

I.-COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LA CARACTERIZACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA FRANCESA Y ESPAÑOLA

SUMARIO: I: 1. La jurisprudencia francesa a partir del «arrêt époux Bertin». 2. El criterio de la doctrina francesa. 3. Reconsideración del problema. 4. Conclusión.—II: 1. La jurisprudencia española a partir de 1 de enero de 1950. 2. Concepto y elementos del contrato. 3. Los sujetos del contrato. 4. El objeto del contrato. 5. La causa. 6. La forma. 7. Caracterización del contrato por varios elementos. 8. Sentencias que se limitan a afirmar el carácter administrativo o civil de un contrato. 9. El artículo 3.º, a), de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Interpretaciones. 10. Conclusiones.

I

1.—En todas las disciplinas jurídicas existen problemas clásicos o que tienden a convertirse en clásicos. En el Derecho Administrativo ocurre esto con la caracterización del contrato administrativo. No sorprende que aparezca en el primer plano de la discusión doctrinal, en virtud de algún acontecimiento legislativo o jurisprudencial, la determinación de la nota o notas que distinguen el contrato administrativo de los demás contratos de la Administración.

El pasado año, en Francia, unos «arrêts» del Consejo de Estado han sido el motivo de que los especialistas en Derecho administrativo se hayan ocupado de nuevo e insistentemente de la cuestión.

Los repatriados soviéticos que se encontraban en Francia en el momento de la liberación del país fueron internados, esperando su partida, en Centros de repatriación. El Jefe de uno de estos Centros —el de Meaux—, contrató verbalmente con el matrimonio Bertin el suministro de alimentos para los rusos por una suma de 30 francos por hombre y día. Después, a petición del Jefe del Centro —según los esposos Bertin—, se convino el aumento de la ración contra entrega de una prima que parece ser no se pagó. El pretendido incumplimiento del segundo acuerdo hizo surgir el litigio y éste llegó al Consejo de Estado que, antes de decidir sobre el fondo, tuvo que determinar si era o no competente.

El Comisario del Gobierno, LONG, para ilustrar sobre la competencia

o incompetencia del Consejo de Estado, se pregunta cuál era la naturaleza del contrato celebrado entre el Jefe del Centro de repatriación y los esposos Bertin (1).

LONG razona de la forma siguiente :

— El Centro de repatriación, cualquiera que fuera su autonomía de hecho, era una dependencia del Ministerio de Prisioneros. La Administración, sin duda, era parte en el contrato. Se cumplía la primera de las condiciones necesarias para que el contrato sea administrativo.

— La forma verbal no constituye un obstáculo al carácter administrativo de un contrato (2).

— Los recurrentes, el matrimonio Bertin, sostienen que la Administración tenía la posibilidad, en función de las fluctuaciones en los efectivos del campo, de disminuir o aumentar el número de raciones a servir por día y que además se había reservado la facultad de rescindir en todo momento, y sin previo aviso, el contrato. Es decir, los recurrentes consideran estas facultades de la Administración, exorbitantes del Derecho común y determinantes del carácter administrativo del contrato.

El Ministerio de Prisioneros (la Administración) niega a estas condiciones el carácter de exorbitantes del Derecho común. Servir raciones alimenticias que se pagan en función del número de las mismas, no implica ningún sacrificio económico. Esta cláusula estaba impuesta por el objeto mismo del contrato. La posibilidad de la Administración de rescindir el contrato unilateralmente, sin previo aviso, parece lógica tratándose de un contrato verbal. Además, dada la naturaleza de las prestaciones a que estaban obligados los suministradores, podrían éstos sin gran daño cesar de la noche a la mañana sus actividades.

El Comisario del Gobierno está de acuerdo con el Ministerio en que no existen cláusulas exorbitantes del Derecho común.

— Sin embargo, LONG afirma : La repatriación de refugiados extranjeros, su hospedaje antes de su partida, entra en las atribuciones tradicionales, las menos discutibles, del Estado. «Si la determinación de las actividades de servicio público del Estado puede a veces prestarse a discusión, aquí estamos incontestablemente en presencia de una misión de servicio público. No podemos dejar en todo caso a la Administración confiar a un simple particular la ejecución de una misión de servicio público, y despojarse, al mismo tiempo, de los derechos y prerrogativas que le asegura el régimen de derecho público. Creemos que la ejecución de determinadas misiones de servicio público es incompatible por su misma na-

(1) Las conclusiones íntegras del Comisario del Gobierno pueden verse en la «Revue de Droit Public et de la Science Politique», julio-agosto, 1956, núm. 4, páginas 869 y ss.

(2) Cfr. LAUBADÈRE: *Traité des contrats administratifs*, t. I, núm. 57 y su nota en «Recueils Daoz et Sirey», cuaderno 24, pág. 436, 23 de junio de 1956.

turaieza con la concepción del contrato de derecho privado, cualquiera que puedan ser las cláusulas del contrato. No creemos que si el régimen de derecho público abandona o renuncia a seguir los servicios de gestión de carácter industrial, comercial, social, por no ocuparnos más que de las «alturas dominantes» de estos sectores de la actividad estatal, deba por eso romper todo vínculo con el servicio público en general.»

El 20 de abril de 1956, la Sección de lo Contencioso del Consejo de Estado francés, aceptando las conclusiones del Comisario del Gobierno, declaraba: «considerando... que, por un contrato verbal celebrado con la Administración..., los esposos Bertin se comprometieron..., a asegurar la alimentación de los repatriados soviéticos alojados en el Centro de repatriación de Meaux en espera de su vuelta a Rusia; que el citado contrato tiene por objeto confiar, a este respecto, a los interesados la ejecución misma del servicio público, en este caso encargo de asegurar la repatriación de los refugiados de nacionalidad extranjera que se encontraban en territorio francés; que esta circunstancia es suficiente, por sí sola, para imprimir al contrato de que se trata el carácter de un contrato administrativo; que de ello se sigue, sin que sea necesario buscar si el citado contrato lleva consigo cláusulas exorbitantes del derecho común..., la competencia de la jurisdicción administrativa».

