este modo, establece una regla vaga que ya se ha utilizado para otros menesteres en el Derecho administrativo.

En la Unión Europea la mayoría de sus Estados miembros creen que todos los contratos son civiles. Quizá sólo Francia, Bélgica y España distinguen a los contratos de las Administraciones públicas en administrativos y privados. Por la presión de la mayoría y la necesidad de llegar a acuerdos para todos, la figura del contrato administrativo se va diluyendo.

