

Carácter jurídico de los contratos que celebra la Administración

Si cualquier tema administrativo se presta a la especulación y discusión tanto en la doctrina como en la legislación, es indudable que el determinar de un modo exacto el carácter jurídico de los contratos que la Administración celebra es uno de los que mayor interés encierra.

Siguiendo la orientación apuntada, examinemos en primer lugar lo que opinan los autores, para después pasar a comparar el criterio sustentado por nuestro Derecho y la Jurisprudencia en algunas de sus sentencias.

Es comúnmente admitida en la doctrina la doble personalidad de la Administración, como entidad pública—Poder—y como persona jurídica de Derecho privado. Pues bien, admitida esta doble personalidad, como entidad pública, como Poder, provista de prerrogativas especiales y excepcionales, como superior al particular, de un lado; y de otro, como persona jurídica de Derecho privado, no cabe duda que de actuar con una u otra personalidad depende en modo fundamental, en muchos casos, que el contrato que la Administración celebre sea o no administrativo.

Pero aun partiendo de esta dualidad de personas, y en el supuesto caso de que la Administración obre y actúe como una persona jurídica cualquiera de Derecho privado, muchas veces resulta difícil separar de la misma el atributo de Poder, que es consustancial a ella.

En otros casos, por el contrario, se observa con absoluta precisión el actuar de la Administración como persona privada; tal es, por ejemplo, el caso de compra o adquisición de material de oficina, o de otra clase, para usos propios de la misma, realizado directamente por un funcionario con facultad suficiente, o el encargo de un trabajo sin las formalidades de subasta o concurso, ordenado por quien para ello tiene competencia y atribuciones.

Dice el señor Gascón y Marín que los contratos pueden llamarse

administrativos por razón del sujeto o del objeto ; si lo primero, todos los contratos realizados por la Administración serán administrativos ; si lo segundo, únicamente tendrán este carácter los que se refieran a la realización de obras o servicios públicos.

Delgado opina que no hay tal diferencia entre unos y otros contratos celebrados por la Administración. En uno y otro caso el objeto del contrato es de interés general, propiamente administrativo, y la Administración obra como Poder, porque no se concibe que el Estado, la Provincia o el Municipio tengan un patrimonio que no sea para uso y provecho de la sociedad. Las diferencias que existen entre unos y otros—dice—son accidentales. Por consiguiente, el señor Delgado llega a la conclusión de no admitir más que una clase de contratos, los administrativos, caracterizándose por intervenir en ellos la Administración como Poder.

Tesis contraria sostiene el señor Posada, quien dice que, «en buenos principios jurídicos, el acto contractual, aunque sea administrativo, no puede ser acto de Poder sin atentar a su naturaleza jurídica». Afirma que la contratación de los servicios públicos debe estar sometida al régimen jurídico de los contratos. No acepta la doctrina de la personalidad *sui generis* de la Administración al contratar obras o servicios públicos ; no puede aceptarse que, cuando la Administración contrata, considere al particular como miembro subordinado al Estado. Si la Administración impone su voluntad por interés público, no contrata, manda. Lo que ocurre es que la estipulación de estos contratos se somete a ciertas solemnidades, sujetando el régimen de esta contratación a una jurisdicción especial, pero sin que esto signifique la sumisión del particular a exigencias privilegiadas en beneficio del Estado.

Otra posición es la de aquellos que sostienen que los contratos administrativos tienen una especialidad, derivada de la persona o del objeto del contrato. En este grupo pueden incluirse a los señores Pérez Muñoz, Royo (don Antonio), Gómez González y Güenechea, los cuales afirman que, en su opinión, «en los contratos administrativos el fin público absorbe los fines de los contratantes y se sobrepone a ellos. De ahí las condiciones y limitaciones impuestas al contratista o empresario».

El señor Albi, en su reciente libro *Los contratos municipales*, acepta la dualidad de jurisdicciones que existen en esta materia, pero califica de arbitraria y artificial la distinción que basándose en aquélla

se ha hecho de los contratos en que la Administración interviene, dualidad derivada de razones puramente teóricas e históricas. Niega rotundamente la distinción entre contratos civiles y administrativos, sin posible justificación científica, pero de existencia real: la dualidad de jurisdicciones establecida para conocer los actos de la Administración.

Partiendo de esta existencia real, dice que «una de las características de los contratos administrativos que los diferencian de los civiles consiste en que la prestación del consentimiento de las partes en los primeros se realiza en dos momentos distintos y que la conformidad entre las mismas se lleva a cabo sin previa discusión. Una de ellas —la Administración— dicta sus condiciones, que los particulares han de aceptar en bloque, sin que les sea dado discutir las ni modificarlas». Por ello, el señor Albi califica a estas convenciones con el nombre de contratos de adhesión.

Pero el que con indudable acierto ha centrado el problema de la especialidad jurídica del contrato administrativo ha sido el señor Gascón y Marín en su *Tratado de Derecho Administrativo—1933—*, al decir que, «en esencia, la índole jurídica de estas relaciones no puede y debe ser diferente de las que son reguladas por el Derecho Civil; el Derecho contractual es el que en principio debe tener aplicación. Lo que hay es que, no pudiendo regirse todos los contratos en todos los detalles jurídicos por las mismas reglas, los contratos que la Administración celebre, lo mismo como una persona jurídica cualquiera que para los servicios públicos, habrán de ser regulados por disposiciones especiales».