El mismo día, 20 de abril de 1956, el Consejo de Estado, en el «arrêt Grimouard» (3), declara que las operaciones de repoblación forestal «tienen el carácter de obras públicas y que cualquiera que pueda ser la naturaleza de las estipulaciones incluidas en los contratos de que se trata, tienen por su mismo objeto el carácter de contratos administrativos».

Poco después, el 11 de mayo del mismo año, en el «arrêt Société Française de Transports Gondrand Frère» (4), el Consejo de Estado declara que el contrato celebrado entre el Estado y la Sociedad recurrente para el pago de derechos de aduana, del tránsito y transporte de mercancías, «no contiene ni referencia a un pliego de condiciones, ni cláusula exorbitante del derecho común», y «ha sido celebrado para la satisfacción de las necesidades de un servicio público, de todo lo cual resulta que éste es un contrato de derecho privado». El Profesor LIEUT-VEAUX, en la nota publicada en el número 53 de «La Revue Administrative» (5), señala que este «arrêt» completa el principio establecido por el «arrêt époux Bertin»: si el contrato ha sido concluído para la satisfacción de las necesidades de un servicio público, pero no ha tenido por objeto confiar a la Sociedad recurrente la ejecución misma del servicio público, es necesario volver a los criterios tradicionales, al examen de las cláusulas del contrato.

Más recientemente, el 9 de enero de 1957, el Consejo de Estado —«arrêt

(3) Puede verse esta decisión del Consejo de Estado en el número 53 de la «Revue Administrative», septiembre-octubre, 1956, pág. 496.

(4) En la Revista citada en la nota anterior, pág. 497.

(5) *Nouvelles définitions du contrat administratif*, págs. 499 y ss.

Daval»— insiste en el nuevo criterio : «la ciudad de Granville ha celebrado con el señor Dayal un contrato para el suministro de leña a sus habitantes; este contrato, que hacia participar al recurrente en la ejecución misma de un servicio público, presentaba el carácter de una convención de derecho público».

2.—René CHAPUS, en su importante libro *Responsabilité publique et responsabilité privée*, publicado en 1954 y recientemente reeditado, afirma, después de un minucioso estudio de la jurisprudencia, que «la existencia en un contrato de la Administración de cláusulas exorbitantes del derecho común es la condición necesaria y suficiente de su carácter administrativo» (6).

Georges VEDEL, en *Remarques sur la notion de clause exorbitante* (7), explícitamente acepta la afirmación de CHAPUS (8), y añade : «de los dos criterios que la jurisprudencia parece asociar, uno, el de servicio público, es, en el fondo, puramente verbal, y el otro, el de la cláusula exorbitante, es el verdaderamente operante» (9).

El Profesor A. de LAUBADÈRE, en su magistral libro *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* (10), declara que «en el momento presente, en todo caso, la insuficiencia de la relación a un servicio público para calificar el contrato administrativo está fuera de discusión...; es la presencia de cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común en un contrato el criterio por excelencia de su carácter administrativo».

Las afirmaciones que acabamos de citar no son la conclusión de puras elucubraciones doctrinales, sino que están asentadas en numerosas decisiones del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado (11).

El «arrêt époux Bertin» significa un importante cambio de orientación en la calificación de los contratos administrativos y obliga a la doctrina francesa a una reconsideración del problema.

3.—El Profesor G. VEDEL, en un «Addendum» a su estudio antes citado, redactado después de conocer la nueva doctrina del Consejo de Estado, manifiesta que el criterio de la relación al servicio público «actuaría muy pocas veces (el contrato debe tener por objeto la ejecución misma del servicio público), pero de manera determinante. El de la cláusula exorbitante actuará con más frecuencia, pero solamente en defecto del

(6) Pág. 109, núm.99, de la edición de 1954.

(7) *L'évolution du Droit public*, «Études en l'honneur d'Achille Mestre», París, Sirey, 1956, págs. 527 a 561.

(8) Pág. 533.

(9) *Op. cit.*, pág. 540, núm. 15.

(10) París, 1956, t. I, pág. 70.

(11) Una extensa relación de decisiones jurisprudenciales en este sentido puede verse en el libro de CHAPUS, págs. 111 a 119.

primero, sin que el Consejo de Estado precise, de otra parte, si el criterio de la cláusula exorbitante podría jugar en un caso en que el contrato no se relacionase con la satisfacción de necesidades de un servicio público.

En primer lugar, para que el criterio de la cláusula exorbitante no tenga aplicación, es preciso que el contrato tenga por objeto la ejecución misma del servicio público.

En segundo lugar, no se niega que tales contratos encierren cláusulas exorbitantes. Es verosímil que, en los contratos que tienen por objeto la ejecución misma del servicio público, tales cláusulas están tácitamente estipuladas. La determinación del objeto del contrato es, por otra parte, en sí misma, una cláusula del contrato, y cuando un objeto tal versa sobre la ejecución misma del servicio público, la cláusula es exorbitante del derecho común.

En fin, la noción de contrato que tiene por objeto la «ejecución misma del servicio público» es más imprecisa de lo que el aparente rigor de sus términos podría hacer creer. En la práctica, participará de la vaguedad que ha invadido el concepto de servicio público. Además, será muy difícil en numerosos casos decir si el contrato tiene por objeto la ejecución misma del servicio o la satisfacción de las necesidades de éste. Por ser muchas veces de inspiración empírica, el catálogo de las cláusulas exorbitantes ofrecerá, en la inmensa mayoría de los casos, fórmulas más seguras al juez administrativo para delimitar el campo de aplicación de la teoría de los contratos administrativos».

