

## CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ATÍPICOS (\*)

**SUMARIO:** O. LA TIPICIDAD COMO NOCIÓN JURÍDICA.—I. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO ATÍPICO: 1. *Introducción*. 2. *Rumbo histórico*. 3. *Sistema actual de los contratos atípicos*.—II. PLANTEAMIENTO EN DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *Problema previo: acerca de la figura del contrato administrativo*. 2. *Fundamento de la existencia y régimen de los contratos administrativos atípicos*.—III. EXAMEN PARTICULARIZADO DE DIVERSOS CONTRATOS ATÍPICOS: 1. *El gozne entre el contrato y el acto bilateral: el sistema de acción concertada*. 2. *Algunos contratos administrativos atípicos*: A) Contratos de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes. B) El caso especial del contrato de compra de vinos por la Comisión para la compra de excedentes de vinos. C) Depósitos. D) Arrendamiento de viviendas a funcionarios. E) Contratos sobre provisión de los puestos de administradores de Paradores de Turismo. F) Contratos interadministrativos en relación con los Festivales de España. 3. *Los pretendidos contratos atípicos*: A) Contratos de transporte de Correos. B) Contratos administrativos en la Seguridad Social. C) Consorcios forcastales. D) Contratos de hospedaje en Paradores de Turismo. E) Contratos de Publicidad en Televisión.—IV. CONCLUSIÓN.

### O.—LA TIPICIDAD COMO NOCIÓN JURÍDICA.

Cuando en lenguaje jurídico se habla de tipicidad se está aludiendo *prima facie* a regulación legal. Cualquier acto humano relevante para el Derecho, es decir, cualquier acto jurídico, en el sentido más amplio posible, es típico cuando tiene *nomen iuris*: cuando está descrito, previsto, recogido por una norma.

Con esta calificación queremos excluir —de intento— del concepto, como por otro lado es obvio, la tipicidad social, cuya esencia viene dada por la reiteración en el tráfico, en la vida comunitaria, de los actos humanos, jurídicos o no; ya que caben perfectamente actos socialmente típicos, en tanto en cuanto se hallan configurados por la práctica cotidiana, y jurídicamente atípicos si una disposición legal no recoge dicha práctica. Ejemplos son todos los contratos de Derecho civil que los autores señalan como muestra de contratos atípicos: hospedaje, garaje, etc. Por otro lado, la distorsión entre tipo social y tipo legal es observable teniendo en cuenta la multitud de figuras jurídicas que no tienen vida real en la

---

(\*) Este trabajo fué escrito especialmente para el Seminario del profesor VILLAR PALÁSÍ, a quien el autor agradece la valiosa ayuda prestada al hacerse cargo personalmente de la dirección del mismo, así como a los asistentes al Seminario que han colaborado en el acopio de datos.

práctica, como la anticresis (arts. 1.881 y ss. del Código civil). Tipicidad social y tipicidad jurídica son, pues, conceptos distintos en la teoría y desvinculados en la práctica.

La distinción entre Derecho dispositivo y Derecho imperativo, entendiéndose por éste el conjunto de normas que rigen sin y contra la voluntad de las partes, y por aquél, las normas que pueden ser modificadas por dicha voluntad privada y sólo sirven para integrar ésta, está estrechamente ligada al tema que tratamos. En el sentido siguiente: el ámbito comprendido por normas imperativas (*ius cogens*) está presidido por la estricta tipificación de las actuaciones humanas con significación jurídica, mientras que la posibilidad de realizar actos jurídicos atípicos sólo es dable en la esfera del Derecho dispositivo.

Es fácilmente demostrable esta afirmación efectuando un repaso rápido a algunas ramas del Derecho.

El Derecho penal es el más estrictamente imperativo. Su naturaleza y sus fines hacen que todo él esté presidido por el principio de la inexcusabilidad de su aplicación. Su carácter de norma odiosa y la gravedad de las sanciones que maneja hace que los actos jurídico-penales necesiten como requisito esencial la tipicidad.

El tipo es una noción esencial y básica en esta disciplina jurídica (1). Es más, la forma de cristalización de la actividad humana en la esfera punitiva, el delito, se define como acción típicamente antijurídica, culpable y punible (2). El aforismo *nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*, que recoge un principio general clásico en Derecho penal, es la máxima consagración de la tipicidad, como plasmación del principio de legalidad sobre el que se montan las modernas formas del Estado de Derecho. Lo que no está en la Ley no tiene importancia para el Derecho penal.

Si pasamos al amplio terreno dominado por el Derecho civil, observaremos que la tipicidad es considerada de diverso modo según las ramas jurídicas, debido al distinto juego de una serie de principios: autonomía de la voluntad, consideración del interés público, legalidad, etcétera.

El Derecho de familia, impregnado, pese a su naturaleza privatista, del principio de orden público, no admite otro tipo de relaciones jurídicas distintas de las recogidas en el Código civil (por ejemplo, arts. 108 y ss.). No hay posibilidad de crear relaciones familiares atípicas. En el terreno de los Derechos de cosas, o Derechos reales, la cuestión es muy discutida, predominando hoy la tesis que niega la posibilidad de creación por los particulares de nuevas figuras de Derecho real (3). Por el con-

(1) La elaboración doctrinal sobre el tipo se inicia en 1906, con BELING. Los estudios de GRAF ZU (Conde de) DOHNA (1910), M. E. MAYER (1915) y MEZGER (1926) son esenciales sobre este punto. A partir de entonces, el tipo es un capítulo obligado de todos los libros de Derecho penal.

(2) DEL ROSAL, *Derecho penal español*, Parte general, I, Madrid, 1960, pág. 203, recogiendo otras definiciones, todas las cuales incluyen el tipo como elemento del delito.

(3) El problema surge en base al texto del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario,

trario, la atipicidad encuentra su máximo campo de aplicación en el Derecho de obligaciones, al amparo de la autonomía de la voluntad, como veremos.

Si tras todo esto nos trasladamos al dominio del Derecho administrativo, veremos que el problema presenta características muy peculiares.

La primera consideración que surge es que hasta ahora se trataba en todo caso de actos humanos, voluntarios y libres. En adelante nos toca enfrentarnos con actos administrativos, cuyas diferencias con los anteriores son obvias (4). Baste decir aquí que mientras la declaración de voluntad de un particular es espontánea y libre, la de la Administración es reglada, sometida a requisitos de competencia y procedimiento y condicionada siempre por la finalidad del interés público, que actúan como límites al obrar administrativo.

El problema del tipo en Derecho administrativo es la concreción de otro más amplio: la relación de la Administración con el Derecho, el principio de legalidad del acto administrativo.

En términos generales y dentro del Estado de Derecho, podemos afirmar que toda actividad administrativa debe venir respaldada por una norma legal que la habilite. Es un principio general del Derecho administrativo consagrado en todos los Ordenamientos modernos. El artículo 100 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 es decisivo al respecto, prohibiendo posibles actos administrativos que surgieran *ex nihilo*, paralelamente a los actos de los particulares.

Ahora bien, es preciso imponer algunas matizaciones a lo anterior. En algunos casos el Derecho puede imponer taxativamente a la Administración el modo concreto de actuar, hasta el punto de que no quede a ésta margen alguno de decisión. Por ejemplo, en materia fiscal, o, en general, cuando pueda afectar a derechos de los ciudadanos. En estos casos, todo lo que no está permitido, está prohibido.

Existen, sin embargo, otras esferas de actuación administrativa, cada vez más amplias e importantes en el moderno Estado intervencionista, en las cuales el Derecho juega sólo como límite de validez, como marco dentro del cual le es lícito moverse a la Administración. Invertiendo los términos, todo lo que no esté prohibido está permitido.

Y dentro de esto se halla la actuación contractual de la Administración. La técnica del contrato, tomada por el Derecho administrativo, como tantas otras, a préstamo del Derecho privado, por razones de despolitización y desburocratización de la acción estatal, se impregna, inevitablemente, de libertad, de autonomía de la voluntad, de todas las notas propias del Derecho de obligaciones civil.

---

en apariencia favorable al *numerus apertus*. La doctrina más autorizada es favorable, sin embargo, al *numerus clausus*: CASTÁN, ROCA SASTRE, PUTG BRUTAU, etc. Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español*, II, 1, Madrid, 1964, págs. 55 y sigs.

(4) Aparte la extensa literatura sobre el acto administrativo, entre nosotros, y con referencia directa al problema que nos ocupa, cfr. BALLBÉ, voz *Actos administrativos*, "Nueva Enciclopedia Jurídica (Seix)" (en adelante NEJS), II, págs. 294 y sigs., especialmente págs. 304-5.

Por tanto, cabría en principio admitir la posibilidad de la celebración de contratos administrativos atípicos: relaciones contractuales en las cuales una parte al menos es un ente administrativo, de naturaleza jurídico-administrativa, y no tipificadas en una norma legal, sin *nomen iuris*.

Mostrar esto, armonizándolo con las exigencias de ajuste a la legalidad de todo acto de la Administración, se intentará más adelante.

## I.—TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO ATÍPICO.

### 1. Introducción.

Contratos atípicos son aquellos que carecen de *nomen iuris*, es decir, de regulación legal específica (5), y no subsumibles, por tanto, en uno de los tipos claros establecidos por la Ley civil. El problema esencial que presentan, por tanto, es el de la determinación de la normativa aplicable.

El desarrollo de la vida económica y social acaba siempre por desbordar el marco jurídico que intenta alcanzarla. Máxime en una materia tan expansiva y a la que siempre se le ha dado un carácter dispositivo (6). Consecuente y previsor, nuestro Código civil consagra en dos preceptos, el 1.255 («... pueden establecer los pactos... que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, la moral y el orden público»), y el 1.091 («las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley ante las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos»), fundamentándolos en el principio básico de la autonomía de la voluntad y en el no menos básico de *pacta sunt servanda*, el reconocimiento legal de la posibilidad de creación y existencia de figuras contractuales distintas en su independiente especificidad de las contenidas en su Libro IV.

Por eso mismo la doctrina es unánime a la hora de justificar la existencia de los contratos atípicos. Ya en el año 1905 escribía ARCANGELI (7) que la razón de dicha admisión es doble: las diversas necesidades

(5) La diferencia entre contratos atípicos y contratos innominados la ha puesto de relieve ORTEGA PARDO (*Quasicontratos atípicos*, en "Anuario de Derecho Civil", 1948, páginas 510 y sigs.), al precisar que un contrato puede tener nombre (nominado) y carecer al mismo tiempo de régimen legal (atípico).

(6) Muy gráficamente expresa esta necesidad de la vida práctica HEDEMANN (*Tratado de Derecho civil*, III, Madrid, 1958, pág. 284), al decir: "En la prensa diaria pueden leerse anuncios como el siguiente: 'Hombre joven, disponiendo de dos caballos, busca colaboración para trabajar'. Al oferente no le preocupa la forma con que el jurista califique sus deseos y el contrato resultante; solamente quiere ganarse la vida, bien bajo la forma de una auténtica colaboración (jurídicamente sociedad), ya como trabajador asalariado (contrato de servicios) o, finalmente, dando en alquiler los caballos (arrendamiento de uso). Cabe también recoger todo ello en un solo contrato".

(7) *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni", vol. III, parte I, 1905, págs. 179 y sigs.

o intereses sociales y la tradición histórica. Y en 1966, el maestro Alfonso GARCÍA-VALDECASAS nos ha dicho cómo esa facultad de los particulares de crear figuras jurídicas distintas de las establecidas por la Ley es peculiar del Derecho de obligaciones, y contraria al principio de *numerus clausus* que por lo general rige para los Derechos reales.

## 2. Rumbo histórico.

El Derecho Romano clásico no conoce la categoría general del contrato, sino una serie de figuras contractuales típicas independientes. Si bien se afirma que el *consensus* es el alma del contrato, ni siquiera en el período justinianeo fué reconocido en toda su amplitud el principio de la libertad contractual: la fuerza obligatoria se hace depender de un elemento real o formal. Sólo por excepción otorga el Derecho privado romano fuerza obligatoria al simple consenso.

Los contratos innominados carecían de rúbrica especial en el edicto pretoriano, lo cual no era óbice para que tuvieran denominación propia (la permuta, por ejemplo), como ha dicho ARIAS RAMOS (8). Por ello, y siguiendo la mentalidad esencialmente práctica del romano, habremos de rastrearlos siguiendo los intentos jurisprudenciales de amparar sólidamente el acuerdo no reconocido como contrato (9), hasta que un pretor, aún sin sacar del anónimo jurídico aquella figura, le otorgaba su protección mediante un *actio in factum*.

