

LA INSTITUCION CONTRACTUAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: EN TORNO AL PROBLEMA DE LA IGUALDAD DE LAS PARTES (*)

Por

SEBASTIÁN M-RETORTILLO BAQUER

«En droit, il n'est pas indispensable que deux contractans soient sur pied d'égalité; la précaire conclue entre l'homme puissant et l'humble qui se recommandait était un contrat. Les situations contractuelles peuvent tendre vers l'égalité, elles ne l'impliquent pas nécessairement à leur base. Le contrat est fondé sur le consentement, or on peut consentir à être inférieur et inégal, si les lois ne l'interdisaient pas, le contrat d'esclavage serait possible.»

(M. HAURIUO: *La gestion administrative*, 1899, 74.)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II CONSIDERACIONES SOBRE LOS *öffentlichen Verträge*: 1. *Planteamiento general*. 2. *La Existenzkampf de los öffentlich-rechtlichen Verträge*. 3. *Clasificación*. 4. *El Derecho civil, la teoría del Fisco y la contratación por parte de la Administración pública en el Derecho alemán*. 5. *El principio de igualdad de los administrados y los öffentlich-rechtlichen Verträge*.—III. CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO: 1. *La vía de formación del contrato administrativo en el Derecho español*. 2. *Carecterización del mismo; referencia a los distintos criterios formulados por la jurisprudencia. Valoración sintética de los mismos*.—IV. LA PRETENDIDA IGUALDAD DE LAS PARTES Y LA CONTRATACIÓN ESPECÍFICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: DISGRESIÓN SOBRE EL TEMA: 1. *Sustantividad y naturaleza de los contratos de Derecho Administrativo*. 2. *El Oberbegriff del contrato y la idea de la igualdad entre las partes*: a) *En el Derecho Romano y en la Pandectística*. b) *Referencia a la equivalencia de la prestación y no a la igualdad en la posición*. c) *La desigualdad de posición en la contratación civil*. d) *La vinculación obligacional de la Administración es compatible con su posición privilegiada*. e) *La esencia genérica del contrato*.

(*) Este trabajo se publicará en los *Studi* que en honor del profesor Guido ZANOBINI aparecerán en breve.

ABREVIATURAS:

AÖR, Archiv des [für] öffentlichen Rechts; BayVwBl, Bayerische Verwaltungsblätter; DÖV, Die öffentliche Verwaltung; DVBl, Deutsches Verwaltungsblatt; ED, Etudes et documents, Conseil d'Etat; Fest, Festgabe; Fest. Nawiasky, Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum Geburtstag vom Hans Nawiasky, 1956; Gedächt. Jellinek, Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Rechts. Ge-

I

El centro de las discusiones temáticas más apasionadas que en relación con el Derecho administrativo se formulan, se refiere de modo muy especial a aquellos problemas que se derivan de la circunstancia de que la Administración pública use para el cumplimiento de sus fines tanto de un derecho *suyo*, que le es propio, como del derecho privado y de las instituciones por éste elaboradas. Afrontar en toda su amplitud esta particularidad, constituye acaso el problema más importante que el Derecho administrativo ofrece, agravado además por el hecho de que aquel cuerpo normativo que como *propio* hemos considerado, se ha fijado históricamente en muchas ocasiones sobre los esquemas facilitados por el derecho privado. Por esto mismo, aquellas instituciones que tienen sede en los dos ordenamientos de los que la Administración se sirve—el ordenamiento privado y el administrativo—, y que a su vez, tal y como en cada uno de ellos están configuradas son empleadas simultáneamente por la Administración pública, son, sin duda alguna, las que en su planteamiento dogmático han sido objeto de mayor polémica y controversia. En tales casos el desarrollo paralelo, aunque conceptualmente diferenciado, impone analizar no sólo estos últimos aspectos diversificados, sino también aquellas otras facetas análogas, un tanto comunes, que dichas instituciones innegablemente presentan. Por otra parte, se diría también que al defender la diferenciación y la sustantividad de los derechos reales administrativos, del contrato administrativo, de la teoría del acto administrativo, etc., esta tarea concreta no era, en definitiva, sino trasunto de aquella otra, superior y comprensiva, que trata de fijar la diferenciación, y también la misma sustantividad del Derecho administrativo dentro del ordenamiento jurídico general.

Voy a referirme pues, a estas figuras jurídicas que se perfilan como

dächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955; NEJS, Nueva Enciclopedia Seix; PrVBl, Preussisches Verwaltungsblatt; RAP, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; RDP, Revue du droit public et de la science politique; REVL, Revista de Estudios de la Vida Local; RFDM, Revista de la Facultad de Derecho de Madrid; RGIJ, Revista General de Legislación y Jurisprudencia; StP: Studi nelle science giuridiche e sociali della R. Università di Pavia; VA, Verwaltungs Archiv; VVDStRL, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer; ZS, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Römische Abteilung.

institutos comunes al derecho público y al derecho privado que, por su parte, facilitan apoyo a dos construcciones específicamente diferenciadas (1). Entre tales instituciones de desarrollo correspondiente y formulación paralela, es obvio que la figura del contrato resalta por su especial significado. Y ello hasta el punto de que en ocasiones se ha llegado, precisamente a través de la misma, a postular la fijación de fórmulas jurídicas de carácter general susceptibles a su vez de ser referidas a las distintas ramas del entero ordenamiento jurídico.

Este trabajo está dedicado a analizar algunos de los problemas que ofrece el fenómeno de la contratación por parte de la Administración pública. Es preciso advertir desde el comienzo, que exclusivamente se refiere a aquellos contratos—no de derecho privado—que las Administraciones públicas llevan a cabo como propios y específicos de su ordenamiento administrativo. Formulada esta aclaración, fundamentalmente con fines sistemáticos, podemos señalar ya cómo sobre este punto el derecho comparado ofrece, en principio, dos grandes sistemas, totalmente diferenciados entre sí y que se presentan sin ninguna conexión mutua. Me refiero en concreto a los *öffentlich-rechtlichen Verträge* (2)

(1) FLEINER: *Instituciones de Derecho administrativo*, ed. ALVAREZ GENDIN, 1933, 49; JORDANA DE POZAS, XVII, en Prólogo a ALVAREZ GENDIN: *Los contratos públicos*, 1934, XVII.

(2) Mantenemos la expresión alemana en su misma formulación. Su traducción como contrato de derecho público, aunque generalmente aceptada, es un tanto equívoca. Sobre todo cuando al margen ya de su propio sistema, se relaciona y diferencia con el contrato administrativo, como si éste a su vez no fuera contrato de derecho público. Una completa síntesis de las distintas exposiciones terminológicas, EXTRENA CUESTA: *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, RAP, 24, 39 y ss.; como excepción a la terminología comúnmente seguida: GROSCH: *Der Staat als Kontrahent*, JÖR, 5, 267; HAUSMEISTER: *Der Abschluss verpflichtender Verträge durch Gemeinden*, PrVBl, 34, 872; ALVAREZ GENDÍN, 43. Interesa recoger, por último, en relación con las distintas formulaciones terminológicas, la posición sustentada recientemente por ZWAHLEN: *Le contrat de droit administratif*, 1958. Es preciso tener presente antes que nada que la construcción de ZWAHLEN está referida al derecho suizo, y participa del eclecticismo propio que caracteriza al derecho administrativo suizo, tanto en su formulación como en su desarrollo, ya que en él confluyen los dos planteamientos que en el mismo sistema jurídico suizo dejan sentir su influencia: el alemán y el francés. Esta observación sobre la obra de ZWAHLEN podemos referirla también a la de IMBODEN: *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1958. ZWAHLEN llama «contrato de derecho administrativo» a «toute convention liant l'Etat à un particulier et relevant non pas du droit civil, mais droit public»: concretando este concepto incluye el contrato de «dc-

del Derecho alemán y al *contrat administratif* del Derecho francés, figura esta última que muy similarmente se perfila también en el ordenamiento positivo español (3). Un único denominador común comprende los dos sistemas: las figuras que ambos recogen se presentan como instituciones propias y peculiares del ordenamiento jurídico público. Junto a estos dos grandes grupos (4), un tercero podemos formar con el derecho positivo italiano (5) que ofrece, en este punto, unas características propias; en algunos puntos más semejantes al sistema alemán que al francés, pero sin que pueda encuadrarse en su totalidad en ninguno de ellos.

En su formación positiva y dogmática, el desarrollo de los *öffentlich-rechtlichen Verträge* y de los contratos administrativos, ha seguido un camino totalmente distinto. Podemos afirmar además que las dos figuras están siendo objeto en nuestros días de un replanteamiento conceptual. Con sorprendente unanimidad (6) se formula actualmente una revi-

recho administrativo» (465a y ss.) en la categoría más amplia de contratos de derecho público, incluyendo en aquél tanto los supuestos análogos a los que el derecho francés recoge en el *contrat administratif*, como algunos de los supuestos administrativos que se comprenden en los *öffentlich-rechtlichen Verträge*, de los que, sin embargo aparecían excluidos los que se llevan a cabo entre «collectivités publiques non subordonnés l'une à l'autre». La construcción de ZWAHLEN, aun no siéndolo totalmente, es en cierto modo una formulación unitaria. Puede ello deducirse además de los supuestos concretos que recoge (525a-603a): entre otros, contrato de obras públicas, de suministro, de concesión, contrato de naturalización, de expropiación, convenciones fiscales, etc. En definitiva, con la calificación que junto al término contrato se establece, sea la que sea, de lo que se trata es de diferenciar estos contratos de los propios del derecho privado. Llamo la atención cómo en nuestro derecho positivo en ocasiones se ha hecho equivalente la expresión «contratos sobre servicios públicos», esto es, los que hoy consideramos como contratos administrativos, con la de contratos públicos: vid., R. D., 27 de febrero de 1852. Por nuestra parte cuando hablamos de contratos específicos del ordenamiento administrativo nos referimos conjuntamente a los *öffentlich-rechtlichen Verträge* y a los contratos administrativos.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, RAP, núm. 10, 271.

(4) Una amplia exposición de los distintos sistemas que el derecho comparado ofrece, tanto en la teoría como en la praxis. IMBODEN, 9 y ss.

(5) Por todos, MIELE: *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, 1931; GALLO: *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, 1936; GIANNINI: *Lezioni di diritto amministrativo*, 1950, 350 y ss.; ZANOBINI: *Corso di diritto amministrativo*, 1954, I, 233 y ss.; DI RENZO: *Sulea formazione dei contratti della pubblica amministrazione*, 1957.

(6) Por encima de su valor anecdótico, y testimonio de esa coincidencia a que me refiero, es curioso señalar cómo STERN: *Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-*

sión tanto en el campo de los *öffentlich-rechtlichen Verträge* como en el de los contratos administrativos; esta revisión tiene en ambos sistemas tanto de esfuerzo unitario para establecer una posible teoría general de cada uno de los grupos, como de renovación y replanteamiento de las soluciones que desde puntos de vista concretos y singulares habían sido logradas anteriormente. Se trata, pues, de un fenómeno dogmático que en los distintos sistemas jurídico-administrativos tiene actualmente plena vigencia y significación doctrinal (7).

Este replanteamiento tiene en el Derecho francés un punto de arranque evidente: la obra de George PEQUIGNOT (8). Puede decirse que ha sido necesario que cuajase la evolución sustantiva y material de cada uno de los contratos particulares, para poder formular un planteamiento general de los mismos; esto es, para poder considerar institucionalmente al propio contrato administrativo como tal y no como una serie de contratos administrativos (9). En el Derecho español la dedicación

rechtlichen Verträge, VA, 2 (1958), 107, reargumentando sobre la afirmación de KORMANN de que no era posible formular nuevos argumentos en la teoría de los contratos que estudiaba, indicaba precisamente la necesidad de revisar tal posición. Pues bien, en la misma fecha, en España ENTRENA CUESTA, 40, recogiendo el texto de PAPINI—«no es verdad que todo haya sido dicho... existen muchos ángulos que iluminar, muchos puntos por aclarar»—expresa también intento análogo.

(7) También incluso, en aquellos países que hasta ahora se ha estimado que han permanecido al margen de la problemática propia del Derecho administrativo: MITCHELL: *The contracts of Public Authorities*, 1954. Sobre esta obra, vid. ENTRENA CUESTA, *recensión RAP.*, 21, 561; IMBODEN, 26. Este autor también en relación con U.S.A. A este mismo movimiento actual de revisión y de replanteamiento de las figuras contractuales en el campo administrativo, responden también, FLAME: *Les marchés de l'Administration. Analyse du droit positif et essai doctrinal sur les contrats de fournitures et de travaux publics*, 1955; también las obras cit. en las notas 2, 6, 8, 11 y 15. Interesa señalar que la obra citada de ZWAHLEN, desarrollada sobre la base de una encuesta llevada a cabo por el autor, constituyó el rapport presentado por el mismo a las sesiones de la «Schweizerischer Juristenverein». Igualmente el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas ha dedicado en los últimos años algunas de sus reuniones al estudio de determinados problemas contractuales en el campo de la Administración pública.

(8) PEQUIGNOT: *Théorie générale du contrat administratif*, 1945. También de LAUBADERE: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956, 3 vols., con la misma valoración unitaria que la obra anterior, si bien el problema de la sustantividad del contrato administrativo, que constituye el leit-motiv de la obra de PEQUIGNOT, acaso por ya supuesto, no se analice en su fundamentación.

(9) La observación recogida en el texto es la que PEQUIGNOT, 5, formula a la obra de JÉZE: *Principes généraux du droit administratif*, III (1926), IV (1934), V (1936), VI (1936). Con anterioridad, vid., PERRIQUET: *Les contrats de l'Etat*, 1890 (no consultado).

de la doctrina a estos problemas constituye también un fenómeno reciente (10), que en nuestros días ha cobrado plena actualidad (11).