LAUBADÈRE, en una nota (12) a la jurisprudencia francesa que comentamos, se pregunta: ¿El principio reafirmado (13) por el «carrêt Bertin» merece ser aprobado? ¿No se debe deplorar que la teoría del criterio del contrato administrativo no esté unificada en el marco de la noción única de la cláusula exorbitante?

«En nuestra opinión —se contesta LAUDABÈRE—, la jurisprudencia tiene razón al afirmar que un contrato que confía a un particular la ejecución misma de un servicio público es siempre y necesariamente un contrato administrativo.

¿Cuál es, en efecto, el interés de la calificación administrativa del contrato? Sin duda, primero determinar la competencia contenciosa del juez administrativo. Pero, sobre todo, detrás de esta competencia contenciosa, provocar la aplicación de los principios generales del derecho de los contratos administrativos.

(12) *La notion de service public, critère du contrat administratif, sans exigence de clauses exorbitantes du droit commun*, «Recueils Dalloz et Sirey», cuaderno 24, 23 de junio de 1956, págs. 434 a 436.

(13) Existen decisiones del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos anteriores al «carrêt Bertin», afirmando que la participación directa del contratista en la ejecución del servicio público es suficiente a imprimir al contrato carácter administrativo. Pueden verse citadas en el trabajo de LAUBADÈRE.

Cuando el contrato no tiene por objeto más que procurar al servicio público prestaciones, medios de funcionamiento, se puede concebir que estos principios del régimen administrativo no sean siempre indispensables; es la propia Administración, según lo juzgue indispensable o no, quien debe optar, insertando o no en el contrato cláusulas exorbitantes, entre el régimen del contrato administrativo y el régimen de derecho privado; el criterio de la cláusula exorbitante se justifica entonces plenamente.

Pero cuando el objeto del contrato es la ejecución misma de un servicio público por el contratista, resulta necesario que los principios generales del régimen administrativo sean siempre aplicables y que, por consecuencia, el contrato sea siempre administrativo.

Así, cuando el contrato hace del contratista el ejecutor del servicio público, debe ser considerado como administrativo por su objeto, por «su misma naturaleza», como dicen algunos «arrêts». Su carácter administrativo no debe depender de la inserción de cláusulas exorbitantes, dicho de otra manera, de una elección de la Administración, porque la Administración no puede renunciar a ejercer sobre el funcionamiento mismo de un servicio público las prerrogativas que únicamente el régimen administrativo le procura.

Estas ideas no tienen, por otra parte, nada de nuevo. Son las que se han puesto siempre de relieve para explicar y justificar el régimen jurídico del contrato de concesión de servicio público, que constituye naturalmente el más clásico de los contratos que asocian al contratista a la ejecución del servicio público...; pero éste es precisamente el interés de convenciones del género de la que estaba en litigio en el asunto Bertin: mostrar que en ausencia, esta vez manifiesta, de toda cláusula exorbitante, un contrato no puede ser más que administrativo, por su objeto mismo, desde el momento que confía al contratista una misión de servicio público.»

G. LIEUT-VEAUX dice, en la nota antes citada (pág. 195), que conviene hacer notar que la «oposición entre las nociones de ejecución de servicio público y de celebración de contratos que contienen cláusulas exorbitantes del derecho común, es una oposición desdichada. En la mayoría de los casos, si las cláusulas exorbitantes se manifestaban, era precisamente porque el contrato tenía por objeto la ejecución de un servicio público. En otros términos, estas cláusulas exorbitantes eran el medio de alcanzar el fin: la ejecución del servicio público. Es siempre peligroso oponer criterios extraídos, uno del fin perseguido, y otro de los medios formales de allí deducidos. Unos y otros se completan, y no deberían ponerse uno sobre el otro.

Sin embargo, la jurisprudencia daba el espectáculo curioso de una elección caprichosa entre uno y otro criterio.

Convenía terminar con estas fantasías de interpretación.

Ahora bien, el predominio del criterio formal sacado del examen de las cláusulas que figuren en el contrato había resuelto mal el problema:

...nadie ha sabido nunca exactamente lo que eran cláusulas exorbitantes del derecho común...». Convenía volver a plantear desde su base estas cuestiones, y este honor correspondió al Comisario del Gobierno LONG, aunque reconoce LIEUT-VEAUX que el nuevo criterio presenta dificultades.

Para MARCEL WALINE (14), la solución del Consejo de Estado tiene dos inconvenientes: el primero, el de complicar, aún más, las reglas de calificación de los contratos y, por consecuencia, las de las competencias contenciosas, que ya lo eran bastante.

El segundo, que mantiene, combinándolo, el criterio de servicio público, este famoso concepto del que se puede decir que la existencia precede de muy lejos la esencia, pues, desde 1873 que las sentencias se refieren a ella, nadie ha podido enorgullecerse de dar una definición concordante con las concepciones de los jueces administrativos o de las del Tribunal de Conflictos. Es siempre molesto asentar un criterio, incluso parcialmente, sobre una noción imprecisa y no definida.

Dicho esto, que debía ser dicho —continúa WALINE—, la solución de los recientes «arrêts» del Consejo de Estado puede defenderse con buenos argumentos.

Contentarse, en todas las hipótesis, con destacar que un contrato ha tenido por fin último ayudar a la Administración a asegurar un servicio público, olvidando deliberadamente la circunstancia de que este contrato contenga o no cláusulas exorbitantes del derecho común, sería una solución indefendible, pues existen casos de «gestión privada de los servicios públicos».