Aquellas convenciones que, abarcando proteicamente una gama de supuestos (10), no encontraban admisión ni en el *ius civile* ni en el *album*, eran protegidas por el pretor mediante la concesión especial para cada caso concreto. En la época clásica el que, en virtud de un convenio no sancionado como contrato, tras haber realizado la prestación sin haber obtenido la contraprestación esperada, se veía defraudado, podía recurrir, según IGLESIAS (11), a la *condictio* o a la *actio doli*. E incluso podían obtenerse del pretor *actiones in factum* por medio de decretales otorgadas para el caso particular (12).

En definitiva, la construcción dogmática, aun contando con esas primicias clásicas, más bien remedios simples a una insuficiencia que la vida diaria hacía lacerante, no se realiza hasta la época bizantina (13). Por eso ha podido decir Fritz SCHULZ (14) que su admisión jurídica plena fué un duro golpe para el sistema clásico. Los contratos innominados justinianos son el antecedente directo de lo que la actual doctrina llama

(8) *Derecho romano*, Madrid, 1963, pág. 620.

(9) IGLESIAS, *Derecho romano*, Barcelona, 1962, pág. 418.

(10) Existían siempre que dos personas convenían en hacerse recíprocas prestaciones, del tipo que fueran, dice D'ORS (*Elementos de Derecho romano*, Pamplona, 1960, página 371).

(11) Op. y loc. cit.

(12) ARIAS RAMOS, op. cit.

(13) Esta es, al menos, la opinión más extendida entre los romanistas. Ver, por todos, JORS KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1937, pág. 347 y autores allí citados.

(14) *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, pág. 499.

contratos atípicos (15). Aparecen entonces elaborados y clasificados cuatripartitamente: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* (D. 19, 5, 5), debido a la tendencia de los juristas bizantinos a reducirlo todo a esquemas, como dice SOHM (16).

El Derecho provee con medios diversos a su tutela: *condictio causa data causa non secuta* para aquellos cuya prestación consistiera en un dar, y *actio doli* para las prestaciones de hacer, con miras a obtener el resarcimiento del daño ocasionado por el injusto retraso en el cumplimiento de la contraprestación. Sin que medie retraso culposo en el cumplimiento, sólo con que éste no se haya realizado, es todavía posible reclamar lo ya prestado mediante la *condictio ex poenitentia*. Como vemos, los contratos innominados gozan de la ventaja de admitirse la posibilidad de optar entre ejecución y resolución del vínculo, posibilidad que no se da en los nominados. Finalmente, la concesión con carácter general y previo de una *actio in factum*, mal apellidada *civilis*, encaminada a la obtención de la contraprestación debida: la *actio prescriptis verbis*, que englobaba bajo su tutela todas las situaciones de incumplimiento de toda relación jurídica obligatoria para la que la Ley no señala un tipo peculiar de acción (17), hizo posible el surgimiento de los contratos atípicos como categoría especial, propia, como entidad independiente, liberándose de aquel carácter bastardo que tenían en la era clásica. Ello significó, como ha puesto de relieve SCHULZ (18), un gran paso adelante en la lucha postclásica contra la *stipulatio*.

Los autores suelen citar como ejemplo de contratos innominados: el estimatorio, la permuta, el precario, la transacción, la donación con carga, la *datio ad experiendum*, la dote, etc. Pero ha de advertirse que no se trata de una enumeración exhaustiva, ya que cabrán aquí todas aquellas convenciones de prestación mutua en las que una de las partes ha ejecutado ya lo que le corresponde, siempre que no se trate de alguno de los contratos nominados.

Del Derecho bizantino han pasado al actual a través de las Partidas (19). Los Códigos modernos no recogen ni la terminología ni la regulación peculiar romana, entregando su construcción y estudio a doctrina y jurisprudencia.

### 3. Sistema actual de los contratos atípicos.

En nuestro Derecho civil actual no existe ningún precepto que exprese la exigencia de que todos los acuerdos contractuales deban encajarse en alguno de los tipos normados en el Libro IV del Código civil. Todo lo contrario. El artículo 1.255 da el espaldarazo legal a la creación

(15) La expresión atípicos no es romana, sino medieval. Aparece ya en el *Brachylogus iuris civilis* o *Corpus legum*, un viejo manual de Derecho romano, de origen francés, del siglo XII.

(16) *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1936, pág. 366.

(17) Cfr. BIONDI, *Instituzioni di Diritto romano*, Milano, 1946, pág. 387.

(18) Op. y loc. cit.

(19) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, III, Valladolid, 1937, pág. 339.

de un *ius proprium* de las partes por medio de la coincidencia de sus voluntades, siempre y cuando ese contrato nazca de un mutuo y pleno consentimiento, con una casa lícita y cierta y verse sobre un objeto real, lícito y posible (art. 1.261, C. c.). El artículo 1.091 otorga a esa norma particular la eficacia de las normas generales positivas estatales, desde el momento en que las voluntades coinciden en obligarse (artículo 1.254, C. c.), no sólo para lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (art. 1.258, C. c.).

A la hora de estudiar este tema, es tradicional en la doctrina, al menos desde ARCANGELI, diferenciar los contratos atípicos en propios e impropios, o puros y mixtos. Los primeros serían aquellos que no guardan afinidad con ningún tipo contractual, es decir, aquellos que enteramente están alejados de cualquier clase de contrato legalmente establecido; los segundos, los formados por elementos pertenecientes a diversas figuras contractuales.

En realidad, la distinción no deja de ser criticable. Y ello es así porque la posibilidad de crear un vínculo obligatorio que no tenga analogía con alguno de los ya tipificados es una pura quimera. Imaginar un contrato nuevo, sin parecido alguno con los contenidos en la Ley, ninguno de cuyos elementos esté ya prefabricado, puede ser una posibilidad teórica, pero de muy difícil confirmación en la realidad. Por el contrario, los contratos mixtos son extraordinariamente frecuentes, dado que a veces no son sino la mezcla de dos contratos típicos, o incluso un contrato típico con una cláusula extraña.

No obstante, para salvar esa posibilidad teórica y porque así lo exige la honestidad científica, es preciso considerar separadamente los diversos problemas:

a) *Contratos atípicos puros.*—¿Qué regulación tendrán los contratos atípicos propios, es decir, aquellos que son totalmente distintos de cualquiera de los admitidos por el Código civil? La doctrina ha señalado estas posibilidades:

Desde PÉREZ GONZÁLEZ y ALCUER (20), la doctrina española señala la decisiva importancia de la voluntad de las partes en este punto, como norma básica aplicable, reforzándose ello, además, con el ya citado artículo 1.091 del Código civil. En este sentido, ALBALADEJO, PUIG BRUTAU, etcétera (21).

También se ha llamado la atención sobre las reglas generales de la contratación a estos efectos. La idea la apuntó ARCANGELI, en su artículo citado, y la puso de moda en España FUBINI; alguna sentencia del Tribunal Supremo pudiera quizá incluirse en esta dirección (22).

(20) *Notas a la traducción española del Tratado de Derecho civil*, de ENNECERUS-KIPP-WOLFF, II, 2, Barcelona, 1935, pág. 5.

(21) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, Barcelona, 1961, pág. 683. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, 1, Barcelona, 1954, págs. 400 y sigs.

(22) FUBINI, *Contribución al estudio de los contratos complejos*, en "Revista de

ENNECCERUS propone como soluciones los principios generales del Derecho y el arbitraje judicial (23).

La importancia de las normas del Derecho escrito que tengan carácter imperativo ha sido resaltada por ALBALADEJO (24).

Es de advertir que tanto los autores citados como el resto de la doctrina suelen decir que todas estas normas deben aplicarse conjuntamente e incluso establecen la jerarquía entre ellas, pero nunca se limitan a una u otra sólo.

Y efectivamente, nosotros creemos que aisladamente son soluciones insatisfactorias. No cabe duda, por ejemplo, que las normas jurídicas imperativas se aplicarán a estos contratos, pero también se aplicarán a los típicos. La necesidad de causa que establece el artículo 1.261 del Código civil es exigible en toda clase de contratos, incluso los típicos, naturalmente. Pero conviene resaltar que estas normas no suelen decir nada sobre el contenido normativo de fondo de un contrato.

Respecto de la voluntad de las partes, es desde luego evidente que será la primera norma a tener en cuenta, pues es el único fundamento legal de estos contratos. Pero del mismo modo es difícil imaginar que las partes hayan previsto una regulación completa del acuerdo al que dan vida. La realidad práctica muestra que cuando dos personas crean un ligamen contractual no prevén una solución para todos los posibles efectos de su negocio jurídico. Siempre será necesario un Derecho supletorio al que acudir allí donde no sea suficiente lo convenido por los contratantes.

Las reglas generales de la contratación (ver los artículos 1.262 y siguientes del Código civil) también serán aplicables en todo caso. Pero la mayoría de ellas son criterios generales relativos a la rescisión, interpretación, etc. Por eso tampoco parece decisiva la idea. Estas reglas generales son aplicables a todos los contratos como directrices y como orientadoras; pero no pueden constituir la regulación específica de una determinada figura contractual.

Menos aún es admisible el arbitrio judicial. Supone ello el atribuir al Juez, no ya el aplicar el Derecho, sino el crearlo. Y el Juez nunca podrá resolver los litigios planteados en estos contratos según su criterio, sino según criterios objetivos que le dé el Ordenamiento jurídico (cfr. los artículos 5 y 6 del Código civil, sobre fuentes del Derecho). Este problema enlaza con la teoría general del Derecho y escapa a nuestra consideración. Baste decir que nuestra mejor doctrina, al interpretar estos artículos del Código civil, ha negado siempre el carácter de fuente de Derecho a la labor judicial (25), que es adonde nos llevaría la idea de ENNECCERUS.

---

Derecho Privado", 1931, págs. 1 y sigs. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1922.

(23) Cfr. *Tratado de Derecho civil*, de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, cit., pág. 3.

(24) Op. y loc. cit.

(25) Así, por todos, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1955, páginas 566 y sigs. Recientemente, el discurso del profesor ALVAREZ SUÁREZ con motivo



El problema, pues, parece insoluble. El contrato atípico se nos muestra como un fantasma, como algo etéreo e inaprensible. Los intentos doctrinales de encontrar una regulación de fondo a estos contratos son intentos fallidos de antemano, porque su esencia consiste precisamente en la carencia «de una disciplina jurídica específica» (no de un nombre concreto), como ha dicho JORDANO (26). Como además está vedado acudir a las reglas dadas para los contratos típicos, ya que se trata de una *res nova*, sin precedente alguno, llegamos a un insoluble nudo gordiano.

Por eso la conclusión ha de ser decir que es impensable el contrato atípico puro, como ya apuntó FUBINI en su citado artículo. Todos los contratos atípicos son mixtos, en el sentido de que todos tienen algún elemento típico. Una vez admitido esto, se abren nuevas soluciones basadas en la normativa de dicho elemento.

b) *Contratos atípicos mixtos*.—En su sentido más amplio, contrato mixto es el que posee elementos de diversas figuras contractuales. Tanto si es una simple mezcla de dos o más contratos típicos, como si es un contrato típico con cláusulas nuevas o desconocidas. Contrato mixto es todo aquel que no es puro. Para que un contrato se convierta en mixto, basta la inclusión de una cláusula ajena a él; y éste es el supuesto de las sentencias de 21 de abril de 1951 y 21 de noviembre de 1952.

La problemática de estos contratos la sintetiza muy plásticamente CASTÁN en estos tres interrogantes (27): ¿cuál es la naturaleza y régimen de los contratos mixtos?, ¿qué grupos pueden hacerse de ellos?, ¿cuál habrá de ser la norma jurídica que los regule? Problema que, como dice el mismo CASTÁN, es uno de los más interesantes que se ha planteado la ciencia jurídica en estos últimos tiempos.

Las teorías de más abolengo sobre la materia (28) son:

La llamada teoría de la absorción, según la cual deberá aplicarse la regulación del elemento típico predominante, entendiéndose por tal el que domine la totalidad del negocio y le imprima su carácter. Fué defendida, entre otros, por LOTMAR, en su extensa monografía sobre el contrato de trabajo (29).

La de la combinación, según la cual, partiendo del hecho de que en los contratos mixtos hay elementos de diversos contratos típicos, deben combinarse las normas de esos diferentes contratos, aplicándose de modo

---

de su ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y la contestación al mismo del profesor PRIETO-CASTRO.

(26) *Los contratos atípicos*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 195, julio-agosto de 1953, pág. 61.

(27) *Derecho civil español*, IV, Madrid, 1961, págs. 14 y sigs.

(28) Pueden verse ampliamente en las obras citadas de FUBINI y JORDANO. Indicaciones breves, pero útiles, en RIERA, voz *Contrato*, NEJS, V, pág. 334; también ROVIRA, voz *Contrato complejo*, NEJS, V, págs. 376 y sigs.

(29) *Der Arbeitvertrag*, I, Leipzig, 1908, especialmente págs. 166 y sigs.

complementario. También es una teoría antigua, iniciada hace ya años por HOENIGER (30).

