

EL ENIGMA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

GASPAR ARIÑO ORTIZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN.—2. CONTRATO Y PODER POLÍTICO.—3. CONTRATO Y ACTO ADMINISTRATIVO. DIFERENTE JUEGO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.—4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN: A) *La Administración como sujeto*. B) *Actividad administrativa y actividad privada de la Administración. La figura del contrato administrativo*.—5. LA TIPIFICACIÓN LEGAL.—6. EL SENTIDO Y RAZÓN DE SER DE ESTA FIGURA.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este trabajo trata de ofrecer las claves de comprensión de la figura del contrato administrativo, su razón de ser, su origen histórico y lo que pueden constituir notas definitorias del mismo, que le identifican —al tiempo que le separan— respecto del contrato civil. Esta tarea se lleva a cabo sobre tres grandes líneas de tensión (casi de contradicción): *a*) la que existe entre contrato y poder público (el contrato público es casi una imposibilidad lógica); *b*) la que se da entre contrato y acto, en relación con el principio de legalidad, y *c*) la que diferencia el contrato administrativo del contrato privado de la Administración. Como conclusión se ofrece un juicio sobre la utilidad —o inutilidad— de seguir manteniendo este instituto jurídico para una mejor realización de la justicia.

Palabras clave: contrato administrativo; *Lex contractus* v. soberanía; principio de legalidad v. autonomía de la voluntad; contratos privados de la Administración.

ABSTRACT

This paper deals with the problem of the administrative contract, an institution very much contested in latin countries and almost unknown in the Anglo-Saxon World. The author try to explain its origin, *raison d'être* and main traits in the Spanish law. Key problems to understand the public contracts are: 1) the relation, almost a contradiction, between contract and police power; 2) the different position of contracts, following the legality principle; and 3) the legal regime of private contracts that not apply against the State. To conclude, the author present pros and cons of the administrative contracts doctrine.

Key words: administrative contract; contract clause v. police power; rule of law v. discretion; governmental capacity v. proprietary capacity.

1. INTRODUCCIÓN

Esta lección lleva por título «El enigma del contrato administrativo». Dice el Diccionario de la Lengua Española que enigma es aquel «dicho o cosa que no se alcanza a comprender o que difícilmente puede entenderse o interpretarse». Algo de esto ocurre, sin duda, con el contrato administrativo. Es un concepto que ha dado

lugar a continuas polémicas doctrinarias, a miles de páginas escritas desde hace más de un siglo, a una jurisprudencia masiva, a veces confusa y contradictoria, y a continuas reglamentaciones de leyes y decretos, que se suceden año tras año en todos aquellos países en que ha sido aceptada esta figura. Sin duda algo enigmático y contradictorio, encierra una institución jurídica que ha necesitado tantas explicaciones.

Pero no han corrido mejor suerte aquellos países, como Alemania, Gran Bretaña, Italia o Estados Unidos, en los que no se reconoce esta figura. En ellos, los contratos del Estado se declaran sujetos al Derecho común, civil o comercial, como cualesquiera otros negocios entre particulares. Pero ello no es nunca así; esto es sólo en teoría. En la práctica, los contratos del Estado en esos países están llenos de peculiaridades, de excepciones al Derecho común, bien por la vía del clausulado contractual (que incorpora multitud de singularidades), bien por la proyección sobre el contrato de un conjunto de privilegios subjetivos que acompañan siempre al Estado y que le sitúan en una cierta posición de inmunidad frente al contratista.

Así pues, el enigma, seguramente, no está en el concepto de contrato administrativo, sino en el concepto de contrato estatal o «contrato de Estado», pues parece en principio incompatible la idea de contrato (es decir, de relación bilateral vinculante, libremente acordada, en un plano de igualdad) con la idea de poder público (esto es, titular o partícipe de la soberanía, que puede hacer valer unilateralmente su poder en cualquier momento a través de una Ley, Decreto o acto de gobierno).

Y es que, efectivamente, como escribió el gran Otto MAYER hace más de un siglo: «El Estado manda siempre unilateralmente...; y el contrato no tiene acomodo posible en el derecho público...». Para los herederos del viejo y gran maestro, la razón era clara: «puede hablarse solamente de contrato —escribirá FLEINER— si la voluntad de cada una de las partes de una relación jurídica posee la misma fuerza; ahora bien, esa igualdad no existe jamás entre el soberano y el súbdito»¹. El contrato del Estado constituye, por tanto, una imposibilidad lógica².

Ante tal incompatibilidad conceptual, pero también ante la realidad evidente, desde hace siglos, de que el Estado (y antes el Rey) celebra contratos para cubrir sus necesidades y las de su pueblo, los juristas hemos tenido que buscar una explicación. Unos dijeron: cuando los poderes públicos contratan, lo hacen como si fueran per-

¹ Fritz FLEINER (1933: 168-169).

² Vid. J. L. MEILÁN GIL (2005: 508-509).

sonas jurídicas y se someten al Derecho privado. Otros entendieron que la presencia del soberano en la relación transformaba la naturaleza y estructura de ésta, dando lugar a un nuevo instituto jurídico al que llamaron contrato administrativo. Éste pretendía reconstruir sobre nuevas bases una figura milenaria, alterada por la presencia del poder público.

Ahora bien, tanto en un caso como en otro, el enigma sigue ahí. Porque hay que preguntarse: ¿es realmente posible ese desdoblamiento de la personalidad jurídica del Estado (o del Príncipe) de modo que éste se despoje de su poder cuando contrata? La experiencia nos dice que ello nunca ha sido así, aunque los juristas lo hayamos predicado una y otra vez. Desde la otra posición, esa reconstrucción de la figura que llamamos «contrato administrativo», ¿es realmente contrato?, ¿no deberíamos llamarle de otra manera (convenio, concierto, acuerdo, acto bilateral necesitado de aceptación)?, o quizás «contreto», para evitar debates inútiles, como en alguna ocasión sugirió, no sin ironía, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, recordando a don Miguel DE UNAMUNO (que llamaba «nóvolas» a sus novelas porque éstas no se adaptaban a los esquemas clásicos).

Ante este tema central del Derecho administrativo, quisiera ofrecer hoy aquí, modestamente, algunas claves de comprensión de esta figura que nos puedan ayudar a desvelar un poco el enigma.

