

Contratos y convenios entre la Administración y particulares

SUMARIO: A. CONSIDERACIONES PREVIAS PARA UNA DOGMÁTICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. I. Significado del contrato administrativo. 1. Ambito de aplicación y variedad de funciones. 2. El contrato administrativo como forma jurídica y de actuación del Estado cooperativo. II. Funciones de la dogmática del contrato administrativo. 1. Autonomía de la institución jurídica del «contrato administrativo». 2. Aproximación jurídico-dogmática del contrato. 3. Concepción procedimental de la dogmática del contrato. 4. Matización de la dogmática del contrato. B. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE UNA DOGMÁTICA CONTRACTUAL GENERAL. I. Procedimiento previo a la celebración del contrato. 1. Vinculación de los titulares administrativos al procedimiento. 2. Imposición de la forma contractual. II. Celebración del contrato. 1. Admisibilidad de la celebración del contrato. 2. Eficacia de la celebración del contrato. III. Posición jurídica tras la celebración del contrato. 1. Vinculación de los contratos eficaces. 2. Adaptación a las circunstancias modificadas. IV. Aproximación entre los contratos administrativos de Derecho público y Derecho civil. 1. Derecho administrativo privado. 2. El dogma de la libertad de elección. 3. Determinación de la naturaleza jurídica. C. SOBRE LA FUNCIONALIDAD DE UNA TIPOLOGÍA CONTRACTUAL. D. CONSIDERACIONES FINALES.

De acuerdo con el autor de la primera ponencia, me centraré en este trabajo en los contratos entre la Administración y los particulares. Independientemente de su forma jurídico-privada o jurídico-pública los denominaré «contratos administrativos».

A. CONSIDERACIONES PREVIAS PARA UNA DOGMÁTICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

I. SIGNIFICADO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. *Ambito de aplicación y variedad de funciones*

No es ciertamente una casualidad que la Presidencia de nuestra Asociación se interese justamente este año por el contrato administrativo. El artículo 121 del Schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes (Ley de Administración Territorial de Slesvig-Holstein) de 18 de abril de 1967¹ lo recoge, por primera vez, en su modalidad jurídico-pública. Así, el año 1992 es, en cierto modo, un aniversario del contrato administrativo, aunque éste exista ya desde hace más de veinticinco años². Este tiempo garantiza cierta experiencia y es bien sabido que la práctica administrativa no sólo ha acumulado con los años una gran experiencia en el ámbito del contrato administrativo, sino que ésta va en aumento. No sólo existen modelos contractuales «clásicos», como el contrato para la «liberación de la obligación de construir plazas de aparcamiento»³, sino que se han ido creando sucesivamente nuevas formas, como, por ejemplo, los contratos —aplicados, en parte, ampliamente— mediante los cuales los propietarios de solares se comprometen a realizar, omitir o tolerar determinadas medidas a favor de la protección del medio ambiente, a fin de lograr una compensación de gravamen⁴. El contrato administrativo no sólo se ha seguido consolidando en aquellos sectores jurídicos en los que siempre se había aplicado, como, por ejemplo, en el Derecho urbanístico⁵, sino que

¹ Cfr. ya previamente los artículos 47-51, 202, 211 del borrador de un Reglamento administrativo para Württemberg, en: «Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg», *Entwurf eines Gesetzes mit Begründung*, 1931.

² Se remonta al siglo XIX; *vid.* MAURER, «Der Verwaltungsvertrag-Probleme und Möglichkeiten», en: Hill, *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, p. 15 (17) = *DVBl*, 1989, p. 798 (799 y ss.). Sobre la práctica jurídica anterior, *vid.* también LAYER, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht*, 1916, pp. 25 y ss.

³ Ya se llevaba a la práctica con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento sobre garajes y plazas de aparcamiento (Reichsgaragenordnung RGaO) del 17 de febrero de 1939, *RGBl* I, pp. 129 y ss. Referencias más actuales se encuentran en EHLERS, «Die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen über die Ablösung der Stellplatzoder Garagenpflicht», *DVBl*, 1986, pp. 529 y ss.; ZIEGLER, «Zur Ablösung der Stellplatzpflicht», *DÖV*, 1984, pp. 831 y ss., en los que se encuentran mayores referencias bibliográficas.

⁴ EBERSBACH, «Möglichkeiten und Grenzen des Vertragsnaturschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Waldes», *AgrarR*, 1991, pp. 63 y ss. (informe de un congreso).

⁵ Al respecto, SCHMIDT-ABMANN, «Vertragstypen der städtebaulichen Praxis», en: Schmidt-Abmann/Krebs, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, 2.ª ed., 1992, pp. 1 y ss.; *íd.*, «Verwaltungsverträge im Städtebaurecht», en: *Fschr. f. Gelzer*, 1991, pp. 117 y ss.; KREBS, «Bauplanungs- und Bauordnungsrecht», en: Hill, *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, pp. 77 y ss.; JÄDE, «Neue Aspekte städtebaulicher Verträge», *BayVBl*, 1992, pp. 549 y ss.

cada vez en mayor medida también en otros sectores jurídicos, como, por ejemplo, en el Derecho social⁶. Así se han señalado sus amplias posibilidades de aplicación en el Derecho del medio ambiente⁷ y en el Derecho de protección de la Naturaleza y ya la práctica contractual se ha plasmado en una nueva terminología asentada con el concepto de «protección contractual de la Naturaleza» (*Vertragsnaturschutz*)⁸. También la *Treuhandanstalt* (Instituto Fiduciario para la Privatización de los Bienes de la ex República Democrática Alemana) ha utilizado el contrato administrativo para privatizar el antiguo «patrimonio del pueblo» de la ex República Democrática Alemana⁹.

Esta enumeración, aun incompleta y sucinta¹⁰, proporciona una primera impresión del ámbito de aplicación y pluralidad de funciones de este instrumento de actuación, que no sólo es aplicable en un sector microadministrativo o como fundamentación de relaciones jurídicas *bilaterales* (como, por ejemplo, la atención de demandas específicas que puede darse en la instalación de canales de aguas residuales¹¹), sino también, y especialmente, como configuración de «relaciones jurídicas poligonales» y «multipolares»¹² y para la realización de tareas administrativas macroadministrativas. Ejemplos claros se encuentran

⁶ Cfr. especialmente §§ 69 y ss. SGB V de 20 de diciembre de 1988 (BGBl I, pp. 2477 y ss.), última modificación mediante el Tratado de Unificación de Alemania de 31 de agosto de 1990 (BGBl II, pp. 889 y ss.) y la Primera Ley de Modificación del Quinto Libro del Código Social de 22 de marzo de 1991 (BGBl I, pp. 792 y ss.).

⁷ KLOEPFER, *Umweltrecht*, 1989, § 4, número marginal 246 (p. 204). No sólo en relación a la cooperación contractual se expresa RENGLING, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1989, pp. 15 y ss.; BEYER, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörden und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes*, Diss. Köln, 1986.

⁸ EBERSBACH, *AgrarR*, 1991, pp. 63 y ss.; RENGLING/GELLERMANN, «Kooperationsrechtliche Verträge im Naturschutzrecht», ZG, 1991, pp. 317 y ss.; GELLERMANN/MIDDEKE, «Der Vertragsnaturschutz», NuR, 1991, pp. 457 y ss.; DI FABIO, «Vertrag statt Gesetz?», DVBl, 1990, p. 338 (340).

⁹ Sobre cuestiones jurídicas relacionadas de la privatización, cfr. BLECKMANN/ERBERICH, «Die Treuhandanstalt und ihre Unternehmen», en: Rädler/Raupach/Bezenberger, *Vermögen in der ehemaligen DDR*, Losebl., versión 1992, números marginales 20 y ss., 39 y ss.; WEIMAR, «Die Privatisierung der Aktiengesellschaften in den neuen Bundesländern», BB, 1991, Beil. 3 zu Heft 3, pp. 1 y ss.; FAHRENBACH, «Das Privatisierungsverfahren nach dem Treuhandgesetz», DtZ, 1990, pp. 268 y ss.

¹⁰ Cfr. la exposición más detallada sobre el Derecho tributario, SONTHEIMER, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht*, 1987; HEUN, «Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Bereich der Kommunalabgaben», DÖV, 1989, pp. 1053 y ss.; recientemente sobre el Derecho de subvenciones y sin limitarse al Derecho suizo, GIACOMINI, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Verfügung im Subventionsverhältnis «Staat-Privater»*, 1992; en general sobre el Derecho suizo RICHLI, «Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht», ZBl, 1991, p. 381 (385 y ss.).

¹¹ OVG Lüneburg de 13 de agosto de 1991, NJW, 1992, p. 1404.

¹² Conceptualmente parecido SCHMIDT-ABMANN, «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit», VVDStRL, 34 (1976), p. 221 (236); id., *Die Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, maschinenschriftliches Manuskript, 1991, p. 40; SCHNAPP, «Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung», DÖV, 1986, p. 811 (817); BAUER, «Subjektive öffentliche Rechte des Staates», DVBl, 1986, p. 208 (218); también W. MARTENS, «Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr», DÖV, 1982, p. 89 (96): «bipolare» und «trigonale» Rechtsverhältnisse.

en el contrato básico de cooperación en la solución de la problemática de residuos firmado a finales de 1986 entre el *Land* Renania-Palatino, las asociaciones locales representativas, la Cámara de Comercio e Industria de Ludwigshafen y la asociación de empresas de Renania-Palatino¹³. Más común, aunque menos espectacular, es la sustitución en el sector del Derecho urbanístico de una parcelación oficial por una voluntaria, es decir, contractual¹⁴. Tales ejemplos reflejan que, en la práctica, el contrato tiene gran utilidad en «materias de especial amplitud y dificultad de contenido»¹⁵; es decir, el contrato es especialmente indicado para la *solución de problemáticas complejas*¹⁶.

El contrato administrativo abarca, asimismo, relaciones jurídicas con *momentos temporales diversos*. No sólo juridifica una convergencia puntual de intereses entre la Administración y el ciudadano (como puede darse en un contrato municipal sobre un solar), sino también relaciones a medio plazo, como, por ejemplo, la renovación de una ciudad con ayuda de los responsables en materia de saneamiento¹⁷. Igualmente puede servir de instrumento para la creación y configuración de «relaciones jurídicas permanentes»¹⁸, como los contratos previstos en el Sozialgesetzbuch V (en adelante: SGB V - Código social) entre las Cajas de seguros de enfermedad y los prestadores de servicios¹⁹.

Quiero dar por finalizado este esbozo de la pluralidad funcional del contrato administrativo haciendo hincapié en que el contrato puede encontrarse en relaciones muy diversas con los instrumentos de la actuación administrativa soberana unilateral. Ya el artículo 54, inciso 2.º, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (en adelante: *VwVfG* - Ley de Procedimiento Administrativo) insinúa su capacidad de sustitución del acto administrativo. En el ejemplo mencionado de la protección contractual de la Naturaleza ya se muestra que los contratos administrativos pueden sustituir fácticamente las normas y complementarlas²⁰. En

¹³ KLOEPFER (*op. cit.*, n. 7), § 4, número marginal 247 (p. 205).

¹⁴ Cfr. *BVerwG* de 6 de julio de 1984, *NJW*, 1985, pp. 989 y ss.

¹⁵ ARNOLD, «Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart», *VerwArch*, 80 (1989), p. 125 (139).

¹⁶ Cfr. el informe sobre la práctica realizado por OFFELE, «Bauplanungs- und Bauordnungsrecht», en: Hill, *Verwaltungsbandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, p. 90 (93 y ss.), y en general también KUNIG, en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. I, 1990, p. 43 (46 y ss.).

¹⁷ Parágrafos 157 y ss. *BauGB* de 8 de diciembre de 1986 (*BGBI* I, pp. 2191 y ss.) en la versión de la publicación de 8 de diciembre de 1986 (*BGBI* I, p. 2253), última modificación mediante el Tratado de Unificación de Alemania de 31 de agosto de 1990 (*BGBI* II, pp. 889 y ss.).

¹⁸ SCHMIDT-ARMANN, *Reform* (*op. cit.*, n. 12), p. 40. Sobre las relaciones jurídicas permanentes de la Administración prestacional en detalle, KRAUSE, «Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung», *VVDStRL*, 45 (1987), p. 212 (224 y ss.).

¹⁹ Por ejemplo, § 109 SGB V: Versorgungsverträge mit Krankenhäusern; § 127 SGB V: Verträge zur Versorgung mit Heilmitteln; §§ 132 y ss. SGB V: Beziehungen zu sonstigen Leistungserbringern.