La teoría de la aplicación analógica, que sostiene que las reglas a aplicar son las del tipo contractual que más se asemeje al contrato en cuestión. Y no sólo la *analogia legis*, sino incluso la *analogia iuris*. Vienen, en definitiva, a resolver la cuestión a través de la mayor o menor semejanza con uno u otro contrato. Mantiene esta tesis SCHREIBER y hay reflejos de ella en algunos autores italianos (31).

Estas son las soluciones que podemos llamar tradicionales. Junto a éstas hay otras de menor importancia y que en gran medida son variantes de las primeras. Por ejemplo, la que apunta HEDEMANN (32) de la emancipación, por la cual la figura contractual que reúne elementos de diversos contratos, se independiza y crea uno nuevo con una normativa propia. O la de la materia contractual única (DUALDE) (33), que concluye diciendo que todos los contratos son mixtos, típicos y atípicos. O la que acude al llamado fin contractual, que se averigua interpretando el negocio según los primeros principios de hermenéutica legal (FUBINI) (34). También se ha dicho que no existe una verdadera diferencia entre las teorías de la combinación y de la aplicación analógica, propugnándose una mezcla de ambas (ALBADALEJO) (35), dejando aparte los autores que se limitan a yuxtaponer unas soluciones con otras, sin precisar más (DE BUEN) (36).

Se plantea así el auténtico problema de los contratos atípicos: hallar las normas aplicables a los contratos mixtos, normas que deberán obtenerse de los contratos regulados por la Ley. La cuestión estriba en cómo hacer eso.

Desde luego, en pura teoría hay razones dogmáticas válidas en favor de todas las tesis citadas. Pero de la de la absorción cabe decir, por un lado, que «es forzado someter todo el contrato atípico, incluido el elemento discrepante del contrato típico absorbente, a lo dispuesto para éste» (37), y por otro, que «en la práctica no será siempre fácil discernir el elemento principal que debe absorber a los demás» (38). El resultado a que llega es eliminar el problema de un modo simplista, mediante la reconducción del contrato atípico a uno típico, con lo cual se prescinde

(30) *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge*, Freiburg, 1906, cit. por FUBINI, op. cit.

(31) SCHREIBER, *Gemischte Verträge in Reichsschuldrecht*, en "Iherigs Jahrbuch der Dogmatik", t. LX, 1941, pág. 106. Cfr. MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, I. Bs. As., 1952, págs 353 y sigs.

(32) *Tratado*, cit.

(33) *La materia contractual única* en "Libro homenaje al profesor Clemente de Diego", Madrid, 1940, págs. 27 y sigs. Sigue esta opinión PUIC BRUTAU, op. cit., que la califica de "genial".

(34) Op. cit.

(35) Op. cit.

(36) *Derecho civil común*, I, Madrid, 1931, pág. 548.

(37) ALBADALEJO, op. cit.

(38) FUBINI, op. cit.

del aspecto diferenciador, a veces extraordinariamente relevante. Todo ello no parece muy justo ni lógico.

Por lo que toca a la fórmula de la emancipación, observamos que no hace sino retardar la solución. Admitido el nuevo tipo independiente, llegamos a la categoría de los contratos puros de nuevo, con lo que se da al traste con la distinción y se aboca a un callejón sin salida, como vimos.

Una solución que merece destacarse y que estimamos acertada es la que propone el profesor ALBADALEJO: a la hora de hallar la norma aplicable, no hay tanta diferencia entre la teoría de la combinación y la de la aplicación analógica, ya que ambas consisten en esencia en combinar orgánicamente las reglas oportunas a tenor de los principios generales del Derecho. Si añadimos a esto la observación de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (39), relativa a la decisiva importancia de la regulación prevista por la soberana voluntad de las partes, tendremos resuelto el problema sin que sea necesario apurar más; todas estas aportaciones de la doctrina, valiosas en mayor o menor grado, creemos que son suficientes para proporcionar a la jurisprudencia criterios seguros en este difícil problema de los contratos atípicos.

c) Importa aún tratar un último problema: diferenciar los contratos mixtos de otras figuras existentes en la teoría general de las obligaciones que ofrecen cierta similitud con ellos, a saber: las uniones de contratos, o contratos unidos, en el sentido más amplio.

Habiéndose utilizado la expresión «contratos atípicos mixtos» en su más amplio sentido, comprensivo tanto de contratos mixtos en sentido estricto (mezcla de contratos típicos) como de los que ENNECCERUS llama contratos de doble tipo o híbridos (el total contenido del contrato encaja en dos tipos distintos) y contratos combinados gemelos (una de las partes se obliga a varias prestaciones principales que corresponden a diversos tipos contractuales, mientras la otra promete una contraprestación unitaria), nos resta diferenciar solamente lo que el mismo ENNECCERUS llama uniones de contratos (40).

Dichas uniones pueden ser meramente externas (varios contratos independientes en un solo documento), conexiones (contratos distintos, pero queridos por las partes como un todo, de modo que el uno dependa del otro) o uniones alternativas (dos contratos que, según se cumpla o no una condición, se entenderá celebrado uno u otro). Por ello Federico DE CASTRO (41) alude a negocios mixtos o complejos para referirse a los que aquí hemos llamado contratos atípicos mixtos, y negocios conexos, subordinados e interdependientes, para denominar estas otras figuras.

En teoría la diferencia es muy fácil: el contrato mixto es un contrato que participa de elementos de diversa índole; el contrato unido no es sino dos o más contratos con una relación más o menos fuerte entre

(39) *Notas*, cit.

(40) Cfr. el citado *Tratado de Derecho civil*, de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, loc. cit.

(41) Según nuestros apuntes personales tomados en el curso 1964-1965.

ellos, pero que conservan su autonomía. Sin embargo, en la práctica puede ofrecer dificultades al separar unos casos de otros, y la distinción se enturbiará frecuentemente.

La doctrina, en su deseo de presentar un criterio de deslinde, ha recurrido a varios. El que más aceptación ha tenido en España ha sido el de la causa (42), o el del vínculo o fin económico, muy similar al anterior (43). No vemos razón para no aceptarlos, y creemos que todos ellos serán aplicables conjuntamente y serán de utilidad al Juez.

Justamente el objeto de este trabajo es aplicar todo lo hasta ahora expuesto al Derecho administrativo, el cual no goza, por razones obvias, de una elaboración de este tema tan completa como el Derecho privado. Partiendo de la base de que el contrato, como categoría jurídica, es una figura común a todo el derecho (44), es obligado preguntarse si existen, y caso de que existan, qué papel juegan en el actual Derecho administrativo los contratos atípicos.

## II.—PLANTEAMIENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO .

### 1. *Problema previo: acerca de la figura del contrato administrativo.*

El problema del contrato administrativo se contrae a aquellos actos que son, o parecen ser, el resultado del concurso de dos voluntades, una de las cuales es de un ente público y la otra de un particular (45). ¿Es posible lograr entonces la consecución de las finalidades específicamente públicas y, por tanto, el ejercicio de las potestades administrativas, mediante la técnica contractual? (46).

En primer lugar hemos de afirmarnos en el entendimiento del término contrato como ente genérico conceptuable como toda composición de voluntades que produce unos determinados efectos jurídicos (47). Afirmación necesaria para el planteamiento del tema frente a aquellos autores que se niegan a ver un contrato si no se dan los atributos privatísticos de igualdad y libertad de discusión de las partes, inmutabilidad y limitación a solas las partes de los efectos del acuerdo, añadiendo que si tales notas no se dan, nos encontraremos con una nueva figura, pero nunca con un contrato. Pues aceptamos plenamente, con BERÇAITZ (48), que tales autores olvidan que para demostrar la inexis-

(42) Por ejemplo, ORTEGA PARDO, op. cit.; ALBALADEJO, op. cit.; JORDANO, op. cit.; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid, 1959, pág. 141; cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1949.

(43) Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1951, y FUBINI, op. cit.

(44) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, en el núm. 41 de esta REVISTA, págs. 99 y sigs.

(45) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, I, Milano, 1947, pág. 176.

(46) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1962, pág. 28.

(47) En este sentido lo utiliza también el Derecho civil: véase COLÍN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, III, Madrid, 1960, pág. 568.

(48) *Teoría general de los contratos administrativos*, Bs. As., 1952, págs. 105 y sigs.

tencia de la figura del contrato administrativo como tal contrato, hay que demostrar antes la inexistencia de la idea de contrato como figura genérica y la consiguiente imposibilidad de su especificación en contratos de Derecho privado y contratos de Derecho administrativo. Como dice CARNELUTTI (49), «la nota esencial del contrato es ser un acuerdo de voluntades arbitradas para la tutela de intereses en conflicto. Cuando esa nota esencial es común, vale la pena señalarlo con la misma palabra. Ciertamente en el paso de una a otra rama jurídica la figura del contrato se transforma profundamente, pero esa nota esencial subsiste».

Desde el monismo kelseniano hasta la doctrina del acto-condición, la gama de posturas negativas de la distinción es infinita. Comenzando por la postura privatista: los contratos que el Estado celebra son contratos privados. El hecho de que la Administración declare mediante actos unilaterales arbitrarios los derechos que tiene no obsta para excluir su naturaleza privada. Así afirma ZANOBINI (50) que nadie desconoce el carácter excepcional de los principios que concurren a formar la disciplina de relación del contrato administrativo, pero que no parece que tales principios estén en contradicción con la naturaleza fundamentalmente privatística. Por eso es lógica la conclusión de Otto MAYER (51) cuando habla de que el contrato en sentido propio es inadmisibles en Derecho administrativo. Se llega a decir que el Estado, la Administración, no puede celebrar contratos con los particulares respecto a la realización de funciones que son esencialmente de los entes públicos y se cumplen en el ejercicio de su voluntad soberana (52).

RANELLETTI (53), por su parte, se pregunta si es posible la existencia de un contrato en las relaciones de Derecho público, y responde: Si el contrato se celebra entre dos personas de Derecho público, sí. Pero si en él intervienen un ente público y un ente privado, no, por cuanto sus respectivas declaraciones de voluntad no pueden fundirse en un acto único contractual, por su diferente naturaleza jurídica. Sólo un ente público tiene capacidad para cumplir actos de Derecho público. El acto de la Administración y el del particular no se funden. Se mantienen coligados, siendo este último condición de la validez o, cuando menos, de la eficacia del primero. En el mismo sentido se expresa ZANOBINI (54).

En una dirección aproximada, JÉZE (55) apunta la figura del acto-condición: actos que no crean por sí mismos una situación jurídica especial, sino consisten en que hacen aplicable al individuo que los realiza una situación jurídica previamente establecida con carácter abstracto y general.

Entre nosotros ha negado el carácter de contrato al contrato adminis-

(49) Citado por BERÇAITZ, op. cit.

(50) Op. cit., IV, pág. 251.

(51) *Zur lehre von öffentlichen-rechtliche vertrag*, en "Archiv des öffentlichen rechts", III, págs. 1 y sigs.

(52) RAMOS, *Ensayo sobre la concesión*, etc., cit por BERÇAITZ.

(53) *Le guarentigie della giustizia nell'amministrazione*, Milano, 1937, pág. 147.

(54) Op. cit., I, pág. 179.

(55) *Principios generales del Derecho administrativo*, I, Bs. As., 1948, págs. 48 y sigs.

trativo FERNÁNDEZ DE VELASCO (56). La esencia del contrato debe inducirse de datos distintos en relación con nociones diferentes de aquellas que inspiran los contratos privados. Después afirmará que las principales figuras de la contratación administrativa son actos unilaterales de la Administración con consecuencias bilaterales de contenido siempre público, es decir actos administrativos.

No es fácil salir de esta intrincada jungla. Refutar todas las teorías negativas sería un penoso trabajo, digno de mejor causa, y que además ha sido ya realizado con acierto en varias ocasiones. Baste señalar las principales objeciones hechas: respecto a la afirmación privatística, la doctrina hoy es casi unánime en rechazarla, tanto por la naturaleza pública de los intereses en juego como por las diferencias sustanciales, que apuntó el mismo FERNÁNDEZ DE VELASCO: la Administración puede modificar las obligaciones creadas en los contratos administrativos (*potestas variandi*). No son transmisibles y no limitan sus efectos a las solas partes. Frente a la doctrina del acto necesitado de colaboración, el Estado posee un poder incondicionado, limitado sólo por sí mismo, en el acto administrativo, de interpretar y de imponer directamente lo querido, poder al que el individuo no puede sustraerse. Pero en una relación bilateral, si bien el Estado puede imponerse en una evidente superioridad jurídica, la fuente de sus obligaciones y derecho radica en la concordancia de su voluntad con la del particular.