En Alemania las cosas se han desarrollado de modo distinto. Puede afirmarse en principio que la teoría del contrato propio de la Administración es, como tantas otras, de origen alemán en cuanto a su formulación unitaria general. MIELE (12) se refiere a ello expresamente atribuyendo el mérito de tal construcción a LABAND y JELLINEK, y encontrando además en el nacimiento de la misma dos causas que están en la base de su origen. En primer lugar, fué la necesidad de fijar la naturaleza jurídica de una serie de figuras, que mal podían explicarse de acuerdo con la doctrina tradicional, entonces imperante, como derivadas de un acto unilateral; en segundo lugar, la asunción de la doctrina contractualista en el campo de la Administración significó una expresa reacción a «la concepción rígidamente autoritaria del Estado que HECCEL, seguido de no pocos iuspublicistas—GERBER, GÖNNER, PERTHES, etcétera—, había fijado como característica en el pensamiento intelectual de entonces».

Ya a final del siglo pasado no faltaron en Alemania construcciones generales y unitarias de los *öffentlich-rechtlichen Verträge* en su más amplio sentido. La obra de MAYER (13) puede figurar como clásica, al mismo tiempo que como iniciadora de una línea polémica que en los primeros años de este siglo alcanzó su máximo desarrollo (14). No obstante, el fenómeno de revisión y de replanteamiento de la institución contractual a que hemos aludido, es en la literatura jurídica en lengua alemana en la que aparece en el momento presente con mayor intensidad. Después de veinte años en los que desde aquellos primeros planteamientos generales la doctrina había guardado prácticamente abso-

(10) Además de ALVAREZ GENDIN, cit., también FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Los contratos administrativos*, 1927; ALBI: *Los contratos municipales*, 1944. Como excepción cronológica, DELGADO ARRIETA: *Contratos administrativos*, 1899 (no consultado).

(11) Además de GARCÍA DE ENTERRÍA y ENTRENA CUESTA, cit., ALBI: *Orientaciones generales del nuevo Reglamento de contratación de las Corporaciones locales*, REVL., 71; GARCÍA-TREVIJANO: *Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local*, REVL., 87; BOQUERA OLIVER: *La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española*, RAP, 23.

(12) MIELE, 12.

(13) MAYER: *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge*, AÖR, 3, 4 y ss.

(14) STERN, 107; vid. la bibliografía alemana sobre este punto, en las obras a que se refiere la nota siguiente, y también en FLEINER, 167; HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1953, I, 55; FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo*, trad. española, 1958, 371.

luto silencio sobre este punto, en 1958 aparecen simultáneamente tres monografías. Me refiero a los trabajos de STERN, SALZWEDEL e IMBODEN (15), que vieron la luz con escasa diferencia de días, trabajos que a su vez ya han encontrado inmediatamente eco en la doctrina (16).

Una característica en cierto modo común, aparece en este movimiento revisor a que nos estamos refiriendo. Se trata de que en ambos sistemas—el alemán y el franco-español—la revisión de tales figuras se formula desde la perspectiva de su propia sustantividad administrativa. Se diría frente a este hecho, que el Derecho administrativo ha alcanzado ya un grado de madurez tal, que le permite en tarea dogmáticamente diferenciadora, replantear la propia y peculiar esencia de sus instituciones. Posibilidad de estos contratos, diferenciación de los mismos con los contratos privados, sustantividad, mantenimiento—a pesar de tales diferenciaciones—de la caracterización contractual, son fases comunes que constituyen a su vez distintos problemas que se reiteran en la casi totalidad de los desarrollos a los que nos referimos.

Analizar este fenómeno en su ambivalente formulación es lo que nos proponemos: se trata además de afrontarlo desde un ángulo pragmático, descriptivo. En definitiva, éste fué el camino a través del cual tales figuras jurídicas se perfilaron originariamente y el camino a través del que más tarde fueron adquiriendo un significado propio (17). Tanto en un caso como en otro, faltó en su origen una norma positiva que fijara sustantivamente la materialidad de estos contratos.

La perspectiva adoptada nos impone formular una advertencia inicial. Nos enfrentamos con dos fenómenos jurídicos distintos. Es obvio

(15) Vid. además de las cit. SALZWEDEL: *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, 1958. Sobre esta obra, también STERN, recensión, BayVwBl, 1 (1951), págs. 35 y ss. Referida fundamentalmente al derecho suizo la obra de IMBODEN, y la de SALZWEDEL, a pesar de la minuciosidad con que estudia el problema, a un punto concreto —«Katasterabkommen der gewerblichen Berufsgenossenschaften»— es el trabajo de STERN el que quizá contenga una más amplia exposición dogmática. A ellas habría que añadir la obra cit. de ZWAHLEN publicada en lengua francesa.

(16) RUPP: *Verwaltungsakt und Vertragsakt*, DVBl, 74, 3, 81 y ss. Sobre la línea de este trabajo, vid. anteriormente la monografía de BAECCHI: *Verwaltungsakt auf Unterwerfung zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag?*, 1934.

(17) Expresamente PEQUIGNOT, 33 y ss.; DE LAUBADERE, I, 19. Vid. recogidas en STERN, 117 y ss. abundantes posiciones doctrinales que admiten la posibilidad de estos contratos sin expresa sanción de los mismos. Un amplio análisis acerca de las discrepancias surgidas al nacer esta figura en la práctica, SALZWEDEL, 2 y ss.

que en modo alguno es posible establecer una correspondencia entre ambas figuras. El contrato administrativo es fundamentalmente, como veremos, una fórmula de colaboración con la Administración pública; este esquema no sufre variaciones sustanciales por el hecho de que tal colaboración sea prestada por los administrados particulares o por otra Administración pública, cuya posición en este caso no se diferencia sustantivamente de la de aquéllos (18). Administración y particular, o dos Administraciones públicas: siempre, sin embargo, dentro del esquema de la colaboración. El *öffentlich-rechtliche Vertrag*, por el contrario, responde a un esquema distinto: fundamental y primordialmente expresión de una relación entre las voluntades de dos entes públicos; pero también—no puede olvidarse este caso—, con la posibilidad de que se realice entre la Administración y un particular (19). El primero de estos dos últimos supuestos tiene en cierto modo su paralelo en el sistema franco-español, en las convenciones entre entes públicos; sin embargo, en modo alguno puede, no sólo unificarse, sino ni siquiera relacionarse con aquel otro supuesto contractual en el que son también dos Administraciones públicas las que entran en relación, pero a través del esquema del contrato administrativo. Esto es; con la argumentación surgida para el contrato administrativo no podemos valorar una relación contractual administrativa tal como la que se realiza en las convenciones entre entes públicos. Y viceversa. Por el hecho que sean dos Administraciones públicas las que en uno y otro caso intervengan no puede postularse, bajo la exigencia de una posible teoría *general* de los contratos entre entes públicos, un tratamiento conjunto de ambos supuestos. Creo, pues, que es imprescindible mantener una consideración fraccionada, no unitaria, por muy viciada que se crea (20). El planteamiento contrario es, a mi parecer, equívoco; bajo la supuesta exigencia

(18) Vid., *infra* nota 55.

(19) FORSTHOFF: *Tratado*, 387 amplía esta posibilidad también al supuesto de que el contrato se verifique entre dos personas privadas; en contra, por todos, HUBER, I, 57. Poniendo en duda posibilidad análoga a la que FORSTHOFF enuncia, en relación con el «contrato de derecho administrativo», ZWAHLEN, 466a.

(20) En contra ENTRENA CUESTA, 41 y ss., y en general a lo largo de todo el trabajo, en el que contrastan las argumentaciones recogidas en la primera parte del mismo, con la aplicación que a los «contratos entre entes públicos» hace más adelante; también puede deducirse de la obra de ZWAHLEN una posición contraria a la que defendemos en el texto. Como referencia me remito a lo que este autor fija como «contrato de derecho administrativo», tal y como ha quedado ya recogido en la nota 2.

dogmática de tal teoría general de la contratación administrativa de los entes públicos, agrupa fenómenos distintos, que en modo alguno son reconducibles a relación. Y ello: *a)* porque tales fenómenos responden a exigencias distintas; *b)* porque satisfacen finalidades también distintas; *c)* porque tales supuestos han sido constantemente sancionados de forma plenamente diferenciada a lo largo de todo su desarrollo histórico; *d)* porque también el derecho positivo los regula de forma distinta, y *e)* porque es igualmente distinto el papel que en ambos casos juegan las Administraciones públicas, así como la posición que en ellos adoptan.

II

1. He de señalar inicialmente al afrontar el estudio de los *öffentlich-rechtlichen Verträge* que ni pretendo llevar a cabo una simple exposición de las doctrinas elaboradas en torno a este punto, ni menos aún, formular una nueva construcción dogmática de esta figura. Nuestro intento es en cierto modo intermedio. Pretendemos, fundamentalmente, tomar posición frente a aquellos puntos que aparecen como claves y característicos. La referencia se reduce, por lo tanto, a dichas cuestiones; más concretamente, tal y como ellas han sido replanteadas en las nuevas construcciones doctrinales a las que hemos aludido.

Una primera observación surge inmediata al primer contacto con la doctrina administrativa alemana. Al margen de las obras monográficas, las referencias doctrinales sobre este tema son más bien escasas (21); esta reducción resalta más todavía si consideramos la amplitud con que otros problemas jurídico-administrativos han sido analizados. En Francia y España, por el contrario, la figura del contrato administrativo ha sido tradicionalmente uno de esos temas claves, no sólo por su importancia, sino también porque parece que la doctrina ha gustado a su vez de referirlo, en la medida de lo posible, a otras figuras jurídico-administrativas al exceso de poder, a la competencia de los tribunales administrativos, a la doctrina de la concesión, a la prestación de servicios, etc.

El fenómeno recogido tiene una clara explicación por lo que al

(21) Como excepciones HUBER, I, 57 y *passim*; FORSTHOFF: *Tratado*, 372 y ss.

desarrollo del Derecho alemán se refiere. La doctrina de los *öffentlich-rechtlichen Verträge* fué elaborada, y así se concretó inicialmente, para un ámbito superior al estrictamente administrativo (22). Pertenece, en su sustantividad, al Derecho constitucional; esto es, al ordenamiento propio del Estado en cuanto tal; se diría que el Derecho administrativo la desarrolla en concreto no tanto como figura específica suya, sino que la recoge en cuanto participa, y en la medida en que lo hace, en ese ordenamiento superior que es el del Estado; esto es, en tanto en cuanto el *Verwaltungsrecht* está comprendido en el *Staatsrecht*. Como *öffentlich-rechtlichen Verträge* se consideran, por tanto, no sólo los que la Administración pública concluye y que son los que aquí nos interesan, sino también pactos, tratados, concordatos, materia ésta, como es obvio, propia del Derecho constitucional o del internacional (23). Si este hecho explica la reducción de tratamiento que esta materia recibe dentro de las obras generales de Derecho administrativo, impone correlativamente una delimitación temática de su contenido. Tal delimitación la formulamos (24), como es común por otra parte, con un criterio excluyente de carácter subjetivo, al marginar para nuestro estudio aquellos *öffentlich-rechtlichen Verträge* propios del Derecho internacional o del constitucional, así como los mismos convenios entre dos Estados. La necesidad de esta delimitación temática, necesaria y previa para afrontar este tema en el campo administrativo, ha sido por su parte la que ha impulsado a algunos autores (25) a postular por lo que al Derecho administrativo se refiere, la sustitución de la expresión *öffentlich-rechtliche Vertrag* por la de *verwaltungsrechtliche Vertrag*. No obstante, es indispensable aclarar que esta mutación terminológica en modo alguno significa un acercamiento material a la figura del contrato administrativo.

Podemos ya dar un paso adelante. Es preciso recoger el principio metodológico de que la evolución histórica facilita siempre una serie

(22) FORSTHOFF: *Tratado*, 372; STERN, 108.

(23) HUBER: *Verträge zwischen Staat und Kirche im deutschen Reich*, 1930, 75; FLEINER-GIACOMETTI: *Schweizerische Bundesstaatsrecht*, 1949, 159 y ss.; HUBER, I, 57.

(24) STERN, 108; vid. también SCHNEIDER: *Staatsverträge und Verwaltungsabkommen zwischen deutschen Bundesländern*, DÖV, 1957, 644 y ss.

(25) Una reciente sistematización respondiendo a este criterio en toda su amplitud, HUBER, I, 57 y ss.; usando la terminología a que nos referimos, APELT: *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1920; WOLFF: *Verwaltungsrecht*, 1958, 208.

de elementos de juicio; éstos sirven de base no sólo como datos presupuestarios para caracterizar una determinada figura jurídica, sino también para explicarla. También en este caso hay que considerar muy directamente esa valoración histórica. Aparte de lo que llevamos dicho, es fácil deducir que la faceta de relación entre entes públicos es, sin duda alguna, la más condicionante—veremos que no la exclusiva—en los *öffentlich-rechtlichen Verträge*. Mientras en Francia y España los contratos administrativos constituyen en su formulación originaria y principal la forma por la que la Administración satisface sus necesidades clientelares con un espíritu de gestión doméstica (26) relacionando a un administrado con la Administración, en el Derecho alemán la contratación peculiar del ordenamiento administrativo se perfila y desarrolla en la conjunción directa de las voluntades de dos entes públicos.