2. CONTRATO Y PODER POLÍTICO

La primera de estas claves, de la que hay que partir, es la relación entre contrato y poder político. Ya he dicho que en principio la idea de contrato parece incompatible con el poder soberano del Estado. La cuestión que aquí se plantea es la siguiente: ¿puede una nueva Ley, dictada por un Parlamento soberano, cambiar los términos pactados por el Estado en un contrato? Ésta es una cuestión bien actual en muchos países iberoamericanos, que se remonta siglos atrás y que se ha planteado en todo tiempo³. Para responder a esta cuestión de-

³ La tensión entre poder y contrato aparecerá a lo largo de la historia en formas y supuestos de muy diferente guisa: las mercedes enriqueñas, las capitulaciones colombinas, las concesiones de tierras y lugares, las ventas de oficios públicos, los arrendamientos de impuestos, las ventas de bienes nacionales, las *land grants* de la colonización americana, las grandes concesiones de obras y servicios públicos, las modernas técnicas de acción por concierto entre la Administración y las empresas (contratos de programa, acción concertada, concesiones urbanísticas), o los contratos de investigación y desarrollo tan frecuentes e importantes hoy en los Estados más avanzados. Todas estas actuaciones de los poderes públicos, desarrolladas a lo largo de los últimos cinco siglos —que se dice pronto—, son manifestaciones de un mismo fenómeno. Todas *se han vestido de contrato*, o al menos así lo intentaron, no sin discusión, algunos de sus protagonistas. En sus luchas con el Poder —el

bemos recordar que la más gloriosa tradición jurídica que el mundo ha conocido desde Roma afirmará, sin la más mínima sombra de duda, la fuerza vinculante de los contratos en los que entra el soberano. Hay un texto admirable de VÁZQUEZ DE MENCHACA —finales del siglo XVI—, recogido en sus *Controversias Fundamentales* (Libro I, Capítulo 1.º), que es, a mi juicio, un monumento jurídico no superado hasta hoy y bien puede servir de umbral a estas consideraciones; es un testimonio que ya me permití traer a colación en un trabajo anterior; escrito en honor de un gran jurista argentino como fue MARIENHOFF⁴. Dice así:

«Es cierto en primer lugar lo que afirman nuestros doctores: que el Príncipe, en los contratos con sus súbditos, queda ligado por obligación natural. En segundo lugar, es también muy cierto que el Príncipe, ***aun con la plenitud de su poder, no puede violar el contrato.*** Aun por la sola razón de que ***el Príncipe está sujeto a las leyes positivas*** de su nación o pueblo (como extensamente hemos ya expuesto); ni por la consecución y disfrute del cargo de príncipe deja de ser uno de los ciudadanos y como tal ***en sus contratos usa del derecho particular***».

He aquí formulada la tesis de que el Príncipe está atado por sus contratos, igual que por sus leyes (el contrato no es otra cosa que una ley singular entre las partes: *contractus lex*). Por eso, el gran jurista de Valladolid añade:

«Ni hace al caso lo que se afirma en el Digesto y en otras disposiciones antes alegadas “que el príncipe no está sujeto a leyes” (*legibus solutus*), porque o bien es esto un derecho privativo del príncipe romano solamente, y no de los restantes príncipes del orbe que no le reconocen como superior; de quienes ya hemos tratado, o aun el mismo príncipe romano está ***sometido a leyes mientras no hayan sido cambiadas o suprimidas por él.*** Y en este sentido afirmamos que está libre de leyes (*legibus solutus*), en cuanto que puede suprimirlas para bien de la república».

Poder Real de los siglos pasados o el Poder Administrativo del Estado moderno— creyeron encontrar en el contrato la más solemne y sagrada garantía en la protección de sus derechos. Sobre algunos de estos supuesto, vid. el excelente trabajo de MEILÁN GIL (1982: 7 y ss.).

⁴ Vid. mi trabajo en J. C. CASSAGNE (1998: 867 y ss.).

MENCHACA reconoce en otro lugar anterior (Libro I, Capítulo 1.º):

«Que los Príncipes no están ligados por las leyes, se ha de entender sólo en asuntos insignificantes... como en lo que se refiere a formalidades y prácticas de los juicios, contratos y últimas voluntades, de las que puede prescindir el Príncipe...; pero están **obligados al cumplimiento de lo sustancial** de los contratos expresos o tácitos, particulares o generales de la nación entera».

Y, para concluir, sentencia lo siguiente:

«Lo que es digno, no sólo de llamar nuestra atención, sino de causar admiración, es que la obligación que el contrato produce en el Príncipe sea tan eficaz, que las **convenciones hechas con él**, o con cualquier persona revestida de la facultad de dar leyes, **tengan fuerza de ley**, y puedan alegarse en juicio como leyes y deban observarse por todos aquellos a quienes obligan las leyes del Príncipe».

MENCHACA no inventa esta doctrina. Se limita a recoger, con nuevo rigor, a finales del siglo XVI, la opinión común de los glosadores y postglosadores. Es un símbolo de los grandes juristas de nuestro siglo de oro. Unos años más tarde (1612), SUÁREZ escribiría en su *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*:

«Porque el Príncipe está obligado a cumplir los pactos —aun los hechos con los súbditos suyos—, dado que esta obligación nace de la justicia natural, la cual obliga también al Príncipe, como es evidente... Pero el Príncipe, **por una necesidad pública o por una causa urgente, puede rescindir el contrato**, aunque no puede, en justicia, privar completamente al súbdito de lo suyo sin **una compensación**, pues esto no es necesario para el bien común».

Es ésta una doctrina plenamente actual, que nos resulta familiar a muchos de los presentes: por una necesidad pública o por una causa urgente se puede rescindir (por tanto, también renegociar) un contrato, pero no se puede privar al súbdito de los derechos derivados de aquél, porque éstos son algo «suyo» (es decir, de su propiedad) y deberá ser compensado.

He traído aquí estos viejos textos porque la Europa de hoy es la heredera de tales doctrinas y, en verdad, con ellos está dicho casi todo: la aplicación de la doctrina del *contractus lex* (con todo lo que ello supone de **excepción al principio de legalidad**, tema que veremos más adelante), la vinculatoriedad del contrato, la posibilidad de modificarlo o rescindirlo (pero siempre con indemnización), la apreciación en el Príncipe de una doble personalidad y tantos otros principios básicos siguen vigentes hoy en Europa, cualquiera que sea el sistema jurídico imperante.

De esta herencia común se deriva, quizás..., la fundamental identidad de los problemas y soluciones que la contratación pública presenta en todos los países, por debajo de las formales —más aparentes que reales— diferencias de sistemas jurídicos. La existencia de una doble persona en el Príncipe, como la de una doble condición jurídica del Estado en cuanto sujeto de Derecho, se perpetuará a lo largo de los siglos en muy diversos sistemas jurídicos: teoría del Fisco en Alemania, doctrinas de los «actos de autoridad» y «actos de gestión» en Francia, actuación del Estado como Poder o como persona jurídica en España, distinción entre *proprietary capacity* y *governmental capacity* en los países del *Common Law*.

Es muy notable constatar la tradición jurídica común que en esta materia se aprecia, más allá de los diferentes sistemas latino, anglosajón o germánico. Casi como un eco del *Tractatus de Legibus* que acaba de ser citado, Alexander HAMILTON, el gran jurista de la Revolución americana, autor de una gran parte de los *Federalist Papers*, dirigió al Senado de los Estados Unidos, el 20 de enero de 1795, el siguiente texto:

«Cuando un Gobierno entra en un contrato con un individuo, depone, por lo que al contrato se refiere, su autoridad constitucional y cambia su carácter de legislador por el de persona moral (*moral agent*), con los mismos derechos y obligaciones que cualquier individuo. Sus promesas deben, en justicia, ser exceptuadas de su poder para dictar normas».