Es lo que JELLINEK (Georg) resaltó al decir que cuando un acto administrativo no atribuye ningún nuevo derecho al Estado, reposa sobre su competencia normal... Pero en donde el Estado adquiere un nuevo derecho..., allí existe un contrato público (57). Afirmación que pudiera esgrimirse también frente a RANELLETTI. Respecto a la doctrina del acto-condición, consideramos certera la afirmación del profesor GARRIDO FALLA: Si es cierto que a través del acto-condición pueden surgir relaciones recíprocas Administración-administrado, dicho acto-condición no es el que constituye y configura tal situación jurídica. El acto-condición aplica a un supuesto concreto una normativa concreta con carácter general y previo. Mientras que el contrato en sí constituye una relación jurídica bilateral (58).

Por todo ello estimamos ya de fuera de discusión el problema (al que hemos aludido sólo por consideración a viejas polémicas, en su día fructíferas) y acertada la corriente doctrinal que afirma la existencia autónoma de esta figura jurídica. Existe una composición de voluntades de la Administración y del particular. Esta composición de voluntades hace nacer y regula unos efectos jurídicos peculiares y recíprocos. Y es sólo la unión, el acuerdo, la causa del nacimiento de los derechos y obligaciones. GARCÍA DE ENTERRÍA (59) lo resume con exactitud al decir:

(56) Cfr. *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, especialmente págs. 43 y siguientes; también *El acto administrativo*, Madrid, 1929.

(57) *Sistema di Diritti pubblici subietivi*, Milano, 1912, pág. 240.

(58) *Tratado*, cit., II, pág. 35.

(59) *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en el núm. 10 de esta REVISTA, págs. 269 y sigs.

«... su fondo (el de la cuestión) es éste: si las reglas particulares aplicables a los contratos administrativos son comprensibles perfectamente en el seno del contrato o no... Desde esta perspectiva, que es la obligada, la figura del contrato administrativo es incommovible».

Ya hemos visto que la noción de contrato puede englobar en su seno la especie contrato administrativo. Pero si cuando menos existen dos especies, contrato privado y contrato administrativo, ¿qué distingue a uno y otro?, ¿qué hace de un acuerdo de voluntades un contrato administrativo?, ¿qué le da al contrato administrativo su naturaleza?, ¿cómo reconocerlo?

A la búsqueda de ese determinante se han lanzado doctrina y jurisprudencia. Y las teorías y sentencias se han multiplicado y contradicho unas a otras. Históricamente, la primera en presentarse fué la que caracteriza al contrato administrativo por la presencia de «cláusulas exorbitantes del Derecho común» (60). Señala LAUBADÈRE (61) que en principio el Conseil d'Etat consideraba que el requisito de concesión del servicio público era suficiente para caracterizar el contrato administrativo, pero que después añadióse el de la cláusula exorbitante. Y en el momento en que él escribía, este último aparecía notoriamente como el más importante. Y en efecto, aparecieron en su día como revolucionarias las conclusiones del «Arrêt Société des Granites des Vosges»: «... Para que el Juez administrativo sea competente, no es suficiente que la previsión objeto del contrato deba utilizarse de inmediato en un servicio público... El servicio público no basta para calificar a éste... Es necesario que ese contrato sea de esos que sólo puede concluir persona pública...», lo cual se da, se ha afirmado después, si están presentes las llamadas cláusulas exorbitantes.

Pero, como dice el profesor VILLAR PALASÍ (62), el criterio de las cláusulas exorbitantes es estéril, por la petición de principio que encierra, si lo aplicamos a la determinación *a priori* de la naturaleza del contrato. Dichas cláusulas, manifestaciones de las prerrogativas de la Administración, son consecuencia y no causa de la naturaleza administrativa del contrato. Además, estas cláusulas pueden omitirse; serán aplicables aunque no se pacten expresamente, porque su origen no está en el pacto, sino en el apoderamiento que la Ley hace a la Administración de esas prerrogativas.

Recientemente dicho criterio, que había tenido cierta acogida en España por el Tribunal Supremo en las sentencias de 20 de abril de 1936 y 7 de julio de 1936, ha sido abandonado, volviéndose hacia otros catalizadores. La jurisprudencia ha vuelto a determinar la naturaleza peculiar del contrato, según su objeto. Desde el «Arrêt Epoux Bertin», de 20 de abril de 1956: «... es circunstancia suficiente para imprimir carácter administrativo a un contrato el que tenga por objeto confiar... la ejecución de un servicio público» (63). A falta de tal objeto, el Conseil d'Etat

(60) PEQUIGNOT, VEDEL, ROUVIÈRE y CHAPUS; cfr GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura*, cit.

(61) *Traité des contrats administratifs*, I, París, 1956, págs. 58 y sigs.

(62) *Apuntes de Derecho administrativo*, 2.º curso, 1966-1967, t. VIII, pág. 28.

(63) Tomado del excelente trabajo de BOQUERA, *La caracterización del contrato admi-*

(11 de mayo de 1956) dice que habrá que estar a la concurrencia de tales cláusulas exorbitantes o indicio del interés de la Administración por sustraer el contrato de la configuración privada.

Este criterio, si no excesivamente acertado, por lo menos firme y fundamentado, de la jurisprudencia francesa, sólo encuentra una leve correspondencia en la española. Pues si bien de los distintos elementos del contrato, sólo al objeto concedía valor determinante, asegurando que los demás por sí solos no podían caracterizar su naturaleza, nuestro Tribunal Supremo, en varias sentencias, hace referencia a la actuación de la Administración «con capacidad pública», a la «naturaleza de sí misma», etc., referencias sin ningún rigor y utilizadas para justificar atribuciones de jurisdicción que respondían más a meras intuiciones que a una sistemática razonada.

En definitiva, el criterio que ha terminado por triunfar en la doctrina y en la jurisprudencia es el del objeto y finalidad del contrato, es decir, el del servicio público, entendida la expresión, como dice GARRIDO FALLA (64), siguiendo a LAUBADÈRE y a ZWAHLEM, en su sentido más amplio posible: la realización de una actividad que implica la satisfacción directa de un interés público concreto.

Pero si en algunos casos la actividad contractual de la Administración es claramente identificable por este signo, ya *de lege lata*, ya por claridad intrínseca, en otros casos (los más, quizá), la delimitación es difícil y aventurada. Pues si ya DUGUIT podía afirmar en 1921 rotundamente que si hay contratos que dan lugar a la competencia de los Tribunales administrativos, ello no puede ser sino en virtud del fin... de servicio público en virtud del cual se han celebrado (65), subsistió el problema de cuándo un contrato tiene por objeto directo la satisfacción del interés público. Problemática que pervive en nuestros días, por ejemplo, cuando BOQUERA OLIVER (66) intentó resolver la pugna entre los criterios de finalidad y contenido en base al artículo 3 de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, partiendo de una interpretación de la palabra *finalidad* como *fin causal*, con lo que objeto y fin causal serían los elementos caracterizadores a primera vista de la administratividad de un contrato; lo que refiere de nuevo a la necesidad de fijar el *corpus* de ese objeto. Después del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado de 1965 subsiste el problema, pues si bien su artículo 18, párrafo 2.º, habla de «según su naturaleza», consagrando el criterio objetivo —que, como nos ha dicho el profesor VILLAR PALASÍ (67), es un criterio desfasado—, el artículo 19 y en general todo el articulado de la Ley se pierde en esa misma angustiosa falta de elemento discriminador.

De esta general posición doctrinal referente al servicio público volvemos a encontrarnos con varias direcciones. La más amplia, por cuanto

---

*nistrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española*, en el núm. 23 de esta REVISTA, págs. 193 y sigs.

(64) *Tratado*, cit., II, pág. 42.

(65) *Traité de Droit constitutionnel*, III, París, 1921, pág. 41.

(66) Op. y loc. cit.

(67) *Apuntes*, cit., VIII, pág. 12.



califica unitariamente todos los contratos de la Administración como administrativos, es la mantenida, aparte algunos precedentes (68), por ALBI y BALLBÉ (69). El fundamento es que la Administración ha de buscar el interés público, incluso cuando realiza actos de gestión patrimonial para sostener los servicios públicos. Sólo existe una característica constante, y es el interés público, motivación fundamental de toda la actividad administrativa. Por otra parte, entendiendo el Derecho administrativo como el Ordenamiento propio de la Administración en cuanto sujeto, ha de seguirse lógicamente la presunción de que en el ejercicio de la potestad relacional toda actividad de la Administración es administrativa.

Un paso de este universal administrativo hacia lo singular lo encontramos en las aportaciones de ENTRENA y de GARRIDO FALLA (70). Por distintos caminos llegan a la conclusión de que está en juego el interés público siempre que el órgano que contrata lo hace sobre un objeto que le está atribuido como competencia propia por el Ordenamiento. La gestión del servicio público debe ser competencia exclusiva de una de las partes. Por lo cual no son contratos administrativos los que la Administración realiza respecto de objetos cuya gestión no se ha encomendado a la Administración expresamente al amparo del régimen jurídico vigente.

La delimitación exacta la encontramos en la tesis del *giro o tráfico de la Administración*, propuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA (71). Nos dice, en efecto, que dentro de los contratos de la Administración hay un grupo de ellos en donde la modulación que ésta hace de las técnicas civiles alcanza una cierta intensidad. En estos casos es más conveniente que el análisis se atribuya a Tribunales especializados, por puras razones de oportunidad. Tal modulación viene exigida por las peculiaridades funcionales de la Administración y por su giro o tráfico. Es este giro o tráfico el que determina una modulación más intensa de los contratos en que la Administración interviene y es lo propio de los llamados contratos administrativos. La expresión giro o tráfico debe entenderse como el ámbito de actuación que la Administración tiene como propio de sus fines peculiares. Según ello, lo que la Ley quiere decir con servicio público es la actuación propia de la Administración singularizable en la misma como organización y sujeto personal, con el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades características.

A esta tesis contribuye VILLAR PALASÍ (72) con una última y definitiva precisión, encontrando la clave en la distinción entre finalidad del ente y finalidad específica del órgano. La aún subsistente indeterminación que suponen las expresiones giro o tráfico y finalidades de la Adminis-

(68) Pueden verse citados en ENTRENA, *Contribuciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, en el núm. 24 de esta REVISTA, págs. 39 y sigs.; también, en GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, II, Madrid, 1966, págs. 57 y sigs.

(69) BALLBÉ, voz *Derecho administrativo*, NEJS, I, págs. 57 y sigs. y 68 y sigs.; ALBI, voz *Contratos administrativos*, NEJS, V, págs. 348 y sigs.

(70) ENTRENA, op. cit., págs. 61 y sigs.; GARRIDO, op. cit., pág. 43.

(71) Cfr. *La figura del contrato administrativo*, cit., especialmente págs. 116 y sigs.

(72) *Apuntes*, cit., VIII, págs. 31 y sigs.

tración en conjunto, queda cercenada así por virtud del principio de la *statio*. Lo que importa no es el fin de la Administración en general; a efectos contractuales, actúa un órgano administrativo cuya competencia es la determinante y la decisiva, a la hora de fijar el carácter administrativo de la relación contractual.

Con ello se clarifica el concepto fantasmal de servicio público, al menos a los efectos que aquí interesan, diciendo que se trata de la necesaria actividad de un órgano de la Administración dentro del marco de su competencia que implica la satisfacción directa o, mejor, que implica directamente un satisfacer un interés público.

Ahora bien, y es importante subrayar esto, no por utilizar técnicas y fórmulas privadas el contrato ha de ser privado. Para la regulación de fondo de algunos contratos administrativos, el Ordenamiento puede acudir al Derecho privado, sin que dichos contratos se conviertan en privados. En suma, caben contratos administrativos bajo estructuraciones de Derecho privado; el órgano administrativo seguirá encontrándose en situación de prevalencia y la relación jurídica seguirá siendo administrativa, con las consecuencias oportunas.

Con ello queremos decir claramente que el contenido normativo, de fondo, de un contrato, no precluye sobre su naturaleza y, consiguientemente, sobre la *quaestio disputata* de la atribución jurisdiccional. El contenido estructural de un contrato no es ni puede ser más allá de un mero indicio para averiguar su naturaleza. Es más, hoy día, para agilizar su labor, la Administración, por medio de sus órganos, acude a estructuras contractuales civiles o mercantiles. Sin embargo, esa calificación mercantil externa no impide que su naturaleza sea administrativa, y que según su naturaleza deba quedar sometido al Ordenamiento jurídico-administrativo.

Nuestra jurisprudencia entrevió el problema en sus justos términos. La sentencia de 1 de marzo de 1960 dijo que «la cita de preceptos de otro cuerpo legal no decide la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa»; la de 25 de marzo de 1961 hablaba del «propósito de incluir en el área administrativa de modo expreso figuras contractuales atípicas»; y la de 23 de mayo de 1964 insiste en esta dirección, transcribiendo lo dicho en la de 1 de marzo de 1960.

Con lo cual enlazamos con el problema esencial del contrato administrativo: su atribución jurisdiccional. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO ha recordado últimamente que toda la polémica del contrato administrativo no es más que un problema de jurisdicción (73). Esto es lo que hace que la cuestión que tratamos sea una de las más batallonas del Derecho administrativo.

Vaya por delante que no se trata aquí de incurrir en el viejo error de una dirección doctrinal (74) de creer que la naturaleza del contrato viene

(73) *Unidad de jurisdicción para la Administración Pública*, en el núm. 49 de esta REVISTA, pág. 183.

(74) Puede verse MERKL, *Teoría general del Derecho administrativo*, Madrid, 1935, página 251.

dada por su atribución jurisdiccional. Dicha atribución es consecuencia, no causa, de la naturaleza de la relación. La petición de principio de dicha teoría es tan obvia y su crítica tan fácil que nos excusa de una consideración más detenida.

La atribución de un contrato a una u otra jurisdicción que, por otro lado, es una cuestión de orden público y no puede dejarse al arbitrio de las partes, como dice la sentencia de 28 de junio de 1960, ha sufrido un cambio con la publicación de la nueva Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965. El profesor VILLAR PALASÍ (75) ha insistido en la importancia de este cambio, que representa un viraje de ciento ochenta grados. «Justamente, se han invertido los términos», nos dice.

No obstante, quizá no sea tan profundo ese cambio como parece. Antes de la nueva Ley de Contratos del Estado, de acuerdo con el régimen establecido primero por la vieja Ley contenciosa de 1952 y después por la actual Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, la atribución venía dada por la finalidad de obras o servicios públicos de toda especie, independientemente de su naturaleza, como vimos.

Actualmente, el artículo 17 de la Ley de Contratos del Estado entrega la competencia jurisdiccional a lo contencioso de los contratos *regidos* por la presente Ley. Con la cual se incluyen los contratos aludidos en el artículo 18, párrafo 2, de la misma Ley («sometidos, según su naturaleza...»). De ello deduce VILLAR PALASÍ que ya no se trata de buscar la finalidad de servicio público, sino la naturaleza de la relación. Y ante el *impasse* que significa esto, nos da una regla para casos dudosos: «A falta de determinación legal expresa, siempre que un órgano de la Administración contrate en el ámbito específico de sus competencias y atribuciones, estamos ante un contrato administrativo», consecuentemente con su tesis expuesta anteriormente.

Creemos, por el contrario, que para averiguar la naturaleza del contrato administrativo, sigue siendo válido, además de la competencia del órgano que contrata, la finalidad del servicio público, tal como quedó expuesta anteriormente. Es un terreno éste abierto a la conjetura, pero no creemos que la Ley de Contratos se haya atrevido a llegar tan lejos. Al menos, de la lectura de sus preceptos no puede deducirse nada rigurosamente conclusivo.

Con todo ello tenemos ya datos suficientes para configurar los contratos administrativos, los que, en frase de GONZÁLEZ PÉREZ, «pertenecen al Derecho administrativo» (76): son aquellos que (a falta de calificación expresa en la norma jurídica) son celebrados por un órgano administrativo en el específico ámbito de su competencia y cuya finalidad es el servicio público (entendido en el sentido arriba expuesto). Y éstos serán los que, por el juego de los artículos 17 y 18 de la Ley de Contratos del Estado, vayan a la jurisdicción contenciosa.

De lo cual se deducen dos consecuencias inmediatas que interesa hacer notar:

(75) *Apuntes*, cit., loc. últ. cit.

(76) *Derecho procesal administrativo*, cit., pág. 58

a) **Delimitación:** Es únicamente contrato administrativo aquel en el que interviene la Administración a través de un órgano suyo.

b) **Ampliación de la esfera de los contratos administrativos:** Es indudable que ahora cualquier contrato que cumpla los requisitos expuestos puede ser administrativo. En otros términos, no se requiere para que un contrato sea administrativo que esté expresamente tipificado por una norma jurídica. En definitiva, y con ello llegamos al punto que nos propusimos como meta, pueden darse contratos administrativos sin *nomen iuris*, contratos administrativos atípicos.

¿En qué forma? Pasamos a verlo en el siguiente apartado.

## 2. *Fundamento de la existencia y régimen de los contratos administrativos atípicos.*

Una vez aclarado lo que es el contrato administrativo, especialmente a la luz de la nueva Ley de 1965, es preciso indagar sobre la posible existencia de contratos atípicos, que en buena técnica es tema previo a considerar. Tema que presenta serias dificultades debido al escaso trato doctrinal que ha recibido y a que las aportaciones jurisprudenciales sobre la materia son escasas y fragmentarias.

Un repaso a los autores que han tratado el tema nos demostraría la veracidad de este aserto. En las obras de COLMEIRO (77), SANTAMARÍA DE PAREDES (78), MELLADO (79), DELGADO y ARRIAGA (80), GUENECHEA (81), no encontramos ninguna alusión a la posible existencia de contratos administrativos innominados, lo cual quizá pueda explicarse por las fechas de sus publicaciones y el estado incipiente de la investigación sobre el punto concreto. Pero tampoco en obras más modernas, como las de FERNÁNDEZ DE VELASCO (82), BERCAITZ (83), ALVAREZ-GENDÍN (84), ROYO-VILLANOVA (85), GASCÓN Y MARÍN (86) GARCÍA-OVIEDO-MARTÍNEZ-USEROS (87) y un etcétera que sería muy largo, podemos encontrar indicaciones útiles sobre el tema. Es más, cuando algún autor (ALVAREZ-GENDÍN) intenta exponer aisladamente cada contrato administrativo, se limita a hacer una clasificación según criterios personales. Y la misma impresión negativa se deduce de la más reciente doctrina, posterior incluso a la Ley de 8 de abril de 1965.

En cuanto a aportaciones monográficas, el panorama no es mucho

(77) *Derecho administrativo español*, II, Madrid, 1876.

(78) *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1885.

(79) *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Madrid, 1899.

(80) *Contratos administrativos*, I, Madrid, 1899.

(81) *Ensayo de Derecho administrativo*, II, Bilbao, 1914.

(82) *Op. cit.*

(83) *Op. cit.*

(84) *Los contratos públicos*, Madrid, 1934; *Manual de Derecho administrativo*, Zaragoza, 1941.

(85) *Elementos de Derecho administrativo*, II, Valladolid, 1955.

(86) *Tratado de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1928.

(87) *Derecho administrativo*, II, Madrid, 1962.

mejor. GARCÍA-TREVIJANO (88), en referencia a un caso concreto, el de los depósitos, sienta una conclusión que examinaremos más adelante. GARCÍA DE ENTERRÍA (89), incidentalmente nos habla de la tipicidad como una de las características del contrato administrativo. CARRETERO (90) recoge estas opiniones y apunta ya, a la vista de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963, el posible cambio de la cuestión. En fin, en los *Apuntes* de cátedra de nuestro maestro, el profesor VILLAR PALASÍ, se aborda el problema con un enfoque nuevo dentro de la Ley de Contratos del Estado de 1965.

La doctrina extranjera al respecto tampoco puede sernos muy útil. En primer lugar, porque se trata de un tema de estricto Derecho positivo, y además porque si bien la expresión «contratos mixtos» aparece en algún autor extranjero (91), es utilizada con un sentido totalmente distinto a como aquí hacemos. Y tampoco nuestra jurisprudencia ha construido una teoría del contrato atípico administrativo.

¿Son posibles, en teoría, contratos administrativos sin *nomen iuris*? Volvemos a enlazar con el principio de legalidad referido a la actuación administrativa, si bien ya conviene matizarlo debidamente.

En favor de la existencia de contratos atípicos administrativos pueden aducirse varias series de consideraciones. Ante todo, el Derecho positivo. El artículo 10 de la Ley de Contratos del Estado («La Administración puede concertar con los particulares los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al Ordenamiento jurídico o a los preceptos de buena administración») es paralelo al 1.255 del Código civil. Y su artículo 19 («Los contratos que celebre el Estado y carezcan en el Ordenamiento jurídico de régimen específico...») parece consagrar expresamente la existencia de contratos sin régimen legal específico aplicable.

La jurisprudencia ha admitido, por otra parte, la posibilidad de añadir cláusulas lícitas por parte de la Administración a los contratos que celebre (ver la sentencia de 22 de junio de 1955).

Las necesidades de la Administración han crecido progresivamente con el aumento de fines que las modernas doctrinas políticas asignan al Estado. Y para conseguir esos fines, es indudable que la Administración, respetando los límites que marca el artículo 10 de la Ley puede utilizar la técnica contractual civil o mercantil (y de hecho veremos que la utiliza), sin abdicar por ello de sus prerrogativas. Razones de orden político: agilización de la actividad administrativa, despolitización, desburocratización, etc., abonan también en su favor.

En contra puede aducirse el principio de legalidad de la actuación administrativa, consagrado en el artículo 100 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Puede alegarse también que el principio de la autonomía

(88) *¿Existen contratos administrativos de depósito?*, en el núm. 16 de esta REVISTA., págs. 155 y sigs.

(89) *La figura*, cit.

(90) *El contrato administrativo ante la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963*, en el núm. 45 de esta REVISTA., págs. 105 y sigs.

(91) J. ROUVIÈRE, *Les contrats administratifs*, París, 1930, pág. 58.

de la voluntad del artículo 10 LCE no puede equipararse en modo alguno al artículo 1.255 del Código civil, ya que mientras aquí nos encontramos con que las reglas del Código civil sobre contratos son en su mayor parte dispositivas, las correspondientes normas del Derecho administrativo (Ley de Contratos del Estado de 1965 y Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953) tienen carácter de Derecho imperativo, de *ius cogens* (S. T. S. de 28 de junio de 1916).

La aparente antinomia puede salvarse entendiendo el principio de legalidad no como la previa y estricta tipificación del actuar administrativo, sino como el marco dentro del cual puede moverse libremente dicho actuar, como límite de validez de la actuación de la Administración (*quae non prohibita, permisa intelliguntur*). Lo único que se requiere es una norma que habilite al órgano administrativo, pero en absoluto que fije las condiciones de la contratación. De este modo se salva el necesario control de legalidad y al mismo tiempo no se incurre en un funesto inmovilismo.

Si todo esto es así, es evidente que la Administración puede celebrar contratos *administrativos* cuyo contenido normativo no aparezca dado por el Derecho administrativo necesario, es decir, contratos *praeter legem*. Con lo cual nos tropezamos aquí con el mismo problema que se planteaba el Derecho civil: ¿cuál será la norma aplicable a estos contratos? Dejamos la respuesta a esta interrogación para más adelante.

El fundamento legal de los contratos administrativos atípicos aparece claro. Pero sólo después de la Ley de Contratos del Estado; antes de ésta, la doctrina, como vamos a ver, negaba la posibilidad de dichos contratos, atribuyéndoles carácter privado. La razón de esa actitud negativa de la doctrina va a quedar superada por los artículos 18 y 19 de la Ley.

Como decimos, en el Derecho anterior a la Ley, la opinión común era contraria a la existencia de contratos administrativos innominados. GARCÍA-TREVIJANO (92) se expresaba en estos términos: «No resultaría aceptable la existencia de contratos administrativos atípicos, calificados por el fantasma del servicio público, ya que, ampliando el concepto de servicio público, todo contrato celebrado por la Administración sería contrato administrativo».

Lo cual se presta a algunas matizaciones. Primera, que es dudoso que la idea de servicio público sea un fantasma. Segunda, que no tiene por qué ser dicha idea la única que califique el contrato administrativo, sino que dicha calificación puede provenir también de otras razones. Pero aun con eso, resulta una opinión contraria muy estimable. GARCÍA DE ENTERRÍA (93) señalaba como una de las características del contrato administrativo su tipicidad, que le viene dada por los pliegos de condiciones generales, singularmente por el de 3 de marzo de 1903. Aunque no lo dice expresamente, entendemos que *a sensu contrario* el catedrático de nuestra Facultad no consideraba viable el que se dieran contratos

(92) Op. cit.

(93) Op. últ. cit.

administrativos atípicos: un contrato de la Administración no tipificado sería un contrato privado. CARRETERO (94) recoge esta dirección y apunta que la Ley de Bases de 1963 superó ya esta postura, permitiendo que todo contrato que sea instrumental para un fin de interés general es posible concertarlo.

La razón de que fueran defendibles estas posturas y de que la misma jurisprudencia se mostrara reacia a admitir contratos administrativos atípicos está en la diferencia entre el régimen legal de los contratos administrativos anterior a la nueva Ley y el posterior a la misma.

Antes de la LCE no existían sino unos privilegios exorbitantes, contenidos en los pliegos de condiciones por lo general, no aplicables por analogía y que no constituían una verdadera regulación de fondo de la contratación administrativa. GARCÍA DE ENTERRÍA (95) subrayó ese carácter de *ius singularis* que tenían las escasas y dispersas normas administrativas sobre contratación respecto del Código civil. Dichas normas eran sólo excepcionales al Derecho privado común, que era, como dice PARADA (96), el directamente aplicable, pese a la afirmación en contra del artículo 65 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911. Faltaba una regulación de fondo, un Derecho objetivo de la contratación administrativa (97).

Fácilmente se entiende la repugnancia a hablar de contratos administrativos atípicos; todo contrato que celebre la Administración y que careciera de una regulación específica sería civil, pues el Derecho común era el aplicable directamente y nada autorizaba a pensar lo contrario. Mas en el momento en que un pliego de condiciones especificaba que un contrato era administrativo, lo tipificaba. Lo que faltaba era justamente la norma que regulara con carácter general todos los contratos administrativos, estén o no tipificados en normas privativas. Dicha norma está contenida en el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965.

Dicha Ley es un giro copernicano en el sistema del Derecho administrativo de obligaciones, apareciendo como un verdadero Código de las obligaciones y contratos administrativos, equivalente al Libro IV del Código civil respecto del Derecho privado. Es una norma base, aplicable a todos los contratos del Estado, en parte incluso a los contratos privados.

Este carácter de la LCE era observable ya en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963. Decía dicha Exposición de Motivos: «... el objetivo primordial que persigue la presente Ley de Bases sea el establecer en nuestro Ordenamiento una regulación concreta de los contratos del Estado bajo principios jurídicos y administrativos...»; nos aclara después que no constituían una regulación de fondo ni el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad

(94) Op. cit.

(95) *Dos regulaciones orgánicas*, cit., pág. 248.

(96) *La nueva Ley de contratos del Estado*, en el núm. 47 de esta REVISTA, pág. 407.

(97) Sin embargo, el profesor VILLAR PALASÍ opone algunos reparos a esta afirmación, resaltando la importancia de la legislación anterior a la LCE.

de 1911, ni el pliego de condiciones de 1903, y a continuación dice: «La sumisión preferente al Derecho administrativo es la característica normativa que otorga a los contratos del Estado regulados por la Ley su perfil institucional con alejadas raíces en el Derecho privado de obligaciones...». En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley sólo merece elogios, al menos respecto al punto concreto que tratamos.

El texto articulado, consecuente, impone el principio de plenitud herméutica del Derecho de obligaciones de la Administración. En primer lugar, dándole carácter autónomo a través de la autointegración normativa que prevé el artículo 18 (el Derecho administrativo como primer Derecho supletorio), quedando el Derecho común reducido a la categoría de último Derecho supletorio (art. 16 C. c.), como ya lo había establecido el Reglamento de contratación local en su disposición adicional 2.<sup>a</sup>

Pero, además, la Ley, en sus artículos 18 y 19 establece la regulación de los «demás contratos del Estado». Es decir, que los contratos que celebre el Estado y que no sean los tres que recoge la Ley deberán sujetarse a los artículos 18 y 19. Y esto incluso para los contratos privados (art. 18, párrafo 3.º).

La interpretación de estos artículos, ciertamente no demasiado clara, ha dado lugar ya a una interesante diversidad de opiniones doctrinales, que consideramos de interés exponer:

1. Nada más aparecer la Ley, PARADA (98), reconociendo la poca claridad de estos artículos, entendió que, de acuerdo con ellos, los contratos del Estado quedaban clasificados así:

A) Contratos regulados por la Ley: obras, suministros, gestión de servicios.

B) Contratos con normas privativas incompletas y que por su naturaleza deban quedar sometidos al Ordenamiento administrativo: éste será el Derecho supletorio (art. 18-2).

C) Contratos con normas privativas incompletas y que por naturaleza deban quedar excluidos del Ordenamiento administrativo: el Derecho supletorio será el Derecho común, salvo en materia de competencia y procedimiento (art. 18-3).

D) Contratos sin régimen específico que por naturaleza deban quedar sometidos al Ordenamiento administrativo (art. 19, en relación con el 18-2).

E) Contratos sin régimen específico que por naturaleza deban quedar excluidos del Ordenamiento administrativo (art. 19, en relación con el 18-3).

2. Por su parte, GONZÁLEZ-BERENGUER (99) entiende que de acuerdo con la Ley, los contratos de obras, servicios y suministros, son siempre administrativos. El artículo 18-2 especifica que el primer derecho supletorio es la propia Ley, y los contratos a que se refiere el artículo 18-3 son aquellos en los que la matización administrativa es mínima: el De-

(98) PARADA, op. cit.

(99) *La contratación administrativa*, Madrid, 1966, págs. 43-49.



recho supletorio será el civil o el mercantil, a excepción de las materias de competencia y procedimiento. En estos contratos, dice GONZÁLEZ-BERENGUER, la Administración deberá acudir a los Tribunales civiles si el contrato en cuestión no tenía por finalidad la obra o el servicio público. En definitiva, concluye, será siempre la jurisprudencia quien resolverá.

3. El profesor NIETO (100) entiende que los pintorescos preceptos de la nueva Ley sólo pueden cobrar sentido si se interpretan del siguiente modo:

La Ley establece los siguientes grupos de contratos:

A) Los de obras, servicios y suministros.

B) Los demás, dotados de normas privativas parciales:

a) Si son administrativas, se regirán supletoriamente por el Derecho administrativo.

b) Si son privados, se regirán por el Derecho privado, salvo las materias de competencia y procedimiento.

C) Contratos sin normas privativas:

a) Si son administrativos, se regirán por el Derecho administrativo.

b) Si son privados, por el Derecho privado, salvo en materia de competencia y procedimiento.

Cuando un problema ha producido ya esta discrepancia, es evidente que debe considerarse intrincado. Por nuestra parte, reconociendo el valor de estas opiniones y el prestigio de sus defensores, creemos que quizá éstos no hayan tenido en cuenta al emitirlas la distinción que hicimos entre el contenido normativo de un contrato y su atribución jurisdiccional, distinción fundamental, y el hecho de que el contenido de un contrato no precluye sobre la jurisdicción competente.

Teniendo bien presente dicha observación, podemos aventurarnos a dar nuestra opinión sobre la interpretación de dichos artículos, que sigue sustancialmente la sustentada por el profesor VILLAR PALASÍ. Con ello veremos el porqué el artículo 18 autoriza a hablar de contratos administrativos atípicos. Dicha opinión puede resumirse así:

El párrafo segundo del artículo 18 («Cuando se trate de contratos que, según su naturaleza, deban quedar sometidos al Ordenamiento jurídico-administrativo, éste funcionará como Derecho supletorio, siendo peculiarmente aplicables con tal carácter las normas contenidas en esta Ley») supone la derogación del *numerus clausus* en los contratos administrativos, a través de la existencia de contratos administrativos de contenido civil. Se trata aquí de casos en que la Administración maneja técnicas de Derecho privado, por razones obvias de agilidad y eficacia, pero sin que esos contratos se conviertan en contratos privados.

La peregrina frase *según su naturaleza* debe entenderse de este modo: no obstante ser el contrato civil o mercantil por su contenido, el vínculo será administrativo por naturaleza. Con ello se subordina el Derecho civil al Derecho administrativo. Pese a ser contratos de clausurado in-

(100) En su *reconición* al libro de GONZÁLEZ-BERENGUER, cit., en el núm. 49 de esta REVISTA, págs. 393-394.

terno íntegramente civil o mercantil, son contratos administrativos (van a la jurisdicción administrativa) por naturaleza, pero atípicos, es decir, no tipificados por normas administrativas. Ya son posibles contratos administrativos sin regulación, que habrá de tomarla del Derecho civil o mercantil. El artículo 18 es la vía a la Administración para que celebre contratos administrativos no tipificados previamente y cuyo contenido habrá que integrarlo fuera del mismo Derecho administrativo.

Por el contrario, el párrafo 3.º del artículo 18 («Si la naturaleza del contrato excluye en general la aplicación del Ordenamiento jurídico-administrativo se observarán, no obstante, los principios establecidos en esta Ley sobre competencia y procedimiento, a falta de reglas específicas al respecto, sin perjuicio de acudir como Derecho supletorio a las Leyes civiles o mercantiles») contempla el supuesto de los contratos privados de la Administración. La utilización por ésta del Derecho privado es aquí total, no sólo técnica: la naturaleza del contrato excluye la aplicación del Derecho administrativo. Es el Derecho común el directamente aplicable como supletorio; aquí se encuadran, por ejemplo, los contratos contenidos en la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964. El carácter de la Ley de Contratos de código general de las obligaciones del Estado, de Derecho básico, obliga a incluir dentro de la misma estos contratos privados.

A la luz de esta interpretación es claro el ya citado artículo 19 de la Ley. Se trata de una simple remisión a los dos clases de contratos que prevé el 18. La única diferencia es que en el 18 dichos contratos tenían un régimen específico, bien que parcial e insuficiente, y aquí no lo tienen. Pero recordemos que no puede entenderse este artículo como previsor de contratos sin norma alguna, sino en el sentido de que la disposición habilitante (necesaria por el principio de legalidad, como vimos) no contenga ningún precepto de fondo.

El problema ahora es entender la frase «según su naturaleza», que será la que determine la atribución jurisdiccional. Y dicha atribución jurisdiccional a lo contencioso de contratos de contenido privado se deduce fácilmente del juego del artículo 18 con el 17 de la misma Ley («Las cuestiones litigiosas surgidas de la interpretación o cumplimiento de los contratos regulados por la presente Ley... habrá lugar a recurso contencioso-administrativo...»). Ante el caso concreto, habrá que acudir a lo que ya dijimos arriba, insistiendo una vez más en la dificultad de la apreciación. Pero ello no es suficiente, a nuestro juicio, para propugnar, como hace una reciente doctrina española (101), la unificación de jurisdicciones, concediendo a la vía contenciosa *vis attractiva* de todos los contratos que celebre la Administración. Y no ciertamente por razones dogmáticas, que podrían hallarse en pro y en contra de ello, sino por

---

(101) Aparte algunos precedentes, fué GARCÍA-TREVIJANO (*Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España*, en el núm. 34 de esta REVISTA, págs. 293 y sigs.) el primero en señalarlo claramente. Después, véanse las obras citadas de PARADA, L. MARTÍN-RETORTILLO y GONZÁLEZ-BERENGUER. También TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso*, I, Madrid, 1965, pág. 238.

los tremendos trastornos que dicha unificación ocasionaría en la práctica, en perjuicio siempre de las garantías de seguridad del administrado.

Con ello estimamos que queda suficientemente aclarado el fundamento legal de los contratos administrativos atípicos. Gracias al artículo 18 de la Ley, la Administración puede celebrar contratos administrativos distintos de los específicamente regulados, contratos sin régimen legal, contratos atípicos (102).

Una vez comprobada la existencia de dichos contratos, enlazamos con la interrogante ya enunciada y que dejamos sin contestar. Se trata ahora de la misma dificultad que vimos en el Derecho privado, es decir, determinar el régimen local aplicable.

En principio, entendemos que la solución debe ser la misma y que es aplicable el esquema civil que vimos al contrato administrativo. Pero ello con algunas matizaciones derivadas de las especialidades de la contratación administrativa. En definitiva, el esquema de la normativa aplicable a los contratos atípicos administrativos puede ser el siguiente:

1. Los escasos preceptos (si hay alguno) que contengan las normas habilitantes. Claro es que nunca serán normas sobre el fondo del contrato.
2. El clausulado del contrato, expresión de la soberana voluntad de las partes.
3. Las oportunas reglas del Derecho privado. Es decir, de acuerdo con la naturaleza del contrato en cuestión, las normas básicas aplicables serán las oportunas del Código civil o del Código de Comercio. Y si el contrato es atípico por naturaleza, será utilizable el mismo esquema que para los contratos atípicos del Derecho privado.
4. Naturalmente, las reglas sobre competencia y procedimiento serán en todo caso aplicables, pero no forman parte del contenido del contrato, sino que sirven para efectuar la declaración de voluntad administrativa, por lo que no son auténticas normas contractuales.

A continuación vamos a exponer de entre los contratos administrativos atípicos aquellos que estimamos más importantes por su volumen y reiteración en el tráfico y por su importancia técnico-jurídica; al mismo tiempo examinaremos, bajo el epígrafe de los *pretendidos* contratos atípicos, ciertas figuras que a simple vista podrían tenerse por atípicas sin que de hecho lo sean. Comenzando, antes que nada, por una figura singularísima, que supone el límite de la técnica contractual aplicada a la Administración. Con ello veremos la eficacia práctica de todo lo hasta ahora dicho.

---

(102) El fenómeno que analizamos ha pasado inadvertido a la doctrina posterior a la nueva Ley de contratos del Estado.

## III.—EXAMEN PARTICULARIZADO DE DIVERSOS CONTRATOS ATÍPICOS.

1. *El gozne entre el contrato y el acto bilateral: el sistema de acción concertada.*

Creemos interesante comenzar por un caso realmente curioso por cuanto representa una figura híbrida entre el contrato administrativo y el acto-condición o el acto bilateral (103). Nos referimos a los convenios que, bajo el nombre de acción concertada, se celebran entre ciertas empresas y el Estado, según previsión de la Ley del Plan de Desarrollo de 1963.