El planteamiento mismo es ya radicalmente distinto. Esta diversidad tiene, a mi parecer, una clara y palpable explicación. La puede facilitar la consideración misma de la estructura política de los distintos países, que en este caso de forma tan directa repercute en el desarrollo y planteamiento de las instituciones administrativas. Es un hecho palpable que en Francia y en España el régimen administrativo y la elaboración de su propio sistema jurídico, coincidió con un desarrollo política y administrativamente centralizado. *L'ancien régime*, incluso, falicitó también en este sentido una buena ayuda; no pocas de sus formulaciones administrativas, en este sentido perfiladas (27), pervivieron en la organización establecida después de la Revolución. Centralización pues, en la que el Estado no sólo es el ente público superior, sino que se diría también que, incluso, es el único que por derecho propio interviene en el tráfico jurídico-administrativo como tal ente público, constitutivo a su vez de los demás; éstos se encuentran fundamentalmente ensamblados en su estructura y se perfilan de modo que gozan tanto de la nota de personalidad como de aquella otra de publicidad, únicamente en cuanto tales notas se derivan directa y expresamente del Estado. La centralización creó un *centre unique* que infundió su propio espíritu a los

(26) SEELDRAYES, prólogo a FLAMME, VII s.

(27) M. y A. HAURIOU: *Précis élémentaire de Droit administratif*, 1943, 43; una excelente exposición del modo cómo en Francia se llegó al planteamiento centralizado del Estado absoluto comparativamente además al desarrollo pluralista alemán, en BUSSET: *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, 1954, 155 y ss.

posibles restantes sujetos (28). Creo que no es preciso insistir sobre ello ni tampoco sobre la comprensión impuesta por el Estado liberal centralizador a los entes públicos distintos del mismo, tanto territoriales como corporativos: la organización territorial (29), así como la de los *corps intermediaires* (30) son prueba concluyente de este planteamiento.

Dos importantes consecuencias pueden derivarse de las consideraciones anteriores. Primera: una relación contractual de carácter público y en la que intervenga el Estado, sólo es concebible, en virtud de su presencia, bajo el signo de una colaboración con el mismo; una colaboración que supone una adscripción a algo o a alguien que permanece como principal, como centro. En principio, no es pensable que al margen de este desarrollo en el que la adhesión (31)—una adhesión que es absorbida—es, en síntesis, el papel que queda a quien con el Estado contrata, tengan los entes públicos distintos del Estado fuerza y contenido suficiente para contratar de otro modo con él. Segunda: por otra parte, por lo que a los contratos entre entes públicos se refiere, el escaso contenido que las funciones *proprias* de estos últimos ofrecen, al margen de la estructura del Estado, reduce directamente la importancia y significación de los posibles convenios o «contratos» que entre sí pudieran realizar.

En Alemania los presupuestos políticos fueron totalmente distintos. Una idea central queda insistente y abundantemente reflejada a lo largo de toda la evolución histórica, tanto en su organización política como administrativa. La mentalidad alemana, podemos decir formulando un juicio general, reacciona con instintiva desconfianza ante la concentra-

(28) M. y A. HAURIOU, 44. Expresamente también JORDANA DE POZAS: *Las Corporaciones profesionales en el Derecho administrativo anterior a la Dictadura*, RFDM, 8-11 (1942), 21 y ss.

(29) SCHNABEL: *Deutsche Gesichte in neunzehnten Jahrhundert*, 1949, II, 89; CHAPMANN: *The Prefects and provincial France*, 1955; GARCÍA DE ENTERRÍA: *Problemas actuales de régimen local*, 1958, 6 y ss.

(30) BERTHELEMY: *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1933, 331; JORDANA DE POZAS: *Las Corporaciones*, 19 y ss.; GIANNINI, 47; DRAGO: *Les crises de la notion d'établissement public*, 1950, 33; GARRIDO FALLA: *Las transformaciones del régimen administrativo*, 1954, 45; S. MARTÍN-RETORTILLO: *La «table ronde» de 1958 del I. I. de C. A.*, RAP, 26, 238 y ss., recogiendo referencias sobre este punto formuladas. Con una perspectiva histórica, relacionando incluso este problema con el que la nota anterior recoge, vid. la excelente monografía de GARAU: *La Révolution et l'égalité civile*, 1953, 121 y *passim*.

(31) Vid. PEQUIGNOT, 259; en parte también FLAME, 17.

ción y la centralización (32). Hay un verdadero fraccionamiento de los derechos de soberanía (33). Prefiere la articulación y la distribución. Se trata de un verdadero principio que, a pesar de haber ofrecido tristes excepciones, ha sido respetado a lo largo de su historia contemporánea. Casi como una idea obsesiva se ha mantenido y se mantiene. Es ya su misma estructura política la que es esencialmente pluralista (34), no unitaria. Lo fué en el XIX antes de su unidad nacional, y cuando en 1870 surgió el Imperio alemán, lo hizo como una Federación de veinticinco Estados, con un *Bundesrat* en el que orgánicamente se reflejaba esa misma pluralidad. La República de Weimar se mantuvo en esa misma línea; y después de la pausa del III Reich, se desarrolla en esta misma dirección, ampliamente sancionada por la Ley fundamental de Bonn (35). Más aún, queda incluso acentuada. Junta al orden político, la organización administrativa acredita también esta pluralidad: por una parte, la evolución que a lo largo del siglo XIX y de este siglo sufre la organización administrativa, manifiesta una creciente desmembración de las autoridades administrativas de la Administración general (36); por otra, el Estatuto municipal prusiano de vom STEIN al señalar las bases para la moderna administración autónoma alemana, establecía ya un robustecimiento de la misma, que además fué directamente favorecido por particulares circunstancias político-sociológicas (37). La misma multiplicidad encontramos también en relación con la Administración pública no territorial; ayuda no poco la estructura de la misma sociedad alemana (38). Los entes institucionales y corporativos

(32) FORSTHOFF: *Tratado*, 591.

(33) Sobre este punto, refiriéndose históricamente al Estado de Polonia, BUSSI, 172.

(34) Vid. ANSCHÜTZ: *Der deutsche Föderalismus in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, VVDStRL, 1924, 11; STRAUSS: *Zu den Problemen des deutschen Föderalismus*, Gedächt, Jellinek, 144 y ss.; históricamente, SCHNABEL, II, 88 y ss.

(35) En relación con la actual organización alemana, por todos, MAUNZ: *Deutsches Staatsrechts*, 1958, 9 y *passim*.; RITTER VON LEX: *Die Grundlagen unserer föderative Staatsordnung*, Fest. Nawiasky, 237 y ss.

(36) FORSTHOFF: *Tratado*, 586.

(37) Me refiero al papel que la burguesía jugó a favor de las administraciones autónomas precisamente contra el Estado: FORSTHOFF: *Die öffentliche Körperschaft in Bundesstaat*, 1931, 8; sobre la oposición de la nobleza a tal reforma, SCHNABEL, 1948, I, 356.

(38) Creo que nada refleja mejor esta situación que, por encima de su valor anecdótico, el conocido dicho alemán: «Ein Deutscher-ein Beamter; zwei Deutsche-ein Religionsstreit; drei Deutsche-ein Verein.»

tienen un brillante desarrollo, respetado y mantenido a lo largo de todo el siglo pasado, rico en matices, cargado de Historia y jugando un papel decisivo en la organización de las funciones públicas como medio de descentralización (39).

En Alemania, por lo tanto, el Estado no ha ejercido, ni ejerce, un monopolio directo sobre las funciones públicas (40). Esta circunstancia explica, al mismo tiempo que ayuda a comprender, el planteamiento de los *öffentlich-rechtlichen-Verträge*. La cuestión puede quedar de esta forma anunciada: las funciones públicas se distribuyen como propias entre un sin fin de entes públicos, de organismos en cierto modo autónomos, de *Körperschaft*, a los que corresponden determinadas obligaciones públicas, para todos ellos *propias*, no recibidas por delegación. Se fijan así los presupuestos naturales necesarios para la posible estipulación de contratos entre los mismos (41). Este es, pues, el caso: una descentralización política y administrativa es la expresión inequívoca del planteamiento subjetivo necesario en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas, para establecer unas relaciones contractuales de carácter público como propias, sin necesidad de referirlas directamente al Estado. Además, permite comprender, dada la significación que tales entes tienen, el papel y la importancia que dichos contratos ofrecen en el campo de la concreta actividad administrativa.

2. También en el Derecho alemán surgió en torno a los *öffentlich-rechtlichen Verträge* la correspondiente polémica en torno a la misma posibilidad de su existencia. La *Existenzkampf* de los *öffentlich-rechtlichen Verträge* (42). Triste sino el del Derecho administrativo que parece que paradójicamente ha de comenzar en cada una de sus figuras por plantear y justificar la misma existencia de unos hechos, de unas instituciones que ya son vivas y que existen. En el Derecho alemán hay además una circunstancia que por así decirlo, viene incluso a agravar *rechliche Vertrag* como categoría con significado *doctrinal* específico,

(39) En general, sobre este punto, FLEINER, 83; HUBER, I, 105; WOLFF, 160. Una síntesis sobre el significado peculiar que la «Selbstverwaltung» supone en el derecho alemán: PILOTY: *Verwaltungsrechtlichen Gedanken*, Fest. Mayer, 1916, 111.

(40) FLEINER, 82.

(41) FORSTHOFF: *Tratado*, 373; objetable, sin embargo, la posibilidad que señala de contratar manteniéndose una relación de jerarquía.

(42) STERN, 108 y ss.

este planteamiento. El ingreso en el campo administrativo del *öffentlich-*lo constituyó, sin duda alguna, la obra de MAYER (43); una obra en la que en cierto modo latía una idea fundamental, una finalidad directa: precisamente poner en tela de juicio la posibilidad de tales *contratos*, especialmente por lo que respecta a aquellos en los que como veremos interviene un particular (44).

No entramos en la polémica concreta surgida en torno a la «lucha de la existencia» de estos *contratos*. Tampoco pretendemos analizar los distintos criterios formulados por la doctrina alemana para caracterizar los *öffentlich-rechtlichen Vertrag*, diferenciándolos de los *contratos* peculiarmente privados (45). Sin embargo, sí quiero detenerme en los dos puntos claves en los que, a mi parecer, MAYER apoya su tesis negatoria. En primer lugar, en la falta de una base positiva en la que fundamentarlos. Esta observación actualmente carece de valor. Tales *contratos* han sido ya sancionados positivamente de forma expresa; no obstante, esta apreciación ha dejado huellas profundas en la doctrina, ya que un buen sector de la misma ha venido exigiendo para que tales *contratos* sean posibles una norma positiva, al menos de carácter consuetudinario; la formulación es, como puede verse, amplia (46). Esta

(43) MAYER, 42; las referencias en *Deutsche Verwaltungsrecht*, 1914 son escasas y más o menos esporádicas: II, 262, 646, etc.

(44) Por si fuera poco la tesis negativa de MAYER, tenía ya precedentes en la doctrina alemana: GERBER: *Über öffentliche Rechts*, 1913 (2.^a ed.), 39 y ss.; siguiendo a su vez la posición de MAYER, vid. los autores que recoge STERN, nota 18.

(45) Distintas formulaciones recogidas en SALZWEDEL, 82.

(46) Una exposición sistemática en STERN, 114 y ss., que agrupa la doctrina que reconoce la posibilidad de tales *contratos* en dos grandes direcciones: la normativa —LÖNING, FLEINER, LAFORET, KORMANN, etc.— que exige un precepto positivo, al menos de derecho consuetudinario para que tal posibilidad pueda realizarse; junto a ella, la *dirección utilitarista que estima puede prescindirse de tal exigencia*. Interesa señalar que los autores que STERN recoge en esta segunda dirección —VON SEYDEL, W. JELLINEK, FORSTHOFF, WOLFF, etc.— ofrecen todos ellos una argumentación plena y estrictamente jurídica; los justificará también, pero en cierto modo, desde otro punto de vista, BUDDEBERG: *Rechtssoziologie des öffentlichrechtlichen Verträge*, AÖR, núm. 2, 8, 85 y ss. ZWAHLEN, 623a y ss. estima que la necesidad de la base legal viene determinada según los casos; no responde a ninguna regla general. La considera necesaria en los dos supuesto siguientes: cuando el *contrato* tiene por objeto derogar en un caso «d'espèce à une réglementation impérative de droit public» —convenios fiscales, convenios en materia de policía, *contratos* de expropiación— y cuando el *contrato* tiene por objeto «déléguer à un particulier des pouvoirs de nature publique, notamment des pouvoirs en rapport avec l'exécution d'une loi administratif». Este autor plantea, además, el problema de en relación a *qué* debe estimarse como necesario o no la base legal exigi-

apreciación, como digo es hoy día inoperante; ella misma, además, nos ofrece por su parte una entidad propia en cuanto tan sólo es explicable desde la perspectiva de un positivismo jurídico, posición tanto más imperdonable en MAYER dado su conocimiento y su vinculación que él mismo gustaba de reconocer (47)—, a un sistema jurídico-administrativo como el francés, en el que buen número de sus instituciones, y concretamente la de los contratos administrativos (48), habrían de desarrollarse, por lo que a su contenido material se refiere, al margen de un texto legal concreto y por obra de la jurisprudencia.

El otro punto de la tesis de MAYER que quiero destacar es, ni más ni menos, que la consabida argumentación negativa, partiendo de la falta de igualdad en que las partes se encuentran en estos supuestos. Tal igualdad, estima, es requerida como esencial al contrato. A este punto concreto está dedicada la segunda parte de este trabajo; a ella me remito. MAYER se refiere también a los contratos administrativos en la primera parte de su estudio, y una vez más no acierta tampoco al apreciar los fenómenos del Derecho romano al que tan amigo era de referirse en apoyo de sus tesis. Acaso porque no lo alcanzara directamente (49), sino sólo a través del planteamiento, rico en contenido desde luego, pero no en todos sus puntos históricamente exacto, que del mismo se formuló en el siglo pasado (50). MAYER, guiado por la idea obsesiva de que el Estado sólo manda unilateralmente, y que sólo también de esta forma puede manifestarse a través de lo que se estiman son contratos, los compara a éstos con el contrato censorio del Derecho romano, acto unilateral para él, y en el que también, según él, el censor ejerce la *censoria potestas*. Creo que la apreciación no es del todo exacta, sino muy al contrario. Estimo que es posible negar toda validez al ejemplo que MAYER recoge e, incluso, aducirlo a nuestro favor, ya que

da: ya sea en relación con el objeto del contrato, ya para proceder por medio de una convención en vez de por un acto unilateral.