A continuación, como valorando, con un contrapunto, lo que acaba de escribir, concluye así:

«Es imposible, teóricamente, reconciliar la idea de una promesa que obliga, con la existencia de un poder de hacer leyes que pueden variar el efecto de aquella promesa».

He aquí, proclamada ya por HAMILTON, la contradicción luego denunciada por Otto MAYER. Ante ella, tanto la doctrina jurídica como la Constitución americana se pronunciaron en la famosa *contract clause*, en los siguientes términos:

«No State shall... pass any... Law impairing the obligation of contracts...».

Pero la contradicción tampoco se saldó con tan solemne mandato constitucional. Tal prohibición de obstaculizar o menoscabar las obligaciones derivadas de los contratos fue, en efecto, limitada por la jurisprudencia posterior en base al «poder de policía» (*police power*) que también la Constitución y las leyes encomendaban a los Estados. En base a él se entendió que la protección y salvaguarda de intereses vitales de la comunidad podía legitimar una legislación limitativa de las obligaciones derivadas del contrato⁵ (lo mismo que había dicho SUÁREZ). Lo malo es que el *police power* se fue ampliando con el paso del tiempo.

Así pues, contestando a la pregunta más arriba formulada (¿puede una nueva Ley cambiar los términos del contrato?), la respuesta sería ésta: el Estado, en buen derecho, no puede alterar los términos pactados en un contrato. Lo que sí podrá es expropiar, por Ley, los derechos emergentes del mismo, que tienen la misma garantía constitucional que la propiedad, porque son derechos de propiedad, de los que no pueden ser privados sus titulares sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. Los contratos del Estado serán, por consiguiente, modificables en su contenido por una Ley posterior que declare la utilidad pública de esa modificación, pero sus titulares deberán ser indemnizados. Ésta ha sido la solución formulada en la Argentina por el Profesor CASSAGNE, que muy certeramente ha escrito: «de lo que se trata no es de la intangibilidad de los contratos, sino de los derechos patrimoniales que surgen de ellos, en la medida en que se encuentran amparados por garantías constitucionales»⁶. De esta forma, se mantiene la soberanía del legislador, que es premisa indiscutible de un Estado democrático, pero acompañada de la responsabilidad patrimonial por su actuación, esa que llamamos responsabilidad *ex facto legis*. He aquí una primera clave para entender el enigma.

⁵ H. H. LIEBHAFSKY (1971: 111 y ss.).

⁶ Vid. sobre el tema los precisos términos en los que formula esta doctrina en su estudio «La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos», en el volumen colectivo (con el Profesor ARIÑO) *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004.

3. CONTRATO Y ACTO ADMINISTRATIVO. DIFERENTE JUEGO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La segunda clave es el análisis del contrato en relación con el acto. Ambos son, en un Estado de Derecho, dos modalidades de ejecución de la norma para la realización de los fines del Estado. De ordinario, la Administración, titular subordinado del poder, actúa mediante actos y procedimientos unilaterales: ordena, autoriza, prohíbe, manda o sanciona, nombra o cesa, expropia, regula y arbitra diferencias, imponiendo soluciones a los conflictos entre particulares. En todos estos supuestos actúa como poder y ejerce su autoridad. Pero, en otras ocasiones, un Estado social sobre el que descansa el bienestar de los ciudadanos, la «procura de su existencia», que decía FORSTHOFF, necesita contar con el concurso de la iniciativa privada para la provisión de bienes y servicios, para sí o para los ciudadanos. Entonces acude al contrato. Son técnicas a veces intercambiables. La relación de empleo público se puede configurar como acto de nombramiento o como contrato de empleo; la subvención puede verse como una donación modal —acto unilateral— o como contrato de servicios; la adquisición de un bien puede llevarse a cabo mediante acto unilateral —expropiación— o por compraventa; y la construcción de una obra o prestación de un servicio puede llevarse a cabo por contrato o por ejecución directa con medios propios o empresas públicas. La elección de una u otra modalidad de realización de los fines del Estado estará en función de la mayor eficacia y la capacidad de cada Estado. En principio, la actuación unilateral parece más ventajosa que la vinculación del contrato, pero ello exige un Estado fuerte, dotado de capacidad de actuación, de una burocracia sólida y de medios económicos suficientes (como eran Alemania o Gran Bretaña a finales del XIX, donde el contrato público nunca llegó a cristalizar). Por el contrario, un Estado débil y una Administración endeudada tendrán que acudir al contrato para la realización de esas obras y servicios (como le ocurrió a España y, en parte, a Francia en los siglos XIX y XX)⁷. También los Estados Unidos —que han abominado siempre de las empresas públicas— han gestionado los servicios públicos a través de empresas privadas y, para ello, han tenido que acudir a una figura de contrato progresivamente publicitada, como puse de manifiesto hace años.

⁷ J. L. MEILÁN GIL (2005: 510-511) ofrece esta interesante explicación histórica de la elección del acto o del contrato como modos de actuación del Estado.

En cualquier caso, la Administración actúa siempre, en un Estado de Derecho, a través de actos administrativos que están tipificados en la ley y los reglamentos. El *mismo contrato llega a través de un largo procedimiento que está integrado de actos* administrativos sucesivos (iniciación del expediente de contratación, aprobación del pliego de cláusulas, fiscalización de la existencia de crédito presupuestario y autorización del gasto, aprobación del proyecto de la obra o servicio y supervisión del mismo, convocatoria de licitación, publicación de ésta en los plazos establecidos, constitución de la Mesa de Contratación o Jurado de valoración de las ofertas, acto de apertura de pliegos) hasta llegar al acto de adjudicación, que, de ordinario, perfecciona el contrato.

Esta realidad ha llevado a algunos a pensar que los contratos públicos no surgen de un auténtico consentimiento o acuerdo entre las partes, sino de la voluntad unilateral de la Administración en el ejercicio de una potestad pública, que requiere —eso sí— la previa aceptación o disponibilidad del particular que haya de quedar vinculado por aquel acto. Esta tesis, mantenida por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y sus discípulos, podría resumirse así: «el contrato público no es sino un acto administrativo *unilateral en su emisión* (a), necesitado de previa aceptación (b) y *contractual en sus efectos* (c)»⁸. Extraña criatura la de un acto que tiene efectos de contrato (una especie de carne que se convierte en pescado, o a la inversa). Ello tendría como consecuencia la aplicación a los contratos del régimen jurídico de los actos, en particular en lo que se refiere al principio de legalidad y al régimen de invalidez y anulación del contrato que sería sin más la pura traslación del régimen del acto de adjudicación⁹. Todo esto es, a mi juicio, un grave error y voy a explicar por qué.