El artículo 5.º de dicha Ley establece el régimen de acción concertada mediante la publicación de las bases generales específicas para cada sector industrial. En cumplimiento de lo cual se han publicado hasta el momento las siguientes:

— Conservas vegetales: O. M. de 22-VIII-1964, modificada en 3-IV-1965.

— Harinas: O. M. de 16-VIII-1965.

— Producción de ganado vacuno de carne: O. M. de 18-XI-1964, modificada en 29-I-1965.

— Sector hullero: O. M. de 30-III-1965.

— Papel y cartón: O. M. de 17-VII-1965.

— Piel: O. M. de 22-VIII-1964.

— Siderometalurgia: O. M. de 22-VIII-1964, modificada en 11-XI-1964.

El problema es saber si estos convenios son auténticos contratos o actos administrativos unilaterales necesitados de colaboración. La discusión no debe reputarse estéril, pues las consecuencias de aplicar una u otra técnica son importantes. Pensemos sólo en el caso de que la Administración retirase las exenciones fiscales acordadas. ¿Tendría la empresa derecho a indemnización?

En favor del contrato podemos alegar la letra misma de la Ley («mediante acuerdo entre las empresas y los Ministerios competentes... tendrá carácter voluntario»). Pero un examen detenido de la cuestión nos revela inmediatamente que hay obstáculos infranqueables para aceptar esta idea, pese a que sería la que mejor garantizase la situación del particular.

En primer lugar, no siempre que hay acuerdo de voluntades existe contrato. Nos hallamos aquí ante un acto administrativo que aplica lo prescrito en una norma a un supuesto concreto; los efectos jurídicos se derivan en todo caso del acto de la Administración del cual la declaración de la empresa no es más que un presupuesto.

Pero es que además todo el Derecho positivo en materia de contratos del Estado está también en contra de la tesis que combatimos las bases generales por las que se rigen estos acuerdos no pueden reputarse de

(103) Así, W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, págs. 249 y sigs., que habla de *zweisiatiger Verwaltungsakt*.

ningún modo pliegos generales de contratación. De la misma manera será prácticamente inaplicable al respecto la parte general de la Ley de Contratos del Estado, incluso en materias de competencia y procedimiento.

Pese a las dudas que pueden suscitarse por el origen contractual de estas figuras, entendemos que deben ser conceptuadas en buena técnica como actos administrativos unilaterales.

## 2. *Algunos contratos administrativos atípicos.*

### A) *Contratos de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes.*

La CAT, cuyo precedente está en el Servicio Nacional de Abastecimientos y Transportes creado por Decreto de 16 de febrero de 1938, pasando a ser CGAT en 1939 y organizándose en 28 de abril de 1939 y nuevamente por Ley de 24 de junio de 1941, venía realizando importaciones de productos diversos, adquiriendo las mercancías a precios internacionales y distribuyéndolas en España a precios adecuados al tenor de los propios de los productos nacionales correspondientes. La diferencia entre el precio de compra y el de venta quedaba para la CAT, de acuerdo con la Ley de 24 de junio de 1941, que dispone que entre otras fuentes de beneficios para la Comisaría están los que obtenga en operaciones de gestión directa.

La serie de contratos celebrados durante esta primera etapa de la historia de la CAT eran auténticos contratos administrativos atípicos. Su naturaleza administrativa fué reconocida repetidamente por el Tribunal Supremo, en tanto que su contenido seguía paso a paso el de cualquier contrato mercantil.

Más tarde se alteró el sistema, acudiéndose a un régimen singular. La gestión directa se torno en una forma de gestión indirecta, que ahora nos interesa también como otra muestra de contrato administrativo atípico.

La mecánica era la siguiente: los grupos directamente interesados en la importación de los productos proponían a la CAT mediante carta-oferta la importación de tales productos, con indicación de precio, etcétera. La Comisaría conseguía la licencia de importación, entregándola a los interesados, quienes por su parte ofrecían el ingreso para la Comisaría de cierta cantidad en concepto de beneficio comercial. Cantidad ésta variable y acorde con la diferencia entre el precio exterior e interior del producto con objeto de no producir un choque en el mercado nacional por la venta de esos productos a bajo precio ni tampoco la obtención de un lucro excesivo para los importadores en el caso de que vendieran al precio medio nacional, quedándose con la diferencia.

Encontramos, pues, una forma contractual entre la CAT y los importadores. La primera ofrece como prestación la licencia de importación y los interesados dan como contraprestación cierta cantidad en concepto de beneficio comercial. Se trata de un contrato administrativo no previsto por las Leyes.

No obstante, existe otra posibilidad para la calificación de esta relación, que precisamente ha sido invocada por los importadores en un interesante pleito pendiente de resolución, en el que han alegado que tal beneficio comercial no es realmente una contraprestación contractual, sino una tasa de importación establecida por la CAT. Se mezclan aquí erróneamente los aspectos contractual y extracontractual de la situación, incurriendo en la misma equivocación que la sentencia de 23 de mayo de 1964, que aplicó a un supuesto de responsabilidad contractual los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

Esta situación atípica e incierta ha sido actualmente superada por el Decreto de 28 de marzo de 1963, que implanta el régimen de derechos reguladores del precio de los productos alimenticios. La cuantía de estos derechos reguladores se fijará periódicamente por el Gobierno o por el Ministerio de Comercio (art. 4.º del Decreto citado).

*B) El caso especial del contrato de compra de vinos por la Comisión para la Compra de Excedentes de Vinos.*

La regulación administrativa sobre vinos comienza con el Decreto de 8 de septiembre de 1932, que promulgó el Estatuto del Vino. El Decreto-Ley de 11 de agosto de 1953, cuyo artículo 14 dejó subsistentes los preceptos del Estatuto, creó la CCEV, la cual, de acuerdo con el artículo 1 de dicho Decreto-Ley se configura como un organismo autónomo con personalidad jurídica propia, de carácter transitorio y con el fin de adquirir cada año los excedentes que se produjeran en las cosechas vitícolas españolas.

El contrato de compra de vinos es un auténtico contrato de compraventa civil, regido aparte de las cláusulas del mismo contrato por los artículos 1.445 y siguientes del Código civil. Pero en cuanto a su naturaleza y consecuentemente a su atribución jurisdiccional el problema es más delicado. Lo que a simple vista puede parecer un contrato administrativo atípico ha sido negado por las sentencias de 4 de octubre de 1958 y 28 de junio de 1960, que han declarado competente a la jurisdicción ordinaria. Los argumentos empleados por el Tribunal Supremo eran los siguientes:

En primer lugar, que, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto-Ley citado, la Comisión es un organismo con personalidad jurídica que desarrolla una actividad comercial, y al no ser la Administración parte contratante no podía hablarse de contrato administrativo.

En segundo término, que no se refería dicho contrato a ninguna obra o servicio público, puesto que lo que se buscaba no era beneficiar a la comunidad, sino a determinados viticultores que se encontraran en la imposibilidad de colocar sus productos en el mercado nacional.

También alegaron ambas sentencias que el hecho de no haberse guardado las formalidades prescritas en general para la contratación administrativa por la LACHP de 1911 impedía considerar administrativa dicha relación.

Parece que, de acuerdo con todo lo expuesto, debe ser revisada esta doctrina. Por otra parte, los argumentos que ha utilizado el Tribunal Supremo no son muy convincentes.

En primer lugar, entendiendo el concepto de servicio público en la forma antes expuesta, no cabe duda de que es de interés para la economía nacional evitar los perjuicios derivados de un exceso en la producción de este cultivo. También el decir que no se trata de un contrato administrativo por ser el órgano contratante una persona jurídica autónoma es caprichoso, porque presupone lo que nadie ha dicho, a saber, que sólo la Administración territorial puede celebrar contratos administrativos; y buena prueba de ello es el caso de la CAT, como ya hemos visto. En fin, tampoco es decisivo el dato del no cumplimiento de las formalidades administrativas, puesto que dichas formalidades son para cada contrato las que señale la Ley especial, y no debe entenderse aplicable a todos los contratos de la Administración la forma tipo con que suelen aparecer.

### C) *Depósitos.*

De entre el complejo de contratos de depósito que celebra la Administración hemos elegido como muestra de contratos atípicos aquellos en los que la Administración tiene parte como depositante. Con ello excluimos supuestos tales como el de la sentencia de 3 de diciembre de 1954 (104), que contemplaba justamente el caso opuesto, y otros de menor importancia.

Los organismos que suelen celebrar contratos de depósito son la CAT, la CCEV y el SNT.

Las normas por las que se rigen estos contratos son las contenidas en los artículos 1.758 y siguientes del Código civil y 303 y siguientes del Código de Comercio, que suelen aparecer incluidas en el clausulado de los mismos. No obstante, entendemos, de acuerdo con lo antes expresado, que se trata de auténticos contratos administrativos, y que, por tanto, debe ser revisada la doctrina de las sentencias de 28 de febrero de 1951 y 27 de mayo de 1952, del mismo modo que señalamos al hablar de la compra de vinos.

Por otra parte, parece necesario insistir en el hecho de que se trata de auténticos contratos de depósito, pese a que suelen aparecer unidos al contrato correspondiente de compraventa y a que la sentencia de 4 de octubre de 1958 considerase dicho contrato como un arrendamiento de bodegas.

### D) *Arrendamiento de viviendas a funcionarios.*

En 1951, por Decreto de 21 de diciembre, se crea el Patronato de casas de funcionarios del Ministerio de Educación Nacional, dictándose un Reglamento por Decreto de 9 de julio de 1954, del que se modificaron algunos artículos en 1957. El Patronato queda configurado como

---

(104) Comentada por GARCÍA-TREVIJANO, en *¿Existen contratos...?*, cit.

entidad autónoma, con capacidad económica y personalidad jurídica para llevar a cabo sus fines, a saber, adquisición, construcción, adjudicación, administración y entretenimiento de viviendas para su arriendo o venta a los funcionarios adscritos al Ministerio.

Tendrán derecho a ocupar estas viviendas todos los funcionarios que presten sus servicios en el Ministerio de Educación Nacional. El Patronato las ofrecerá bien en régimen de arrendamiento, contra el correspondiente pago del alquiler; bien en venta, pagando el adquirente cuotas de amortización.

Se perderá el derecho a ocupar las viviendas por desaparecer la relación funcional por separación del servicio, por renuncia voluntaria, por fallecimiento y por traslado o excedencia voluntaria del titular en el caso de vivienda arrendada, por falta de pago de una mensualidad en caso de arrendamiento o de un trimestre en caso de amortización y, en fin, por incumplimiento de los preceptos contenidos en el Reglamento y disposiciones legales aplicables a este tipo de viviendas o de las condiciones enunciadas en los contratos.

El titular de una vivienda entregada para amortización tenía el carácter de arrendatario durante el tiempo que duraba ésta; teniendo derecho a que, en caso de abandono de la vivienda, cualquiera que fuere la causa que lo motivara, se le devolvieran las cantidades entregadas en concepto de amortización, salvo un 30 por 100 en razón de alquiler.

Estos contratos celebrados por el Patronato tienen el carácter de administrativos, aunque atípicos, ya que su regulación es de Derecho civil, por remisión del Reglamento citado, siendo la LAU la aplicable al respecto.

Por tanto, y dado que la LAU no ha recogido en su última reforma el desahucio administrativo que establecía el Reglamento, hay que entender derogadas estas disposiciones en tanto en cuanto no hayan sido respetadas por dicha Ley, pese a que en la práctica no hay sino esto tan claramente entendido.

#### E) *Contratos sobre provisión de los puestos de administradores de Paradores de Turismo.*

Nos interesa ahora contemplar un caso de contrato cuya naturaleza jurídica es muy discutible. Nos referimos a los contratos celebrados con los administradores de los Paradores de Turismo, del Ministerio de Información y Turismo.

Como para la provisión de este puesto se hace una convocatoria específica por Orden ministerial, tomaremos como base la de 27 de diciembre de 1965, que señala las bases del concurso para la provisión e incluye en anexo el modelo de contrato.

Podríamos empezar por señalar que no aparece claro si la convocatoria es de concurso o de oposición, pues mientras la Orden emplea el término «concurso», la verificación a través de exámenes parece más propia de oposición. De cualquier manera, esto sólo nos interesa como vía para llegar a la firma del contrato.



Ahora bien, en la base X se dice: «El hecho de participar en este concurso lleva implícita la conformidad al contrato de trabajo que deberán suscribir quienes obtengan la plaza para poder tomar posesión del cargo». Un análisis de este párrafo, entendiendo los términos en su sentido estricto, nos brindaría una serie de contradicciones, pues mientras la fórmula de concurso y toma de posesión del cargo hacen referencia al campo administrativo, incluso de lo funcionarial, por contra, la alusión a contrato de trabajo establece conexión con lo laboral.