(47) MAYER: *Deutsches*, I, IX, también en la edición francesa, 1903, XIV.

(48) Vid. *supra* nota 17.

(49) MAYER, *Zur*, 6 y ss., que no se determina directamente sobre textos ni sobre fuentes originarias, sino tan sólo sobre los planteamientos doctrinales que en el siglo XIX recibió el Derecho romano.

(50) Sobre esta apreciación genérica en torno a la validez histórica del Derecho romano, WIEACKER: *Der Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts*, ZS, 69, 342.

ni en el contrato censorio ejercita el censor *potestas*, ni menos aún se trata de un acto unilateral como él pretende (51).

3. De lo que llevamos dicho acaso puede parecer, a simple vista que los *öffentlich-rechtlichen Verträge* únicamente se llevan a cabo entre entes públicos; esto es, entre personas jurídicas que en cierto modo participan de la potestad de imperio. En modo alguno debe llegarse, sin embargo, a esta conclusión. Ya hemos cuidado por ello de formular las oportunas salvedades. En un buen número de estos contratos intervienen, como una de las partes, los administrados. Se impone, pues, considerar tanto contratos entre un particular y la Administración (52), como entre entes públicos. Hay aquí ya formulada una primera clasificación de los *öffentlich-rechtlichen Verträge* (53), clasificación que en su misma elementalidad es admitida por una buena parte de la doctrina (54): coordinación y subordinación. Los primeros, los de coordinación, son los contratos concluidos entre titulares—portadores—de la Administración pública, establecidos en relación mutua de paridad en cuanto a su consideración como entes públicos; los segundos, entre una Administración pública y una persona privada. Insisto, pues es importante, en que la idea de coordinación y subordinación, tal como sobre este punto la establece la doctrina alemana, se refiere únicamente a la posición que cada uno de los sujetos tiene o puede tener, considerados en una posible escala graduatoria determinada por su «publicidad»; en tal valoración graduatoria queda totalmente al margen la posición que las partes puedan adoptar en la relación obligacional que del contrato nace. Esta observación, a mi modo de ver, es fundamental.

No obstante, puede surgir inminente la pregunta. ¿Por qué negá-

(51) No han faltado desde luego autores que han negado el carácter contractual a tales contratos; hoy día, sin embargo, parece incontrovertible el reconocerlo, especialmente en base a TITO LIVIO, 23, 49, 1; CICERÓN, In. Verr., 3, 7, 18. El que que no sean contratos como los del derecho privado, no supone—tampoco aquí—que dejen de ser contratos. El contenido de los mismos está determinado por el acuerdo de voluntades de dos partes contratantes: ELIACHEVITCH: *Le personnalité juridique en droit privé romain*, 1942, 21. El planteamiento, como puede verse, es análogo al que luego recogemos en relación con los contratos administrativos.

(52) FLEINER, 167 y ss.; HUBER, 57 y ss.; FORSTHOFF: *Tratado*, 374; STERN, 143 y ss.; WOLF, 208 y ss.; SALZWEDEL, 43 y ss.

(53) FLEINER, 167; WOLFF, 208; STERN, 143.

(54) Diversa pero sustancialmente coincidente, si bien matizando más los distintos supuestos agrupados, HUBER, I. 57. Una distinta clasificación en SALZWEDEL, 43.

bamos la posibilidad de una construcción unitaria de los contratos de la Administración en el Derecho español y en el francés, cuando al parecer el Derecho alemán agrupa en los *öffentlich-rechtlichen Verträge* no sólo contratos entre entes públicos, sino también contratos entre la Administración y los particulares? ¿Por qué defendíamos la necesidad de mantener el carácter fragmentario, no totalizador, de los contratos de la Administración en el Derecho español, y aquí se agrupan supuestos en los que como sujetos figuran tanto particulares como la propia Administración? Quien estas preguntas formulara, creo, sin duda alguna, que pasaba sin comprender el problema. Y ello por las siguientes razones: en primer lugar, lo que hacíamos irreconducible a unidad sistemática, incluso aunque después se establecieran distinciones, no eran los supuestos de que contratasen dos Administraciones, o una Administración y un particular, sino los supuestos *típicos* de uno y otro caso; por ejemplo, un contrato administrativo y una convención entre entes públicos. Más aún; mantenemos que el simple hecho de convalidar y relacionar los argumentos propios de un supuesto con el otro, no es en sí mismo jurídicamente correcto. Insisto: lo que, por lo tanto, no puede unitariamente plantearse son los supuestos típicos que caracterizan una y otra figura. En segundo lugar, lo que en el Derecho español y francés debe desarrollarse unitariamente, como ha venido haciéndose hasta ahora, es toda la formulación del contrato administrativo, independientemente de que éste se realice entre la Administración pública y una particular, o entre dos Administraciones públicas; caso este último que no difiere esencialmente del anterior (55), en cuanto una de tales Administraciones, sólo una de ellas, tendrá una posición de prerrogativa y la otra asumirá en líneas generales el papel del administrado. Tercero: el planteamiento que criticamos es tan objetable como lo sería también el que en el Derecho alemán intentase comprender desde los *öffentlich-rechtlichen Verträge* aquellos otros supuestos semejantes al contrato administrativo (56), por el sólo hecho de que en

(55) ENTRENA CUESTA, 49, 79 y *passim*. Para un caso concreto GARCÍA DE ENTERRÍA: *La actividad industrial y mercantil y los municipios*, RAP, 17, 97; ZWAHLEN, 465a, nota 2, se refiere, al excluirla precisamente de su estudio, a esa forma de contrato en la que una de las Administraciones públicas interviene—dice—como un particular.

(56) Sobre la irreconciliabilidad de tales figuras, expresamente, MIELE, 15; FORSTHOFF: *Tratado*, 377.

uno y otro caso podamos encontrarnos como partes contratantes a una Administración pública y a un particular o a dos Administraciones públicas.

El contrato administrativo y el *öffentlich-rechtlichen Vertrag* son, por tanto, radical y esencialmente diferentes, incluso refiriéndonos a los que hemos calificado de subordinación, que son desde luego los que pudieran ofrecer con aquéllos una mayor semejanza. Recojamos estas diferencias. El contrato administrativo es, en síntesis, una fórmula de colaboración de los particulares (57) a una tarea concreta de la Administración; esta colaboración se resuelve, en líneas generales, mediante procedimientos de derecho público. Adóptese para calificar la tarea que se realiza, la expresión fin público, servicio público, interés público o la que se quiera. Lo que tal expresión demuestra, en definitiva, es que se trata de algo *proprio* (58) de la Administración que lo realiza. Los particulares entran directamente dentro de la esfera de la Administración. La tarea a realizar—al servicio que se presta o a la obra que se construya—es siempre algo *proprio* de la Administración, que por ello no puede desentenderse de la misma (59). Esta condición fija además, por su parte, el *status* propio que la Administración asume dentro de la misma relación contractual. La supremacía de la Administración no es sólo posicional, pudiéramos decir, esto es, en función de la valoración ontológicamente superior que le corresponde, sino que tal superioridad incide, perfilándola esencialmente, sobre toda la relación contractual. En el Derecho alemán por el contrario la posición del particular que interviene en los *öffentlich-rechtlichen Verträge* de subordinación es del todo distinta: interviene de forma directa en las condiciones y formación del contrato que se concluye y se diría que el papel que el mismo juega no está reducido a la simple manifestación de una adhesión. Son voluntades que se vinculan en su pureza, sin que la una absorba, por así decirlo, a la otra. Hay sí, no lo negamos, una diferente

(57) PEQUIGNOT, 306 y ss. y *passim*; FLAMME, 19 *passim*, matizando además directamente esta forma de relación, que no supone una simple concurrencia, sino que constituye la expresión de una colaboración organizada en la línea de una cierta finalidad: igualmente, en el prólogo de esta obra, SEELDRAYES, IX; ENTRENA CUESTA, 66, que justifica en este hecho la propia existencia del contrato. Desde otra perspectiva, expresamente, GENY: *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, 1930, 191.

(58) ENTRENA CUESTA, 71, sitúa esta consideración en el ángulo de la competencia.

(59) M. y A. HAURIU, 423; ALVAREZ GENDÍN, 52; PEQUIGNOT, 306 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos regulaciones*, 269; FLAMME, 20.

posición—*Stellung*—originaria de las partes; se diría que la Administración y el particular hablan, ambos libremente, desde pedestales situados a distinta altura. Pero esta diferencia no trasciende de ahí. Además, esa situación desigual en la posición originaria, no impide que la voluntad privada entre en la *formación* del acto contractual y se mantenga en el mismo con igual título y valor que la voluntad de la Administración (60). Los ejemplos clásicos que la doctrina (61) recoge entre los *subordinations-rechtliche öffentlich-rechtlichen Verträge* creo permiten fundamentar las afirmaciones anteriores. Un criterio en cierto modo general nos permite de esta forma caracterizar tales contratos de subordinación: se trata de una relación entre una Administración pública y un particular que se resuelve en una fórmula contractual—acuerdo de voluntades—, pero que si por determinadas circunstancias no llega a concluirse, la Administración puede *normalmente* alcanzar *ex lege* los mismos efectos de forma unilateral: se diría que la Administración antes de querer *imponer*, intenta gentilmente llegar a un posible acuerdo con el particular (62). En el caso de los contratos administrativos no es posible establecer una valoración análoga. Llamo finalmente la atención sobre las posibilidades a derivar de lo que venimos diciendo en relación con el Derecho español en cuanto que supuestos en cierto modo análogos a los contemplados en los *öffentlich-rechtlichen Verträge* de subordinación, se multiplican en nuestro sistema positivo, especialmente en materia tributaria por medio de los conciertos fiscales, convenios, etcétera (63).

(60) Sobre este problema en general, MIELE, 30.

(61) Enumerando una serie de ejemplos, por todos, WOLFF, 209; ZWAHLEN, 552a, valora contractualmente los convenios fiscales, ejemplo típico de los incluidos en este grupo; en contra de esta última caracterización contractual, BLUMENSTEIN: *System des Steuersrechts*, 1945, 182.

(62) ZWAHLEN, 532a, incluye en el «contrato de Derecho administrativo», como ya ha quedado observado, algunos supuestos propios, característicos, de los *subordinations-rechtliche öffentlich-rechtlichen Verträge*; expresamente, contratos de expropiación, convenios fiscales y determinados convenios en materia de policía. La argumentación que específicamente formula en relación con el último supuesto, es obvio, que podemos extenderla a los demás: se trata de reglamentaciones imperativas por principio. Interesa resaltar este aspecto en relación con lo que recogemos en el texto en cuanto que la Administración pueda *normalmente* llegar a los mismos resultados por medio de un acto unilateral que a través del contrato.

(63) Ha quedado ya recogido como la posición del Derecho italiano, aun propia y peculiar, se aproxima en algunos puntos al Derecho alemán. Este es uno de ellos. Muchos de los *öffentlich-rechtlichen Verträge* de subordinación podemos encontrarlos,

4. En el desarrollo comparativo que realizamos puede plantearse la pregunta de que al desconocer totalmente el Derecho alemán esa forma de colaboración contractual que es el contrato administrativo, de qué modo se satisfacen en ese ordenamiento las necesidades que los contratos administrativos cubren en Francia y en España. Esto es, cuando la Administración necesita proveerse de un suministro o cuando ha de procederse a la construcción de una obra pública, ¿cuál es la forma jurídica en que se concretan tales supuestos?

Es posible responder casi con carácter general al interrogante anterior. Los supuestos que los Derechos francés y español ofrecen como contratos administrativos, se resuelven en el Derecho alemán como contratos de derecho privado. Esta observación, compulsada directamente en una serie de casos concretos, nos parece del máximo interés. No sólo porque allí se justifica, sino porque además constituye un precioso medio para comprender lo que realmente representó la teoría del Fisco, que tan amplio sentido tuvo en el Derecho alemán y de la que todavía quedan vestigios directos (64). Lo que jurisdiccional y políticamente representó la teoría del Fisco y la directa operatividad que

en su esquema, en el derecho italiano; MIELE, 45 y s. se refiere a este problema al señalar cómo en el Derecho Administrativo italiano hay abundantes y notables ejemplos de contratos típicamente públicos en los que una de las partes es un administrado, y señala, entre otros, los acuerdos amigables en el procedimiento de expropiación, convenciones entre Administraciones docentes y entes privados, determinados acuerdos fiscales, etc.

(64) Vid. jurisprudencia reciente en STERN, III y ss. Por su parte, FORSTHOFF: *Tratado*, 159, estima aún vigente el concepto de Fisco tal como históricamente se desarrolló, hecha excepción de la consideración del mismo como sujeto independiente junto al Estado. Sobre este punto, quiero recoger cómo en la jurisprudencia española, tanto en el Tribunal Supremo como en la de conflictos, con un criterio lamentable, digno desde luego de mejor elogio, ha venido esta construcción operando, incluso actualmente, de forma verdaderamente injustificable al determinar como razón *fundamental* para fijar el sometimiento al Derecho privado el que la Administración aparecía como persona jurídica—en este punto tenía el apoyo de la vieja ley de lo contencioso—o que aparecía como sujeto con derechos y obligaciones (sic!). Como si cuando estuviese sometida al Derecho Administrativo no obrase como persona (la sentencia de 28 de octubre de 1896 señala que en el caso de contrato administrativo de la Administración carece ésta del carácter de persona jurídica), o no fuese sujeto de derechos y obligaciones. En la dirección mantenida que criticamos, entre otras, sentencias de 28 de septiembre de 1886, 10 de febrero de 1893; R. D. de 15 de junio de 1898; R. D. de 14 de febrero de 1888; R. D. de 27 de diciembre de 1901; sentencias de 5 de enero de 1906; 30 de octubre de 1909, etc.; entre la jurisprudencia reciente, sentencias de 26 de octubre de 1943 y 30 de mayo de 1953.

como construcción jurídicamente vinculante ofreció, creo es lo que explica cómo las formas contractuales a las que nos referimos se desarrollaron de acuerdo con el derecho privado.