Exigir, a la inversa, en todos los casos, que el contrato contenga cláusulas exorbitantes del derecho común, es una solución menos buena que la del «arrêt Bertin». La necesidad de la continuidad del servicio exige, en efecto, que sean aplicadas, a las personas que asumen la ejecución de este servicio, determinadas reglas cuya necesidad no sabría depender de la presencia o de la ausencia, en el contrato que los vincula a la colectividad pública, de cláusulas exorbitantes del derecho común; y particularmente, este cuidado de la continuidad del servicio puede hacer deseable, y aun necesaria, la aplicación en su provecho de la jurisprudencia de la imprevisión, que sólo las pone en condiciones de asegurar un servicio regular y continuo en circunstancias económicas difíciles. Ahora bien, es cierto que los Tribunales judiciales no aplicaron nunca la teoría de la imprevisión a los contratos de derecho privado, o calificados tales, incluso celebrados con la Administración.

La solución del «arrêt Bertin» está, pues, justificada.

4.—Aunque parece que la doctrina francesa no ha adoptado todavía

(14) *Rôles respectifs de la notion de service public et des clauses exorbitantes du droit commun pour déterminer le caractère administratif d'un contrat* (Conseil d'Etat, 20 avril 1956, Bertin; 11 mai 1956, Gondrand), nota de Jurisprudencia en la «Revue du Droit Public», enero-febrero 1957, núm. 1, págs. 101-108.

una posición firme respecto al criterio de calificación del contrato administrativo, es lo cierto que comienzan a perder importancia para caracterizarlo las estipulaciones del contrato y adquiere relieve uno de sus elementos: el objeto.

II

1.—El revuelo producido en Francia por las decisiones del Consejo de Estado que acabamos de estudiar nos han impulsado a investigar en nuestra reciente jurisprudencia cuál es el criterio o criterios imperantes. Hemos tomado como fecha límite el 1.º de enero de 1950, porque no conocemos ninguna decisión jurisprudencial que signifique una novedad a partir de la cual pudiera iniciarse el estudio.

2.—Concepto y elementos del contrato.

La Sentencia de 21 de junio de 1951 («Col. Leg.», núm. 235, página 284) (15) define el contrato diciendo que es «el acuerdo de voluntades dirigido a producir efectos jurídicos, y más modernamente caracterizado por acto bilateral de transacción entre dos intereses opuestos».

El primer concepto, el tradicional, «acuerdo de voluntades dirigido a producir efectos jurídicos», comprende perfectamente aquellos acuerdos en que es parte la Administración.

El segundo, el más moderno, resulta de difícil aplicación a los contratos de la Administración, pues no suele admitirse que los intereses particulares se opongan al interés público. El interés público está en un plano superior a aquel en que se encuentran los intereses particulares; por eso no existe oposición, sino subordinación de los últimos al primero. Pero no puede negarse que en la realidad el contrato celebrado entre la Administración y los particulares resuelve una oposición de intereses.

La jurisprudencia contencioso-administrativa admite, pues, un concepto amplio del contrato, en el que caben, como especies de un mismo género, tanto los contratos civiles de la Administración como los administrativos.

La discusión sobre si el contrato administrativo es o no un auténtico contrato queda fuera de nuestro Derecho positivo (16).

(15) Cuando al citar una sentencia no hacemos constar la Sala de nuestro Tribunal Supremo que la ha dictado, debe entenderse que se trata de las Salas de lo contencioso-administrativo. De igual manera, debe entenderse que se trata de la Serie de Jurisprudencia contencioso-administrativa cuando citamos, sin más, la Colección Legislativa.

(16) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en el núm. 10 de esta misma REVISTA, especialmente de las págs. 268 a 274.

Los elementos de los contratos civiles y administrativos son también los mismos. Consentimiento de los contratantes, objeto y causa (art. 1.261 del Código civil). La Sentencia de 2 de julio de 1956 (Rep. Aranzadi, 1956, núm. 3.216) enumera, como elementos del contrato administrativo, los sujetos, objeto y causa.

Existe un cuarto elemento, la forma, que, según CASTÁN (17), «en abstracto es elemento esencial para la existencia de todo contrato; pero, en su sentido concreto de imposición de una forma determinada, sólo es requisito esencial de ciertos contratos» (18).

La distinción entre los contratos administrativos y los contratos civiles, puesto que en su esencia son idénticos, se encontrará en la diferente naturaleza de sus elementos, o al menos de uno de sus elementos.

3.—Los sujetos del contrato.

a) La Sentencia de 27 de septiembre de 1954 («Col. Leg.», núm. 232, pág. 22), repitiendo palabras de la Sentencia de 6 de febrero de 1948, conceptúa el contrato administrativo como «toda convención jurídica formal, mediante la que una persona individual o colectiva se obliga con la Administración al cumplimiento de una prestación de dar, hacer alguna cosa o realizar un servicio».

Del texto de esta Sentencia se deduce que caracteriza al contrato administrativo el hecho de ser la Administración uno de los sujetos del mismo. Pero repetidamente se ha dicho que esta particularidad no es suficiente para individualizar esta figura jurídica, pues la Administración interviene como sujeto, en muchos contratos civiles. Tal afirmación está en la base de toda la teoría de los contratos administrativos.