En principio, es muy cierto que el modo de expresión ordinario de la Administración Pública es el acto administrativo. Puede hacerlo también a través de normas o de actuaciones materiales, pero el centro lo ocupa el acto, que es ejecución de la norma y título legitimador de la actuación material. Es lógico, por tanto, que en todo lo que podemos llamar la «génesis» del contrato o contrato *in fieri* la Administración manifieste su voluntad mediante actos sucesivos que están sometidos, como todos los actos, a la normativa dictada al efecto (ley, reglamentos y pliegos generales de la contratación, si los hay). En los ordenamientos jurídicos maduros la contratación pública está presidida, en efecto, por un *derecho objetivo* de carácter vin-

⁸ Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1998) y, también, B. F. MACERA (2003). Últimamente, Víctor BACA (2005).

⁹ LÓPEZ-MUÑIZ entiende que el complejo tratamiento que ha tenido siempre el tema de la invalidez de los contratos públicos podría limitarse a esto: «los contratos serán inválidos cuando lo sea el acto de adjudicación por el que se perfeccionan».

culante, que la Administración no puede desconocer. La voluntad de la Administración, frente a la radical libertad (autonomía de la voluntad) que preside la contratación civil, es una voluntad vinculada, de contenido «típico». El principio de legalidad juega en la gestación del contrato el mismo papel que en cualquier otro acto: las normas de contratación son para el órgano contratante normas de *ius cogens*, a diferencia de las normas del Código Civil, que son para las partes derecho dispositivo. Eso es así hasta que se produce el encuentro de voluntades entre Administración y contratista y se perfecciona el contrato, cosa que ocurre en el momento de la adjudicación y la firma del instrumento contractual.

Ahora bien, una vez formalizado el contrato, cualesquiera que sean los términos del mismo, éste se convierte en la norma primera a aplicar a esa relación. El acuerdo de voluntades, tal como quedó plasmado en el contrato, es el que determina el contenido obligatorio, porque en eso consiste esencialmente la esencia de todo contrato: en la fuerza del *contractus-lex*. «Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos», dice el artículo 1091 del Código Civil español. Por tanto, ésta será la primera norma aplicable a la relación, con preferencia incluso al derecho objetivo, mientras el contrato no sea declarado nulo por un juez o anulado de oficio por la Administración (esto último sólo en los casos de nulidad de pleno derecho). Aquí es donde la concepción del contrato administrativo como prolongación del acto administrativo unilateral incurre en el error. Ésa es una diferencia esencial entre el acto y el contrato. El principio de legalidad tiene un distinto juego en ambos. En todo el proceso de formación del contrato (*contractus in fieri*) resulta plenamente aplicable el régimen de los actos (vinculación positiva de la Administración a la ley, del acto a la norma); pero una vez que se ha producido el acuerdo de voluntades y ha nacido el contrato, éste tiene prevalencia sobre las normas legales; contempla una situación jurídica final, consolidada, en la que las partes tienen derecho a confiar (principio de seguridad jurídica). Sin ello, no hay contrato sino otra cosa (acto necesitado de aceptación, concierto, acto condición o como se le quiera llamar).

Naturalmente, la Administración deberá tratar de asegurar la legalidad de lo pactado, estableciendo al efecto las formalidades y controles que sean necesarios. Pero si, pese a ello, *se produce la inclusión de cláusulas ilegales* —y les puedo asegurar a ustedes que esto a veces ocurre—, *ello no excusa a la Administración del deber de cumplimiento* (o de indemnizar daños y perjuicios en caso de incumplimiento). La Ley de Contratos (art. 4) viene a confirmar esta tesis cuando después de decir que la Administración podrá «concertar los

contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración», añade con toda rotundidad: «**y deberá cumplirlos al tenor de los mismos...**», lo que significa, como apunta Víctor MENDOZA (principal autor de la Ley), que en este punto los contratos administrativos son «igual, o mejor dicho, *casi igual* (no puede olvidarse la referencia a las prerrogativas, aplicables especialmente a la contratación administrativa) que los contratos que celebran los particulares para los que el principio del cumplimiento de lo pactado es una regla de oro labrada en la esencia misma de la institución contractual, desde el Digesto hasta nuestros días». Por ello, los contratos que celebra la Administración son verdaderos contratos y le crean un compromiso de inexcusable cumplimiento¹⁰.

La única excepción al *contractus lex* y al régimen de cláusulas ilegales está en los supuestos de *nulidad de pleno derecho* de los actos administrativos generadores del contrato, respecto de los cuales la Administración podrá bien anularlos de oficio, con la consiguiente declaración de nulidad del contrato, bien tener por no puestas aquellas cláusulas que sean motivo de nulidad; por ejemplo, una cláusula que otorgase al contratista una exención fiscal. Pero si una cláusula otorga un interés de demora superior al legal o aumenta el plazo posible de suspensión del contrato, eso será lo que se aplique aunque la ley diga lo contrario (arts. 62 y 63 LCAP, en relación con los arts. 62 y 63 de la Ley 30/1992, LRJ-PAC).

Ésta es la fundamental diferencia que existe entre el régimen jurídico del acto y del contrato, en cuanto al principio de legalidad. De ahí la importancia de la calificación de algunas relaciones jurídicas como el empleo público, la acción concertada, las subvenciones modales, las concesiones de uso del dominio público y otras relaciones bilaterales (muchas de ellas, medidas de fomento o de promoción industrial) en las que también se dan obligaciones recíprocas pero que no son contratos, porque una no es la contraprestación o causa de la otra («se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte...», art. 1274 CC). En todos estos casos de relaciones bilaterales no contractuales, las obligaciones no son, en rigor, recíprocamente exigibles, como causa la una de la otra. La exigibilidad estará en función, en cada caso, de lo que diga la ley y no de lo que diga el acto de nombramiento, el acta de concierto o la concesión de uso del dominio; en es-

¹⁰ Víctor MENDOZA OLIVÁN (1973: 169). En el mismo sentido, J. I. MONEDERO GIL (1977), que escribe: «la *lex contractus* no puede ser infringida por la Administración so pretexto de advertir a *posteriori* una ilegalidad en el contrato celebrado».

tos casos no hay verdadero acuerdo de voluntades recíprocas, sino acto unilateral, regido exclusivamente por la norma, aunque para su eficacia esté necesitado de aceptación. Si el obligado no cumple con sus deberes, se podrá revocar la subvención, se podrá sancionar al funcionario o declarar la caducidad de la concesión, pero no habrá en rigor exigibilidad de cumplimiento de una obligación contractual, ni de daños y perjuicios por su incumplimiento.