Es discutible, desde luego, la afirmación de MAYER (65) acerca del cambio que la Revolución supuso en el Derecho administrativo francés haciendo que allí surgiera *ex novo*, todo un sistema jurídico (66); lo que, sin embargo, ya no es discutible, por lo que a Alemania se refiere, es lo que él mismo señala de que en la formación del Derecho administrativo alemán hay un derecho que directamente permanece, unas trayectorias jurídicas que se continúan en su misma formulación, acaso quizá porque la falta de unidad política impidiera esa brusca y total sustitución que él ve en el Derecho francés. Porque lo cierto es que las antiguas formas jurídicas—las del Derecho civil—se desarrollan y, especificadas, se mantienen (67). No hay una crisis violenta (68). El valor que la teoría del Fisco tuvo en la génesis del Derecho administrativo hay que plantearlo desde esta perspectiva: unas normas de Derecho civil que son derecho propio—ni excepcional ni especial—de la Administración. Un sistema que, desarrollado con prioridad a lo que en otros países supuso el llamado régimen administrativo, y asentado ya cuando éste se perfila, absorbería por su parte al presentarse, muchos de los supuestos que en los otros sistemas irían más tarde a integrarse directamente en el Derecho administrativo. El significado político que la teoría del Fisco presentó como construcción propia tendente a garantizar procesalmente una posible personalidad demandada (69)—tan lejana a su vez de la construcción romana que como modelo se aducía (70)—, es determinante para comprender su significado. Someter a con-

(65) MAYER: *Deutsches*, I, V.

(66) Sobre este problema, SCHNABEL, I, 108 y ss.

(67) Acerca de este punto concreto me remito a S. MARTÍN-RETORTILLO: *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, 1959, en toda su primera parte.

(68) MAYER: *Deutsches*, I, V; FLEINER, 25.

(69) Vid. MAYER: *Deutsches*, I, 51; FLEINER, 29 y 40; FORSTHOFF: *Tratado*, 51 y 403; WOLFF, 80.

(70) La toma como modelo de la construcción romana se confiesa abiertamente: vid. ops. cit. en nota anterior. Sobre la construcción romana: MITTEIS: *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1908, I, 349 y ss.; KOSCHAKER, *ZS*, 32, 407 y ss.; BOLLA: *Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt mit Beiträgen zur Lehre vom aerarium*, 1938, 78 y ss.; ELIACHEVITCH, 33 y ss.; JÖRS-KUNKEL-WENGER: *Römisches Privatrecht*, 1949, 74; MOMMSEN: *Römisches Staatsrecht*, 1952, II, 2, 999 y ss.;

trol jurisdiccional un buen número de actos de los que la Administración realizaba; tantos, que el Fisco llegó a ser casi el eje del Estado (71). La teoría del Fisco jugó, pues, su propio papel; un papel que es imposible marginar al tratar de comprender el sistema administrativo alemán, ya que a lo largo de su evolución histórica puede observarse cómo el Derecho administrativo no tendrá para la Administración el carácter tendencial de totalidad o quasi totalidad que en Francia o España ofrece en función a subsumir en él la mayor parte de las relaciones jurídicas de la Administración (72): una buena parte de estas relaciones se desarrollaron, y se siguen desarrollando todavía, de acuerdo con los esquemas privados. Y entre tales materias, precisamente, los supuestos a que aquí nos referimos, y que en Francia y en España se resuelven en un contrato administrativo.

Podemos notar, finalmente, al margen ya del problema que tratamos, cómo esta preponderancia de la temática civil, explica no sólo el fenómeno recogido, sino también—a pesar de que de la construcción pandectística expresamente intentase separarse—, cómo es la misma problemática civil la que va a pasar, en la medida de lo posible, al Derecho administrativo, tanto en la construcción de sus instituciones como en la problemática que generan (73).

5. Una última observación. El que hayamos señalado que el supuesto que el Derecho alemán contempla sea distinto del que el con-

RABEL: *Grunzüge des römischen Privatrechts*, 1955, 44. La construcción romana parte de la época de Augusto; no del tardo Derecho romano como GIANNINI, 46, señala. Una relación de las dos construcciones a las que el texto se refiere en GARCÍA DE ENTERRÍA: *Introducción*, cit.

(71) FLEINER, 30.

(72) FLEINER, 31; en otro sentido, también CLAVERO ARÉVALO: *Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como un ordenamiento común y normal*, RGLJ (1952), separata, 30 y ss.

(73) Me refiero al planteamiento concreto que en el Derecho alemán tienen muchas figuras jurídico-administrativas, planteamiento que se especifica en formulaciones análogas a las del Derecho civil, ajenas en su mayor parte a la temática existente, por ejemplo, en el Derecho administrativo francés y español: vid. S. MARTÍN-RETORTILLO: *El Derecho civil*, cit., por lo que a nuestro caso atañe, vid., por ejemplo, el modo de obligarse de la Administración, la fuerza obligatoria de los contratos y la eficacia que para la Administración tiene el principio «pacta sunt servanda», la aplicación a los contratos de la Administración de la «rebus sic stantibus», etc. Empleamos, pues, la expresión privatización del Derecho administrativo en sentido distinto al usado por GARRIDO FALLA, 155 y ss.

trato administrativo representa, no impide señalar la existencia de una cuestión, presente en ambos casos. Me refiero al problema de la *igualdad de las partes*. La igualdad supone una valoración referible a la posición de las partes. Ahora bien, no quedaría completa esta exposición si no recogiéramos cómo los *öffentlich-rechtlichen Verträge* son contrastados también con el principio de igualdad. Se trata, esta última, de una valoración de la igualdad totalmente distinta a la anterior; su formulación constituye, a mi modo de ver, un planteamiento peculiar del sistema alemán, que puede enunciarse del modo siguiente (74): la Administración pública para el cumplimiento de sus fines exterioriza su voluntad tanto a través de formas contractuales como unilaterales. Tanto por medio de unas como de las otras, insisto, puede actualizarse el ejercicio de su función. El contrato es, también aquí, fuente de obligaciones para las partes. Y si es evidente que la forma contractual ofrece en situaciones concretas una mayor flexibilidad que la actuación reglamentaria, presenta no obstante dos inconvenientes fundamentales: por una parte, la mayor vinculación que a la Administración impone al incrustar ésta su declaración de voluntad en una relación contractual; por otra, y es la que nos interesa, el peligro evidente que para los administrados puede implicar en cuanto de tal modo puede violarse el principio constitucional de igualdad de los mismos ante la Ley, así como también aquellos otros principios que de este último se derivan, de igualdad ante la Administración, ante las cargas públicas, etcétera. Por lo tanto, si a través de un contrato la Administración puede ejercitar, y de hecho ejercita, sus propias funciones en relación con casos concretos, el solo hecho de esta posibilidad lleva consigo también la posibilidad de que la Administración se comporte con un administrado de modo distinto que con otro; en condiciones o más favorables o más gravosas. El contrato, es evidente, no presenta la tipificación general que caracteriza a la norma: los tratamientos de favor, de desigualdad—a pesar del papel directo que aquí ha de jugar la jurisdicción

(74) FLEINER, 39, 167 y ss.; FORSTHOFF: *Tratado*, 374. Especialmente, SALZWEDEL, 125 y ss. Este planteamiento, genuino de la doctrina alemana ha sido recogido también en Suiza: vid. ZWAHLEN; 483a y ss., quien notando la posibilidad de que por medio del contrato se viole el principio constitucional de igualdad ante la ley, analiza el juego que el «contrato de Derecho administrativo» —que por definición supone e implica un modo de reglamentación individual— puede ofrecer en relación con los principios de igualdad y de legalidad de la Administración.

revisora—, tienen puerta abierta. Por ello el replanteamiento y la confrontación que esta materia requiere, precisamente desde una valoración constitucional y que actualmente de modo expreso formula la doctrina alemana en relación con el art. 3.º de la Ley fundamental de Bonn.

III

I. Analicemos ahora la otra vertiente a la que este trabajo se refiere: *contrat administratif*, contrato administrativo. Sus características más importantes han quedado ya en buena parte recogidas. No obstante, debemos detenernos en concreto en esta figura para formular una valoración general de la misma.

Un fenómeno abiertamente comprobable y que reiteradamente ha sido recogido nos sirve de premisa. En su formulación más elemental puede expresarse de la forma siguiente: la Administración para la consecución de sus fines, o actúa ella misma directamente—supuestos de gestión directa, por ejemplo—, o bien puede optar porque aun sin desentenderse de ellos, sean particulares específicamente cualificados—contratista interpuesto, concesionario, etc.—, los que, en su nombre, lleven a cabo una determinada actividad que en cierto modo le corresponde también a ella, en cuanto tendencialmente tal actividad está de modo directo teleológicamente configurada. Ambas posibilidades son viables. La determinación que la Administración adopte frente a tal opción constituye además, ni más ni menos, la cualificación política más importante de su gestión.

Sigamos adelante, reduciendo a un esquema elemental—no se olvide que se trata de un esquema—el posible proceso genético de una serie de instituciones jurídico-administrativas, sabedores, por otra parte, que únicamente se han de reflejar las líneas fundamentales de un largo y complejo desarrollo histórico de elaboración dogmática.

En ese uso que la Administración hace de las instituciones privadas para la satisfacción de sus fines (75) hay un momento—valoración histórica concreta, determinada—en el que para determinadas materias

(75) Por todos, FLEINER, 39.

—valoración sustantiva, también perfectamente determinable—, diríase que tal régimen, el del derecho privado, no sirve. Es insuficiente fundamentalmente, por la necesidad de mantener en todas esas situaciones jurídicas la prerrogativa (76), la presencia constante y superior de la Administración pública: hay que arbitrar para ello, refiriéndonos a nuestro caso, normas rigurosamente anticontractuales en el sentido civil (77). Entonces, y en esos supuestos, es cuando las figuras contractuales de las que la Administración se sirve van especializándose de las civiles en cada situación concreta. El contrato administrativo, como institución en cierto modo especial de la regulada por el Derecho civil. La diversificación se acentúa, aunque sigue mantenida en el plano particular de los casos concretos (78); los contratos administrativos. Sólo cuando tal especialización adquiere, por una parte, relevancia y entidad suficiente, de modo que «juega orgánicamente y no por simple excepción casuística según una dialéctica propia» (79), y por otra, supera el particularismo de las situaciones particulares aisladas y puede ofrecer un sistema peculiar y armónico (80), es cuando ya, formulando una síntesis, puede hablarse como figura propia del contrato adminis-

(76) Una sugestiva aplicación al problema de los contratos del conocido criterio de valoración de la prerrogativa de RIVERO: *Exist-t-il un critère du droit administratif?*, RDP (1953), 279 y ss., ha sido llevado a cabo por FLAMME, 24 y ss. La derogación del derecho común en el supuesto de los contratos no supone sólo una más ventajosa posición de la Administración pública, sino que realmente le impone además a ésta una «réelle servitude publique». Esta consideración la lleva FLAMME, 31, a la misma definición que formula que contrato de obras públicas. Creo que la observación es exacta: en relación con los contratos administrativos se habla siempre de que el régimen exorbitante del derecho común otorga a la Administración una posición más ventajosa; preciso es reconocer, sin embargo, que esa consideración en razón del interés público que tal posición justifica, le impone simultáneamente también a la Administración una serie de restricciones, de «derogations en moins», de cuya valoración ciertamente no se puede prescindir.

(77) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos regulaciones*, 269; GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ ÚRSOS: *Derecho administrativo*, 1957, I, 516; FLEINER, 35 y ss., señaló ya con carácter general, cómo en definitiva el Derecho administrativo había nacido como un Derecho especial para aquellas relaciones de la Administración pública para las cuales el Derecho privado no era el derecho «adecuado».

(78) Sobre este fenómeno en el campo del contrato administrativo, PEQUIGNOT, I y ss.; también DE LAUBADERE, I, 10. Compárese con la propia génesis del contrato en el Derecho romano: vid. *infra* notas 99 y 101.

(79) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos regulaciones*, 271.

(80) PEQUIGNOT, 5 y ss.; la observación recogida en el texto es, como ya hemos indicado, la valoración que formula de la obra de JÉZE.

trativo. Fijar la vía por la que consolidándose tal especialización deviene el contrato administrativo una figura de naturaleza distinta y el modo como esto se logra, supone en última instancia establecer los perfiles del contrato administrativo, sus propias características. Esto es, ¿por qué un contrato es administrativo?

No pretendemos entrar a determinar la posible caracterización *sustantiva* del contrato administrativo. Interesa ahora recoger que si en Francia la elaboración del contrato administrativo fué obra del Consejo de Estado, en España ha existido también una razón en cierto modo semejante, igualmente de carácter jurisdiccional. El contrato se consideró administrativo, ni más ni menos, por el hecho de que su conocimiento correspondía a la jurisdicción contenciosa; por medio de ella ha alcanzado además su sustantividad. Se diría, enunciando elementalmente la cuestión, que el contrato administrativo en su origen no es sino un contrato sustantivamente civil, del que conoce la jurisdicción contenciosa.