²⁰ GELLERMANN/MIDDEKE, *NuR*, 1991, p. 457; DI FABIO, *DVBt*, 1990, p. 338 (340 y ss.).

los casos de «convenio de plan o de planificación» los contratos servirán de trabajo previo a la elaboración de la norma²¹. En relación al repertorio de medidas soberanas unilaterales puede hablarse en términos generales de una «función complementaria y sustitutoria» del contrato administrativo.

2. *El contrato administrativo como forma jurídica y de actuación de un Estado cooperativo*

La práctica administrativa nos muestra que el contrato administrativo está «de moda». Y la teoría lo confirma en la polémica actual sobre la orientación estatal del sistema²². Teniendo en cuenta la modificación de las funciones estatales hay que plantearse la necesidad de nuevas modalidades cualificadas de actuación y de procedimiento del Estado, especialmente de la Administración²³. Como la fuerza de orientación de los mandatos imperativos²⁴ suele ser a menudo —y dependiendo de las condiciones— limitada, se tratará de buscar una mejora del cumplimiento de las disposiciones soberanas, pero también de alternativas y complementos a la actuación estatal unilateral. Conociendo la limitación de los «medios intelectuales, personales y económicos»²⁵ del Estado, habrá que centrar la atención en la inclusión de fuerzas sociales para el debido cumplimiento de las funciones estatales. El Derecho del medio ambiente y también el Derecho social proporcionan suficiente material al respecto.

Aunque el concepto de «Estado cooperativo»²⁶ no ofrezca exclusiva o necesariamente respuestas a todas estas cuestiones, sí es cierto

²¹ Cfr. KREBS, «Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen kommunaler Bauleitplanung», *VerwArch*, 72 (1981), pp. 49 y ss.

²² SCHUPPERT, «Konfliktmittlung bei Verhandlungen und Verwaltungsverfahren», en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, tomo II, 1990, p. 29 (30 y ss.); íd., «Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht», en: Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, pp. 217 y ss.; RITTER, «Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat», en: Grimm, *ibidem*, pp. 69 y ss., con mayores referencias bibliográficas; PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, pp. 48 y ss., 582 y ss.; HOLZNAGEL, «Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts», *NVwZ*, 1992, pp. 862 y ss. (Tagungsbericht); RICHLI, *ZBl*, 1991, p. 381 (388 y ss.).

²³ Cfr. SCHUPPERT, en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (*op. cit.*, n. 22), p. 29 (33). Aclarativo también el artículo editado por BECKER-SCHWARZE, KÖCK, KUPKA y VON SCHWANENFLÜGEL, «Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht», en: *Tagungsband zur Assistententagung Öffentliches Recht*, 1991.

²⁴ El tan citado concepto de la «crisis de la política regulativa» (MAYNTZ, «Regulative Politik in der Krise?», en: Matthes, *Sozialer Wandel in Europa*, 1979, pp. 55 y ss.) y aún en mayor medida el concepto de la «crisis del Derecho regulativo» inducen a malentendidos. Correctamente SCHUPPERT, en: Grimm (*op. cit.*, n. 22), p. 217 (231).

²⁵ RITTER, en: Grimm (*op. cit.*, n. 22), p. 69 (73).

²⁶ Al respecto, p. ej., RITTER, «Der kooperative Staat», *AÖR*, 104 (1979), pp. 389 y ss.; RENGLING, *Kooperationsprinzip* (*op. cit.*, n. 7); J. J. HESSE, «Aufgaben einer Staatslehre heute», en:

que como consecuencia del debate existente en torno a la función orientadora del Estado, puede presumirse que la forma de actuación administrativa consensuada es práctica habitual dentro de la gama de técnicas orientadoras del Estado y que va adquiriendo cada vez mayor peso.

Lo cual induce a prestar mayor atención al contrato administrativo. Teniendo en cuenta que sólo celebrará un contrato aquel que, al menos en su celebración, lo acepte, se puede decir consecuentemente que el consenso no sólo es un principio jurídico, sino incluso un principio conceptual del contrato. Parece plausible la presunción de una mayor aceptación de una resolución administrativa basada en el contrato administrativo. Aunque no es, por supuesto, una fórmula mágica para la solución de «los nuevos problemas», sí es cierto que será de gran utilidad para lograr su reducción. En cuanto que asegura una mayor aceptación deberá ser tenido en cuenta como posible sustitución jurídica de un mandato soberano unilateral. Pero su verdadero significado tampoco se encuentra en la competencia consensuada que pueden hacer a los mandatos imperativos. Aquél se encuentra, más bien, donde el Estado no puede cumplir sus funciones o no puede hacerlo en el modo pretendido sin la cooperación voluntaria de fuerzas sociales organizadas o no organizadas. De ahí que el contrato administrativo se dé especialmente en el Derecho urbanístico, en la protección del medio ambiente y en amplios sectores de la asistencia social.

Las nuevas formas de actuación en un Estado cooperativo no se limitan a los contratos. El tema de este artículo, que incluye los «convenios» o «acuerdos»²⁷, quiere reflejar esta nueva tendencia. También las resoluciones administrativas unilaterales pueden ser el fruto de un acuerdo previo con su destinatario. La búsqueda de aceptación y la creación de consenso se dan tanto en los procedimientos resolutorios soberanos y unilaterales como más allá de éstos. La red de actuaciones administrativas informales se distribuye y dispersa en todo el sistema de las actuaciones administrativas jurídico-formales. El contrato administrativo se encuentra en la intersección de dos entramados de relaciones: como expresión del «Estado cooperativo» dentro de la actua-

Ellwein/J. J. Hesse/Mayntz/Scharpf, *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, tomo I, 1987, p. 55 (68 y ss.); íd., «Verhandlungslösungen und kooperativer Staat», en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, tomo I, 1990, pp. 97 y ss.; SCHRADER, «Das Kooperationsprinzip - ein Rechtsprinzip?», *DÖV*, 1990, pp. 326 y ss. Cfr. también WÜRTENBERGER, «Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren», *NJW*, 1991, pp. 257 y ss. Críticamente sobre el «Estado cooperativo» se expresa, p. ej., LECHERER, «Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten», *BayVBl*, 1992, pp. 545 y ss.

²⁷ Ya se encuentra reflejada en los manuales de Derecho administrativo. Cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1992, § 15, números marginales 13 y ss. (pp. 369 y ss.); ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln», en: Erichsen/Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9.ª ed., 1991, § 35, número marginal 1 (p. 419).

ción estatal consensuada y como regulación jurídico-obligacional dentro de las actuaciones administrativas jurídico-formales. Tiene, por un lado, una posición jurídica extraordinaria por su forma jurídica y por su carácter jurídico-obligacional y, por otro, se configura como modelo especial de la creación de Derecho. Resulta, por tanto, doblemente necesario disponer de una dogmática contractual idónea.

II. FUNCIONES DE LA DOGMÁTICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como consecuencia de las ideas previamente expuestas se perfilan ya las exigencias que debería de cumplir la dogmática del contrato administrativo; que deberá:

— contribuir, por un lado, a que el contrato administrativo sea un instrumento efectivo de la Administración en el ejercicio de sus funciones;

— por otro, recoger las amplias posibilidades de aplicación y la correlativa pluralidad de funciones del contrato administrativo; y

— finalmente, resumir los rasgos comunes de los contratos administrativos, sin los que no habría razón de ser para una dogmática de «el» contrato administrativo.

Esto último sólo será posible, por lo demás, una vez alcanzado un nivel de abstracción muy alto; pero no, por ello, debe de considerarse como un rasgo específico del contrato administrativo.

1. *Autonomía de la institución jurídica del «contrato administrativo»*

Todos los contratos administrativos tienen en común que se contraen con la finalidad de realizar funciones estatales y ello ya parece indicar su emancipación frente al instituto paralelo al Derecho civil. La función de complemento de la norma, la sustitución del acto administrativo, la búsqueda de consenso y el aseguramiento de aceptación son una serie de conceptos asociados al contrato administrativo, pero no al contrato celebrado entre particulares. Una comparación con la figura correspondiente del Derecho administrativo francés²⁸ permite pronosticar que será la gama de funciones atribuida al contrato ad-

²⁸ Al respecto EFSTRATIOU, *Die Bestandskraft des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Eine vergleichende Untersuchung zum griechischen, französischen und insbesondere deutschen Verwaltungsrecht*, 1987, pp. 87 y ss.; MARZLIN, «Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages und des privatrechtlichen Vertrages der Verwaltung im französischen Recht», *Diss. Mainz*, 1966; JARRASS, «Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich», *DÖV*, 1981, p. 813 (820).

ministrativo la que terminará estableciendo su configuración propia.

Este pronóstico se confirma con la consideración dogmática de que para el titular administrativo el fundamento jurídico del contrato administrativo es una competencia, mientras que el particular se encuentra en su autonomía privada garantizado constitucionalmente. El contrato administrativo no privará, por tanto, al sujeto privado de su garantía constitucional ni concederá mayores libertades a la Administración²⁹. Esta deberá mantener su responsabilidad basada en los principios democráticos en aquellos casos en los que sus resoluciones sólo tengan fuerza obligatoria en una acción conjunta con los particulares³⁰.

Pero no se debe caer en el error de deducir de ello automáticamente la inutilidad del Derecho civil para el Derecho contractual administrativo; y con ello me sumo a la opinión de JARASS, expresada hace dos años en nuestro Congreso. Ya que según él, la «tesis de que el Derecho privado fomenta la libertad del ciudadano, mientras que el Derecho público la limita... tiene tan poca utilidad como la declaración inversa de que el Derecho público permite la realización del interés general y, en cambio, el Derecho privado tan sólo fomenta los intereses individuales»³¹. La estructura fundamental jurídico-dogmática del contrato administrativo permite concluir que no es la idea de libertad, vinculada generalmente al contrato, la que permite su traslado al contrato administrativo, sino la técnica jurídica de los modelos de ordenación de Derecho civil. Habrá que modificar, por tanto, las normas de Derecho privado, siempre que ello sea necesario³². Sirva ello de indicación de que el carácter específico jurídico-público no se limitará sólo a desarrollar un instituto autónomo del Derecho administrativo allí donde el Derecho civil no ofrezca modelos adaptables.

²⁹ Parece existir unidad en torno a la cuestión de que el Estado no dispone de autonomía privada; cfr. sólo MAURER, «Allg.», *VwR* (op. cit., n. 27), § 14, número marginal 25 (p. 336); BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., 1991, § 2, número marginal 73 (p. 29); ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1983, § 1, número marginal 23 (p. 12); EHLERS, «Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», en: Erichsen/Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9.ª ed., 1991, § 2, número marginal 66 (p. 45); id., «Probleme des Verwaltungsprivatrechts», *DVBf*, 1983, p. 422 (424); PIETZCKER, *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, 1978, p. 364.

³⁰ KUNIG/RUBLACK, «Aushandeln statt Entscheiden?», *Jura*, 1990, p. 1 (8 y ss.).

³¹ JARASS, «Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht», *VVDStRL*, 50 (1991), p. 238 (241). Sobre las «características» del Derecho privado en relación al Derecho público, cfr. también DRUEY, «Privatrecht als Kontaktrecht», *JÖR*, NF 40 (1991-1992), pp. 149 y ss. (especialmente pp. 162 y ss.).

³² Cfr. los catálogos de normas aplicables y sus modificaciones, p. ej., en BONK, en: Stelkens/Bonk/Leonhardt, *VwVfG*, 3.ª ed., 1990, § 62, números marginales 11 y ss., o en KOPP, *VwVfG*, 5.ª ed., 1991, § 62, números marginales 4 y ss., con más referencias bibliográficas.

2. Aproximación jurídico-dogmática del contrato administrativo de Derecho público y de Derecho civil

La Administración también cumplirá con sus funciones públicas aunque no utilice el contrato jurídico-público, sino el civil. El ejercicio de las tareas estatales utilizando el contrato de Derecho privado no sólo funcionará de forma «mediata», como suele decirse de los negocios fiscales accesorios³³, sino a menudo de forma «inmediata», como muestra el significativo ejemplo de las privatizaciones de la *Treuhandanstalt*. Esta misma declaración fundamental es aplicable tanto al contrato administrativo como a los contratos de Derecho privado celebrados entre un titular administrativo y un particular. Lo cual nos permitirá llevar a cabo una aproximación jurídico-dogmática del contrato de Derecho privado celebrado entre el Estado y los ciudadanos y el contrato administrativo jurídico-público. El Derecho procedimental y procesal implica una cesura marcada por inseguridades jurídicas que no deberían plasmarse más de lo necesario en la dogmática del contrato administrativo. El contrato civil entre la Administración y el particular no es sistemáticamente una forma jurídico-autónoma de la actuación administrativa, no es un *aliud* frente al contrato administrativo, sino más bien una variante de éste, que, en rigor, debería incluir conceptualmente ambas formas jurídicas³⁴. Las reglas fundamentales aplicables al contrato administrativo deberían de ser, en principio, independientes de la forma jurídica.