Conviene, entonces, sentar un criterio de distinción para identificar la naturaleza de una relación y calificarla como acto administrativo bilateral o como contrato, porque de ello derivarán consecuencias tan importantes como las que hemos destacado. La doctrina jurídico-administrativa, tanto en Argentina como en España, ha vinculado la existencia de contrato al grado de participación del administrado en la etapa de formación del acuerdo, de modo que éste exprese, sin la más mínima duda, la voluntad de ambas partes¹¹. Así lo entienden Rodolfo BARRA y MEILÁN GIL. Este último lo expone así: «Cuando la voluntad de las partes es un elemento esencial para la determinación del supuesto de hecho previsto en la norma, o lo que es igual, cuando la concreción de la norma exige *esencialmente* la voluntad de la Administración y del particular, en este caso estamos ante un contrato. En cambio, cuando el supuesto de hecho que constituye el contenido del acto está totalmente predeterminado en la norma y lo único que requiere para la aplicación singular es la *mera aceptación* del destinatario, estamos ante un acto o negocio de naturaleza no contractual. En el primero, la voluntad de la Administración y del particular contribuyen a la formación del contenido del negocio: ambas constituyen junto con la voluntad de la otra parte el núcleo mismo, indivisible, del ente jurídico que llamamos contrato. En el segundo caso, la voluntad del particular se yuxtapone al acto de la Administración: no es un átomo, por así decir, del contenido del acto, que está completo y perfecto por determinación de la ley. En el primer caso —contrato— la voluntad del particular es condición de existencia y validez; en el segundo es mera condición de eficacia»¹².

¹¹ Así lo entiende, en Argentina, Rodolfo C. BARRA (1989: 68 y ss.). Y a una conclusión análoga llega J. L. MEILÁN GIL (1968).

¹² Esta distinción recuerda la vieja distinción romana entre el «contrato» y la doble y recíproca *stipulatio*. La estructura de la estipulación era justamente la de un mero acto de adhesión al estipulante que fijaba el objeto y modalidades de la obligación, por lo que aunque el acto mismo sea convencional, la obligación es unilateral y abstracta. La causa de la *stipulatio* puede estar en un convenio anterior o en cualquier otra finalidad que con ella se pretenda conseguir, pero queda fuera del negocio; cabe, por ello, la doble y recíproca estipulación entre partes, es decir, la conexión de dos estipulaciones interdependientes sin que la una sea «causa» de la otra, lo cual lleva consigo una consecuencia importante: la exigibilidad independiente de las obligaciones, sin perjuicio de la posterior demanda de responsa-

Para la determinación de la naturaleza en cada caso habrá que estar, pues, a estos dos criterios: 1) al grado de determinación legal con que queda prefijado el supuesto de hecho y el papel que se le hace desempeñar a la voluntad de las partes en uno u otro caso, y 2) a la independiente exigibilidad o, por el contrario, a la mutua *dependencia causal* con que ambas prestaciones se configuran en la relación.

Hay autores que, siguiendo la doctrina alemana, entienden que lo esencial para que estemos ante un contrato es la igualdad básica de posiciones de ambas partes. «Para que la existencia —escribe MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ— de un acuerdo de voluntades de dos o más sujetos, para constituir una relación jurídica de obligaciones y derechos recíprocos entre ellos, dé nacimiento *per se ipsum*, como tal acuerdo, como tal consentimiento de voluntades concordes, a esa relación jurídica, será necesario que todas esas voluntades vengan a originar o perfeccionar el acto jurídico constitutivo (o meramente declarativo) correspondiente, en condiciones de esencial igualdad jurídica, de modo que pueda predicarse a la vez y conjuntamente de todos sus sujetos, sus auténticos coautores».

Esta tesis me parece muy poco convincente. En primer lugar, porque esa «esencial igualdad jurídica» no se sabe muy bien en qué consiste y es difícil de medir. La desigual posición en contratos privados también es frecuentísima —bancos, seguros, acceso a redes y otros muchos supuestos— y nadie pone en duda la existencia de contratos por este motivo, en ocasiones puros «contratos de adhesión» supervisados por el regulador. Por otro lado, las voluntades de ambas partes tienen, en el caso de los contratos administrativos, idéntica relevancia para hacer surgir el contrato. Y justamente en Derecho público los «privilegios» en más de la Administración (de interpretar, suspender, rescindir, modificar el contrato) se ven compensados por las obligaciones y cargas que el ordenamiento jurídico impone a sus actuaciones (equivalente económico, obligación de compensar), de modo que el contrato recupera la igualdad de posiciones de las partes, no en la dirección y control del contrato, que corresponderá siempre a la Administración, pero sí en el orden económico (justo precio y deber de compensar), que es lo que al particular le interesa. La desigual situación que se produce como consecuencia de las prerrogativas que ostenta la Administración para organizar los servicios

bilidad en el caso de incumplimiento de cada una de ellas. La aplicación de este «esquema» a los negocios jurídico-administrativos no contractuales puede resultar, a mi entender, muy fecunda en consecuencias. Sobre la distinta estructura de *stipulatio* y *contractus* en Derecho romano, vid. Álvaro D'ORS (1961) y, más modernamente, su excelente *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, págs. 397 y ss. y 426 y ss.

públicos se ve así corregida, compensada, por las obligaciones que pesan sobre ella, y en ello consiste justamente una de las peculiaridades del contrato administrativo: en la reconstrucción de la igualdad contractual por la vía económica. Por lo demás, lo fundamental en todo proceso de contratación no es la igualdad, sino la libertad de las partes para entrar en él, que es total para el contratista. Por todo ello, hay que concluir, como afirmaba Fernando GARRIDO, en la «indudable posibilidad teórica del contrato administrativo»¹³.

Hasta aquí la segunda clave de comprensión del enigma.

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN

A) *La Administración como sujeto*

La tercera clave es la distinción entre un grupo de contratos del Estado a los que llamamos administrativos y otro que se consideran privados. ¿Tiene sentido esta distinción? ¿Hay algo que la justifique? ¿Cuáles son sus efectos? ¿Acaso no es el mismo sujeto que contrata? Éstas son algunas preguntas a las que hay que responder.

Empecemos por esta última. En efecto, ese sujeto que llamamos Administración es siempre el mismo y su actuación estará siempre presidida por un conjunto de normas que configuran su estatuto jurídico. Ahora bien, el concepto de Administración Pública tiene dos aspectos: un aspecto subjetivo, estructural, de organización y funcionamiento interno (esto es, su naturaleza y condición en cuanto sujeto); y otro que es su actividad, su actuación *ad extra*, sus funciones, el régimen jurídico de sus actos. El problema está en que estas dos calificaciones (Administración-sujeto y Administración-actividad) no siempre coinciden: no todo sujeto administrativo actúa siempre como «Administración», ni toda acción administrativa es desarrollada siempre por Administraciones-sujetos. Lo importante desde el punto de vista de su régimen jurídico es que toda Administración-sujeto está sometida, en cuanto tal, al Derecho administrativo, aun cuando la actividad a que dicho funcionamiento se encamine sea actividad privada; por ello, en materia contractual, todo el largo procedimiento de integración de la voluntad y habilitación del gasto es siempre Derecho administrativo, aun cuando el contrato sea de Derecho privado; en cambio, cuando el ente no goza de esta condición de Administración-sujeto, no es aplicable a su estructura, organiza-

¹³ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 8.ª ed., págs. 36-37.

ción y funcionamiento interno el Derecho administrativo, aunque éste pueda ser aplicable a su actividad si ésta afecta a los intereses públicos o tiene una dimensión pública, como ocurre hoy en el Derecho europeo con los contratos subvencionados o con los contratos de los llamados sectores excluidos (agua, gas, electricidad, transportes y servicios postales), en los que las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, sean públicas o privadas, quedan sometidas a procedimientos de licitación de Derecho público. De esta forma, el Derecho administrativo, que será siempre el Derecho de la Administración como sujeto, no es sólo eso, no es sólo un Derecho estamental, propio de unos sujetos llamados Administraciones Públicas, sino que es también el Derecho de los intereses públicos o colectivos, allí donde se encuentren (en mano pública o en mano privada).