Este criterio, defendido por parte de la doctrina (81), ha venido a ser considerado como una especie de petición de principio, estimándose que la competencia de la jurisdicción administrativa es efecto y no causa de las peculiaridades del contrato administrativo (82). Esta observación, de significado dogmático, podrá operar acaso *de lege ferenda*; no es válida, sin embargo, para explicar la génesis del contrato administrativo y su significado real. Desde una perspectiva histórica, el enunciado recogido sosteniendo una diferenciación exclusivamente jurisdiccional, aparece incontrovertible para el Derecho español. No había otra especialidad que la derivada del hecho que de ellos conociese la jurisdicción contenciosa (83). Esta es, pues, de acuerdo con el Derecho

(81) Referencias en GARCÍA DE ENTERRÍA: *La configuración del recurso de lesividad*, RAP, 15, 117 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO, 330 y ss.

(82) FERNÁNDEZ DE VELASCO, 6 y ss.; ENTRENA CUESTA, 62. En relación con la tesis defendida por este último autor, en contraste con la que sostenemos en el texto, creo que es perfectamente aplicable la observación que, con carácter general, formula VEDEL: *Droit administratif*, 1958, 27: «Aujourd'hui l'on justifie volontiers l'existence d'une juridiction administratif distincte de l'ordre judiciaire par la nécessité de appliquer un droit especial, le droit administratif. Mais historiquement, c'est l'existence d'une juridiction administrative qui a donné naissance à un droit administratif autonome.»

(83) Este fenómeno, por otra parte, es perfectamente posible y en modo alguno es extraño en el derecho positivo español, por ejemplo, vid. art. 3, b), de la Ley de la jurisdicción contenciosa de 27 de diciembre de 1956 que atribuía a la misma, sin especi-

histórico español, la única característica que les infiere su peculiaridad.

Este hecho es históricamente irrefragable, al menos tal y como puede deducirse de la *mens legislatoris*, del Derecho positivo y de la doctrina de la época en la que quedó formulado el planteamiento inicial de esta materia (84). GARCÍA DE ENTERRÍA, defendiendo la interpretación que seguimos, llega además a esta conclusión interpretando el art. 5.º de la antigua Ley española de lo contencioso: «Continuarán, sin embargo, atribuidas a la *jurisdicción contencioso-administrativa* las cuestiones referentes al cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos...». El término, *sin embargo*, hace referencia en su contenido al artículo anterior, número 4, que exceptúa de la jurisdicción contenciosa «las cuestiones de índole civil». Entre ellas se incluyen «aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica», supuesto en el que para el legislador se comprenderían los contratos administrativos. Es decir, éstos son «cuestiones de índole civil; *sin embargo*, de ellos conoce la jurisdicción contenciosa. Por otra parte, además, ya hemos visto cómo para la jurisprudencia este obrar como persona jurídica es expresión que indefectiblemente lleva consigo la aplicación del derecho privado.

Siguiendo la evolución del contrato administrativo hay que señalar, un tanto paradójicamente, que reliquias y restos de esta misma configuración aparecen en el Derecho español vigente, a pesar de que en el mismo el contrato administrativo tenga ya sustantividad propia.

El art. 3.º de la Ley de la jurisdicción contenciosa de 27 de diciembre de 1956 (85) señala, como es sabido, que tal jurisdicción conocerá de las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos que la Administración celebre, cualquiera que sea su naturaleza, siempre que tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. Tres consecuencias fundamentales se derivan de la letra de este texto.

ficar, una materia tan típicamente civil como algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración. Este artículo ha sido modificado a su vez, volviendo en parte al sistema anterior, por el artículo 40 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado.

(84) Una amplia exposición en este sentido en GARCÍA DE ENTERRÍA: *La configuración*, 112 y ss., especialmente notas 6 a 9, por lo que a la doctrina se refiere; vid. también la recogida por ALVAREZ GENDIN, 30 y ss.

(85) Sobre este punto concreto BOQUERA OLIVER, 203 y ss. También, expresamente, GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, 515, nota 23.

Primera: a nuestro parecer, hay en el art. 3.º de la Ley de la jurisdicción contenciosa una clasificación de la actividad contractual de la Administración. Al someter a la jurisdicción contenciosa los contratos de la Administración, *cualquiera que sea su naturaleza*, explícitamente se reconoce que tales contratos pueden ser de distinta naturaleza. Esta afirmación, para que no carezca de sentido el texto de la Ley, hay que referirla, naturalmente, a la posible naturaleza pública o privada de dichos contratos. Sin embargo, hay más todavía, porque por lo que se refiere a los contratos civiles de la Administración, el art. 3.º permite establecer además una más concreta especificación. Es obvia, y así se admite, la existencia de contratos privados de la Administración que no tienen por finalidad obras y servicios públicos; pues bien, teniendo en cuenta esta consideración, cuando la Ley señala que la jurisdicción conoce de los contratos de la Administración cualquiera que sea su naturaleza—por lo tanto, hay aquí contratos privados—, siempre que tengan por finalidad obras y servicios de toda especie, implícitamente se reconoce en relación con los contratos privados, que hay: a) contratos privados de la Administración que no tienen por finalidad obras y servicios públicos y que, por lo tanto, de ellos no conoce la jurisdicción contenciosa y a los que no se refiere la Ley; y b) contratos privados de la Administración que tienen por finalidad obras y servicios públicos y de los que, por lo tanto, de acuerdo con el texto de la Ley, conoce la jurisdicción contenciosa. Es preciso mantener esta clasificación a no ser que neguemos todo significado y todo valor a una expresión tan directa y vinculante como la de que «cualquiera que sea su naturaleza», y en relación con la cual refiere el art. 3.º la posibilidad de que tales contratos tengan por finalidad obras y servicios públicos. Pero ¿qué hay en este artículo que de esta forma permite clasificar los contratos de la Administración? A mi parecer, lo que aquí se ha recogido, aplicándolo al supuesto de los contratos, es la tesis de AMORTH (86), tesis que de forma tan directa ha sostenido en España uno de los más directos inspiradores de esta Ley (87): estamos, ni más ni menos, frente a esas formas privadas para la realización de fines administrativos, entre

(86) AMORTH: *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa*, 1938.

(87) BALLBÉ: *Derecho administrativo*, NEJS, 1950, I, 56 y ss.

las que hay que situar a los contratos privados de la Administración que tuvieren por finalidad una obra o un servicio público (88).

Segunda: fijada la posibilidad de contratos privados de la Administración que tengan por finalidad una obra o un servicio público, la valoración material que esta última caracterización puede derivarse, incluso en su más amplio sentido, no sirve ella sola para fijarla como característica peculiar y diferenciadora de los contratos administrativos. Asimismo, dado que la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de determinados contratos privados, el simple hecho de tal conocimiento no es ya, con carácter exclusivo, determinante de la naturaleza administrativa del contrato.

Tercera: en la estructura sistemática de la Ley de 1956 hay, como apuntamos, restos del planteamiento de la legislación anterior (89). El artículo 1.º de la Ley enuncia el principio general en relación con la competencia material de la jurisdicción: pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de carácter inferior a Ley. Complemento de este artículo son los dos siguientes; en ellos se matiza precisamente tal enunciado general de competencia. Así, el art. 2.º concretando tal criterio enumera una serie de actos que aun relacionados con la Administración, que aun incluso sometidos, al menos en parte, al Derecho administrativo—es la exigencia que el art. 1.º postulaba—, no entran dentro de la competencia de la jurisdicción contenciosa, precisamente porque no tienen naturaleza administrativa (90): cuestiones penales, civiles, de carácter constitucional, actos políticos. Es la exclusión general al principio, también general, del art. 1.º *Sin embargo*, y aunque no se formule precisamente con este término, el sentido perma-

(88) Desde otro punto de vista, ¿sería posible establecer una relación entre estos supuestos contemplados por AMORTH y BALLBÉ y aquellos otros a que se referían M. y A. HAURIOT, 482, cuando hablaban de la forma administrativa de los contratos privados de la Administración.

(89) Esta tesis fué desarrollada por CLAVERO ARÉVALO en el curso sobre «La jurisdicción contenciosa», celebrado en el Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla en el año 1957.

(90) Como excepción al principio que recogemos aparecería únicamente el supuesto contemplado en la última referencia del apartado c) del artículo 2 de la Ley. En relación con todos los demás supuestos, es innegable la afirmación establecida: por su parte, expresamente la Exposición de motivos de la misma ley, II, 4). Sobre el caso concreto reconocido en el artículo 2, b), vid., S. MARTÍN RETORTILLO: *La desviación de poder en el Derecho positivo español*, RAP, 22, 132 y ss.

nece en su totalidad, sin embargo, digo, a pesar de lo que el art. 2.º excluye, de entre actos que tienen la naturaleza de los excluidos—civiles, entre otros—, la jurisdicción contenciosa *conocerá*—art. 3.º—de determinados actos de naturaleza civil—contratos, responsabilidad civil de la Administración o actos que aun sin tener específica naturaleza administrativa, le puedan ser atribuidos por una Ley (91). Insisto, finalmente, en que se tratan de restos del planteamiento anterior, pues en relación con el derecho vigente no puede sostenerse ya que los contratos administrativos estén únicamente caracterizados por esa diferenciación jurisdiccional.

2. Recogidas las observaciones anteriores hemos de volver al punto de partida. La caracterización de los contratos administrativos surge, pues, en primer lugar, de esa simple asignación jurisdiccional de competencias, sin que ello suponga alteración de la naturaleza jurídico-privada de tales relaciones. Faltó para el contrato administrativo un verdadero derecho material, y casi puede decirse que sigue faltando todavía. GARCÍA DE ENTERRÍA (92) lo ha señalado expresamente: en rigor—dice—no existe un cuerpo de normas propiamente tales aplicable al fondo de la contratación administrativa: falta un verdadero derecho objetivo, jugando como tal el mismo derecho de la contratación privada. Porque las normas referidas al contrato administrativo establecen más que nada una serie de *formas* distintas de las fijadas para los contratos civiles (93), diferenciación que está fundamentalmente inspirada en una desconfianza hacia la propia Administración (94).

(91) Vid., *supra* nota 83.

(92) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos regulaciones*, 248.

(93) En la génesis histórica del contrato administrativo, el Derecho español es tajante en resaltar casi exclusivamente este aspecto formal: vid., entre otros, R. D. de 16 de octubre de 1845; R. O. de 18 de marzo de 1846; R. D. de 27 de febrero de 1852; R. D. de 11 de noviembre de 1854; R. O. de 9 de febrero de 1858; R. D. de 10 de julio de 1861; R. O. de 30 de septiembre de 1865; R. O. de 4 de octubre de 1872; Ley de 13 de abril de 1877; R. D. de 12 de octubre de 1877; R. D. de 4 de enero de 1883; R. D. de 24 de junio de 1884; R. D. de 11 de junio de 1886, etc.

(94) En la doctrina puede deducirse de GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos regulaciones*, 247 y ss. En relación con el Derecho positivo, tal afirmación aparece como evidente; cfr. los textos citados en la nota anterior. En tal sentido es en extremo interesante el R. D. de 27 de diciembre de 1852 que suscrito por Bravo Murillo vino a poner en ejecución —según indicaba su Exposición de motivos—, un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos presentado a las Cortes en 1850 y «que no pudo ser

Ahora bien, hemos apuntado casi de pasada que el contrato administrativo tiene ya en el ordenamiento administrativo español, considerado en su unidad, una sustantividad propia. Exprofesamente renunciamos a determinar en qué consiste, admitido el supuesto de que pueda individualizarse una posible regla de oro que nos la determina característicamente. Basta con reconocer la existencia de tal sustantividad. Pero ¿cómo puede conciliarse tal afirmación con lo que anteriormente decíamos? ¿Qué ha pasado entre el ayer y el hoy para explicar este contraste? ¿Cómo ha alcanzado este contrato su propia sustantividad? La respuesta a estas preguntas puede ser la siguiente: partiendo de la atribución jurisdiccional señalada y de las normas de valor fundamentalmente formal a que nos hemos referido, a pesar de no mantener una línea uniforme, la jurisprudencia de conflictos y la del Tribunal Supremo han ido elaborando una caracterización sustantiva del contrato administrativo, que a su vez repercutiría en normas posteriores. Creo que hoy podemos nosotros hablar ya de una serie de caracterizaciones materiales de los contratos administrativos, y surgen espontáneas las expresiones, cláusulas exorbitantes, prerrogativas, falta de igualdad de las partes, etc. Pues bien, es cierto que la jurisprudencia no ha formado un cuerpo de doctrina homogéneo, unitario, armónico; ello no obsta, sin embargo, para reconocerle que ha sido ella la que ha elaborado esos conceptos que precisamente son hoy los que nos sirven como criterios caracterizadores y además es preciso reconocerle el mérito de que los formuló cuando ni siquiera textualmente tenían sede en los textos positivos. Obligado es reconocer también la aportación que en este punto ha llevado a cabo la doctrina jurídico-administrativa. Y tal tarea no sólo como resultado de la que pudiáramos considerar su función normal, sino también impulsando a su vez a la jurisprudencia y manteniéndose en una línea constante, más unitaria en general que la de aquélla, pudiendo además de esta forma suplir y completar aquellos puntos en los que las decisiones jurisprudenciales se presentaban un tanto desfalle-

leído ni discutido». Este texto, inspirador directo del capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 regularizaba los distintos métodos establecidos «para la celebración de contratos públicos», pretendiendo «restringir los actos de la Administración y sujetarlos a límites estrechos». Expresamente también, entre otras, la Instrucción de 18 de marzo de 1852; R. D. de 15 de septiembre de 1852.

cientes. Magnífico ejemplo ciertamente de la función integradora del sistema jurídico que a la doctrina le corresponde.

No se trata de señalar si la construcción llevada a cabo por la jurisprudencia ha sido en todos sus puntos correcta, o, lo que es más importante, si ha sido suficiente. Ello no me interesa tanto cuanto resaltar, por el contrario, que, a mi parecer, la doctrina jurisprudencial sobre los contratos administrativos ofrece en sí misma muchas más posibilidades constructivas que las que hasta el presente se han deducido de ella. Señalado el principio de que a través de la jurisprudencia y de la doctrina se han fijado los criterios que permiten en cierto modo una sustantivación del contrato administrativo, no entra dentro de este trabajo el desarrollo de este problema concreto.