Uno de los sujetos del contrato administrativo deberá ser la Administración pública, pero ésta, según los términos empleados por nuestras Leyes de lo contencioso-administrativo con excepción de la vigente, actúa unas veces como Poder y otras como persona jurídica, o sea como sujeto de derechos y obligaciones. Es decir, como persona pública, o como persona privada, términos equivalentes a aquéllos, pero más correctos, o más bien, con capacidad privada o capacidad pública. Si puede actuar con capacidad pública o con capacidad privada; intervenir en relaciones de derecho público o «en relaciones de derecho privado» (art. 41 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado), ello significa que su sola presencia, el ser sujeto de una relación jurídica, no convierte a ésta en relación jurídico-administrativa. Puede la Administración ser sujeto de relaciones contractuales civiles y de relaciones contractuales admi-

(17) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. III, pág. 324 de la 7.^a ed.

(18) Por lo que se refiere a los contratos administrativos celebrados por el Estado, véase el art. 64 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública.

nistrativas. En las primeras actuará con capacidad privada y en las segundas con capacidad pública.

b) Recientes Sentencias de nuestro T. S., apoyándose en el párrafo 2.º del art. 4.º de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1904, después párrafo 2.º del núm. 4.º del mismo artículo del texto refundido de 8 de febrero de 1952, declaran que cuando la Administración con capacidad pública es sujeto de un contrato éste es administrativo, y cuando lo es con capacidad privada el contrato es civil.

La Sentencia de 9 de mayo de 1950 (Rep. Aranzadi, 1950, núm. 779) dice que cuando la Administración actúa como «persona jurídica, contrayendo... vínculos de orden civil», su enjuiciamiento «corresponde a los Tribunales ordinarios, según el artículo 51 de la Ley de procedimientos y párrafo 2.º del artículo 4.º de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa».

La Sentencia de la Sala 1.ª de 3 de julio de 1950 (Rep. Aranzadi, 1950, núm. 1189), razonando sobre lo dispuesto en los artículos 267 de la Ley orgánica del Poder judicial y 4.º de la Ley de lo contencioso-administrativo, llega a la conclusión de que «deberán ventilarse en vía administrativa todas las cuestiones derivadas de actos en que la Administración actuó como Poder en el ejercicio del *ius imperii*, y corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de aquellas otras que, aun teniendo su origen remoto en un acto de la Administración como Poder revistan carácter esencialmente civil y deriven de actos que tengan el mismo carácter».

Pero con este único criterio no se llega a ningún resultado positivo. Efectivamente, cuando la Administración interviene con capacidad pública en un contrato, éste es administrativo. Pero ¿cómo averiguar si en un contrato la Administración interviene con capacidad pública o privada? ¿El contrato es administrativo porque interviene la Administración con capacidad pública, o interviene la Administración con capacidad pública porque el contrato es administrativo?

Estas preguntas no pueden contestarse en cada caso concreto si antes no estudiamos la relación jurídica, el contrato. El hecho de que la Administración actúe con capacidad pública o con capacidad privada caracteriza el contrato, pero no sirve para determinar *a priori* su naturaleza.

Cuando la Administración toma parte en una relación contractual con capacidad pública, es porque le interesa tener en la relación unas prerrogativas de las que carece cuando actúa con capacidad privada. Imponer unas cláusulas exorbitantes del Derecho común. Estudiando el contrato sabremos si en él existen o no cláusulas exorbitantes. Si existen, diremos que la Administración actúa con capacidad pública. Antes de esta averiguación no podremos determinar con qué capacidad jurídica actúa la Administración.

Según la tendencia dominante en la doctrina y jurisprudencia francesa, hasta época reciente, la existencia de cláusulas exorbitantes del Dere-

cho común demostraba que el contrato era administrativo, porque la Administración, que era uno de los sujetos del mismo, participaba en él con capacidad pública.

Pero en nuestra jurisprudencia no hemos encontrado, en la época que estudiamos (19), ninguna alusión a las llamadas cláusulas exorbitantes.

El criterio de las Sentencias de 9 de mayo y 3 de julio de 1950 no permite determinar qué contratos son administrativos.

4.—*El objeto del contrato.*

Nuestro Tribunal Supremo no se conforma, lo demuestran muchas Sentencias, con el criterio de la participación de la Administración con capacidad pública en la relación contractual para caracterizar a ésta de administrativa.

La Sentencia de 26 de mayo de 1953 («Col. Leg.», núm. 188, pág. 147) declara que para «deslindar el campo de actuación de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa en materia de relaciones contractuales, que surgen entre la Administración y los particulares, se han de examinar los artículos 4.º y 5.º de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa».

Según el artículo 4.º —dice esta Sentencia—, se reputan de índole civil aquellas cuestiones «en que el derecho vulnerado sea de carácter civil, y también las que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derechos y obligaciones, quedando sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, según establece el artículo 5.º de la misma Ley, los problemas referentes a contratos celebrados por la Administración central, provincial y municipal para obras y servicios públicos de toda especie».

Es decir, según estas consideraciones, un contrato de la Administración es civil cuando ésta actúa con capacidad privada y su objeto es un derecho civil; es administrativo cuando su objeto es una obra o servicio público, cualquiera que sea la capacidad del sujeto. Y esto a pesar de la expresión «Continuarán, sin embargo, atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa...», pues el tercer considerando de la Sentencia de 26 de mayo de 1953 dice: «Para fijar la naturaleza administrativa o civil del contrato..., hay que puntualizar el objeto y finalidad del contrato, y de modo fundamental y decisivo, si la relación contractual tiene por objeto inmediato y directo la ejecución de una obra o prestación de un servicio público».

(19) La Sentencia de 20 de abril de 1936 declara que es característica de los contratos administrativos las «cláusulas exorbitantes derogatorias del derecho común...», pero creemos que esta afirmación no se repite en otras Sentencias de nuestro Tribunal Supremo.