3. Concepción procedimentalista de la dogmática del contrato

El contrato administrativo confiere una forma jurídica a las relaciones existentes entre la Administración y el ciudadano. Esta relación será en algunos supuestos momentánea, pero en otros duradera, como muestran «las relaciones jurídicas permanentes» indicadas *ut supra*. El

³³ Cfr. ya SIEBERT, «Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung», en: *Fschr. f. Niedermeyer*, 1953, p. 215 (221); WOLFF, en: Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht*, tomo I, 9.ª ed., 1974, § 23.II.b (p. 108). Recientemente también, p. ej., EHLERS, *DVBt*, 1983, p. 422 (423); WILKE/SCHACHTEL, «Probleme fiskalischer Betätigung der öffentlichen Hand», *WiVerw*, 1978, p. 95 (96).

³⁴ Asimismo KREUZER, *Der vertragswidrige Verwaltungsakt*, 1988, p. 12. Terminológicamente diferente, p. ej., MAURER, en: Hill (*op. cit.*, n. 2), p. 15 = *DVBt*, 1989, p. 798, que, sin embargo, también se plantea si «el contrato administrativo jurídico-privado... no debería incluirse en el contrato administrativo», en: Hill, *ibidem*, pp. 37 y ss. = *DVBt*, 1989, p. 789 (807). Terminológicamente diferente también KAWALLA, «Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag und seine Abwicklung», *Diss. Konstanz*, 1984, p. 9; LECHELER, *BayVBl*, 1922, p. 545, con nota 1; SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*, 1982, p. 27.

contrato administrativo como expresión del Estado cooperativo nos recuerda que la búsqueda de aceptación, la creación de una resolución y la pretensión de consenso se basan en un procedimiento³⁵. Es decir, que un contrato administrativo es tan sólo una parte jurídico-formal de un procedimiento administrativo iniciado con anterioridad —en muchos casos ni siquiera con la finalidad de terminar en un contrato—, por lo que no necesariamente tendrá siempre como resultado un contrato. La dogmática del contrato administrativo deberá tener en cuenta la evolución de la dogmática administrativa para poder evitar, desde un principio, la limitación de sus planteamientos a una resolución jurídico-formal³⁶. No se pueden ignorar los efectos jurídicos «anteriores y posteriores» al contrato. Por cuya razón habrá que tener en cuenta una concepción procedimentalista de la dogmática jurídica y realizar un estudio «de cada fase» de las características específicas jurídico-públicas del contrato administrativo.

4. *Matización de la dogmática del contrato*

«El» contrato administrativo deberá quedar marcado por «sus» teorías generales, al igual que quedan marcados «aquellos» contratos por sus ámbitos jurídicos correspondientes imprimiéndoles su carácter especial. Una dogmática contractual sensata deberá tener en cuenta que los ámbitos concretos de aplicación del contrato se verán influidos por planteamientos de tipo general. Viceversa, también deberán verse reflejadas las problemáticas concretas de cada aplicación del contrato en las teorías generales³⁷. Pero teniendo en cuenta el nivel de abstracción que tiene que alcanzar cualquier manifestación generalizable sobre el contrato, y ante la magnitud y diferenciación de los ámbitos de aplicación concretos indicados *ut supra*, surge como factor de riesgo la excesiva distancia entre los dos ámbitos como para que realmente pueda darse un intercambio entre ellos. Frente a este posible riesgo cabría plantearse si no deberían ser subdivididos los niveles del complejo contractual cumpliendo funciones de negociación y descarga. Con

³⁵ Cfr. el catálogo de la «orientación acorde a la tipología jurídica» de SCHUPPERT, en: Grimm (*op. cit.*, n. 22), p. 217 (232 y ss.; especialmente p. 233: «Orientación procesal. Quiere ello decir... una orientación mediante el procedimiento, especialmente mediante el de configuración de decisión y consenso»).

³⁶ De forma fundamental, también BROHM, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», *VVDStRL*, 30 (1972), p. 245 (253 y ss.). De forma general sobre «la dimensión procedimental de las decisiones estatales», pp. 158 y ss. Sobre los problemas específicos de las «relaciones permanentes» KRAUSE, *VVDStRL*, 45 (1987), p. 212 (224 y ss.).

³⁷ Cfr. sobre las «interrelaciones» entre el «Derecho general administrativo y sus ámbitos marginales» SCHMIDT-ARMANN, *Reform (op. cit.*, n. 12), p. 31.

el concepto de negociación nos estamos remitiendo a la concreción de las declaraciones generales respetando un ámbito de problemas delimitado pero, a su vez, a la abstracción de los problemas específicos de la práctica contractual concreta. De esta forma se aliviarían simultáneamente ambos sectores dogmáticos, dado que la generalización sectorial de las reglas contractuales de la solución de problemas contribuye a su solución en cada caso concreto y la dogmática general protege, asimismo, contra una sobrecarga de problemas individuales. Las dificultades se podrán solucionar mejor, por tanto, de forma individualizada y discutir con mayor conocimiento en el marco de los problemas materiales concretos; así, por ejemplo, en el caso de si la regulación de protección de terceros del artículo 58 VwVfG puede ser una solución definitiva para todos los problemas correspondientes o si, en otro caso, el significado de algunos contratos administrativos no fundamentaría la necesidad de su publicación.

Una vez centradas estas premisas quiero pasar ahora al estudio de la problemática jurídica de la dogmática contractual general.

B. PROBLEMATICA JURIDICA DE UNA DOGMATICA CONTRACTUAL GENERAL

I. PROCEDIMIENTO PREVIO A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

1. Vinculación de los titulares administrativos al procedimiento

Teniendo en cuenta que el contrato es el resultado de un procedimiento común de creación de Derecho, deberá plasmarse ya en el procedimiento previo a la celebración del contrato la diferencia del contrato administrativo frente al contrato entre particulares, especialmente la desigualdad de las partes. La legislación sobre el procedimiento administrativo ha sido consecuente y ha asimilado, desde un punto de vista procedimental, el contrato administrativo al acto administrativo. El artículo 9 VwVfG (art. 8 SGB X) equipara «la celebración de un contrato jurídico-público» como meta de un procedimiento administrativo a la «resolución de un acto administrativo» y el artículo 62, inciso 1.º, VwVfG (art. 61, inciso 1.º, SGB X) se remite a las «demás regulaciones» para su aplicación a los contratos. Existe una amplia conformidad³⁸ en torno a las normas de aplicación del VwVfG³⁹, con-

³⁸ En detalle sobre el tema PUNKE, *Verwaltungshandeln durch Vertrag*, sin fecha (1989?), pp. 46 y ss.

³⁹ Cfr., p. ej., sobre la aplicabilidad el § 3 VwVfG (competencia territorial): KOPP, *VwVfG* (op. cit., n. 32), § 62, número marginal 2; OBERMAYER, *VwVfG*, 2.º ed., 1990, § 62, número marginal 7; MÖLLGAARD, en: Knack, *VwVfG*, 3.º ed., 1989, § 62, número marginal 2; ULE/LAUBIN.

cretamente en lo relacionado al asesoramiento, instrucción e información. Igualmente en cuanto a que la responsabilidad de la Administración se plasmará en su vinculación a la máxima de instrucción, incluso cuando haya actuado o actúe en consenso con el ciudadano ⁴⁰. De acuerdo a la doctrina mayoritaria desaparecería en estos supuestos la obligación de dar lugar al derecho de audiencia ⁴¹.

La garantía del procedimiento impide suponer que la resolución del ente administrativo sobre la celebración del contrato sea un acto administrativo ⁴². El contrato administrativo ofrece la ventaja de permitir que relaciones jurídicas, incluso las permanentes, puedan ser fundamentadas y configuradas «sin rodeos» y sin una pérdida de la disciplina jurídico-pública del titular administrativo. La antigua construcción, fundada en razones jurídico-estatales, de anteponer a las relaciones jurídicas privadas entre la Administración y el ciudadano un «escalón» jurídico-público ⁴³ ya ha dejado de ser necesaria en un gran número de supuestos ⁴⁴.

La *protección de terceros* recogida en el artículo 58, párrafo 1.º, VwVfG regula que la eficacia de un contrato que afecte a derechos de terceros dependerá del consentimiento de éste. Esta norma corresponde al principio civil de prohibición de celebración de contratos en perjuicio de terceros ⁴⁵. La inclusión jurídico-material de terceros en el

GER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 3.ª ed., 1986, p. 520; sobre la aplicabilidad de los §§ 11, 12 VwVfG (Handlungs- und Beteiligtenfähigkeit), p. ej., BONK, en: Stelkens/Bonk/Leonhardt (*op. cit.*, n. 32), § 62, número marginal 5; KOPP, *VwVfG (ibidem)*, § 62, número marginal 2; sobre la aplicabilidad de los §§ 20, 21 (ausgeschlossenen Personen und Besorgnis der Befangtheit): cfr. KOPP, *VwVfG (ibidem)*, p. 520; BONK, en: Stelkens/Bonk/Leonhardt (*ibidem*), § 62, número marginal 2; ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht (ibidem)*, § 62, número marginal 5; sobre la aplicabilidad del § 25 VwVfG (Auskunft, Beratung): p. ej., MEYER, en: Meyer/Borgs, *VwVfG*, 2.ª ed., 1982, § 62, número marginal 4; ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht (ibidem)*, p. 521.

⁴⁰ BONK, en: Stelkens/Bonk/Leonhardt (*op. cit.*, n. 32), § 62, número marginal 5; OBERMAYER, *VwVfG (op. cit.*, n. 39), § 62, número marginal 26; PUNKE, *Verwaltungsbandeln (op. cit.*, n. 38), pp. 57 y ss.

⁴¹ Discordante KOPP, *VwVfG (op. cit.*, n. 32), § 62, número marginal 2.

⁴² Así KOPP, «Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge als Verwaltungsakte?», *BayVBl*, 1980, pp. 609 y ss.; BLECKMANN, *Subventionsrecht*, 1978, p. 88; como aquí también, p. ej., EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, p. 193; FRIEHE, «Die Konkurrentenklage gegen einen öffentlich-rechtlichen Subventionsvertrag», *DÖV*, 1980, p. 673 (674 y ss.).

⁴³ Con un significado casi jurídico-histórico H.P. IPSEN, «Öffentliche Subventionierung Privater», *DVBt*, 1956, pp. 602 y ss.; íd., «Verwaltung durch Subventionen», *VVDStRL*, 25 (1967), p. 257 (especialmente 298).

⁴⁴ Sobre la crítica se manifiesta OSSENBÜHL, «Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen», *DVBt*, 1973, p. 289 (292 y ss.).

⁴⁵ Al respecto HADDING, en: Soergel, *BGB*, tomo II, 12.ª ed., 1990, § 328, números marginales 118 y ss.; HEINRICHS, en: Palandt, *BGB*, 51.ª ed., 1992, introducción al § 328, número marginal 10; GOTTWALD, en: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Bd.*, II, 2.ª ed., 1985, § 328, números marginales 97 y ss.; VOLLKOMMER, en: Jauernig, *BGB*, 6.ª ed., 1991, § 328, nota I.3.d); cfr. sobre la fundamentación constitucional de este principio BVerfG de 23 de abril de 1986, *BVerfGE*, 73, p. 261 (270 y ss.).

contrato tiene que tener «efectos contractuales previos» reflejados en la *protección procedimental de terceros*. Y de aquí cabe deducir que las normas procedimentales sobre la obligatoriedad de audiencia de un tercero (art. 13, párrafo 2.º, inciso 2.º, VwVfG) deberán ser equilibradas con el artículo 58, párrafo 1.º, VwVfG. Siempre que las obligaciones contractuales de la Administración prevean el consentimiento de terceros en aquellas regulaciones que pudieran ser perjudiciales, deberán éstos ser parte en los trámites previos a la celebración del contrato ⁴⁶.

Hasta ahora no se ha tratado prácticamente el tema de la *participación de afectados*, ya se trate de grupos organizados o no organizados, ni de otras formas de *participación pública* en sentido amplio ⁴⁷. Pero también hay que añadir que la amplitud de efectos que fundamentase esta apertura del procedimiento no es característica del Derecho contractual, por lo que no tendrá que ser necesariamente objeto del Derecho contractual general. Quiero hacer hincapié a título de ejemplo en este lugar sobre esta problemática, dado que estas dimensiones contractuales realmente pueden darse en la práctica, como ya se ha señalado al principio. Por otro lado, me permito indicar también que la imposición de demasiadas vinculaciones procedimentales incita en la práctica a la puesta en marcha de estrategias tendentes a esquivarlas; con lo cual se frustra el esfuerzo de ofrecer a la Administración un instrumento manejable y práctico, así como inmejorable, desde el punto de vista jurídico-estatal.