Quiero referirme, sin embargo, a un punto particular en relación con los criterios establecidos por la jurisprudencia para caracterizar el contrato administrativo; y ello sin pretensión ninguna, ni por asomo, de agotar expositivamente el estudio de las soluciones dadas por el Tribunal Supremo. Sólo unas cuantas sentencias quedan recogidas, testimonio suficiente para evidenciar cómo han sido recogidos por la jurisprudencia los varios criterios doctrinales fijados en torno al contrato administrativo.

La jurisprudencia ha reconocido en ocasiones (95) la existencia, no de un criterio único, exclusivo, sino de varios y distintos que pudieran servir para caracterizar esencialmente el contrato administrativo; diversos puntos de vista aceptados, ya hayan sido formulados tanto por ella misma como por la propia doctrina. Otras veces se afianza en uno de ellos aisladamente. Posición de las partes, forma y contenido de los contratos, objeto y finalidad de los mismos, naturaleza asignada al contrato por el derecho positivo, falta de igualdad entre los contratantes, existencias de prerrogativas a favor de la Administración, cláusulas exorbitantes del derecho común. Estos criterios y otros parecidos, pero en principio a ellos reconducibles, se han reiterado multitud de veces. Ahora bien, podemos preguntarnos si hay en todas estas decisiones algún posible nexo común, alguna valoración que pueda figurar como denominador comprensible de todos estos criterios jurisprudenciales. Estimo que es viable una respuesta positiva, sin que por su parte pier-

(95) Sentencias de 18 de junio de 1913 de la Sala 1.ª en relación con la R. O. de 6 de agosto de 1901; 2 de febrero de 1942; 19 de mayo de 1956; 9 de octubre de 1957

dan eficacia y significado cada uno de los específicos criterios aducidos. A mi parecer, lo que, en definitiva, todas, absolutamente todas las expresiones anteriores caracterizan, es ni más ni menos que la existencia de una profunda desigualdad entre las partes contratantes. Esta característica, como peculiar del contrato administrativo, se expresa así a veces directamente (96), otras al referirse, también de modo expreso, a la situación de prerrogativa que la Administración tiene, a su posición exorbitante de las normas comunes (97); en otras ocasiones, puede también deducirse cuando, por ejemplo, la jurisprudencia se remite al ordenamiento positivo—que es el que a su vez sanciona realmente de modo más o menos amplio esta desigualdad—o a la naturaleza de los sujetos que intervienen (98); en otras, por último, es también determinante (99) el criterio de la finalidad, pues es innegable el desequilibrio contractual que existe entre una finalidad privada, siempre jurídicamente egoísta, y una finalidad pública a satisfacer, a la que en principio aquélla está subordinada.

Desigualdad de las partes, expresada con fórmulas distintas, es en la jurisprudencia española una posible característica sintética del contrato administrativo, característica que a su vez también la doctrina ha reconocido (100). Más adelante veremos que tampoco en los contratos priva-

(96) Sentencia de 9 de octubre de 1957.

(97) Sentencias de 20 de abril de 1936; 7 de julio de 1936.

(98) Auto de 17 de octubre de 1903; sentencia de 9 de octubre de 1957.

(99) Vid. sentencias de 29 de septiembre de 1896, 25 de junio de 1907, 26 de mayo de 1926, 2 de febrero de 1942, 19 de mayo de 1956, 23 de noviembre de 1957; también los RR. DD. de 13 de febrero de 1895, 26 de octubre de 1895, 15 de junio de 1898, y 9 de diciembre de 1908.

(100) PERRIQUET señalaba ya en 1890 —cit. en MAYER, *Zur*, 23—: un contrato es administrativo cuando el Estado interviene para ejercer directamente los poderes que constituyen la «puissance publique»; también HAURIOU: *Le gestion administrative*, 1899, 74; JÉZE, 1926, I, 299; PEQUIGNOT, 259 y 295 *passim*; GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos regulaciones*, 273; FLAMME, 30, nota 5. Creo que es necesario confesar abiertamente esta desigualdad y llevarla hasta sus últimas consecuencias. No han faltado desde luego intentos, con contenido y significado de valor más polémico que real que, justificando la existencia de los contratos en la Administración y partiendo en cierto modo de la necesidad de una posición igualitaria en los mismos, han arbitrado distintas fórmulas por medio de las que se pudiera explicar, e incluso justificar, tal existencia. Vid. el interesante, al mismo tiempo que poco conocido trabajo de BODDA: *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, StP, XXII (1937), 1-104; también, manteniendo el supuesto de la igualdad como necesaria, MIELE, 11, que centra su trabajo en la respuesta al interrogante de si existen en el Derecho administrativo actos contractuales iguales en los que una de las partes sea un individuo privado. Estima MIELE, 32 y ss. la con-

dos existe *siempre* una igualdad entre las partes; sin embargo, es obvio que esta desigualdad es *marcadamente más acentuada* en el contrato administrativo.

No obstante lo dicho, me parece necesario advertir que siempre que se hable de superioridad de la Administración en un contrato administrativo en relación con la posición que las partes ocupan en los contratos privados, es preciso indicar en qué se concreta precisamente tal superioridad, en qué aspectos de la relación contractual es operante. Y esto porque no es extraño encontrar en el contrato administrativo algunas facetas en las que tal superioridad de la Administración no sólo no se da en relación con los contratos privados, sino que, muy al contrario, la Administración se encuentra en una situación menos ventajosa que la de un particular tiene en relación con otro en un contrato privado (101); es, en definitiva, esa faceta en la que las cláusulas exorbitantes del derecho común—el mismo régimen administrativo—, como FLAMME señaló aplicando la tesis de RIVERO (102), restringen y limitan la posición contractual de la Administración en comparación con lo que un privado puede tener.

dición de igualdad como verdaderamente indispensable para la existencia de «contratos iguales», calificativo que atribuye precisamente a los contratos que nosotros estudiamos; ello no obsta para que reconozca —pág. 38 y *passim*— la existencia de «contratos desiguales» en los que la voluntad del privado, aun siendo elemento para la constitución de la relación contractual, no tiene la importancia que por su parte ofrece la exteriorización de voluntad de la Administración —págs. 49 y ss.—, y tiene, en cierto modo, un carácter accesorio. Como ejemplo típico de este supuesto, recoge la concesión de derechos de uso sobre bienes demaniales.

(101) Sobre distintos puntos concretos: GARCÍA DE ENTERRÍA: *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, RAP, 2, 91 y ss. en relación con los artículos 1.091 y 1.254 del Código civil español; S. MARTÍN-RETORTILLO: *El rescate de concesiones de servicios públicos de transporte* (en prensa), en relación con el artículo 1.594 del Código civil español acerca de la posible rescisión unilateral del contrato de empresa.

(102) La referencia a este planteamiento ha quedado ya expresamente recogida: vid. *supra*, nota 76. Refiriéndose, en general, a cómo el juego de prerrogativas y sujeciones está intrínseca y mutuamente condicionado, VEDEL: *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, ED, 8 (1954), 44.

IV

Hemos analizado por separado las dos fórmulas contractuales específicas que conoce, en general, el ordenamiento jurídico-administrativo. Debemos ahora relacionarlas en su misma diversidad, y referir, como quedó señalado, un problema común a ambas.

1. En síntesis, los dos puntos claves en torno a los que se centra toda la polémica—doctrinal y positiva—sobre la construcción dogmática del contrato en el Derecho administrativo pueden reducirse a estos dos:

1.º Los contratos propios y específicos del ordenamiento administrativo—en concreto me refiero a los *öffentlich-rechtlichen Verträge* y al contrato administrativo—tienen actualmente una sustantividad propia, peculiar, que esencialmente los diferencia de los contratos civiles, en relación con los cuales no aparecen ya como una simple especialidad.

2.º Tales figuras jurídicas son a su vez verdaderos contratos.

Sólo este segundo punto es el que intento afrontar, pero tampoco en su totalidad, sino únicamente desde la perspectiva concreta que determina la posible existencia de los contratos administrativos de acuerdo con la igualdad que entre las partes contratantes existe. La otra cuestión, esto es, que tales contratos tienen una sustantividad específica, es hoy ya un hecho incontrovertible cuya formulación por su parte no ha dejado a veces de incidir, como de rechazo, sobre el aspecto que pretendemos analizar, ya que a esa configuración peculiar y sustantiva se ha llegado precisamente resaltando las diferencias que existen con la institución análoga del derecho común, con el contrato privado (103). Nuestro desarrollo no se orienta en esta dirección de analizar la sustantividad de tales contratos, sino que en cierto modo va más allá, pues

(103) FERNÁNDEZ DE VELASCO, 47; ALVAREZ GENDÍN, 37 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos regulaciones*, 271 y ss.; DE LAUBADERE, I, 30 y ss. Especialmente, a lo largo de toda la obra de PEQUIGNOT que viene implícitamente a negar en su desarrollo que el contrato administrativo sea verdadero contrato, al marcar las diferencias entre las partes contratantes como esencial al contrato privado.

no se trata sólo de admitirla, sino que *insistiendo en que las partes están en una posición desigual* en los contratos administrativos, y que tal desigualdad existe también en aquellos *öffentlich-rechtlichen Verträge* en que interviene o el Estado o un particular, tales figuras son, a pesar de esto, verdaderos contratos. Y ello por una razón clara: la posición igualitaria de las partes no es esencial al concepto de contrato; no constituye característica que los determine como tal institución jurídica (104).

La mayor parte de las teorías negatorias se han apoyado precisamente sobre este argumento: contrato implica igualdad, y Administración pública determina siempre superioridad (105). Imposibilidad, pues, de relacionar ambas categorías, que representan y responden a valoraciones no relacionables. Y desde que el abogado general DESJARDINS formulara su célebre proposición referida a los contratos administrativos de que «il n'y a pas à proprement parler de contrats administratifs, parce qu'un pareil adjectif ne saurait accompagner un pareil substantif» (106), machaconamente esta misma idea (107) ha venido repitiéndose. Es, pues, la que gravita en el fondo de casi todas las doctrinas negatorias (108); exigir tal igualdad en el contrato supone negar la posibilidad de que el Estado pueda ser parte en los contratos: el Estado,

(104) Una observación de la que queremos salir al paso: puede objetarse a nuestra argumentación que al establecer tal valoración *contractual* olvidamos quizá que no todo acuerdo de voluntades sea un contrato; la tesis es cierta realmente, pero no hace al caso en absoluto sobre el punto que nos interesa. Es este el lugar de recordar las palabras de M. HAURIOU: *La gestión*, 74, que recogíamos al comienzo de este trabajo.

(105) Una excelente síntesis de aquellas posiciones doctrinales que estiman que el Derecho público está esencial y constantemente caracterizado por la desigualdad y supremacía de un sujeto, mientras que por el contrario el Derecho privado aparece sellado por la nota de la igualdad y paridad de los sujetos, así como de la reacción a tal planteamiento, especialmente desde la obra de Kelsen, en MIELE, 17 y ss. Recoge así mismo MIELE, 24 y ss., una serie de ejemplos que el Derecho privado ofrece —referibles también al Derecho positivo español— en lo que, sin pretensiones exhaustivas en su enumeración, se establecen relaciones de verdadera subordinación: relaciones derivadas de la patria potestad, contrato de arrendamiento de obras, contrato de trabajo, relaciones entre un ente y sus miembros.

(106) Cit. por MAYER, *Zur*, 25.

(107) Recojo expresamente, por la similitud en la misma formulación, GIACOMETTI: *Über die Grenziehung zwischen Zivilrechts und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichtes*, 1924, 14.

(108) Vid. las referencias recogidas en FLEINER, 169; FORSTHOFF, 376; IMBODEN, 41 y ss. También pueden reconducirse a este punto una buena parte de las teorías que niegan la admisibilidad de estos contratos recogidas por ENTRENA CUESTA, 45 y ss.

dentro de su ámbito específico—reargumenta FORSTHOFF—, nunca puede situarse en una posición de igualdad.

2. La solución dogmática de este problema debe buscarse, a mi juicio, analizando la esencia general del contrato, por encima de sus especificaciones en campos jurídicos distintos, excediendo, pues, tanto de su régimen jurídico-privado como del jurídico-administrativo. Este planteamiento general ha venido siendo tradicional en la doctrina alemana. En tiempos pasados se refirió a los *allgemeine Rechtsformen*; recientemente ha vuelto a replantear sustancialmente el mismo problema en torno a la formulación de los distintos *Oberbegriffe*. No creo necesario insistir sobre este punto, que en otra parte he estudiado (109) en particular. Basta recogerlo aquí en relación con el supuesto concreto de los contratos y señalar también que ha sido precisamente tal supuesto uno de los casos que más directamente ha contemplado la doctrina para la formulación de aquellas categorías generales.

Por nuestra parte, vamos a intentar colaborar en la formulación concreta del *Oberbegriff* de la institución contractual. Y hacerlo, señalando precisamente como una posición de igualdad entre las partes, tal y como ha sido entendida, no es característica de la institución contractual. Negar, por lo tanto, a los contratos de la Administración tal condición de contrato porque falta dicha igualdad, carece en absoluto de fundamento, máxime cuando es posible intuir directamente que esta valoración que de la igualdad se establece, supone en no pocas ocasiones un concepto vago, abstracto, mantenido en su formulación más por fuerza del hábito que por un contenido jurídico delimitado que realmente pueda poseer. Este es, pues, el último punto en el que nuestro trabajo se concreta.

a) En el Derecho romano clásico era impensable la formulación expresa de una exigencia de igualdad entre las partes contratantes desde el momento que no existe una teoría general del contrato; tan sólo se formula la tipificación concreta de cada uno de los contratos (110). La única característica que a tales negocios jurídicos puede referirse en

(109) El estudio concreto de este punto constituyó precisamente el núcleo central de la conferencia que pronuncié en la Universidad de Roma en la primavera de este año, y que aparece recogida en la primera parte del volumen *El Derecho civil*, cit.