Algunas Sentencias se limitan a decir que son contratos administrativos los que celebra la Administración para realizar servicios públicos (Ss. de 22 de junio de 1951, «Col. Leg.», núm. 236, pág. 390, y 19 de noviembre de 1956, Rep. Aranzadi, 1956, núm. 3900), u obras públicas (Ss. de 1 de febrero y 28 de junio de 1956, Rep. Aranzadi, 1956, núms. 397 y 2884, respectivamente). La de 27 de noviembre de 1956 (Rep. Aranzadi, 1956, núm. 3919) generaliza esta posición jurisprudencial y afirma que no ofrece duda la determinación de la naturaleza del contrato administrativo, «pues si alguna pudo existir ha sido resuelta por la jurisprudencia, que puede afirmarse que es unánime en reconocer que todo contrato que verse sobre obras o servicios públicos..., es de carácter público...».

Pero algunas Sentencias añaden más. La de 5 de febrero de 1951 («Col. Leg.», núm. 41, pág. 182) habla del carácter administrativo del contrato «en razón a su peculiar finalidad inmediata y directa, que no es otra que la gestión de un servicio público..., característica objetiva que, más que la contextura formal, es lo que constituye la nota diferencial entre contrato civil y contrato administrativo, a tenor de la más moderna doctrina jurisprudencial...». La de 23 de febrero de 1951 («Col. Leg.», número 70, pág. 306) se expresa en términos idénticos. La Sentencia de 26 de mayo de 1953 («Col. Leg.», núm. 188, pág. 147), con técnica más depurada, dice que «para fijar la naturaleza administrativa o civil del contrato hay que puntualizar el objeto y finalidad del contrato, y de modo fundamental y decisivo, si la relación contractual tiene por objeto inmediato y directo la ejecución de una obra o prestación de un servicio público», y la de 23 de mayo de 1956 (Rep. Aranzadi, 1956, núm. 2297), que es competente la jurisdicción contencioso-administrativa «por tratarse de un contrato cuyo objeto directo e inmediato era la realización de un servicio público, como es recaudar arbitrios, impuestos y exacciones provinciales».

Este criterio jurisprudencial es análogo al de la jurisprudencia francesa a partir del «arrêt Bertin. Decir que cuando el objeto directo e inmediato del contrato sea la realización de un servicio público el contrato es administrativo, viene a ser lo mismo que decir que es administrativo cuando su objeto es confiar la ejecución misma del servicio público.

Este hecho, cuando se dé en una relación contractual, será suficiente para caracterizarla de administrativa. No será preciso averiguar más. Pero no siempre el objeto directo e inmediato de un contrato será la realización de un servicio público. En este caso, ¿habrá que buscar el apoyo de otros criterios de distinción?

5.—*La causa.*

Nuestra jurisprudencia emplea muchas veces sin distinguirlos convenientemente los términos finalidad, objeto y causa.

En la Sentencia de 23 de febrero de 1951, que ya hemos citado, la pala-

bra finalidad se emplea en el sentido de objeto del contrato. No es esto correcto.

En la de 19 de mayo de 1956 (Rep. Aranzadi, 1956, núm. 2287) se usa el término «finalidad» como distinto de «objeto», pero sin que podamos determinar exactamente si expresa la causa. Igual ocurre en la Sentencia de 12 de diciembre de 1956.

La Sentencia de 18 de octubre de 1955 (Rep. Aranzadi, 1955, número 3126) declara «que, atendiendo a su *finalidad de carácter público* y a las formalidades que le precedieron, la convención debe calificarse de índole administrativa y comprendida, por tanto..., entre aquellas a que hace alusión el artículo 5.º de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa».

Pero hablar de finalidad de carácter público no es suficientemente explícito, pues la acción de la Administración siempre tiene como fin el interés público, siempre tiene carácter público, por lo cual todos los contratos de la Administración, según el criterio de esta Sentencia, serían administrativos.

La Sentencia de 2 de julio de 1956 (Rep. Aranzadi, 1956, núm. 3216) emplea ya el término causa, que es, en el supuesto que contempla, «el llenar el Estado el cumplimiento de sus fines de dotar de grupos de enseñanza para la educación escolar».

Pero el elemento *causa*, en los casos en que explícitamente se emplea, o en los que cabe interpretar como tal la finalidad, no es determinante en nuestra jurisprudencia de la naturaleza administrativa del contrato, sino un dato más para ayudar a caracterizarle.

Después estudiaremos las Sentencias que tienen en cuenta simultáneamente los diversos elementos del contrato para calificarlo de administrativo.

6.—La forma.

La Sentencia de 4 de julio de 1950 (20) declara que todos los contratos administrativos, «lejos de perfeccionarse a tenor de los preceptos del Código civil inspirados por el principio espiritualista de que en cualquier manera que una persona consienta en obligarse respecto a otra queda obligada, exige la forma escrita para su celebración. Un convenio celebrado sin formalidad alguna por gestión directa verbal entre el Municipio de S. y la Sociedad suministrante de fluido eléctrico no es verdadero contrato administrativo, sino un pacto nulo a tenor del artículo 4.º del Código civil, e inoperante, por tanto, para servir de base a reclamaciones administrativas fundadas en él».

(20) Recogida en las Notas de Jurisprudencia contencioso-administrativa del número 3, pág. 301, de esta REVISTA.

El criterio de esta Sentencia es radicalmente opuesto al del «arrêt Bertin». Recordemos que el Comisario del Gobierno LONG hacía notar que la forma verbal no constituye un obstáculo al carácter administrativo de un contrato. Remitimos a los trabajos citados en la nota núm. 2 de este comentario.