2. Imposición de la forma contractual

La Administración no está sometida a ningún imperativo jurídico-general de dar preferencia a los contratos administrativos frente a actividades unilaterales soberanas. Más bien deberán ser criterios de discrecionalidad los que influyan en la decisión sobre la utilización de una determinada forma de actuación. La obligación basada en el artículo 54 VwVfG debe de ser interpretada en clave jurídico-objetiva ⁴⁸. El principio de la prohibición de exceso no permite derivar un mandato

⁴⁶ Doctrina mayoritaria, cfr., p. ej., ERICHSEN, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, n. 27), § 27, número marginal 8 (pp. 372 y ss.).

⁴⁷ Sobre la polémica de la «protección contractual de la naturaleza» cfr. GELLERMANN/MIDDEKE, *NuR*, 1991, p. 457 (464 y ss.); DI FABIO, *DVBt*, 1990, p. 338 (344 y ss.); RENGELING/GELLERMANN, *ZG*, 1991, p. 317 (332 y ss.). Sobre la polémica de las *Planungsabreden* cfr. ya DEGENHART, «Vertragliche Bindung der Gemeinde im Verfahren der Bauleitplanung», *BayVBl*, 1979, p. 289 (295).

⁴⁸ Asimismo, PUNKE, *Verwaltungsbandeln* (*op. cit.*, n. 38), p. 94. Cfr. en general en contra de la pretensión de la realización de un procedimiento administrativo determinado, aunque ello se preste bajo aspectos jurídico-adjetivos, HILL, «Verfahrensermessen der Verwaltung», *NVwZ*, 1985, p. 449 (452).

de contrato general para aquellos casos en los que los afectados estén dispuestos a hacerse cargo voluntariamente de las obligaciones que, de lo contrario, les serían impuestas por contrato administrativo⁴⁹. Aunque no exista un principio jurídico-general de subsidiariedad a favor del contrato, el legislador puede prescribirlo en algunos casos, como, por ejemplo, en algunas regulaciones del Derecho urbanístico⁵⁰ o en el Derecho de protección medioambiental de Renania del Norte-Westfalia⁵¹. Puede darse el caso, además, de la negación de la admisión de un procedimiento soberano por causa de una postura municipal contraria, objetivamente no motivable ante la solución contractual⁵². Finalmente se puede decir que también el mecanismo de autovinculación⁵³, desencadenado por el principio de igualdad general, puede fundamentar la obligación de contratar para el titular de la Administración que hace un uso «amplio» del contrato.

II. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

La discusión jurídico-científica sobre el contrato administrativo se ha centrado siempre en las cuestiones de la admisibilidad de la celebración del contrato, su eficacia y sus consecuencias jurídicas. Ello permite remitirme a los resultados de estos estudios, facilitándome la elaboración de un estudio selectivo.

1. Admisibilidad de la celebración del contrato

Actualmente ya es sabido que la peculiaridad jurídica del contrato administrativo se remonta al principio constitucional de legalidad de la Administración y que la *supremacía legal* aplicable a la actuación de la Administración tan sólo se debilita en los convenios; en los supuestos restantes tiene una validez ilimitada⁵⁴. El contrato no puede tener

⁴⁹ Acertadamente SCHERZBERG, «Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *JuS*, 1992, p. 205 (209); cfr. también KUNIG/RUBLACK, *Jura*, 1990, p. 1 (11); ERICHSEN, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, n. 27), § 27, número marginal 3 (pp. 369 y ss.) con nota 14 a; en parte disconforme RECKERS, «Gesetzeswidrige und gesetzesabweichende Regelung in Verwaltungsverträgen zwischen Bürger und Staat», *Diss. Tübingen*, 1988, pp. 82 y ss.; matizando DI FABIO, *DVBt*, 1990, p. 338 (345 y s.).

⁵⁰ Parágrafos 27 I, 87 II, 110 I BauGB.

⁵¹ Parágrafo 40 I des Gesetzes zur Sicherung des Naturhaushaltes und zur Entwicklung der Landschaft (Landschaftsgesetz - LG) (Ley del paisaje) de 18 de diciembre de 1975 (GV NW, 1975, p. 190), en la versión de la publicación de 26 de junio de 1989 (GV NW, 1980, p. 374).

⁵² BGH de 2 de abril de 1981, *NJW*, 1981, p. 2124: obligación de participación de los municipios en la parcelación voluntaria.

⁵³ ERICHSEN, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, n. 27), § 32, número marginal 5 (p. 409).

⁵⁴ ERICHSEN, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, n. 27), § 27, número marginal 9 (p. 373); SCHERZBERG, *JuS*, 1992, p. 205 (210); SCHENKE, «Der rechtswidrige Verwaltungsvertrag nach dem

ningún atractivo para la Administración como «vía de evasión» para evitar así la vinculación a la ley, ya que esta huida es jurídicamente irrealizable. Su mayor atractivo radica en el aumento de posibilidades de configuración que le proporciona a ésta la Administración. La cooperación con el ciudadano ofrece mayores posibilidades de persecución, alcance u optimación de los fines de la Administración que las que se darían en la actuación unilateral soberana.

Esta utilización del contrato presupone, no obstante, ciertos márgenes de discrecionalidad de la Administración. Desde un punto de vista jurídico-dogmático habrá que indagar el *margen jurídico de decisión propia* de la actuación contractual. Este se establece por una serie de restricciones jurídicas, reordenables en *cuatro grupos* básicos, que permiten estudiar si, y hasta qué punto, contradicen la celebración del contrato. Las conclusiones fundamentales serán aplicables tanto al contrato administrativo privado como al jurídico-público.

En primer lugar se trata de posibles *prohibiciones de adoptar la forma contractual*. Su estudio ha demostrado, sin embargo, que aparecen de forma distinta según los diferentes ámbitos materiales⁵⁵ y que son muy poco frecuentes en la práctica⁵⁶. La disponibilidad legal de una forma jurídica de actuación jurídica soberana puede —pero no debe necesariamente— tener efectos incidentales sobre la prohibición de la utilización de la forma contractual⁵⁷. A tal propósito resulta muy ilustrativa la remisión que hace el artículo 54, inciso 2.º, VwVfG al uso alternativo del acto administrativo o contrato. Si el ordenamiento jurídico se opone a un contrato, suele deberse generalmente a su contenido y no a su utilización en sí.

En segundo lugar, la importancia de la *reserva de ley* puede paralizar la iniciativa contractual oficial en los supuestos en los que no se dé una habilitación legal. Se pensó que su problemática se había resuelto tras la entrada en vigor de las Leyes Procedimentales Adminis-

VwVfG», *JuS*, 1977, p. 281 (285); MAURER, en: Hill (*op. cit.*, n. 2), p. 15 (31) = *DVBf*, 1989, p. 798 (801); ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht* (*op. cit.*, n. 39), p. 519; KOPP, *VwVfG* (*op. cit.*, n. 32), § 54, número marginal 24; SCHIMPF, *Vertrag* (*op. cit.*, n. 34), p. 136.

⁵⁵ Relativamente anticontractual es, p. ej., el Derecho tributario y en parte también el Derecho fiscal; cfr. sobre el estado actual de la problemática y la doctrina HEUN, *DÖV*, 1989, pp. 1053 y ss., con mayores referencias bibliográficas también en RESS, «Begriff, Wesen und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages», *Revue européenne de droit public*, 1989, p. 279 (297 y ss.), con una serie de ejemplos.

⁵⁶ Un ejemplo sería el nombramiento de funcionarios; cfr. MEYER, en: Meyer/Borgs (*op. cit.*, n. 39), § 54, número marginal 70; MAURER, «Allg.», *VwR* (*op. cit.*, n. 27), § 14, número marginal 26 (p. 337). Más ejemplos al respecto en RESS, *Revue européenne de droit public*, 1989, p. 279 (279 y ss.).

⁵⁷ SCHIMPF, *Vertrag* (*op. cit.*, n. 34), p. 176; MEYER, en: Meyer/Borgs (*op. cit.*, n. 39), § 54, número marginal 70; SCHERZBERG, *JuS*, 1992, p. 205 (208); KUNIG, «Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten», *DVBf*, 1992, p. 1193 (1196). Cfr. también TSCHASCHNIG, *Die Nichtigkeit subordinationsrechtlicher Verträge nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1984, pp. 146 y ss.

trativas (Verwaltungsverfahrgesetze). Los materiales y antecedentes de la VwVfG federal consideran resuelto el problema de la habilitación legal en las regulaciones del precepto 54, según el cual la Administración puede celebrar contratos jurídico-públicos⁵⁸. La doctrina mayoritaria no deriva de la reserva de ley ninguna restricción a la actuación contractual⁵⁹; y con ella hay que estar de acuerdo, aunque no pueda fundamentarse en que el artículo 54 VwVfG otorgue la habilitación necesaria⁶⁰, ni que el artículo 54 y siguientes VwVfG recojan funciones alternativas⁶¹. El principio constitucional de reserva de ley no puede derogarse por ley común y sólo puede haber habilitaciones específicas por razón de materia⁶². El contrato administrativo con un particular respeta, en principio, la posición jurídica de autonomía privada de éste, de manera que, desde la perspectiva de éste, el contrato administrativo no ha de entenderse como una intervención en los derechos fundamentales que desencadena la reserva de ley, sino que se presenta como la configuración de su libertad⁶³.

Por lo demás, no se suele tener suficientemente en cuenta el elemento jurídico-objetivo de la reserva de ley que —independientemente del consenso de los particulares— puede prescribir una decisión legal a fin de mantener y proteger el papel dirigente del Parlamento⁶⁴. La aplicación de la reserva de ley en este ámbito tan sólo puede ser formulada actualmente como una mera cuestión referente a si la dimensión cuantitativa o cualitativa de una función estatal requiriese una regulación legal de esta actividad administrativa, como, en los contratos administrativos, la imposición de contenidos contractuales mínimos. Sirva para aclarar lo expuesto el siguiente ejemplo: las prescripciones legales para los contratos de los responsables en materia de saneamiento en Derecho urbanístico⁶⁵ o para los contratos de los mé-

⁵⁸ BT-Drucks. 7/910, p. 78. Motivación del § 50 del Anteproyecto (corresponde a § 54 VwVfG).

⁵⁹ Cfr., p. ej., MAURER, «Allg.», *VwR* (op. cit., n. 27), § 14, número marginal 26 (p. 337); BONK, en: Stelkens/Bonk/Leonhardt (op. cit., n. 32), § 51, número marginal 15; MEYER, en: Meyer/Borgs (op. cit., n. 39), § 54, número marginal 67; ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht* (op. cit., n. 39), p. 517. De forma restrictiva SCHIMPF, *Vertrag* (op. cit., n. 34), pp. 169 y ss.

⁶⁰ Por ejemplo, RESS, *Revue européenne de droit public*, 1989, p. 279 (282); MAURER, «Allg.», *VwR* (op. cit., n. 27), § 14, número marginal 26 (p. 337).

⁶¹ ERICHSEN, en: Erichsen/Martens (op. cit., n. 27), § ..., números marginales 10 y ss. (pp. 375 y ss.). En opinión de HENKE, *Recht der Wirtschaftssubventionen als allgemeines Vertragsrecht*, 1979, pp. 56 y ss., el § 56 VwVfG debería tener una «función sustitutoria» para el Derecho de subvenciones.

⁶² SCHERZBERG, *JuS*, 1992, p. 205 (211).

⁶³ GÖLDNER, «Gesetzesmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht», *JZ*, 1976, p. 352 (355); MAURER, en: Hill (op. cit., n. 2), p. 15 (33) = *DVBt*, 1989, p. 789 (805); KREBS, «Der städtebauliche Vertrag im Gefüge der allgemeinen Vertragslehre des Verwaltungsrechts», en: Schmidt-Aßmann/Krebs, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, 2.ª ed., 1992, pp. 185 y ss.; SCHERZBERG, *JuS*, 1992, p. 205 (211).

⁶⁴ Al respecto, KREBS, en: Schmidt-Aßmann/Krebs (op. cit., n. 63), pp. 189 y ss.

⁶⁵ Parágrafos 157 y ss. BauGB.

dicos facultativos en el Derecho de la seguridad social ⁶⁶ son ejemplos claros y positivos que reflejan el esfuerzo por respetar los principios democráticos y jurídico-estatales de la reserva de ley.