(110) JÖRS-KUNKEL-WENGER, 187; SCHULZ: *Classical Roman Law*, 1951, 465.

cuanto tales, como esencial, es la bilateralidad (111). Tal tipificación particular en base a una teoría general siguió ampliándose a lo largo de su mismo desarrollo a través de la construcción postclásica de los llamados contratos innominados (112) en relación con los cuales tampoco parece formularse la exigencia de igualdad entre las partes (113). El Derecho romano, por su parte, ofrece, muy al contrario, y es importante el ejemplo, un claro supuesto del contrato entre «personas» jurídicamente desiguales, en lo que tal expresión puede aplicarse con análogo significado comparativo al Derecho romano y a las construcciones jurídicas contemporáneas: me refiero a la posibilidad de un contrato entre un esclavo, con dinero de su peculio, y un ciudadano romano (114).

A su vez tampoco en la Pandectística parece haber arraigado la posible idea de igualdad entre las partes como necesaria para que un contrato sea posible, manifestándose, sin embargo, la misma exigencia sobre la necesidad de la bilateralidad como nota esencialmente determinante de tal negocio jurídico (115).

b) No la igualdad estática como se ha pretendido al referirse al Derecho administrativo, sino una proporcionalidad, una adecuación en la prestación—proyección del sujeto en la concreta relación contractual—, es lo que se perfila como necesario en el contrato. Prestación que ha de referirse y supone una valoración económica. En este punto es ciertamente expresivo un ejemplo histórico. No puede olvidarse cómo la misma construcción del concepto del contrato, como expresión de una teoría general, fué directamente favorecida por la Escuela del Dere-

(111) Es obvio que nos referimos aquí a la bilateralidad como característica determinada por la intervención de dos partes; esto es, a la bilateralidad genéricamente predicada de tales negocios jurídicos, y no a la bilateralidad específica de los contratos que, refiriéndose al hecho de que surjan obligaciones para las dos partes, entraña por lo tanto, como es sabido, una valoración del todo distinta.

(112) JÖRS-KUNKEL-WENGER, 187.

(113) Refiriéndose a estos contratos innominados a través de los cuales en acaso posible llegar a esa teoría general y manteniéndose, lógicamente, la valoración de la bilateralidad de tales negocios, VANGEROW: *Pandekten Vorlesungen*, 1849, III, 246, sin que tampoco se refiera a la igualdad.

(114) El esclavo podría celebrar contratos que engendraban obligaciones, en cierto modo desprovistas de acción; vid. abundantes ejemplos D. XV, 1.

(115) THIBAUT: *System des Pandekten-Rechts*, 1828, II, 270 y ss.; PUCHTA: *Pandekten*, 1852, 372 y ss.; ARNDTS: *Lehrbuch der Pandekten*, 1868, 371 y ss.; WINDSCHEID-KIPP: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1906, 277 y ss.; DERNBURG-SOKOLOWSKI: *System des römischen Recht. Der Pandekten*, 1912, 552 y ss.

cho natural racionalista (116): esta construcción influirá más tarde en la pandectística, que no pudo sino aceptar buen número de los postulados de aquella Escuela, planteamiento que a su vez incidirá también sobre la Escuela histórica a la que no se le permitió retroceder al formalismo escolástico de la vieja exégesis de textos (117). Pues bien, dos representantes típicos, acaso los más genuinos del naturalismo racionalista, GROCIO y PUFFERDORF, se ocuparon directamente del problema de los contratos. El contrato tiene para este último una función social, una razón de ser: el intercambio de bienes. GROCIO, consecuentemente con el punto de partida dogmático que asume, exige en el contrato, de acuerdo, por otra parte, con la ética aristotélico-tomista, un principio de justicia en los mismos, que se concreta en una prestación, en un equilibrio en la misma (118). Estos dos autores tendrán una influencia decisiva en el punto que nosotros estudiamos; pues bien, para nada se refieren a la igualdad de las partes, sino que los dos, proyectando por así decirlo la razón que al contrato dan, la justificación que del contrato establecen, exigen en el mismo una *aequalitas*, pero no una *aequalitas* referida a la posición de las partes, sino *directamente relacionada con la prestación* en cuanto que sólo teniendo ésta tal condición, puede hacerse realidad y alcanzarse la propia justificación de los mismos contratos.

c) Es también el derecho privado el que nos ofrece abundantes ejemplos de contratos en los que realmente no existe una igualdad posicional entre las partes (119). No por ello se les niega su caracterización como propios y verdaderos contratos. En este punto no deja de resultar un tanto paradójico, desde luego, que a quienes han negado que los contratos propios del ordenamiento administrativo sean contratos por falta de igualdad entre las partes, les haya pasado desapercibido fenómeno tan corriente en el derecho privado.

Los contratos de adhesión, crecientemente multiplicados en propor-

(116) WIEACKER: *Historia del Derecho privado en la Edad moderna*, trad. española, 1957, 231.

(117) WIEACKER: *Historia*, 242.

(118) Vid. referencias en WIEACKER: *Historia*, 255, 274 y *passim*.

(119) Una exposición histórica de la pérdida gradual en los contratos privados de la posible posición de igualdad entre las partes en MORIN: *La révolte du droit contre le code*, 1945, 18 y ss.

ciones realmente extraordinarias por las mismas exigencias reales del tiempo presente, nos ofrecen, por ejemplo, una situación en gran medida semejante a la de los contratos administrativos (120); no cabe duda que si tomamos como punto de partida una configuración individualista del Derecho y del propio contrato, cabría realmente hablar, en relación con aquellos contratos civiles de adhesión, de una verdadera subversión de valores; de la rebelión del adjetivo contra el sustantivo (121). También podemos referirnos a buen número de contratos mercantiles. Por si fuera poco, los mismos axiomas jurídico-privados del XIX que a la doctrina de los contratos se referían, acaso entre ellos, el de que las partes debían estar en igual situación, sufrieron un fuerte impacto a través de fórmulas jurídico-privadas por la misma coalición de empresas que el capitalismo estableció para el dominio del mercado (122); consecuencia de ello, el significado alcanzado por los monopolios, de hecho o de derecho, frente a los cuales el individuo particular al contratar con quienes los detentan se encuentra en innegable situación de inferioridad.

De la existencia de una posición de superioridad real de una de las partes, no se infiere pues el negar la existencia del contrato. Este hecho se presenta también de modo frecuente en los contratos privados (123): aplicar al derecho privado los criterios a los que en este punto es sometido el Derecho administrativo, nos conduciría a la embarazosa alternativa, ilógica por otra parte, de negar la condición de contratos a buena parte de los que como tales se consideran hoy día en el tráfico jurídico privado. Sólo en tal caso, cuando tan ilógica posición se admitiese—esto es, que los contratos civiles de adhesión, que buen número de contratos mercantiles no son contratos—, estaría dispuesto a admitir que los *contratos* de la Administración, no son contratos. Atengámonos, sin embargo, a las consecuencias.

(120) Sobre este punto vid. PEQUIGNOT, 259 y ss.; ZWAHLEN, 474a; FLAME, 17, admite también la posibilidad de tal comparación, si bien diferencia los contratos privados de adhesión de los contratos administrativos en que en los primeros la parte que goza de la situación privilegiada de superioridad, puede renunciar libremente a ella; no así la Administración pública que carece de tal facultad.

(121) La expresión es de MORIN; 24.

(122) WIEACKER: *Historia*, 482; en relación con lo que seguidamente recoge el texto, STERN, 157.

(123) STERN, 157; un estudio completo sobre este punto, en el reciente trabajo de HUECK: *Der Grundsatz der Gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, 1958, 15 y ss. y *passim*.

d) La Administración contrata, y se obliga jurídicamente a lo pactado. Para nada absolutamente se opone a ello el hecho de que sea soberana (124). Para que contrate, diremos, usando la imagen de JORDANA DE POZAS (125), ya no será preciso que como los Reyes de las viejas leyendas bajen del solio y oculten «el esplendor de su soberanía con la capa modesta de una persona de derecho privado» (126). Ya no será preciso que para obligarse se adopte esta forma. El Estado, la Administración pública como tal, en virtud de un título jurídico-administrativo, se obligan en los contratos administrativos, en los *öffentlich-rechtlichen Verträge*, en relación con un particular o con una persona jurídica a ella sometida. Y tal obligación es exigible jurisdiccionalmente. No hay ninguna incompatibilidad para que el Estado, no obrando de hecho en plan de igualdad con los súbditos, y sin necesidad de formular la hipótesis de que éstos en tal caso se elevan *de iure* para alcanzar esa igualdad, no hay ninguna incompatibilidad—repito—para que aun en aquel supuesto, esto es, no obrando en pie de igualdad, el poder del Estado se someta al Derecho (127). Piénsese que negar esta posibilidad de que la Administración pública se obligue jurídicamente en estos casos, nos conduciría, ni más ni menos, que a cuartear los cimientos del Estado de Derecho. Diríamos, que el Estado de Derecho ha permitido obligar a la Administración sin que baje del solio de su prerrogativa (128).

e) Debemos concluir este trabajo; y hacerlo desde una vertiente positiva, excluyendo, además, toda pretensión de un tratamiento general. Se trata de la vertiente positiva que complete aquella otra negativa a la que nos estamos refiriendo y según la cual ha quedado determinado que una posición de igualdad de las partes no es esencial de la relación contractual. Y tras remitirnos a lo que sobre la propor-

(124) Rebatiendo en toda su amplitud la objeción de la imposibilidad de la fusión de las dos voluntades por el hecho de que una de ellas sea soberana, MIELE, 29 y ss.; WOLFF, 207. Vid. también *infra* nota 127.

(125) JORDANA DE POZAS: Prólogo cit., XIV.

(126) Es significativa en sus mismos términos —impensables en tiempos pasados— la expresión de FLAMME, 20 y ss., de la «*Puissance publique contractante*».

(127) Vid. por todos, ZWAHLEN, 476a, con expresas referencias doctrinales y de la jurisprudencia suiza, en el sentido recogido en el texto.

(128) Sobre la forma concreta en que tales voluntades pueden concurrir, me remito a los trabajos de Miele y Bodda citados.

cionalidad en las prestaciones del contrato quedó apuntado, creo es necesario enunciar con BETTI (129) como principio general, que el problema a que se reduce todo el derecho de obligaciones—en este caso las generadas por un contrato—no es sino un problema, una idea de cooperación, entendiendo esta expresión en su significado más amplio y más elemental; una idea de relación directa entre los sujetos que exteriorizan su voluntad y que podemos encontrar, como característica común, tanto en los contratos privados como en aquellos otros propios del ordenamiento jurídico-administrativo (130).

Y la colaboración en modo alguno requiere una posición de igualdad entre quienes colaboran. Lo ha referido bellísimamente Maurice HAURIUO (131), y aunque la cita sea larga, permátaseme transcribirla: «La collaboration, contractuelle ou non, n'implique pas forcément égalité: Il y a collaboration entre le maître et le domestique, entre le maître et le disciple, il n'en subsiste pas moins une autorité magistrale; il y a collaboration entre époux, entre le père et les enfants, il n'en subsiste pas moins une autorité patronales. Ainsi—concluye HAURIUO, refiriéndose ya al caso concreto que el Derecho administrativo contempla—en est-il de la puissance publique dans l'entreprise coopérative des services publics, elle accepte des concours et des dévouements, elle a des auxiliaires et des serviteurs, elle n'abdique pas pour cela la maîtrise; elle reste un patron qui impose son droit en même temps que sa volonté.»

El contrato satisface así una función social genérica, que se particulariza en cada caso concreto en la prestación que en ese contrato se establece. Nada tiene que ver para ello la pretendida posición de igualdad de las partes; es algo que queda al margen. Más aún, si intentáramos descubrir qué se encierra debajo de tan ampuloso enunciado, veríamos que el contenido jurídico de tal expresión es ciertamente escaso. Lo que importa, por el contrario, es que, independientemente de esa posible posición subjetiva, la voluntad de cada una de las partes posea fuerza suficiente para que se establezca la relación jurídica (132), para

(129) BETTI: *Teoria generale delle obbligazioni*, 1953, I, 10 y ss.

(130) Por todos, ALVAREZ GENDÍN, 43, al referirse al mutuo consentimiento de las partes, en los contratos que él llama públicos; FORSTHOFF: *Tratado*, 377.

(131) M. HAURIUO: *La gestión*, 76.

(132) FLEINER, 169: Distinta es la cuestión que este autor señala en relación con la

obligarse y, en cierto modo, obligar también a la otra. Y esto ocurre en los contratos propios del ordenamiento administrativo en los que hoy al menos, sancionados de modo expreso—no entro a determinar su posibilidad a lo largo del desarrollo histórico sin una base legal originaria—, es idudable que el ordenamiento positivo concede a las partes esa fuerza de obligarse, para entre los dos sujetos generar un vínculo mutuo y de directa relación (133), característica incontrovertible del contrato, única nota permanente de todas las situaciones contractuales hasta nuestros días, desde su enunciado en el Derecho romano: «*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei recundum nostrae civitatis iura*» (134).

conveniencia de que la Administración recurra a tales contratos y de que muchas figuras que se estiman como tales no sean en realidad verdaderos contratos.

(133) Omito el referirme acerca de cómo el derecho privado contemporáneo insiste en el estudio de los contratos situándolos en esta faceta de relación, de conexión de voluntades que se obligan; la exposición de este punto desbordaría muy con mucho el ámbito de este trabajo.

(134) Inst., 3, 13, *de obligationibus*.