Ello significa, en materia contractual, que el Derecho administrativo se aplica, como he dicho, al íntegro proceso de gestación de cualquier contrato del Estado, constituyendo eso que llamamos «zona común» de la contratación; esto sentado, debemos explicar a continuación por qué unos contratos se someten luego al Derecho común (civil, mercantil o laboral) y para otros se ha diseñado un régimen especial de Derecho público, lleno de particularidades.

B) *Actividad administrativa y actividad privada de la Administración. La figura del contrato administrativo*

La contratación fue siempre considerada, según hemos visto, materia privada, encomendada en unos países a esa persona jurídica ficticia, como era el Fisco en Alemania, o asignada a la persona privada del Príncipe, a quien se le atribuía una doble personalidad, tal como quedó explicado al comienzo de estas páginas. Las primeras sistematizaciones francesas del Derecho administrativo (VIVIEN, CORMENIN, DE GERANDO) se hicieron justamente sobre la distinción entre *actos de autoridad* (administrativos) y *actos de gestión* (actividad privada). Fue en los años inmediatamente posteriores a la Revolución cuando surgen, simultáneamente en Francia y en España, unos especiales «actos de gestión» (es decir, contratos) en los que la Administración aparece revestida de autoridad, de un poder no controlable por los jueces ordinarios. Éstos eran básicamente tres contratos: la venta de bienes nacionales, los suministros al ejército y la construcción de obras públicas (la mayor parte de ellas, en ese momento, militares), tres operaciones que iban a dar nacimiento al contrato administrativo. Ahora bien, ¿cuál era la causa de su originalidad?

Para ver la razón última de las instituciones, su íntima naturaleza, nada mejor que contemplarlas en el instante mismo de su nacimiento. Yo he explicado antes de ahora¹⁴ las circunstancias que rodearon estas operaciones que acompañaron, en Francia, a la Revolución y las guerras napoleónicas y, en España, a los procesos de desamortización y las guerras carlistas. No voy a repetir ahora lo allí escrito, pero sí quiero recordar algunas conclusiones.

La primera es que las *razones por las que surge la figura no son, como se creyó inicialmente, puramente procesales*, consecuencia de un criterio pragmático de división del trabajo y de oportunismo político, que luego se sustantiviza, de modo que lo que empezó siendo una pura diferencia de fuero da lugar después a diferencias de fondo. Ésta fue la tesis de PARADA, formulada en 1963¹⁵, que resultaba parcialmente verdadera, pero insuficiente. Para llegar al fondo del asunto lo que había que preguntarse es: *¿y por qué esa diferencia de fuero?* Si se tratase simplemente de esto —un fuero distinto por razón del sujeto—, ¿para qué la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, unos y otros celebrados por el mismo sujeto? Había que preguntarse qué es lo que había detrás de aquellas relaciones contractuales para que se atribuyeran a una jurisdicción especial y se las regulase con reglas especiales.

Lo que había en ellas —segunda conclusión— era *una especial importancia política para la vida del Estado y de la sociedad, que exigía una protección especial* de algunas operaciones contractuales, que no podían verse frustradas o puestas en peligro por las rigideces y el sistema de garantía que ofrecía el Derecho común. En Francia, la venta de bienes de los emigrados quería, como escribe MEILÁN, asegurar —hacer irreversible— la Revolución¹⁶; en España, la venta de bienes desamortizados, que en sí misma era una pura compraventa de Derecho civil, se declara contrato administrativo porque la operación desamortizadora era una operación de tal importancia política que en ningún caso el Estado quiso que pudiera resultar frustrada por una aplicación estricta de un derecho que exigía justificaciones del título de adquisición, inscripciones registrales, determinación exacta de las medidas de las fincas, régimen de retractos, etc. *Estos contratos* —se escribe por entonces— *no constituyen una simple relación de justicia conmutativa entre partes*, sino que, por encima y antes que eso, el Estado persigue

¹⁴ Lo hice en mi contribución al libro homenaje a MARIENHOFF y lo reiteraré en un Estudio Introductorio a nuestros *Comentarios a la Ley de Contratos*. Quien quiera una explicación detallada puede encontrarla en ARIÑO Y ASOCIADOS (2002 a 2005: especialmente Estudio Introductorio, 1 a 45).

¹⁵ J. R. PARADA VÁZQUEZ (1963).

¹⁶ J. L. MEILÁN GIL (2005: 513).

una *fin colectivo, de fomento de la riqueza nacional, de justicia distributiva, de saneamiento financiero de la Hacienda*. Obviamente, de ello no puede deducirse que la enajenación de bienes inmuebles por el Estado sea, por naturaleza, un contrato administrativo. Hoy, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas califica como contratos privados las ventas de bienes inmuebles (art. 5.3).

Otro tanto ocurrió con los suministros al ejército o con las obras públicas, militares y civiles, aunque predominaban por entonces las primeras, que asumió el poder público. Eran demasiado importantes en esos momentos para poder verse interrumpidas por los jueces ordinarios.

Quiere ello decir que en las distintas épocas, en los distintos momentos históricos, la satisfacción de determinadas necesidades públicas se logrará mediante la técnica contractual, y ésta será calificada como administrativa o como civil según la importancia política del sector, operación o actividad de que se trate y la especial protección que éstas demanden. Desde mediados del siglo XIX, el paradigma del interés público y de la acción de los Gobiernos serán las obras y servicios públicos. Y la cláusula de «obras y servicios» será una nota definidora del contrato administrativo desde el último tercio del siglo hasta nuestros días (al tiempo que la venta de bienes nacionales dejaba de serlo).

Baste lo dicho hasta aquí para afirmar —tercera conclusión— que el contrato administrativo *no posee una naturaleza fija o inmutable*, sino una categorización o calificación jurídica dinámica. Es inútil, por tanto, pretender determinar la esencia del contrato administrativo en abstracto. La calificación jurídica de un contrato será variable en su extensión y cambiará con el tiempo, pues estará vinculada al entorno ideológico y político del momento. Aquellas prestaciones u operaciones jurídicas de tipo contractual que tienen una importancia preponderante para el interés público en un momento dado (el abastecimiento nacional, la vivienda, la educación o la investigación científica, como ocurría en España en los años cincuenta y sesenta) hicieron que algunos contratos fueran calificados como administrativos. Y es que *el contrato administrativo no posee una naturaleza inmutable, no es una «esencia», sino una «existencia» histórico-jurídica*. Por ello, se le rodeará de un régimen jurídico especial que garantice con mayor fuerza la pronta y eficaz realización de esos fines concretos. Este régimen se caracteriza por una mayor elasticidad interna, por una especial protección del fin público perseguido (que pasa por encima de la estricta relación bilateral), por una mayor capacidad de decisión para una de las partes —que asume la potestad de dirección— a lo largo de la vida del contrato, por una ma-

yor estabilidad y continuidad de la relación en cuanto tal y, finalmente, por una mayor protección de la institución frente a terceros.