Todos los contratos—dice este tratadista—, tanto los administrativos como los civiles, se rigen por el Derecho contractual común; mas cuando en una institución cualquiera exista una ley especial, ésta será la obligatoria en primer lugar, siendo aplicables con carácter supletorio las disposiciones generales. Termina citando entre los contratos civiles el de arrendamientos, para los cuales existe una copiosa y abundante legislación, que ha venido a dejar los preceptos del Código Civil con carácter estrictamente supletorio; pero, por ello—dice—, no se nos ha ocurrido atribuirles una caracterización distinta a la institución de referencia.

Lo mismo ocurre con las instituciones administrativas. El Derecho general rige, en principio, sin perjuicio de la preferencia de la aplicación de la legislación especial.

La Jurisprudencia y nuestro Derecho admiten la diferencia entre contratos civiles y administrativos, diferencia nacida de la especialidad de éstos por razón de su objeto: las obras o servicios públicos; o bien por la especialidad derivada de una de las personas que interviene.

Coincidente con el criterio apuntado, existe, entre otras, la Sentencia de 19 de diciembre de 1921, que dice: «Una de las partes contratantes es la Administración como Poder, y en virtud de ese carácter impone condiciones que dejan a salvo sus peculiares prerrogativas de tal Poder».

Compárese este criterio contenido en la Sentencia que queda transcrita y la postura adoptada por el señor Posada, que antes se ha expuesto, y apréciese la opuesta contradicción de irreconciliable contenido jurídico.

Pero no obstante lo irreconciliable y contradictorio de ambas posturas, existe un punto intermedio, cual es el mantenido por el señor Royo Villanova (don Antonio) (*Elementos de Derecho Administrativo*, 1926), al decir que «el interés general implica la necesidad de tomar precauciones y buscar garantías, que se traducen en una limitación de la libertad de contratar y a las cuales se somete voluntariamente el que contrata con la Administración» (adhesión del señor Albi).

La postura de privilegio de la Administración sobre el particular queda perfectamente marcada en la Sentencia de 19 de octubre de 1933, al disponer que «en los contratos de concesión de servicios públicos no puede alegarse el postulado de la igualdad jurídica de las partes, que es base en los pactos de Derecho común y norma en la ejecución de las obligaciones, porque a la Administración da situación privilegiada el interés colectivo».

Interesante resulta también la Sentencia de 3 de febrero de 1930 (*Gaceta* 26 mayo 1931), en la cual se dice que «a los Tribunales Contencioso-administrativos corresponde conocer de las cuestiones sobre incumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos administrativos, según determina el artículo 5.º de la Ley de 22 de junio de 1894, entendiéndose por contratos administrativos los que por medio de subasta, concurso o concierto directo celebran los Ayuntamientos para ejecutar alguna obra pública o algún servicio también público; la demanda que motiva esta sentencia tiene por base el documento otorgado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento, auto-

rizado por el Pleno, de una parte, y de otra, el demandante; la finalidad de tal documento es la de encargar, sin previa subasta ni concurso, al recurrente, quien acepta el encargo, la dirección y formación de la refundición del amillaramiento del término municipal, bajo las condiciones que se expresan en el propio documento; y examinado con detención ese convenio o contrato, se llega necesariamente a la conclusión de que carece de los caracteres de todo contrato administrativo, puesto que, a pesar de su cuantía, no le precedió subasta ni concurso; no tiene por objeto un servicio público, el Ayuntamiento, o el Alcalde en su nombre, no obró como administrador de los bienes del pueblo, sino como entidad jurídica particular; y con el mismo carácter de particular aparece el demandante en su otorgamiento.

El criterio de este Tribunal, al estimar la excepción de incompetencia, está reforzado por la Jurisprudencia, la cual, en casos análogos, hace declaraciones relativas al carácter civil de esta clase de contratos, como se ve en sus resoluciones de 26 de febrero de 1894, relativa al que celebró un Municipio con un particular para la formación de los repartimientos municipales, y la de 27 de diciembre de 1901, referente a la redacción de unas Ordenanzas municipales confiada a otro particular por un Ayuntamiento, afirmándose en ambas que no se trata de contratos que tuvieran por objeto inmediato un servicio público, como ocurre con el presente caso.

Siendo de índole civil el contrato en el que el actor funda su derecho, las acciones que ejercite y las reclamaciones que formule para su cumplimiento o interpretación, deben ser planteadas ante los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria.

En muchas ocasiones nos encontramos con contratos que, por las complejidades que ofrecen, participan de los dos caracteres: de un lado, se advierten caracteres civiles; por otro, notas y especialidades de lo administrativo.

¿Qué hacer en estos casos? ¿Qué legislación ha de aplicarse, la civil común o la especial administrativa?

¿Quién ha de decidir lo que es Derecho, en caso de contienda; qué Jurisdicción es la competente? ¿La ordinaria civil o la especial contencioso-administrativa?

He aquí el gran problema, que ha costado tantas horas de estudio a los tratadistas, ha sido motivo de tantos pleitos y ha gastado y gastará torrentes de tinta.

El Derecho administrativo, por su relativa modernidad como rama

del Derecho público, no se encuentra todavía perfectamente delimitado en sus contornos. ¿Será éste el motivo de tanta polémica y la discrepancia observada por los autores al tratar de cualquier problema con él relacionado? Pues es realmente raro el encontrar dos que coincidan en la apreciación de un punto cualquiera del mismo.

Lo cierto es que ha adquirido el Derecho administrativo un plano de primer orden en las ciencias jurídicas contemporáneas, y su estudio y aplicación práctica con exactitud se impone en las Administraciones prósperas.

JOSÉ M.^a ARROYO BARBERIA
Secretario del Ayuntamiento de Fuencarral.

Madrid, septiembre de 1946.