La Sentencia de 29 de octubre de 1955 (Rep. Aranzadi, 1955, número 3167) dice «que aun cuando los negocios y contratos administrativos son esencialmente formales, la jurisprudencia de este Tribunal ya admitió en sus Sentencias de 3 de julio de 1941 (Rep. Jurisp., 892), 2 de febrero y 10 de noviembre de 1942 (Rep. Jurisp., 165 y 1265), de la Sala Primera, y 7 de febrero de 1948 (Rep. Jurisp., 180), y 11 de octubre de 1949 (Rep. 1157) de esta Sala Tercera, que la naturaleza de los mismos ha de determinarse, más que por su nombre y forma, por su alcance y principalmente por su finalidad».

Esta jurisprudencia rectifica de alguna manera el principio establecido en la Sentencia de 4 de julio de 1950.

En la Sentencia de 23 de febrero de 1951, antes citada, después de establecer como criterios de distinción la naturaleza del sujeto y del objeto del contrato, añade «sin que la forma sirva a caracterizar el grupo de los contratos administrativos, requisito éste que ha sido negado en varias resoluciones, como los Reales Decretos de competencia de 3 de julio de 1908 y 15 de diciembre de 1928, en los que se dice que la forma extrínseca de los contratos no varía la esencia de los mismos ni la índole propia de la materia sobre que versaron, y que la carencia de las solemnidades de los contratos administrativos (en que se exija), no puede redundar en otro perjuicio que el que en sí implica, pero no añadir el nuevo de someter a la Administración a otra jurisdicción cuando ha obrado como Poder».

En algunas Sentencias se tienen en cuenta las modalidades de adjudicación del contrato para determinar su carácter. A las formas de adjudicación del contrato se las ha confundido a veces con la forma del contrato, aunque son cosas totalmente distintas. El articulado del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad puede inducir a esta confusión (véanse los arts. 55 y 60). Pero la forma de adjudicación del contrato es cosa distinta de la forma de celebración del mismo.

La Sentencia de 19 de mayo de 1956 (Rep. Aranzadi, núm. 2287) dice que el contrato que analiza es administrativo por figurar en él como contratante la Administración, *por haberse celebrado mediante previo concurso de proposiciones*, y por su objeto y finalidad.

La Sentencia de 27 de septiembre de 1956 (Rep. Aranzadi, 1956, número 2984) declara que el concierto celebrado por un Ayuntamiento y una Sociedad de alquiladores de carruajes de lujo es un contrato administrativo, «por ser el concierto modalidad específica de la contratación administrativa».

La de 27 de noviembre de 1956 (Rep. Aranzadi, núm. 3919) dice que

el contrato es administrativo cuando versa sobre obras o servicios públicos, «y más cuando se adjudica por medio de subasta».

Sin embargo, las modalidades de adjudicación no tienen nada que ver con el carácter de los contratos de la Administración. Cumplen una función de garantía en su otorgamiento y pueden tomarse estas garantías tanto para los contratos administrativos como para los civiles de la Administración.

7.—De los distintos elementos del contrato, sólo el objeto, y en determinadas condiciones, sirve para caracterizarle de administrativo. Los demás, por sí solos no pueden, según nuestra jurisprudencia, determinar su naturaleza.

Por esta razón, cuando el objeto del contrato no es la realización directa e inmediata de un servicio público, la jurisprudencia española debe hacer jugar a más de un elemento para caracterizar al contrato administrativo (21).

La Sentencia de 23 de abril de 1954 («Col. Leg.», núm. 153, pág. 736) declara que el contrato es civil cuando su objeto no es la ejecución de una obra o la prestación de un servicio público y cuando la Administración ha obrado como persona jurídica, o sea como sujeto de derechos y obligaciones, y se ha vulnerado un derecho de carácter civil.

Igual doctrina contiene la Sentencia de 29 de octubre de 1956.

La jurisprudencia española no parece emplear los criterios anteriores con rigor. Emplea un criterio u otro sin tener demasiado en cuenta los fundamentos de hecho.

La Sentencia de 19 de mayo de 1956 (Rep. Aranzadi, núm. 2287), al determinar la naturaleza de una «concesión otorgada a la entidad recurrente para la explotación, ampliación y mejora del varadero y talleres de la Junta de Obras del Puerto de Santa Cruz de Tenerife» —un caso de realización directa e inmediata de un servicio público—, dice que el contrato es administrativo «por figurar en él como contratante la Administración, por haberse celebrado mediante previo concurso de proposiciones y por su objeto y finalidad».

Para la construcción de unas escuelas públicas se celebró un contrato que fué calificado de administrativo porque fueron «sujetos del mismo la Administración General del Estado, de un lado, y el contratista, A. M. R., de otro; objeto, la construcción de un edificio, y causa del mismo, el llenar el Estado el cumplimiento de sus fines de dotar de grupos de enseñanza para la educación escolar» (S. de 2 de julio de 1956, Rep. Aranzadi, núm. 3126).

(21) En algunos casos aún declarando que el objeto del contrato es la realización directa e inmediata de un servicio público también se tiene en cuenta si la Administración actuó con capacidad pública (Sentencia de 23 de febrero de 1951. Col. Leg., núm. 70, pág. 306).

8.—La jurisprudencia del período que estudiamos ha declarado algunas veces que un contrato de la Administración es administrativo o civil, sin explicar, por considerarlas evidentes, las razones de su afirmación.

Es administrativo:

— El contrato de arrendamiento del servicio público de limpieza celebrado entre un Ayuntamiento y una Sociedad (Sentencia de 9 de mayo de 1950).

→ El contrato de depósito de trigo constituido por el Estado, conforme a las disposiciones de la Ley de 30 de mayo de 1936 (Sentencias de 28 de febrero de 1951, «Col. Leg.» núm. 76, pág. 336, y 27 de mayo de 1952, «Col. Leg.» núm. 165, pág. 122).

— La concesión del servicio de reforma de amillaramiento (Sentencia de 29 de octubre de 1952, «Col. Leg.» núm. 272, pág. 182).

Es civil:

— El contrato celebrado por un Ayuntamiento para la venta de basuras (Sentencia de 22 de diciembre de 1956, Rep. Aranzadi, 182).

— El contrato de arrendamiento de una plaza de toros celebrado entre un Ayuntamiento y un particular (Decreto resolutorio de competencia de 21 de mayo de 1955, Rep. Aranzadi, 1955, núm. 1582).

→ La transacción en la que es parte la Administración, como lo demuestra el estar regulado por los artículos 1.809 al 1.819 del Código civil (Sentencia de 22 de febrero de 1955, «Col. Leg.» núm. 79, pág. 340).

9.—La vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, en su art. 3.º a), declara que la Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de «las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, *cualquiera que sea su naturaleza jurídica*, celebrados por la Administración pública, cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie».

En un primer examen de este artículo parece claro que si se han tenido que someter expresamente los contratos de la Administración a la Jurisdicción contencioso-administrativa es porque no todos ellos caben en el párrafo primero del artículo 1.º, «actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo», y, por tanto, la expresión «*cualquiera que sea su naturaleza jurídica*», que podría interpretarse en diversos sentidos, significa que la Jurisdicción contencioso-administrativa será competente para conocer de las cuestiones que surjan, tanto de los contratos administrativos como de los contratos civiles de la Administración, siempre que tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

Pero, ¿existen contratos civiles que tengan *por finalidad obras y servicios públicos*?

Si se identifica la «finalidad» del contrato con la finalidad general, última, intrínseca a todo acto de la Administración, como ésta no se concibe sino actuando para atender un fin público, todos los contratos de la

Administración tendrán por finalidad, más o menos directa, obras o servicios públicos. La Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las cuestiones referentes a *todos los contratos de la Administración*, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, administrativa o civil.

Por consecuencia, los Jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, a los que la Ley de 27 de diciembre de 1956 (22) quiere especializar en Derecho administrativo, cuando conozcan de las contiendas derivadas de contratos civiles de la Administración, habrán de aplicar, no el Derecho administrativo, sino el régimen propio de los contratos civiles, el Derecho civil.

Con esta interpretación, una de las posibles, del artículo 3.º, a), de la nueva Ley de lo contencioso-administrativo, resulta la anomalía señalada de aplicación del Derecho Civil por Tribunales administrativos, pero además no tiene sentido aludir a la finalidad de los contratos de la Administración.

Si entendiéramos el término «finalidad» como fin determinante del contrato, como fin *causal*, podría darse a este párrafo del artículo 3.º una interpretación distinta que resolviese estas dificultades. La finalidad como elemento que convierte en público al contrato, que lo configura en sus cláusulas y efectos, la obra y el servicio público como «el motivo determinante de la obligación» que la Administración —y el particular— contraen.

Los contratos administrativos, cualesquiera que sean las «causas» que mueven a las partes, tienen una única *causa*: la realización de un servicio público. Esta causa precisamente convierte al contrato en administrativo, y determina su «cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos». Por esta causa, la Administración interviene necesariamente con capacidad pública en el contrato, y el particular se encuentra obligado a aceptar que intervenga de esta forma.

Nos damos cuenta de las dificultades de esta posible interpretación. Tropezaríamos, en primer lugar, con la frase del artículo 3.º, «cualquiera que sea su naturaleza jurídica», que deberíamos entender se refiere a los distintos tipos de contrato (arrendamiento, compraventa, etc.), pero en este caso sobraría en el texto de la Ley de lo contencioso-administrativo.

En segundo lugar, y la dificultad es mayor, como la idea de causa del contrato ha nacido en el ámbito del Derecho privado, en el de la «autonomía de la voluntad» de los particulares, resulta difícil aplicarla en el Derecho público, en que precisamente desaparece esta autonomía. Máxime cuando en el Derecho civil no ha llegado a imponerse, de un modo unívoco, la teoría de la causa.

Sin embargo, creemos que esta interpretación sería fecunda para la teoría de los contratos administrativos, pero habría que replantear y profundizar, a la luz de los principios del Derecho Administrativo, los pro-

(22) Véase art. 21 de la Ley.

blemas de la causa de los contratos, lo que excede del tema de este comentario.

10.—a) El contrato es siempre administrativo cuando su objeto es confiar la ejecución misma de un servicio público, o en otras palabras, cuando su objeto directo e inmediato es la ejecución de una obra pública o la realización de un servicio público. En este caso no hay necesidad de buscar otras notas para caracterizarle. Y ello tanto si se entiende el «objeto de contrato» en su sentido preciso, como elemento distinto de la causa (artículo 1.261 del Código civil), como que «confiar la dicha ejecución» sea el fin del contrato.

b) Si falta este objeto directo se acude a los distintos elementos del contrato.

De uno u otro modo, la causa puede jugar un papel importante. Pues en el primero de estos supuestos, no se trata más que del caso extremo de coincidencia de objeto y causa: es decir, que no puede un servicio público ser objeto directo e inmediato de contratación, sino es con una finalidad, un fin público determinante; por una causa pública.

Cuando falte la incidencia directa del contrato sobre el servicio u obra pública; cuando el objeto *directo e inmediato* del contrato no sea la realización de una obra o la prestación de un servicio, posiblemente será la causa la que nos permita averiguar la naturaleza del contrato.

El legislador español, más o menos conscientemente, ha abierto a la jurisprudencia un fecundo camino.

JOSÉ M.^a BOQUERA OLIVER

Doctor en Derecho