5. LA TIPIFICACIÓN LEGAL

Dicho lo anterior, el paso siguiente consiste en ver cómo puede ello trasladarse al Derecho positivo, tipificando en él, en lo posible, el contrato administrativo. Ha sido éste un problema secular en los ordenamientos jurídicos que aceptaron la figura. Dejando a un lado el *criterio subjetivo*, porque la presencia de la Administración no basta para calificar un contrato como administrativo, y el *criterio jurisdiccional*, pues la jurisdicción aplicable no es causa, sino consecuencia de su naturaleza, los dos criterios que tradicionalmente se han utilizado en las leyes para la calificación de un contrato como administrativo han sido éstos:

- 1) la *cláusula de «obras y servicios públicos»*: se califican como tales aquellos que tienen por objeto el servicio público y/o las infraestructuras (obras) necesarias para su prestación (art. 3 de la Ley Jurisdiccional de 1956);
- 2) la *presencia de «cláusulas exorbitantes»* al Derecho común, que en la mayor parte de los casos serían ilícitas en un contrato privado (potestad de interpretación o resolución unilateral, *ius variandi*, inaplicación de la *exceptio inadinpleti contractus*, todas ellas incompatibles con el artículo 1256 del Código Civil: «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»).

Ambos criterios resultaban, sin embargo, imprecisos e insuficientes. El primero, por la indefinición tradicional del servicio público como objeto de referencia. El segundo, porque, de nuevo, es confundir causa con efecto: un contrato no es administrativo por incorporar cláusulas exorbitantes, sino que incorpora válidamente éstas por ser administrativo. Y, además, resultan aplicables, aun cuando no estén expresamente previstas en el Pliego de Condiciones, pues se entienden implícitas en todo contrato administrativo.

En definitiva, de lo que se trataba a la hora de definir legalmente la figura era de encontrar un criterio que permitiese identificar, junto a aquellos que la ley definiese expresamente como tales (*contratos nominados o típicos*), cuáles eran aquellos otros que eran *administrativos por naturaleza*. En 1963, la doctrina española (GARCÍA DE ENTERRÍA) formuló la tesis del «giro o tráfico de la Administración» como

criterio de identificación; dos años más tarde, VILLAR PALASÍ precisó que «no son las funciones de la Administración (en su conjunto) las que determinan el carácter administrativo de una relación contractual, sino las finalidades específicas *de cada órgano* (en concreto), lo que, al ser realizadas a través de un contrato, le da a éste carácter administrativo». Para la mejor consecución de esos fines específicos el ordenamiento reviste a ese órgano de los medios jurídicos convenientes (inmunidades, prerrogativas, privilegios), de los que se encuentra siempre investido a la hora de actuar en el ámbito de su *competencia específica*, tanto si lo hace por vía de acto como si lo hace por vía de contrato. Es justamente para la consecución de esos fines —y no otros— que se le concede al órgano una protección jurídica especial.

Recogiendo estas ideas, de ambos autores, la primera legislación española de contratos del Estado (Ley de 1965 y Reglamentos de 1967) abandonó la tradicional expresión («que tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie») y destacó dos ideas para su calificación (art. 8 del Reglamento):

- 1) que la prestación que se haya comprometido a entregar el particular esté *directamente vinculada* a las necesidades de un servicio público que requiera precisamente de aquélla para su *desenvolvimiento regular*; y
- 2) que se haga *precisa una especial tutela del interés público* durante el desarrollo del contrato. Negativamente, se formula la misma idea en el artículo 11 del mismo Reglamento al definir los contratos civiles de la Administración como aquellos «en los que no concurren circunstancias que hagan preciso el ejercicio de las prerrogativas administrativas».

Unos años más tarde, la reforma de esta Ley, en 1973, formuló con mayor claridad ambos criterios en un nuevo artículo 4 que disponía:

«El régimen jurídico de los contratos que celebre la Administración se ajustará a las siguientes reglas:

1.^a Los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos del Estado, así como la prestación de suministros al mismo, tienen el carácter de administrativos y su preparación, adjudicación, efectos y extinción se regirán por la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias y, supletoriamente, por las restantes normas de Derecho admi-

nistrativo. En defecto de este último serán de aplicación las normas de Derecho Privado.

2.^a Los contratos distintos de los anteriores, como los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad y cualesquiera otros, que tengan carácter administrativo, por declararlo así una Ley, *por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público* para el desarrollo del contrato, se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por sus normas administrativas especiales, en su defecto, y por analogía, por las disposiciones de la presente Ley relativas a los contratos de obras, gestión de servicios y suministros y, finalmente, por las demás normas del Derecho administrativo. En defecto de este último, serán de aplicación las normas del Derecho Privado».

Según esta legislación, se declaraban tres contratos típicos, nominados en la Ley (obra pública, gestión de servicios públicos y suministros). Y respecto a los demás se establecían tres criterios de calificación:

- a) Que así lo declare expresamente una Ley.
- b) Que esté directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público.
- c) Que revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato.

Llegamos así, finalmente, a la formulación actual, que a mí me parece bastante lograda si se interpreta y entiende a la luz de la historia que acaba de ser contada. Dice así el actual artículo 5 de la Ley:

«1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

2. Son contratos administrativos:

a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206

referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan *naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante*, por satisfacer de forma directa o inmediata una *finalidad pública de la específica competencia de aquélla* o por declararlo así una ley.

c) Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los espectáculos».

Como fácilmente se aprecia en el texto del artículo que ha sido destacado, resuenan en él las posiciones doctrinarias de antaño. La expresa referencia a «una finalidad pública de la específica competencia» de la Administración contratante resulta un criterio bastante preciso de identificación¹⁷, si bien es de lamentar que haya desaparecido de este último texto aquella referencia a «una especial tutela del interés público», que es, sin duda, alma y razón de ser del contrato público. Es justamente la existencia de un *interés público prevalente*, que el ordenamiento jurídico encomienda a cada órgano o entidad, la que requiere de una protección especial.

No nos queda sino preguntarnos, para concluir, si debemos seguir manteniendo esta distinción o, por el contrario, como ha defen-

¹⁷ No ocurría lo mismo con la expresión «giro o tráfico de la Administración», así, en general, pues éste puede ser muy variado según los distintos ramos de la misma; tampoco era muy precisa la expresión «servicio público», pues su contenido es multívoco. Como decía VILLAR PALASÍ, ambas expresiones, que tanta fortuna tuvieron, era como meter el criterio en un cajón y dejarse la llave dentro. Quizás por ello, en el nuevo texto se precisa más y se habla del giro o tráfico, no en general, sino «específico de la Administración contratante», lo que equivale a la «competencia específica».

dido en la Argentina un destacado jurista¹⁸, después de tan larga historia debemos constatar honestamente «la peligrosidad e inutilidad de una teoría del contrato administrativo» y, en consecuencia, abandonarla. Veámoslo.