El clausulado del contrato excluye, sin embargo, ambos posibilidades. La posibilidad de rescisión libre del contrato por las partes es claramente contraria a la normal relación que supone el contrato de trabajo; y por otra parte, el puesto de administrador de un Parador de Turismo es análogo al de director de Hotel, que la Orden ministerial de 30 de mayo de 1944 excluía del campo laboral, y que, aunque incluidos en este ámbito por la Orden ministerial de 17 de julio de 1945, son de nuevo excluidos por la Orden ministerial de 24 de julio de 1950, pudiéndose, pues, considerar también excluidos a los administradores de Paradores.

Por lo que se refiere a la posibilidad de relación funcionarial, es con mayor razón rechazable, ya que el nacimiento por contrato es contrario a la idea de funcionario, como lo es la libre rescisión de la relación por las partes, y en última instancia, porque no hay de ningún modo ejercicio de función pública.

Rechazadas así las posibilidades laboral y funcionarial, cabe aún que el contrato sea civil o administrativo. La Orden ministerial que hace la convocatoria afirma claramente lo primero: el presente contrato es de naturaleza civil y está excluido del ámbito de aplicación de la Reglamentación Nacional de la Industria Hotelera; se somete además a la jurisdicción ordinaria de Madrid.

Ahora bien, no creemos que las partes puedan calificar un contrato de civil no siendo tal su naturaleza jurídica.

Dado que el Decreto de 8 de agosto de 1958, que reorganiza la Dirección General de Turismo, en su artículo 22 dice que la Administración turística española tendrá a su cargo la gestión y explotación de la red de establecimientos turísticos propiedad del Estado, y que el artículo 23 da como órgano rector de esta administración una Junta administrativa, entre cuyas misiones está el «dictar normas sobre el personal, así como las bases de los concursos para su admisión» (art. 25, apartado g), así como contemplando la forma que reviste la presente convocatoria, nos parece que la verdadera naturaleza de este contrato es administrativa; siendo así contrato administrativo sometido a la legislación civil, será, según nuestro criterio, un contrato administrativo atípico.

#### *F) Contratos interadministrativos en relación con los Festivales de España.*

Dentro de los contratos celebrados entre diversos organismos de la Administración, que suelen ser contratos atípicos, dado que falta el elemento privado, que es el que exige una tipificación de la actuación administrativa en aras del respeto al principio de legalidad, hemos escogido

el contrato celebrado entre el Patronato Nacional de Festivales de España y las entidades locales y provinciales.

El Patronato fué creado por Orden ministerial de 18 de marzo de 1965, modificada por Orden ministerial de 20 de octubre de 1965, con naturaleza jurídica de Entidad estatal autónoma dependiente del Ministerio de Información y Turismo, con el fin y competencia de gestionar los Festivales de España, las campañas culturales y la coordinación de los planes anuales de festivales organizados o promovidos por el Departamento.

En el tipo de contrato que nos ocupa se establecen las bases de una colaboración artística, técnica y económica, para el mejor desarrollo del festival en una determinada localidad, siendo partes el Patronato y la entidad local u organismo interesado, representados por el Comisario General y la persona designada al efecto, respectivamente.

Corresponden al Patronato las prestaciones siguientes: abono de una subvención a fondo perdido en tanto por ciento variable del presupuesto artístico reseñado, asistencia técnica y propaganda y publicidad del Festival, así como los talonarios de entradas. La otra parte debe realizar el pago de los «cachets» estipulados en el presupuesto, pagar a los artistas y compañías que actúen en el Festival, abonar los impuestos, publicidad local, gastos que ocasiona la puesta en funcionamiento de los teatros y recintos, así como también corresponde a esta parte, a través de su Junta local de gobierno, la ejecución y administración del Festival, subrogándose «cuando proceda» en las acciones que pudieran corresponder al Patronato Nacional.

Puede señalarse este contrato como modelo de contrato interadministrativo atípico.

### 3. *Los pretendidos contratos atípicos.*

Englobamos bajo esta denominación una serie de figuras que nos han sido sugeridas como muestras de contratos administrativos atípicos. Vamos a exponerlas, estableciendo las razones por las que no puede considerárseles tales, al menos desde nuestro punto de vista.

Los casos más curiosos son los siguientes:

#### A) *Contratos de transporte de Correos.*

No podemos reputar atípico el contrato que celebra la Dirección General de Correos con ciertas empresas de transporte terrestre, marítimo o aéreo, concesionarias de servicios públicos en monopolio frecuentemente, por la sencilla razón de que no hay contrato, sino situación reglamentaria.

Si bien el servicio público de Correos nace de forma contractual a mediados del siglo XIX, su evolución a lo largo de más de un siglo ha sufrido un proceso marcado de descontractualización. Se pasa del acuerdo bilateral a la situación estatutaria. Y el transporte del Correo se presenta como un deber *ex lege*, impuesto por la Administración y remunerado mediante tarifa también fijada unilateralmente por la Administración.

El punto culminante de la evolución a que aludimos está en la Ordenanza postal, promulgada por Decreto de 19 de marzo de 1960. Tras configurar el servicio de Correos como servicio público en su artículo 1.º, el artículo 120 dice así: «Las relaciones nacidas entre la Administración postal y los particulares con ocasión de prestaciones del servicio o de actuaciones propias, tienen el carácter de situaciones reglamentarias sujetas al régimen jurídico de la Administración del Estado».

Y el articulado destinado a reglamentar el transporte terrestre (artículos 143 y ss.), marítimo (arts. 152 y ss.) y aéreo (arts. 155 y ss.) nos confirma más aún en esta tesis. El artículo 142 habla de «se prestará a título de actividad pública», y los artículos 149 y 150 llegan a imponer la conducción gratuita de la correspondencia en algunos casos.

No creemos necesario insistir más para excluir de nuestro estudio esta figura.

### B) *Contratos administrativos en la Seguridad Social.*

El texto refundido del Procedimiento Laboral (según la última redacción, Decreto de 21 de abril de 1966), en su artículo 1.º entrega a los Tribunales laborales el conocimiento de «los pleitos de la Seguridad Social». No obstante, esta fórmula, demasiado vaga y amplia, no impide pensar que puedan darse auténticos contratos administrativos en la Seguridad Social. Y como ejemplo podemos alegar los conciertos entre las Entidades gestoras y las Farmacias, o los contratos de reaseguro entre las Mutualidades y ciertos entes públicos, etc.

Creemos pensable que la vía correcta en la resolución de los conflictos derivados de dichos contratos sea la contencioso-administrativa, no la laboral. Y ello no sólo por aplicación expresa de los textos legales (recuérdese el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956), sino por exigencias de la práctica. La jurisdicción social tiene unas características propias (agilidad, movilidad, administrativización, etc.) que no la hacen apta para este tipo de litigios.

El complejo de contratos derivados de las relaciones de Seguridad Social es grande y variado, pero es fácil reconocer relaciones contractuales administrativas cuyo estudio sería interesante a efectos de averiguar su tipicidad en relación con el sistema general de la Seguridad Social.

### C) *Consortios forestales.*

Otra figura curiosa la constituyen los llamados consortios forestales, o convenios que celebra la Dirección General del Patrimonio Forestal del Estado con ciertos particulares a efectos de repoblación forestal.

El origen doctrinal de estos consortios es italiano, y surge en una época en la que las formas corporativas estaban de actualidad. Fué acogida en España en la doctrina y en la legislación, como veremos. Hoy podemos considerarlas ya superadas, si bien subsisten estas modalidades interesantes para nosotros.

El artículo 9 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941 autorizó simplemente la posibilidad de celebración de es-

tos convenios. El Reglamento de dicha Ley, de 30 de mayo de 1941, lo desarrolla, previendo ya las dos modalidades del mismo: el consorcio voluntario (arts. 56-59) y el obligatorio, en ciertas zonas de interés forestal (arts. 81 y 82).

La naturaleza administrativa de estos convenios se deduce fácilmente del artículo 4 de dicho Reglamento («Los contratos comprendidos en las disposiciones de este Reglamento... tendrán carácter administrativo»), disposición reiterada por el artículo 288 del Reglamento de la Ley de Montes.

Estos convenios, frecuentemente contratos de eficacia real, es decir, que creaban a favor de la Administración un derecho sobre el suelo del terreno (cfr. el art. 30 del Reglamento Hipotecario), podrían ser considerados contratos atípicos hasta la Ley de Montes. Pero el artículo 37 (y los arts. 42 y ss.) de la Ley de 8 de junio de 1957, y los artículos 287-301 del Reglamento de 22 de febrero de 1962, han acabado de tipificar esta figura.

En la actualidad se rigen los consorcios forestales por el contrato, y como supletorios, la Ley y el Reglamento de Montes, y la Ley y el Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado, que han sido respetados por aquéllos.

#### D) *Contratos de hospedaje en Paradores de Turismo.*

El contrato de hospedaje ha sido el ejemplo común de contrato atípico que aparecía en todos los libros de Derecho civil. Parecería a simple vista que *ad abundantiam* debería ser atípico el contrato administrativo de hospedaje en Paradores de Turismo.

En realidad, no es así. La legislación sobre hostelería es abundante, hasta el punto de que cabe preguntarse si, dentro del Derecho civil, no ha quedado ya tipificado este contrato por una legislación administrativa que, por un fenómeno de reversión, ha invadido el Derecho civil.

Sea como sea esto, lo cierto es que no cabe hablar de contratos administrativos atípicos de hospedaje. Los Decretos de 4 de abril de 1952 y 22 de noviembre de 1962, y la Circular de 2 de febrero de 1957, han tipificado plenamente este contrato; e incluso contamos, como Derecho supletorio, con las normas generales sobre hostelería, sustancialmente la Orden ministerial de 14 de junio de 1957, Orden ministerial de 7 de noviembre de 1962 y otras.

#### E) *Contratos de publicidad en Televisión.*

Como es sabido, TVE se nutre fundamentalmente de la publicidad. Y por el considerable volumen económico que mueve ésta, preocupó desde el primer momento el sistema de contratación a seguir.

En una primera etapa se acudió al sistema de patrocinio de cada espacio. La agencia publicitaria (mejor, el cliente a través de ésta) pagaba tanto el coste del espacio como el de la publicidad. Diversas razones movieron a cambiar de sistema, concediéndose a las agencias el derecho

a insertar anuncios en determinados tiempos de publicidad, a través de la compraventa de los espacios.

En 1963, debido al intervencionismo de las agencias, que abocaba a una situación de monopolio, volvió a cambiarse el sistema. Se adjudicaron los tiempos por subasta y concurso. Las excesivas pujas de las agencias, con funestas repercusiones sobre el costo de los productos y, consiguientemente, sobre los precios, hicieron ineficaz esta solución y se pasó al actualmente vigente sistema de acuerdo sindical.

TVE suscribió en 2 de marzo de 1965 un convenio con una Comisión especial del Sindicato de Prensa, Radio, TV y Publicidad, renovado en 27 de julio de 1966, por el cual se fijaban las condiciones generales de la contratación de publicidad en TVE.

El actual contrato de publicidad en TVE, un evidente contrato administrativo, no puede reputarse atípico. Las normas aplicables son: el contrato, los acuerdos sindicales citados, ciertas normas administrativas (Orden ministerial de 13 de febrero de 1964, esencialmente) y, como texto básico supletario, el Estatuto de Publicidad de 11 de junio de 1964 (artículos 23 a 59).

#### IV.—CONCLUSIÓN.

Estamos convencidos de que la técnica jurídica sólo debe servir para mejor comprender e interpretar las Leyes. Las construcciones dogmáticas y el conocimiento del Derecho comparado tienen una función puramente instrumental. Quiere esto decir que el auténtico trabajo del jurista ha de ser intentar construir, tecnificar, sistematizar, aclarar, etc., la legislación positiva del país.

En Derecho administrativo esta necesidad se hace más apremiante que nunca. La dispersión legislativa en normas de muy diverso rango, la proterea actividad, siempre en aumento, de la Administración, la politización intensa de sus instituciones, hacen que sea imprescindible la sistematización con arreglo a criterios doctrinales, si queremos ver claro entre la complicada maraña legislativa.

Por eso hemos tratado aquí, brevemente, de ofrecer una configuración unitaria de los contratos administrativos atípicos. La técnica, tomada del Derecho privado, qué duda cabe, pero no creemos que ello suponga desdoro, y al contrario, sí una garantía.

En fin, y esto es importante, entendemos que todo ello sólo sería fructífero si proporciona un instrumento eficaz para el estudio y la aplicación del Derecho. Con esa esperanza, que ha sido nuestra directriz siempre, hemos redactado las páginas que anteceden.

ROBERTO PAREJO GÁMIR.

Alumno de quinto curso en la Facultad  
de Derecho de Madrid.