Desempeñan, *en tercer lugar*, un papel mucho más significativo las *pautas impuestas por los preceptos 54 y siguientes VwVfG* sobre el marco jurídico del contrato, aunque sólo sean aplicables de forma inmediata a los contratos jurídico-públicos. Sin embargo, tampoco deben sobreestimarse las diferencias teóricas creadas sobre la admisibilidad del contrato civil en relación al contenido. Así, por ejemplo, se puede decir que la norma aplicable a los contratos de intercambio (*Austauschverträge*) (art. 56 VwVfG) es fruto de la interrelación de las medidas impuestas por la prohibición de desproporción ⁶⁷ y la prohibición de interconexión ⁶⁸, es decir, de principios válidos de forma homogénea en todo el ámbito federal e independientemente de cualquier forma jurídica.

En la regulación del artículo 56 VwVfG se refleja especialmente una peculiaridad del contrato administrativo, a saber: mientras que la autonomía privada del particular le permite concluir contratos que, por las razones que fueren, se encuentran en el límite de las buenas costumbres y de la buena fe ⁶⁹, la Administración, en cambio, está vinculada al «principio de adecuación» y al «principio de coherencia con las circunstancias objetivas». No obstante, el principio de adecuación de la contraprestación del particular le concede al ente administrativo parte del contrato un margen suficiente de decisión. Las leyes especiales serán finalmente las que deberán concretar los conceptos de «coherencia de las circunstancias objetivas» y, por tanto, determinar hasta qué punto tal margen de decisión habrá de verse limitado ⁷⁰.

⁶⁶ Especialmente §§ 69 y ss. SGB V.

⁶⁷ Aquí se refleja «principio de adecuación»; cfr. KOPP, *VwVfG* (*op. cit.*, n. 32), § 56, número marginal 13; ERICHSEN, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, n. 27), § 27, número marginal 13 (p. 376); SCHERZBERG, *JuS*, 1992, p. 205 (212); VGH München de 11 de abril de 1990, *NVwZ*, 1990, p. 979 (981).

⁶⁸ Sobre la prohibición de interconexión ya se manifiesta MENGER, «Zum Koppelungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen», *VerwArch*, 64 (1973), pp. 207 y ss.; sobre la jurisprudencia del OVG y del Tribunal del Reich cfr. las referencias en ERICHSEN, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, n. 27), § 27, número marginal 14 (p. 377); de la jurisprudencia más reciente cfr., p. ej., BGH de 21 de noviembre de 1957, *BGHZ*, 26, 84 (86 y ss.); BGH de 13 de julio de 1979, *NJW*, 1980, p. 1294; BVerwG de 13 de julio de 1979, *NJW*, 1980, p. 1294; BVerwG de 15 de diciembre de 1989, *BVerwGE*, 84, p. 236 (241) = *JZ*, 1990, p. 1990, p. 591 (593), con las notas de EHLERS; VGH München de 11 de abril de 1990, *NVwZ*, 1990, p. 979 (981); OVG Münster de 19 de agosto de 1988, *NJW*, 1989, p. 1879 (1880).

⁶⁹ Ello también se presupone para la celebración de contratos administrativos; cfr. RENGELING/GELLERMANN, *ZG*, 1991, p. 317 (331); PIEROTH/SCHLINK; *Grundrechte, Staatsrecht II*, 8.ª ed., 1992, número marginal 165. Esta opinión es dudosa teniendo en cuenta el carácter reglado de la Administración.

⁷⁰ SCHMIDT-ABMANN, en: *Festschr. f. Gelzer* (*op. cit.*, n. 5), p. 117 (124).

Y en *cuarto lugar* esta relación muestra asimismo que, generalmente, es la extensión de *la regulación legal especial* la que informa sobre las dimensiones reales del marco jurídico de la actuación administrativa contractual. El ámbito de la ejecución legal estrictamente reglada no excluye necesariamente la actividad contractual. Sin embargo, la realización mediante contratos de determinadas tareas que se encuentran fuera de la actuación estatal unilateral interventora es especialmente adecuada en aquellos supuestos en los que el legislador dirige la actividad administrativa tan sólo mediante normas de competencia, atribución de funciones y fijación de los objetivos ⁷¹. Ello explica también por qué se celebran más contratos en el Derecho del medio ambiente que, por ejemplo, en el Derecho fiscal.

2. Eficacia de la celebración del contrato

La dogmática del acto administrativo basa su identidad —y también su éxito— especialmente en una coordinación elaboradísima entre las reglas de eficacia, anulación y revocación. Desde este punto de vista, el Derecho contractual tiene una estructura muchísimo más sencilla, puesto que aquí no existen regulaciones sobre la anulabilidad comparables a las aplicables al acto administrativo, exceptuando las peculiaridades del artículo 126, párrafo 3, Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein. En consecuencia, la dogmática se centrará en las cuestiones jurídicas de la eficacia de la celebración del contrato que, en parte, han sido reguladas detalladamente, pero que, en el marco del Derecho contractual general, no han sido resueltas por completo.

Actualmente se acepta unánimemente que las regulaciones diferenciadas del artículo 59 VwVfG indican que no toda irregularidad jurídica conllevará la ineficacia del contrato ⁷². Existe asimismo conformidad sobre la constitucionalidad de la norma ⁷³ y, prácticamente, está fuera de duda que las remisiones del artículo 59 VwVfG al Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch; de ahora en adelante: BGB) incluyen las regulaciones del artículo 134 BGB sobre la nulidad de los contratos

⁷¹ Cfr. el estudio del § 1, párrafos 3.º y 6.º, BauGB, realizado por el VGH München de 11 de abril de 1990, NVwZ, 1990, p. 979, así como en términos generales, SCHMIDT-ABMANN, en: *Fschr. f. Gelzer (op. cit., n. 5)*, p. 117 (127): «Gesetzesswidrige Vertragsgestaltung».

⁷² Cfr. sólo ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht (op. cit., n. 39)*, p. 541; KOPP, *VwVfG (op. cit., n. 32)*, § 59, n. 2; STELKENS, *Verwaltungsverfahren*, 1991, número marginal 661; KUNIG, *DVBt*, 1992, p. 1193 (1200).

⁷³ Por ejemplo, PUNKE, *Verwaltungshandeln (op. cit., n. 38)*, p. 190; EFSTRATIOU, *Bestandskraft (op. cit., n. 28)*, pp. 254 y ss.; a pesar de las objeciones referente al resultado también RECKENS, *Regelungen (op. cit., n. 49)*, p. 159; ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht (op. cit., n. 39)*, p. 541. Cfr. sobre el mismo tema en detalle también KREBS, en: Schmidt-Abmann/Krebs (*op. cit., n. 63*), pp. 206 y ss., con mayores referencias bibliográficas.

que sean contrarios a la Ley ⁷⁴. El artículo 134 BGB es aplicable tanto al contrato privado como al jurídico-público y está cobrando cada vez mayor importancia como «norma central de la consecuencia de las irregularidades» ⁷⁵. Sin embargo, la aplicación del artículo 134 BGB no debe conducir a la nivelación de la diferenciación pretendida por el artículo 59 VwVfG, por lo que será necesario determinar qué lesión jurídica representa una «forma cualificada del conflicto» (WEYREUTHER ⁷⁶). El artículo 134 BGB remite aquí a la ley material, de manera que la respuesta tan sólo se podrá obtener como consecuencia del estudio conjunto de los preceptos 59 VwVfG, 134 BGB y la norma jurídica aplicable y de colisión ⁷⁷. Pero hay que tener en cuenta que el Derecho contractual general establece unas normas de interpretación determinadas.

Por un lado, la peculiaridad del contrato administrativo justifica cierto escepticismo a la hora de adoptar los principios desarrollados por la doctrina civil ⁷⁸ sobre la aplicación del artículo 134 BGB. Así, por ejemplo —y teniendo en cuenta la vinculación jurídica especial de la Administración—, no será aplicable a los contratos administrativos la regla general de que una prohibición legal que sólo atañe a una parte contractual no provoca la nulidad del contrato ⁷⁹. El mencionado papel especial desempeñado por el procedimiento deberá ser objeto de una discusión diferenciada sobre las normas aplicables.

Tampoco puede ignorarse que el artículo 50 VwVfG es el resultado de una ponderación entre principios constitucionales como la adecuación de la Administración a la ley, la seguridad jurídica y —desde un punto de vista del sujeto privado— de la garantía de la buena fe. El legislador ha recogido los resultados en el artículo 59 VwVfG, pero

⁷⁴ Por ejemplo, SCHMIDT-ARMANN, en: *Fschr. für Gelzer (op. cit., n. 5)*, p. 117 (125); KOPP, *VwVfG (op. cit., n. 32)*, § 59, números marginales 7 y ss.; MÖLLGAARD, en: *Knack (op. cit., n. 39)*, § 59, número final 3.1; BRAMSCHKE, *Rechtsfolge verwaltungsvertraglicher Gesetzesverstöße*, 1986, pp. 10 y ss.; SCHIMPF, *Vertrag (op. cit., n. 34)*, pp. 284 y ss.; de la jurisprudencia, p. ej., VGH München de 11 de abril de 1990, *NVwZ*, 1990, p. 979 (980); VGH Mannheim de 18 de octubre de 1990, *NVwZ*, 1991, p. 583 (585); sobre la inaplicabilidad BLAKENAGEL, «Folgenlose Rechtswidrigkeit öffentliche-rechtlicher Verträge?», *VerwArch*, 76 (1985), p. 276 (282 y ss.); cfr. también al respecto BLECKMANN, «Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages», *NVwZ*, 1990, pp. 601 y ss.

⁷⁵ SCHMIDT-ARMANN, en: *Fschr. f. Gelzer (op. cit., n. 5)*, p. 117 (125).

⁷⁶ WEYREUTHER, «Ablösungsverträge, entgegenstehende Rechtsvorschriften und gesetzliche Verbote», en: *Fschr. f. Reimers*, 1979, p. 379 (383); similar también OVG Lüneburg de 12 de enero de 1988, *NJW*, 1988, p. 2126, que exige una «lesión cualitativa de Derecho»; crítico RESS, *Revue européenne de droit public*, 1989, p. 279 (283 y nota n. 10).

⁷⁷ Cfr. también BVerwG de 23 de agosto de 1991, *NJW*, 1992, p. 1642 (1643): Serán el Derecho contractual general, por un lado, y el Derecho específico material, por otro, los que determinarán, en última instancia, si una regulación —afectada por un contrato administrativo— sufre un vicio que conlleva la nulidad.

⁷⁸ Cfr. especialmente CANARIS, *Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft*, 1983.

⁷⁹ BGH de 22 de mayo de 1978, *BGHZ*, 71, p. 358 (360), con indicación sobre el carácter de imprescindible de la interpretación teleológica en cada caso concreto.

en la aplicación del Derecho esta labor deberá ser proseguida para los tipos abiertos de los artículos 59, párrafo 1.º, VwVfG y 134 BGB. Deberá determinarse especialmente el valor de los intereses protegidos por la norma de colisión. Este proceso puede ser facilitado, a su vez, mediante criterios que podrán ser desarrollados en cada caso. Sirva como ejemplo el significado de una norma para el procedimiento o el valor de una regulación en su contexto normativo⁸⁰. La protección normativa de intereses de terceros que, aunque no requieran el consentimiento de éstos según el artículo 58, párrafo 1.º, VwVfG, si son de tal importancia que no pueden ser ignorados en el contrato⁸¹, incluso pueden motivar una prohibición legal.

La aplicación del artículo 134 BGB, estructurada como un proceso de ponderación, no podrá evitar del todo una cierta inseguridad jurídica: lo cual puede ser considerado lamentable o, por contra, como posible margen de flexibilidad a la hora de resolver los problemas planteados. Aunque, claro está, no obstante, que tampoco el problema de la «ponderación» es específico del Derecho contractual.

III. POSICIÓN JURÍDICA TRAS LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

1. Vinculación de los contratos eficaces

La opción del legislador a favor de una resistencia de los contratos administrativos frente a sus vicios eventuales quedaría desautorizada si la Administración pudiese resolver, sin más, los contratos eficaces pero contrarios a Derecho⁸², rehusar en algunos casos el cumplimiento de la contraprestación contractual⁸³ o, incluso, recuperar la prestación ya realizada. Desde una perspectiva histórica se puede apreciar que el legislador ha revalorizado el contrato administrativo y lo ha acercado jurídico-dogmáticamente al acto administrativo. La situación jurídica se concreta e individualiza como en el acto administrativo «basándose en la ley y dentro de los límites de ésta»⁸⁴. Su pretendida función legisladora se concreta en la fijación con fuerza obligatoria de lo que debe

⁸⁰ SCHMIDT-ABMANN, en: *Fschr. f. Gelzer (op. cit., n. 5)*, p. 117 (126); cfr. también EFSTRATIOU, *Bestandskraft (op. cit., n. 28)*, p. 233.

⁸¹ Aclaratorio el BVerwG de 23 de agosto de 1991, *NJW* 1992, p. 1642 (1643 y ss.).

⁸² Cfr. al respecto BLANKENAGEL, *VerwArch*, 76 (1985), p. 276 (292 y ss.), que parte de un Derecho de resolución (§ 46 VwVfG en coordinación con §§ 346 y ss. BGB) en los contratos antijurídicos, pero no nulos.

⁸³ Así, para los «contratos de confirmación», BULLINGER: «Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag», *DÖV*, 1977, p. 812 (815), que concede al titular administrativo la posibilidad de negar el cumplimiento de un contrato eficaz pero antijurídico y de indemnizar económicamente la buena fe lesionada del particular.

⁸⁴ P. KIRCHHOF, «Mittel staatlichen Handelns», en: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo III, 1988, § 59, número marginal 152 (p. 184).

de ser en cada caso «lo adecuado a Derecho»⁸⁵. Este carácter de fuente del Derecho atribuido al contrato implica que éste sea decisivo para llevar a cabo la valoración jurídica de las actuaciones y resoluciones ejercidas a su amparo. El acto administrativo dictado vulnerando un contrato será, por tanto, contrario a Derecho y el adecuado a un contrato será legal, incluso cuando infrinja normas jurídicas que para nada afectan a la eficacia del contrato.

Aunque esta postura no es aceptada unitariamente⁸⁶, es, sin embargo, cada vez más compartida⁸⁷. Frente a la crítica basada en consideraciones jurídico-estatales⁸⁸, se puede oponer que las infracciones jurídicas cualificadas no provocan necesariamente esta consecuencia jurídica, que la relativización de vicios jurídicos no es un fenómeno específico y que también el acto administrativo puede no ser anulable por diversas razones y seguir, por tanto, sirviendo de criterio valorativo relevante sobre los resultados de su aplicación.

2. Adaptación a las circunstancias modificadas

El contrato administrativo asume —como cualquier otra regulación jurídica— una cierta estática. Ateniéndose a criterios de seguridad jurídica, ésta será imprescindible, ya que las partes se basan en la fuerza obligatoria del contrato. Sin embargo, en las relaciones jurídicas permanentes esta rigidez de la regulación puede convertirse en un inconveniente. Desde la «instantánea» de la celebración del contrato pueden haberse modificado las circunstancias jurídicas o reales o, también, el entendimiento de éstas por parte de los contratantes. La consecuencia de estas modificaciones sobrevenidas puede ser que si se mantiene la regulación anterior del contrato se ponga en riesgo —o se haga imposible— el cumplimiento de la finalidad del contrato o que se des nivele el equilibrio de intereses logrado mediante el contrato o que, en fin, los intereses públicos se vean amenazados.

Pero esta necesidad de adaptación no es un problema nuevo ni específico del contrato administrativo. Su tratamiento tiene una larga tra-

⁸⁵ O. MAYER: *Verwaltungsrecht*, I, 3.ª ed., 1924, p. 93, para el acto administrativo.

⁸⁶ Cfr., p. ej., HENKE, «Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragesrechts», *JZ*, 1984, p. 441 (445); MAURER, en: Hill (*op. cit.*, n. 2), p. 15 (27) = *DVBl*, 1989, p. 798 (803).

⁸⁷ En el resultado también, p. ej., ERICHSEN, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, n. 27), § 27, número marginal 8, p. 25 (pp. 372, 382); FLUCK: *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*, 1985, p. 65; MEYER, en: Meyer/Borgs (*op. cit.*, n. 39), § 54, número marginal 3; KNUTH; «Konkurrenteklage gegen einen öffentlich-rechtlichen Subventionsvertrag - OVG Münster», *NvWZ*, 1984, p. 522; *JuS*, 1986, p. 523 (524); KUNIG, *DVBl*, 1992, p. 1193 (1200).

⁸⁸ MAURER, «Abgestufte Rechtsfolgen bei Gesetzesverstößen der Verwaltung?», en: Hill, *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 1989, p. 233 (248): «... en mi opinión ya no es sostenible bajo aspectos jurídico-estatales».

dición, especialmente en la doctrina civil⁸⁹. Por lo que acertadamente nos podemos remitir a los comentarios de un civilista que insiste en que las partes contratantes deberán «resolver de forma preventiva los problemas de adaptación del contrato y ello con carácter previo a la necesidad de aplicación de los preceptos legales, como pudiera ser la falta de existencia de la base del negocio»⁹⁰. Ha de llamarse la atención sobre la necesidad de una jurisprudencia administrativa cautelar sobre el asunto.

La postura expuesta ha de ser tenida seriamente en cuenta, ya que la teoría de las cláusulas *rebus sic stantibus* y de la falta de la base negocial del contrato⁹¹, en cualquier relación que sea, no ofrece a la práctica jurídica unos instrumentos ni mucho menos claros, ni dogmáticamente manejables. La tradicional concordia, existente ya con anterioridad a la entrada en vigor de las Leyes de Procedimiento Administrativo, sobre la validez también en el Derecho público adquiere un grado de abstracción⁹² que dificulta su realización práctica. En atención a la antigua polémica de la doctrina civil, aún existente, tanto sobre cuestiones de principio como sobre cuestiones individuales⁹³, tal situación realmente no causa sorpresa y justifica la sospecha de que la positivación legal no ha solucionado definitivamente los problemas.

En relación al artículo 60 VwVfG se plantea en el Derecho público una dificultad adicional, a saber: cómo ha de ser tenido en cuenta el desequilibrio existente entre las partes del contrato administrativo a la hora de transponer las teorías sobre la «cláusula *rebus sic stantibus*» de Derecho civil al Derecho administrativo⁹⁴. Ello queda plasmado en una valoración un tanto insegura que se hace del artículo 60, párrafo 1.º, inciso 2.º, VwVfG. Según este precepto, la Administración dispone de un poder de resolución especial para «evitar o suprimir graves perjuicios para el interés público». Sigue siendo polémico si la norma pretende aplicar la teoría de la «aplicación ampliada» del principio de la «cláusula»⁹⁵ o si, por contra, tiene un carácter propio frente a

⁸⁹ En STERN, «Die clausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht», en: *Fschr. f. Mikat*, 1989, pp. 775 y ss., con mayores referencias bibliográficas se encuentra un breve esbozo del desarrollo histórico. Sobre la evolución en el Derecho público cfr. también EFSTRATIOU, *Bestandskraft* (op. cit., n. 28), pp. 291 y ss. Cfr. también TOBER, *Die «clausula rebus sic stantibus» bei verwaltungsrechtlichen Verträgen*, 1970.

⁹⁰ HORN, «Vertragsbindung unter veränderten Umständen», *NJW*, 1985, p. 1118 (1119).

⁹¹ Sobre la diferenciación STERN (op. cit., n. 89), pp. 775 y ss.; sobre el Derecho estatal contractual cfr. BVerfG de 30 de enero de 1973, *BVerfGE*, 34, p. 216 (229 y ss.).

⁹² Cfr. las extensas referencias bibliográficas en EFSTRATIOU; *Bestandskraft* (op. cit., n. 28), pp. 310 y ss.

⁹³ Al respecto SCHMIDT, en: Staudinger, *BGB*, 12.ª ed., 1993, § 242, números marginales 833 y ss.; ROTH, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo II, 2.ª ed., 1985, § 242, números marginales 465 y ss.

⁹⁴ Al respecto FIEDLER, «Zum Wirkungsbereich der clausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht», *VerwArch*, 67 (1976), p. 125 (144 y ss.).

⁹⁵ BONK, en: Stelkens/Bonk/Leonhardt (op. cit., n. 32), § 60, número marginal 19; BULLINGER, *DöV*, 1977, p. 812 (821): «Sonderfall der clausula rebus sic stantibus».

la regulación del artículo 69, párrafo 1.º, inciso 2.º, VwVfG, es decir, del principio de la «cláusula»⁹⁶. A fin de poder dilucidar los problemas dogmáticos⁹⁷ se deberá seguir la segunda postura y entender que la regulación del artículo 60, párrafo 1.º, inciso 2.º, VwVfG es uno de los rasgos específicos del Derecho público y caracteriza todo el Derecho contractual administrativo. La desigualdad de las partes contractuales y el desinterés de la Administración en la celebración del contrato se reflejan en la competencia de los titulares administrativos de poder intervenir unilateralmente en la regulación contractual en casos específicos a favor de los intereses jurídico-públicos. Esta intervención está, no obstante, vinculada a las restricciones de la prohibición de desproporción⁹⁸, pudiendo ser causa de reclamaciones de indemnización, que se fundamentarán análogamente a las regulaciones de la revocación de los actos administrativos favorables (art. 49, párrafo 5.º, VwVfG)⁹⁹.

IV. APROXIMACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO CIVIL

1. *Derecho administrativo privado*

La demanda de una aproximación jurídico-dogmática entre el contrato administrativo civil y el jurídico-público no es, ni mucho menos, una idea innovadora, sino la continuación de los principios de la teoría del Derecho administrativo privado. Por ser conciudadano mío de Münster me gusta citar en este lugar a uno de los fundadores de esta teoría¹⁰⁰, Hans Julius WOLFF. En su manual publicado en primera edición en 1956 escribía: «Si un titular de la Administración pública en-

⁹⁶ MEYER, en: Meyer/Borgs (*op. cit.*, n. 39), § 60, número marginal 19; KAWALLA, *Verwaltungsvertrag* (*op. cit.*, n. 34), p. 143; KOKOTT, «Entscheidungsfragen bei der Ausübung des einstigen Kündigungsrechts der Behörde beim öffentlich-rechtlichen Vertrag» (§ 60, párrafo 1.º, inciso 2, VwVfG), *VerwArch*, 83 (1992), p. 503 (508 y ss.), con una serie de referencias sobre la opinión de la doctrina.

⁹⁷ Cfr. también EFSTRATIOU, *Bestandskraft* (*op. cit.*, n. 28), p. 346, y ya también FIEDLER, *VerwArch*, 67 (1976), p. 125 (144 y ss.).

⁹⁸ MEYER, en: Meyer/Borgs (*op. cit.*, n. 39), § 60, número marginal 19.

⁹⁹ KOPP, *VwVfG* (*op. cit.*, n. 32), § 60, número marginal 19; MAURER, *Allg. VwR.* (*op. cit.*, n. 27), § 14, número marginal 54 (p. 356); MEYER, en: Meyer/Borgs (*op. cit.*, n. 39), § 60, número marginal 23; KAWALLA, «Verwaltungsvertrag» (*op. cit.*, n. 34), p. 147; LITTBARSKI, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Recht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 60 Abs. 1 VwVfG*, 1982, p. 57. Opinión discordante KOKOTT, *VerwArch*, 83 (1992), p. 503 (513 y ss.), que considera nulo el § 60, párrafo 1.º, inciso 2, VwVfG por falta de regulación de indemnización expresa en caso de lesión de la cláusula de expropiación del artículo 14, párrafo 3, inciso 2, de la Ley Fundamental de Bonn.

¹⁰⁰ También SIEBERT, en: *Fachr. f. Niedermeyer* (*op. cit.*, n. 33), pp. 215 y ss., es considerado como fundador.

tra en una relación jurídico-privada, a fin de cumplir con objetivos inmediatos de ésta mediante formas jurídico-privadas, entonces será aplicable un Derecho administrativo privado, cuya peculiaridad es, entre otras, que el titular de la Administración está sometido a toda una serie de vinculaciones jurídico-públicas»¹⁰¹. Esta doctrina ha sido criticada mucho en el pasado y, a menudo, con justa razón¹⁰². Especialmente justificadas están las objeciones que insisten en que «no existen al margen de la actividad estatal soberana... *per se* funciones públicas u objetivos administrativos»¹⁰³. A la hora de buscar un punto de conexión jurídico idóneo para las vinculaciones jurídico-públicas, resulta demasiado difuso el concepto de «el ejercicio inmediato de las funciones públicas». No obstante, sigue siendo más que válida la finalidad de la teoría de tratar de regular una disciplina jurídico-pública para la concreción de funciones de carácter privado por el Estado.

La teoría del Derecho administrativo privado puede verse alterada desde una «orientación funcional» a una «orientación normativa». Será, por tanto, la misma norma jurídica la que decida sobre su ámbito de aplicación y deberá estudiarse si su utilización depende de la forma jurídica de la actividad administrativa. La que, al igual que en los derechos fundamentales, a menudo no se dará¹⁰⁴. A la inversa, tampoco todas las normas jurídico-privadas permiten una «fuga del Derecho privado» y deberán ser aplicadas igualmente a la actividad contractual jurídico-pública¹⁰⁵.

¹⁰¹ *Verwaltungsrecht*, I, 1956, § 23 I (p. 73), casi igual en: Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht*, I, 9.ª ed., 1974, § 23 I (p. 108).

¹⁰² Por ejemplo, ERICHSEN, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, n. 27), § 32, número marginal 3 (p. 408); RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, 1967, pp. 389 y s., 397; ZULEEG, «Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts», *VerwArch*, 73 (1982), p. 384 (397); EMMERICH, «Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand», *BGHZ*, 52, 352, und *BGH*, *Betr.*, 1969, 1971, *JuS*, 1970, p. 332 (335).

¹⁰³ ERICHSEN, en Erichsen/Martens (*op. cit.*, n. 27), § 32, núm. 3 (p. 408); cfr. también RÜFNER, *Formen* (*op. cit.*, n. 102), p. 397.

¹⁰⁴ Sobre la «función fiscalizadora de los derechos fundamentales» cfr. EHLERS, *Privatrechtsform* (*op. cit.*, n. 42), pp. 212 y ss.; JARASS, en: Jarass/Pieroth, *GG*, 2.ª ed., 1992, artículo 1, número marginal 18; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18.ª ed., 1991, § 11 I, número marginal 348 (p. 146); ERICHSEN, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, n. 27), § 32, número marginal 1 (p. 109).

¹⁰⁵ Aquí sigue habiendo algunos puntos que no han sido aclarados. Sobre la aplicabilidad de la Ley de condiciones generales de contratación a los contratos jurídico-públicos cfr. OVG München de 19 de agosto de 1988, *NJW*, 1989, p. 1879 (1880); STOBBER, «Zur Anwendung des AGB-Gesetzes auf die öffentliche Hand», *DÖV*, 1977, pp. 398 (399 y ss.); SCHIMPF, *Vertrag* (*op. cit.*, n. 34), pp. 325 y ss.; EHLERS, *Privatrechtsform* (*op. cit.*, n. 42), pp. 352 y ss. Sobre la vinculación de los titulares de la Administración al Derecho de competencia PIETZCKER, «Rechtsbindung der Vergabe öffentlicher Aufträge», *AöR*, 107 (1982), p. 61 (74 y ss.); SCHOLZ, «Wettbewerbsrechtliche Klagen gegen Hoheitsträger: Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg?», *NJW*, 1978, p. 16 (17); EMMERICH, *JuS*, 1970, p. 332 (336 y ss.); EHLERS, *Privatrechtsform* (*op. cit.*, n. 42), pp. 361 y ss., con referencias bibliográficas.

Tal como demuestran sus disposiciones introductorias ¹⁰⁶, los preceptos de las Leyes de Procedimiento Administrativo sólo son aplicables de forma inmediata a la «actividad jurídico-pública de los órganos administrativos»: son, por tanto, aplicables independientemente de la forma jurídica. Ya se ha hecho hincapié en que, por ejemplo, «el principio de adecuación» y «el principio de coherencia con las circunstancias objetivas», del artículo 56, párrafo 1.º, VwVfG, están predeterminados por principios de Derecho federal que, como en este caso de la prohibición de desproporcionalidad y la prohibición de interconexión, son válidos independientemente de la forma jurídica ¹⁰⁷. En el pasado se ha discutido tanto la aplicación analógica de las regulaciones procedimentales esenciales de las Leyes de Procedimiento Administrativo al contrato privado ¹⁰⁸ como, por ejemplo, el traslado del requisito de forma estricta (art. 57 VwVfG) a determinados contratos privados de la Administración ¹⁰⁹. Las Leyes de Procedimiento Administrativo que regulan la realización de mandatos constitucionales vincularán a la Administración en la utilización de la forma privada con su contenido constitucional ¹¹⁰. Estableciendo un balance final ¹¹¹, puede concluirse efectivamente que, en el margen jurídico-estatal, los contratos privados y jurídico-públicos de la Administración están más próximos de lo que pudiera suponerse.

2. *El dogma de la libertad de elección*

Partiendo de la anterior afirmación, pierde cierta importancia la discusión en torno a la *libertad de elección de la Administración* entre las formas de actuación jurídico-públicas y las jurídico-privadas; de la misma manera que también el dogma correspondiente pierde su carácter de «cuestión crucial». No hay duda sobre la capacidad de persuasión de este principio. Tampoco se pretende poner en duda que la Admi-

¹⁰⁶ Parágrafo 1 I VwVfG-Bund; § 1 I VwVfG NW; § 1 I SGB X.

¹⁰⁷ Como consecuencia de una fundamentación en derechos fundamentales para la prohibición de interconexión, cfr. KREBS, en: v. Münch/Kunig, *GG*, tomo I, 1.ª ed., 1992, artículo 19, número marginal 24. En relación a la prohibición de interconexión, cfr. *supra* B.II.1 (pp. 17 y s.).

¹⁰⁸ VON ZEJSCHWITZ, «Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts», *NJW*, 1983, p. 1873 (1881); EHLERS, *Privatrechtsform* (op. cit., n. 42), pp. 425 y ss.

¹⁰⁹ Sobre los contratos urbanísticos SCHMIDT-ABMANN, en: *Fschr. f. Gelzer* (op. cit., n. 5), p. 117 (128).

¹¹⁰ KREBS, en: Schmidt-Abmann/Krebs (op. cit., n. 64), pp. 156 y ss. En parte también se transfieren al contrato privado las regulaciones procedimentales del VwVfG como expresión del concepto jurídico general o analógicamente, cfr. EHLERS, *Privatrechtsform* (op. cit., n. 42), p. 226. EHLERS, *DVBl*, 1983, p. 422 (425 y ss.), considera transferibles los §§ 14, 20, 21, 24, 25, 28, 30, 40 VwVfG. Cfr. también el catálogo elaborado por VON ZEJSCHWITZ, *NJW*, 1983, p. 1873 (1881): §§ 16, 20, 21, 24 II, 26, 28, 29, 30, 51 VwVfG.

¹¹¹ KREBS, en: Schmidt-Abmann/Krebs (op. cit., n. 64), pp. 134 y ss.

nistración dispone de libertad a la hora de fijar el objeto de los contratos y que, por tanto, también puede celebrar contratos civiles. Sin embargo, deberá resolverse si tras la elección del objeto contractual, la Administración también puede decidir la forma jurídica que haya de adoptarse. En la jurisprudencia correspondiente llama la atención que los Tribunales se desentienden de «qué es lo que ha decidido» la Administración y, tan sólo, comprueban si el objeto contractual elegido tiene carácter jurídico-público o privado¹¹². Si, en cambio, la naturaleza jurídica de los contratos se define objetivamente, es decir, independientemente de la idea preconcebida que tengan las partes contractuales¹¹³, entonces se relativiza, por lo menos en parte, el principio de la libertad de elección.

Desde un punto de vista de la práctica, y atendiendo especialmente a las formas de *actuación*, no debe sobreestimarse el dogma de la libertad de elección, ya que su vinculación jurídico-pública no es disponible. Este dogma cobrará un mayor significado en relación a las formas de *organización*, puesto que la utilización de la forma jurídico-privada podría permitir, por ejemplo, una flexibilización de la rigidez del Derecho presupuestario¹¹⁴. Por no ser mi especialidad, me limito a mencionar este tema, ya que, de acuerdo a la opinión mayoritaria, los particulares, excepto en los supuestos de créditos, tan sólo podrán hacer uso de las formas de actuación jurídico-públicas cuando medie una autorización legal correspondiente¹¹⁵. Como la Administración mantiene su carácter público, incluso siendo parte de una forma de organización privada, se hace imprescindible el contrato privado de la Administración.

¹¹² BVerwG de 15 de diciembre de 1989, *BVerwGE*, 84, p. 236 (238) = *JZ*, 1990, pp. 591 y ss., con referencias bibliográficas de EHLERS, BGH de 25 de junio de 1991, *NJW*, 1992, p. 1561 (1562); BGH de 12 de noviembre de 1991, *DVBt*, 1992, pp. 615 y ss.; OVG Münster de 23 de mayo de 1990, *NwVbl*, 1991, p. 14; OVG Münster de 19 de agosto de 1988, *NJW*, 1989, p. 1879; OVG Lüneburg de 12 de enero de 1988, *NJW*, 1988, p. 2126; OLG Hamm de 28 de septiembre de 1990, *BauR*, 1991, pp. 653 y ss.

¹¹³ SCHERZBERG, *JuS*, 1992, p. 205 (206); MAURER, *Allg. VwR* (op. cit., n. 27), § 14, número marginal 9 (p. 322).

¹¹⁴ EHLERS, *Privatrechtsform* (op. cit., n. 42), pp. 309 y ss.

¹¹⁵ En relación a los contratos administrativos, cfr. ya APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1920, p. 53; recientemente también KOPP, *VwVfG* (op. cit., n. 32), § 54, números marginales 10, 33; MÖLLGAARD, en: Knack (op. cit., n. 39), § 54, número marginal 4.1; ERICHSEN, en: Erichsen/Marten (op. cit., n. 27), § 25, número marginal 9 (p. 365). Cfr. también GERN, «Zur Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Privatens», *NJW*, 1979, p. 694 (695), SCHIMPF, *Vertrag* (op. cit., n. 34), pp. 71 y ss.

3. Determinación de la naturaleza jurídica

El problema de la *definición de la naturaleza jurídica* de los contratos administrativos privados y jurídico-públicos existe desde el mismo momento de su aparición ¹¹⁶. Prueba de ello es, en la práctica, la amplia jurisprudencia que se ha producido sobre esta temática, incluso en el pasado reciente ¹¹⁷. Sus planteamientos jurídico-dogmáticos se basan en que no es posible establecer una fórmula delimitativa estricta que englobe todos los casos dudosos por darse un dualismo de las formas jurídicas y, paralelamente, una vinculación jurídico-pública de todos los contratos administrativos. Por tanto, la cuestión de la naturaleza jurídica no puede plantearse en términos excluyentes (o la una o la otra), sino que habrá que atender a las dimensiones jurídico-públicas de la prerregulación del contrato. Nos encontramos ante un problema de valoración jurídica. Y, en los supuestos dudosos, será determinante la valoración del contenido y su carácter predominantemente privado o jurídico-público.

C. SOBRE LA FUNCIONALIDAD DE UNA TIPOLOGIA CONTRACTUAL

La utilización de las teorías generales del Derecho contractual no han resuelto la sospecha, ya expresada anteriormente, de su alto nivel de abstracción; lo que justifica una remisión a un nivel dogmático intermedio. A fin de llevarlo a la práctica, habrá que abstraer las especialidades de cada sector individual de los supuestos contractuales prácticos concretos, es decir, establecer una tipología ¹¹⁸. Los criterios aplicables a este procedimiento de abstracción dependerán del interés de conocimiento. La tipología que se presenta a continuación se basa en las ideas expuestas *ut supra*. Se trata de abarcar en una sistemática tanto el amplio sector de aplicación como su múltiple funcionalidad. Por otro lado, este catálogo deberá mantener, aunque de forma rela-

¹¹⁶ Cfr. sobre esta problemática, p. ej., PUNKE, *Verwaltungshandeln* (op. cit., n. 38), pp. 26 y ss.; PESTALOZZA, *Formmißbrauch des Staates*, 1973, pp. 180 y ss.; GERN, «Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen von privatrechtlichen Vertrag», *VerwArch*, 70 (1979), pp. 219 y ss.; LANGE, «Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag», *NVwZ*, 1983, pp. 313 y ss.; CHRIST, *Die Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht - Erörtert am Beispiel von Realakt und Vertrag*, 1984; NEUMANN, «Dogmatische und prinzipiengeleitete Argumente bei der Abgrenzung von Verwaltungsverträgen», *DÖV*, 1992, pp. 154 y ss.

¹¹⁷ Cfr. también las referencias de la n. 112.

¹¹⁸ MAURER, en Hill (op. cit., n. 2), p. 15 (24) = *DVBt*, 1989, p. 789 (802), insiste en la necesidad de una «tipología» del contrato administrativo.

tivizada, la clásica y liberal distinción entre el Estado y la sociedad; razón por la que el contrato administrativo se ha encontrado siempre ante un escepticismo tan pronunciado. Esta intersección es realmente amplia y llena de matices. La práctica de la organización administrativa ¹¹⁹ lo refleja con mayor claridad que la de las formas de actuación; pero también se verá reflejada en la utilización del contrato administrativo. Si bajo aspectos jurídico-dogmáticos se considera relevante tanto la multiplicidad de funciones como su proximidad o distancia de la Administración soberana clásica, entonces parece indicado establecer un catálogo graduado. Estableciéndose el siguiente orden:

1. Contratos en el marco de las actividades lucrativas.
2. Contratos de prestación de suministros y de privatizaciones.
3. Contratos que tienen por objeto el cumplimiento común de funciones públicas («contratos de cooperación»).
4. Contratos preparatorios, de facilitación y de complemento de actos soberanos.
5. Contratos sustitutorios de actos soberanos.

Este catálogo no pretende ser exhaustivo (no incluye, por ejemplo, los contratos de la Administración prestacional ¹²⁰) y, seguramente, precisará una mayor diferenciación (por ejemplo, en lo referente a los «contratos de cooperación»), pero refleja claramente las ideas expuestas con anterioridad.

La tipología de los contratos cumple en primer lugar una *función heurística*, es decir, pretende llamar la atención sobre esta cuestión, matizar los problemas y elaborar posibles soluciones. La aplicabilidad del Derecho contractual general en sus límites extremos es más que dudosa, es decir, queda patente la utilidad restringida de las teorías generales para los contratos en el sector de la actividad lucrativa. Queda relativizada también, y en atención a la mencionada amplitud de la actividad contractual, la polémica en torno a la idoneidad preferente del acto o del contrato administrativo como instrumento de actividad de la Administración. Debiendo notarse, además, que con todo esto no se debilita, antes al contrario se fortalece la tesis de que la línea fronteriza que separa el Derecho público del privado en modo alguno proporciona una justificación adecuada a la divisoria de las distintas dogmáticas contractuales.

¹¹⁹ Al respecto SCHUPPERT, *Die Erfüllung öffentlichrechtlicher Aufgaben durch versonständigte Verwaltungseinheiten*, 1981. Cfr. también KREBS, «Verwaltungsorganisation», en: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo III, 1988, § 69, números marginales 5 y ss. (pp. 570 y ss.).

¹²⁰ Cfr. FLEINER-GERSTER, «Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung», *VVDStRL*, 45 (1987), p. 152 (160 y ss.): «Diferencias tipológicas de las relaciones jurídicas en la Administración prestacional»; id., «Probleme des öffentlichrechtlichen Vertrages in der Leistungsverwaltung», *ZBl*, 1989, p. 185 (189 y ss.), versión revisada del informe citado previamente.

El que algunos contratos sean subsumibles de diversas maneras no desmiente la función heurística de esta tipología. Los tipos mencionados no están tan claramente delimitables como lo pueden ser los conceptos jurídicos. Ello sólo sería alcanzable incrementando el grado de abstracción. La tipología de los contratos cumple con la ya mencionada *función intermedia jurídico-dogmática*¹²¹, como quedará plasmado en los dos ejemplos prácticos siguientes:

El Derecho contractual general formula de forma muy poco concreta los requisitos del Derecho especial de resolución del contrato para los titulares administrativos, cuando exige la prevención o eliminación de graves perjuicios para el interés público (art. 60, párrafo 1.º, inciso 2.º, VwVfG; art. 59, párrafo 1.º, inciso 2.º, SGB X). Los preceptos 110, párrafo 1.º, y 109, párrafo 3.º, SGB V exigen, sin embargo, en el caso concreto de la resolución de contratos de prestación de suministros con hospitales, que ya no se pueda garantizar un tratamiento hospitalario eficiente y rentable. Abstrayendo estos requisitos y concretando los principios de Derecho contractual general¹²², se puede decir que la importancia de estas funciones para la comunidad y la dimensión del riesgo de su ejercicio son los factores decisivos para la resolución de contratos de cumplimiento común de objetivos públicos.

El tipo «contratos de prestación de suministros y privatización» refleja una necesidad de protección muy especial de terceros que no hayan obtenido la adjudicación. La protección represiva posterior al contrato generalmente no suele tener debidamente en consideración la situación económica. También aquí se refleja la necesidad de regular una protección procedimental especial. Sin embargo, los principios del Derecho contractual no pueden resolver esta demanda y habría que estudiar para qué supuestos se podrán generalizar las regulaciones comunes del procedimiento del Derecho presupuestario¹²³ o del Derecho comunitario¹²⁴.

Lo que asimismo refleja que la idoneidad de un «nivel dogmático intermedio» y de las teorías generales del contrato general dependerá, en último término, de los resultados de la dogmática contractual en cada ámbito individual.

¹²¹ Cfr. *supra* A.II.4.

¹²² Cfr. ya FIEDLER, *VerwArch*, 67 (1976), p. 125 (151): «el concepto de "interés público" deberá ser concretado de acuerdo al *tipo contractual* y a su función incardinada en el correspondiente contexto jurídico y material».

¹²³ PIETZCKER, *AöR*, 107 (1982), p. 61 (especialmente pp. 80 y ss.).

¹²⁴ Cfr. al respecto PIETZCKER, *AöR*, 107 (1982), p. 61 (64 y ss.). SCHMITTMANN, «Die EG-Rechtsmittelrichtlinie zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge», *EuZW*, 1990, pp. 536 y ss.

D. CONSIDERACIONES FINALES

Esta última reflexión no significa, ni mucho menos, que el contrato administrativo aún no esté jurídicamente desarrollado. Todo lo contrario: el hecho de que tan sólo sea necesario algún perfeccionamiento dogmático minucioso en «aspectos especiales» presupone cierta madurez «en los aspectos generales». Por lo que se puede concluir que el contrato administrativo se encuentra, en este aniversario, en una situación de la que cabe esperar las mejores perspectivas ¹²⁵ para su posterior desarrollo.

DIRECTRICES

1.º Aclaración terminológica previa: El concepto de «contrato administrativo» incluirá tanto los contratos de Derecho público como los de Derecho privado entre la Administración y los particulares.

A. CONSIDERACIONES PREVIAS PARA UNA DOGMÁTICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

I. SIGNIFICADO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.º La utilización del contrato administrativo en la práctica administrativa refleja su amplio ámbito de aplicación y la pluralidad de sus funciones. En muchos sectores jurídicos se ha convertido en un instrumento de actuación imprescindible de la Administración. Ha demostrado su idoneidad especialmente en supuestos complejos. Desempeña funciones complementarias y sustitutorias en relación a los instrumentos administrativos unilaterales soberanos.

3.º La polémica actual en la doctrina sobre la orientación estatal del sistema confirma el incremento de la utilización del contrato administrativo en la práctica. Asimismo, ha quedado mostrada la necesidad de un complemento de la actividad estatal unilateral mediante formas de actuación de un «Estado cooperativo».

4.º El contrato administrativo como reflejo del acuerdo entre la Administración y los ciudadanos puede contribuir a aumentar la aceptación de las resoluciones administrativas. Pero no es su función como alternativa al mandato imperativo la que mejor refleja su importancia, sino, más bien, el incremento de las posibilidades de actuación de la Administración que conlleva.

¹²⁵ Más pesimista para Suiza RICHLI, *ZBl*, 1991, p. 381 (397): «Difícilmente el contrato administrativo alcanzará una posición importante.»

5.º El contrato administrativo relaciona las actividades administrativas consensuadas con las jurídico-formales y regladas. Lo cual es un indicio de la necesidad de disponer de una dogmática contractual idónea.

II. FUNCIONES DE LA DOGMÁTICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

6.º El contrato administrativo se caracteriza, por un lado, por ser instrumento efectivo para el cumplimiento de las funciones del Estado y, por otro, por la desigual situación en la que se encuentran las partes. Ambos aspectos reclaman una figura genuina del contrato administrativo diferenciada del instituto paralelo del Derecho civil.

7.º El contrato administrativo de Derecho público y el de Derecho privado se basan en una misma estructura básica jurídico-dogmática. Desde un punto de vista jurídico-dogmático deberían aproximarse entre sí, siendo aplicables los mismos estándares jurídico-estatales.

8.º La celebración de un contrato es el resultado jurídico-formal de un procedimiento previo. La dogmática del contrato administrativo debería concebirse bajo aspectos procedimentalistas para facilitar el análisis «específico de cada fase» de las peculiaridades jurídico-públicas del contrato.

9.º Ateniéndonos al diferente grado de abstracción que se da entre las teorías generales y la aplicación del contrato administrativo en sectores especiales, se requerirán unos «niveles dogmáticos intermedios», que posibiliten el intercambio de la dogmática general y especial del contrato administrativo.

B. PROBLEMATICA JURIDICA DE UNA DOGMATICA CONTRACTUAL GENERAL

I. PROCEDIMIENTO PREVIO A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

10.º Las Leyes de Procedimiento Administrativo ponen a disposición del contrato las regulaciones procedimentales protectoras pensadas para los actos administrativos. La protección procedimental de terceros debe corresponder, al menos, a su posición jurídico-material.

11.º No se puede justificar un principio de subsidiariedad jurídica general a favor del contrato administrativo. Sin embargo, en supuestos individuales la prioridad del uso del contrato puede estar regulada mediante una norma.

II. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

12.º Las restricciones jurídicas del margen jurídico de decisión propia de la actividad contractual de la Administración son reordenables fundamentalmente en cuatro grupos básicos. Se trata de la prohibición de adoptar la

forma contractual, la necesidad de mediar una habilitación legal previa, las regulaciones de los preceptos 54 y siguientes VwVfG y las indicaciones legales específicas según la materia.

13.º La prohibición de adoptar la forma contractual y la reserva de ley restringen sólo excepcionalmente la iniciativa contractual de la Administración. Las regulaciones de los artículos 45 y siguientes VwVfG requieren parcialmente una concreción mediante leyes especiales que definirán básicamente las posibilidades de aplicación del contrato administrativo.

14.º El tipo legal abierto del artículo 134 BGB (y art. 59, párrafo 1.º, VwVfG) deberá ser concretado mediante la ponderación entre los intereses protegidos por la norma y el interés en el mantenimiento del contrato. Este procedimiento de ponderación deberá ser estabilizado mediante un catálogo de criterios que aún debe ser elaborado.

III. POSICIÓN JURÍDICA TRAS LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

15.º La función del contrato administrativo recogida por las Leyes de Procedimiento Administrativo es la determinación en cada caso concreto de lo que «debe de ser adecuado a Derecho». La valoración jurídica de un acto administrativo con fundamento contractual se rige por las indicaciones del contrato eficaz.

16.º Las modificaciones jurídicas y reales que pueden darse tras la celebración del contrato implican la necesidad de una adaptación posterior del contrato administrativo. Ello deberá resolverse de forma preventiva ya en la configuración misma del contrato.

17.º La regulación legal de adaptación (art. 60, párrafo 1.º, VwVfG) se ve influenciada por la inseguridad jurídico-dogmática de las teorías sobre las cláusulas *rebus sic stantibus* y de la falta de la base negocial. El derecho especial de resolución del titular administrativo recogido en el artículo 60, párrafo 1.º, inciso 2.º, VwVfG no es una variante del «principio de la cláusula *rebus sic stantibus*», sino que tiene carácter jurídico-dogmático propio.

IV. APROXIMACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE DERECHO PRIVADO Y DE DERECHO PÚBLICO

18.º La supuesta aproximación jurídico-dogmática entre los contratos administrativos de Derecho privado y de Derecho público se basa en la teoría de un Derecho administrativo privado. La «orientación funcional» de esta teoría debería ser modificada en una «orientación normativa». Las indicaciones independientes de forma jurídica de las Leyes de Procedimiento Administrativo que concreten mandatos constitucionales serán vinculantes para el contrato administrativo privado, al menos en cuanto a su contenido constitucional.

20.^a La determinación de la naturaleza jurídica del contrato será siempre una cuestión de valoración, si se tiene en cuenta el dualismo existente en las formas de actuación y la vinculación simultánea jurídico-pública de todos los contratos administrativos. Ello impide una fórmula delimitativa estricta. En los supuestos dudosos será determinante la valoración del contenido del contrato y su carácter predominantemente jurídico-público o privado.

C. SOBRE LA FUNCIONALIDAD DE UNA TIPOLOGIA CONTRACTUAL

21.^a La creación de un «nivel dogmático intermedio» (directriz 9.^a) requiere el establecimiento previo de una tipología del contrato.

22.^a Mediante un catálogo de los tipos de contratos se intenta abarcar el ámbito de aplicación y la pluralidad de funciones de los contratos administrativos. Si simultáneamente se quiere plasmar la utilización del contrato administrativo en la intersección entre el Estado y la sociedad, podrá establecerse un catálogo graduado en el siguiente orden:

1. Contratos en el marco de las actividades lucrativas.
2. Contratos de prestación de suministros y de privatizaciones.
3. Contratos que tienen por objeto el cumplimiento común de funciones públicas («contratos de cooperación»).
4. Contratos preparatorios, de facilitación y de complemento de actos soberanos.
5. Contratos sustitutorios de actos soberanos.

23.^a La tipología del contrato no sólo cumplirá funciones heurísticas, sino también «funciones de mediador jurídico-dogmático». Las declaraciones del Derecho contractual general podrán ser concretadas individualmente y las reglas de la aplicación individual del contrato pueden ser generalizadas para un tipo de contrato.