6. EL SENTIDO Y RAZÓN DE SER DE ESTA FIGURA

La doctrina se ha planteado una y otra vez si esta distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración tiene verdadero sentido, es útil como instrumento de realización de la justicia, contribuye a una más eficiente prestación de los servicios públicos o, por el contrario, es un prurito cientifista que hemos inventado los administrativistas franceses, españoles y latinoamericanos. Yo me lo he preguntado más de una vez y, después de bastantes años de estudiar este tema, en España y en otros países, he llegado sinceramente a la conclusión de que tal distinción tiene mucho sentido. Y ello porque no es mejor la condición de los contratistas allí donde el contrato administrativo no existe, ni la Administración alcanza a servir mejor a los intereses generales por la vía del Derecho común, civil y mercantil. De forma que, dados los presupuestos políticos y fácticos que acompañan siempre a la Administración y la difícil coexistencia entre el poder y el contrato, lo mejor es intentar reconstruir este instituto jurídico secular sobre nuevas bases.

Hace ya muchos años escribí que en Derecho administrativo se conservará el esquema formal de unas figuras que, como el contrato, el dominio o la personalidad, son categorías jurídicas generales aunque hayan sido elaboradas desde el Derecho civil; pero por debajo de ese común esquema formal corren en ambos campos —civil y administrativo— energías y líneas de fuerzas diferentes¹⁹. Ciertamente que el contrato administrativo ha recibido sus elementos esenciales, su estructura, su esquema formal, del Derecho privado (común), pero cierto también que su régimen jurídico —su fondo— está hecho de particularismo.

¹⁸ Héctor A. MAIRAL (1998: 655 a 700).

¹⁹ Respecto al contrato, traté de marcar las diferencias, hace ya muchos años, en mi *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, págs. 209-211, y también lo que escribí en el Estudio-Prólogo al libro de MONEDERO GIL (1971: 101). *Sobre la personalidad jurídica en el Derecho público* escribí un trabajo en 1971, con ese mismo título. Finalmente —y pido perdón por tanta autocita—, en cuanto al dominio, vid. las consideraciones hechas en mi estudio *La afectación de bienes al servicio público*, Madrid, 1973.

El contrato administrativo está presidido por una idea de «justo precio» (frente al civil, en el que la idea de equivalencia de prestaciones está ausente, después de la codificación); su interpretación no es voluntarista (la intención de las partes), sino legal y teleológica (el fin del contrato, al mejor servicio del público; en todo contrato administrativo hay un tercero oculto que es el público); el *pacta sunt servanda* tiene un alcance distinto en ambos Derechos, por las necesidades de modificación y cambios que con frecuencia aparecen en los contratos públicos, muchos de ellos de larga duración; el régimen de prescripción o compensación de créditos es también distinto al civil por exigencias del principio de legalidad presupuestaria y de seguridad de la Hacienda Pública; la cláusula *rebus sic stantibus*, de aplicación excepcionalísima en Derecho civil o mercantil, debe ser habitual en los contratos administrativos para lograr un reparto equitativo de los riesgos (porque esto es lo más conveniente para el interés público). Y así podríamos seguir, marcando diferencias fundamentales entre ambos Derechos.

No es, por tanto, un ingenioso prurito de autonomía, sino que es, sobre todo, la realidad de un régimen jurídico de efectos en Derecho positivo, distinto al civil, lo que apoya la afirmación de *sustantividad* de la figura. Sustantividad que no le hace irreductible al cuadro contractual tradicional del Derecho civil sobre cuyo suelo ha crecido, pero sí les da soluciones propias y peculiares a muchos de sus problemas.

Ciertamente, para un jurista el contrato administrativo es un desafío permanente. Porque requiere una continua re-construcción jurídica, tanto legal como jurisprudencial. En ordenamientos jurídicos maduros se ha alcanzado ya un cierto grado de precisión, tanto en lo que se refiere a la definición de esta figura como al haz de obligaciones y derechos que nacen de la misma, logrando una seguridad jurídica mayor que la que ambas partes alcanzan en el mundo anglosajón o germánico. Pero, obviamente, problemas nuevos surgen cada día y ello reclama una tensión constante del jurista, que no puede pedirle al Derecho mayor certeza, sino que debe hacer realidad aquel *ars boni et aequi* con el que CELSO definía al Derecho. El *ars* consistirá precisamente en el logro de esa especial armonía que el Derecho está llamado a crear entre el bien de la totalidad y el bien de cada uno. Armonía que no es algo dado, sino algo que hay que hacer y rehacer porque ambos polos están en permanente tensión.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO Y ASOCIADOS (2002 a 2005): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 3 tomos, Comares, Granada, págs. 1 a 45.
- ARIÑO, Gaspar (1968): *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, págs. 209-211.
- (1971): *Sobre la personalidad jurídica en el Derecho público*, INAP, 101 págs.
- (1973): *La afectación de bienes al servicio público*, Madrid.
- BACA, Víctor (2005): *La invalidez de los contratos públicos*, Tesis Doctoral, Valladolid, *in totum*, Thomson-Civitas, 2006.
- BARRA, Rodolfo C. (1989): *Los actos administrativos contractuales*, Ed. Depalma, Buenos Aires.
- CASSAGNE, J. C. (Dir.) (1998): *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 867 y ss.
- (2004): «La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos», en el volumen colectivo (con el Profesor ARIÑO) *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Lexis-Nexis, Buenos Aires.
- D'ORS, Álvaro (1961): *Elementos de Derecho Romano*, Pamplona.
- (1968): *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.
- FLEINER, Fritz (1933): *Instituciones de Derecho Administrativo*, 8.^a ed. alemana, trad. de Labor, Madrid, págs. 168-169.
- GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 8.^a ed., págs. 36-37.
- LIEBHAFSKY, H. H. (1971): *American Government and Business*, New York, págs. 111 y ss.
- MACERA, B. F. (2003): «De nuevo sobre la quaestio disputata de la naturaleza de los contratos públicos en el derecho español», *Revista Derecho Administrativo*, núm. 43, Lexis-Nexis, Buenos Aires.
- MAIRAL, Héctor A. (1998): «De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo», *El Derecho*, págs. 655 a 700.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (1998): «Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español (su fundamento y sus consecuencias)», en el volumen colectivo en homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- MEILÁN GIL, J. L., en Madrid (1968): *La actuación administrativa por vía de acto y de contrato*, Lección Magistral, no publicado, edición mimeo.
- (1982): «La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica», núm. 99 de esta REVISTA, págs. 7 y ss.
- (2005): «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, págs. 508-509.
- MENDOZA OLIVÁN, Víctor (1973): *La reforma de la Ley de Contratos*, Alicante, pág. 169.
- MONEDERO GIL, J. I. (1977): *Doctrina del contrato del Estado*, IEF, Madrid.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1963): *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla.