

LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION DESDE 1950 A HOY

Por

JOSÉ M.^a BOQUERA OLIVER
Catedrático de la Universidad de Valencia

SUMARIO: I. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—II. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA DÉCADA DE LOS CINCUENTA.—III. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. DIVERSOS CRITERIOS PARA SU CONFIGURACIÓN: 1. *La desigualdad entre las partes contratantes.* 2. *En los contratos administrativos existen cláusulas exorbitantes del Derecho Civil.* 3. *El contrato es administrativo cuando su causa es un fin público.* 4. *El contrato es administrativo cuando su objeto es una obra o servicio público.*—IV. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN HOY: 1. *La calificación legislativa de los contratos administrativos de la Administración.* 2. *Orden jurisdiccional competente para resolver los litigios sobre los contratos de la Administración.* 3. *La legislación aplicable.*

I. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Existen dos tesis sobre la naturaleza jurídica de los contratos de la Administración Pública. Primera: los contratos de la Administración son todos civiles. Segunda: unos contratos de la Administración son civiles y otros administrativos (1).

La primera tesis, todos los contratos de la Administración son civiles, parte de la convicción de que el Estado, las Comunidades Autónomas, las Provincias, los Municipios..., a los que habitualmente denominamos Administraciones Públicas, son sujetos dotados de capacidad jurídico-privada y de poder público. Con su capacidad privada pueden ponerse de acuerdo con otros sujetos para crearse y atribuirse recíprocas consecuencias jurídicas. Con su poder público-administrativo, aquéllas crean unilateralmente e imponen consecuencias jurídicas a otras personas. Con la capacidad

(1) Estas tesis sobre la naturaleza de los contratos de la Administración están injustificadamente condicionadas por el orden jurisdiccional que, en cada país, resuelve los litigios que con respecto a ellos se suscitan, pues sabido es que la competencia jurisdiccional no determina la naturaleza de las instituciones jurídicas. Esta no depende de aquélla, sino que debe ocurrir lo contrario. Prueba contundente de ello es nuestra LJCA. Sus primeros artículos establecen reglas sobre el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y el artículo 2.º.f) dice que este orden jurisdiccional conocerá de «las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley». La Ley puede decidir que lo que no es jurídico-administrativo sea conocido por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

jurídico-privada celebran contratos civiles y con el poder público-administrativo dan nacimiento a actos administrativos (2).

«El contrato —dice STAINOV (3)— es únicamente una categoría de Derecho Civil, y el acto administrativo es una categoría de Derecho Administrativo del tal manera que sólo hay un contrato, el contrato ordinario, el contrato de Derecho Civil.» Esta es la tesis de casi todos los Derechos de los países europeos (4). En el «casi» ocupa lugar central Francia.

En España, en el siglo pasado, existía la convicción de que todos los contratos de la Administración son civiles. El 14 de diciembre de 1887, en la discusión en el Congreso de los Diputados del proyecto de Ley de la que después sería la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888, SANTAMARÍA DE PAREDES, en nombre de la Comisión que lo redactó, pronuncia un discurso (5) en el que dice: «Creemos, pues, que en buenos principios, como cree el mismo partido conservador, o al menos algunos de sus dignísimos individuos, como el señor Conde de Tejada de Valdosera, y como afirma la Comisión de notables en el preámbulo de su proyecto, que los contratos de servicios públicos son materia de la Jurisdicción ordinaria...» Conservadores y liberales creen que estos contratos son materia de la Jurisdicción ordinaria porque son civiles. SANTAMARÍA DE PAREDES afirma que no por ello «tales contratos pierden su especialidad» y la Administración tiene facultades sobre ellos «si lo exigiere el interés público». La escuela liberal propone y los conservadores aceptan, por razones de conveniencia y en contra de los buenos principios, llevar a la Jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados por las Administraciones Públicas «para toda especie de obras y servicios públicos». Unos y otros creen que la composición de los Tribunales contencioso-administrativos con una parte de jueces y otra de funcionarios administrativos tendrá

(2) Como dice J. M. AUBY (recensión al libro de M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, en la «Revue de Droit Public», núm. 1, 1992, pág. 272), «L'Etat souverain ne peut pas se le lier par contrat». Esta fórmula no es correcta en sus términos, pero sí en su significado. No es correcta porque el Estado no es soberano; la soberana es la Nación. La expresión «Estado soberano» que utiliza AUBY significa el Estado que manda, que es titular y ejercita el poder público.

(3) *La théorie des contrats administratifs et le Droit socialiste*, «Revue de Droit Public», núm. 2, 1966, pág. 233.

(4) Las Directivas de la Unión Europea sobre contratos de las Administraciones Públicas traslucen la convicción de que todos los contratos son civiles.

(5) Puede verse en los apéndices del libro de L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, IAE, Madrid, 1975, pág. 521.

por resultado sentencias más favorables a los intereses del Gobierno que si los litigios surgidos a propósito de los contratos de la Administración los resuelve la Jurisdicción ordinaria.

Una vez encargada la Jurisdicción contencioso-administrativa de resolver los litigios que originan los contratos que versan sobre «obras y servicios públicos», ésta, bajo la influencia de la jurisprudencia francesa y la presión de parte de la doctrina nacional, que se inspira en el Derecho francés, trata de justificar la competencia que se le ha dado en el hecho de que estos contratos son administrativos.

II. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA DÉCADA DE LOS CINCUENTA

Al comenzar la década de los cincuenta rige la Ley de 22 de junio de 1894 sobre el ejercicio de la Jurisdicción contencioso-administrativa. En sus artículos 1.º al 4.º dice lo que corresponde y lo que no corresponde resolver a esta Jurisdicción, y en el artículo 5.º dispone que «continuarán, sin embargo, atribuidas a la Jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración central, provincial y municipal para obras y servicios públicos de toda especie». El Legislador se muestra convencido de que los litigios que surgen de los contratos de la Administración, por la naturaleza de éstos, no corresponde resolverlos a la Jurisdicción contencioso-administrativa, «sin embargo» conviene que los resuelva ésta.

La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 (6), que en su artículo 1.º dice que ésta juzgará las resoluciones y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y en su artículo 2.º enumera las cuestiones de las que, siendo parte la Administración Pública, no conoce la Jurisdicción contencioso-administrativa, porque no están comprendidas en la regla de su artículo 1.º, en su artículo 3.º dispone que «la Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de: a) Las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración pública, cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie».

(6) Antes de ésta se publicó el texto refundido de lo contencioso-administrativo de 8 de febrero de 1952, que ahora no es necesario analizar.

Esta Ley mantiene con respecto a los contratos el mismo criterio de la Ley de 1894, aunque lo expresa en la manera de ordenar sistemáticamente los tres primeros preceptos de la misma y no con el «sin embargo».

Desde 1888 y hasta que termina la vigencia de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 —art. 3.º.a)—, ésta conocerá las cuestiones referentes a los contratos, «cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración pública, cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie».

Desde los preceptos de atribución de competencia a la Jurisdicción contencioso-administrativa, y guiados, repetimos, por el ejemplo francés, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, olvidando el origen puramente pragmático de la distinción, afirman que existen contratos administrativos y contratos civiles de la Administración Pública y buscan el criterio sustancial que permita distinguir a unos de otros.

En esta década, la aportación legislativa más importante sobre los contratos de la Administración es la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953. En estas dos normas no existe la menor insinuación de la distinción entre contratos civiles y administrativos de la Administración. Regulan «los contratos que celebren las Corporaciones locales» (art. 1.º del Reglamento). Este, al referirse al objeto del contrato —que es uno de sus elementos utilizados por la jurisprudencia y doctrina para configurar el contrato administrativo—, se limita a decir (art. 8.º) que «las Corporaciones locales podrán celebrar únicamente aquellos contratos cuyo objeto se halle comprendido en el ámbito de su competencia», y con respecto a la causa —que también se ha tenido en cuenta para el mismo propósito— dice (art. 11) que «deberá ser el interés público, determinado, según los casos, por la mejor calidad, mayor economía o plazo más adecuado en la realización de las prestaciones que fueren objeto de cada uno de ellos». Ideas po-brísimas sobre el objeto y la causa de los contratos de las Administraciones locales y en ellas no se aprecia el menor propósito de marcar una diferencia entre dos categorías de los contratos de la Administración.

En 1952 (Ley de 20 de diciembre) se dio nueva redacción al capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública (del Estado) con la preocupación fundamental de regular los procedimientos de selección del contratista. GARCÍA DE EN-

TERRÍA (7) lamentó la parquedad de ordenación jurídica del contrato en esta Ley y dijo que «como consecuencia de esta posición inicial se ha insistido en la concepción que el contrato administrativo merecía para nuestro anterior Derecho, según la cual esta figura, aunque singularizada por su objeto y procedimiento, no tenía en el momento de su regulación de fondo particularidades sobre el puro contrato civil...». La expresión «contrato administrativo» no figura en la Ley de Administración y Contabilidad; la utiliza GARCÍA DE ENTERRÍA. El mismo autor y en el mismo lugar (pág. 268), refiriéndose al Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, dice que éste «abandona en su totalidad la teoría del contrato administrativo» y «hace rigurosamente de todo contrato de la Administración, sin discriminar entre ellos, un contrato puro y simplemente privado». No es que el Reglamento abandone una regulación anterior que distinguía entre contratos administrativos y contratos civiles de la Administración, sino que no sigue el parecer de quienes afirman la existencia de estas dos categorías de contratos. En una época en la que legislación se asienta sobre la convicción de que todos los contratos de las Administraciones Públicas son privados y algunos creen firmemente que existen contratos administrativos y contratos privados de las Administraciones Públicas, y la LJCA —art. 3.º.a)— atribuye al conocimiento de esta Jurisdicción los litigios nacidos de los contratos de aquéllas que «tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie», resulta comprensible que los Jueces de lo contencioso-administrativo se esfuercen en dilucidar qué contratos les corresponde juzgar a ellos y que se inclinen en llamar a éstos administrativos. En el apartado que sigue resumiremos, recordando algunos casos significativos, pues las declaraciones aisladas de los hechos no resultan demasiado expresivas, las principales tesis jurisprudenciales utilizadas en el período objeto de nuestro estudio para calificar a los contratos de administrativos.

III. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. DIVERSOS CRITERIOS PARA SU CONFIGURACIÓN

Cuando se admite la tesis de que existen contratos civiles de la Administración Pública y contratos administrativos de la Administración Pública, resulta necesario averiguar qué distingue a unos

(7) *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en esta REVISTA, núm. 10, 1953, pág. 247.

de otros. Se busca la esencia del contrato administrativo, porque, aunque no se diga explícitamente, la naturaleza del contrato civil no se discute. Se formulan diversos criterios sobre la naturaleza del contrato administrativo. Los principales son los siguientes: A) Contrato administrativo es aquel en el que no existe igualdad entre las partes contratantes, sino superioridad de la Administración. B) Los contratos son administrativos cuando en ellos existen cláusulas exorbitantes del Derecho Civil. C) El contrato es administrativo cuando su causa es un fin público. D) El contrato es administrativo cuando su objeto es una obra o un servicio público.

1. *La desigualdad entre las partes contratantes*

En los contratos administrativos no existe igualdad entre las partes contratantes porque en ellos y con respecto a ellos la Administración Pública ejercita su poder administrativo. La jurisprudencia (STS de 16 de marzo de 1987, Sala 4.ª, A. 3655, y esta REVISTA, núm. 116, 1988, pág. 200) para decir esto emplea la expresión de que la Administración Pública contratante está dotada de «imperio». Pero no explica si el poder o imperio queda fuera o dentro del contrato. Si queda fuera del contrato no cambiará su naturaleza de contrato civil. Si dicho poder de creación e imposición unilateral de consecuencias jurídicas está en el interior de lo que se llama contrato, éste dejará de serlo, pues «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art. 1256 del Cód. civ.). Se infringiría este precepto si el contratista pactara con la Administración pasar por la interpretación que ella hiciera de lo convenido; que ésta, cuando lo estimara pertinente, pudiera variarlo, rescindirlo, etc. La infracción del citado precepto del Código civil es más que una infracción legal, pues que una parte disponga libremente del contrato lo des-naturaliza y lo convierte en una relación de subordinación o vasallaje.

En cambio, si la Ley otorga a las Administraciones Públicas las facultades de interpretar sus contratos, variarlos, rescindirlos, etc., por motivos de interés público, dichas facultades quedan fuera del contrato y sus consecuencias pueden caer sobre la situación del contratista de la misma manera que pueden caer sobre todas las relaciones privadas. La desigualdad del contratista con respecto a la Administración contratante no es una desigualdad contractual; es una desigualdad ajena al contrato como consecuencia del

poder público que las leyes han otorgado a la Administración y del que ésta no prescinde cuando contrata, pero que queda fuera de sus contratos. La desigualdad real entre las partes contratantes no influye en la naturaleza de los contratos, aunque tenga influencia en la manera de ejecutarlos, y también se da entre las partes de muchos contratos privados.

Quien contrata con una Administración Pública establece una relación jurídica con un ser poderoso, que con una mano contrata y con la otra sostiene el poder administrativo —un grueso y largo garrote— con el que puede incidir en las situaciones contractuales creadas por la otra mano, con su capacidad jurídico-privada. A veces el poder administrativo cae, como un garrotazo, sobre la situación contractual, a pesar de ser ésta un acuerdo de voluntades entre la Administración Pública y el particular. Le ocurre de la misma manera al propietario de un bien que no quiere vendérselo a la Administración. Si el bien es necesario para satisfacer un fin de utilidad pública o interés social, la Administración puede expropiárselo. El poder administrativo puede incidir sobre el contrato cuando lo exige un fin público, aunque este fin sea el fin del contrato.

Las leyes suelen compensar los efectos del poder de imposición de la voluntad de la Administración sobre su contratante con el deber de aquélla de indemnizar al particular por los daños y perjuicios que le ocasiona, con lo que, en realidad, se le expropián sus derechos contractuales mediante un procedimiento peculiar (8).

2. *En los contratos administrativos existen cláusulas exorbitantes del Derecho Civil*

En los contratos administrativos —se dice— existen cláusulas que no son posibles en los contratos civiles. No debemos conformarnos con esta afirmación genérica. Debemos averiguar qué cláusulas son posibles en los contratos de la Administración que no son posibles en los contratos que celebren los particulares y que hacen a sus contratos administrativos. En nuestra jurisprudencia sólo conocemos un caso en el que se utiliza este criterio de configuración del contrato administrativo, aunque la Sentencia que a continuación examinamos cita otra de 20 de abril de 1936.

(8) Cuando dos Administraciones Públicas contratan se pueden neutralizar sus respectivos poderes públicos y esto no les cambia su naturaleza jurídica (concierto o convenio entre sujetos administrativos). Véase la S. dc 23 de febrero de 1987, Sala 4.ª, A. 3308, y esta REVISTA, núm. 116, 1988, pág. 213.

En la Sentencia de 13 de noviembre de 1972, Sala 4.^a (A. 4730), el TS se pronunció sobre el supuesto siguiente: el Ayuntamiento de Algeciras había vendido mediante subasta terrenos próximos al campo de fútbol con dos condiciones; primera, que en los mismos se levantarán edificaciones de determinadas características; segunda, que si los adquirentes no construían en el plazo de cinco años, los terrenos reverterían al Municipio. El precio fijado para la venta de los solares era inferior al del mercado, porque la finalidad primordial de las ventas de los terrenos era edificar pronto en la zona del campo de fútbol. La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla señaló que un contrato de tales características —precio inferior al de mercado y reversión de los terrenos en caso de incumplimiento del plazo para edificar— contenía cláusulas exorbitantes del Derecho Civil, entre ellas, como más significativa, «la cláusula reversional», por lo que el contrato era administrativo. Dijo: «síntoma indiciario que hace, no sólo presumir, sino calificar como contrato administrativo el que se examina y glosa, el haberse estipulado en él expresamente la reversión como cláusula exorbitante, impropia de la contratación privada en régimen de igualdad y característica de los contratos administrativos, como dijo la STS de 20-4-1936 (A. 1010), por ser precisamente consecuencia del interés público implicado en los mismos...». Efectivamente, era de interés público edificar dentro de un plazo corto en la zona del campo de fútbol de la ciudad, y por ello se incluyó la cláusula de reversión de los solares al Municipio si no se cumplían las condiciones aceptadas.

La STS de 13 de noviembre de 1972, que resolvió la apelación interpuesta contra la anterior sentencia, dijo que se trataba de un contrato administrativo «no sólo por los razonamientos contenidos en los considerandos segundo y tercero» de la Sentencia de la Audiencia —que el TS asume—, sino también porque, según la doctrina y la jurisprudencia, «para la determinación de la naturaleza de los contratos en el orden administrativo hay que atender a la finalidad que persiguen y, en tal sentido, al perseguirse en el que es objeto de examen en esta litis un fin urbanístico, ello imprime a todo el negocio jurídico el tinte propio de la finalidad administrativa, que queda perfectamente plasmada en la cláusula exorbitante y excepcional de la reversión sin compensación, impropia e inaceptable en cualquier pacto civil...». La finalidad pública y la existencia de la cláusula exorbitante e «impropia del Derecho Civil», que se debe a aquélla, hacen, según esta jurisprudencia, al contrato administrativo.

En un contrato entre particulares es perfectamente posible la misma cláusula que el Municipio de Algeciras incluyó al vender sus terrenos próximos al campo de fútbol. Un particular, para lograr que se edifiquen pronto terrenos de los que es propietario, si le interesa que en la zona en donde tiene otros terrenos se construyan cuanto antes edificios (fin de interés privado), los puede vender al precio que le parezca oportuno, que puede ser inferior al llamado precio del mercado, e imponer al comprador la obligación de edificarlos en el plazo que señala y, si éste no cumple esta obligación, convenir que la compraventa se resolverá y aquél recuperará la propiedad del solar sin devolver el precio percibido. La pérdida del precio pagado es consecuencia de la aplicación de la cláusula penal por el incumplimiento del contrato. Esta cláusula es propia de la contratación privada; perfectamente aceptable en cualquier pacto civil. También es muy frecuente pactar la reversión de bienes donados por incumplimiento de la carga modal. Esta cláusula no es exorbitante del Derecho Civil. En el caso que resuelve la Sentencia de 13 de noviembre de 1972, los solares se habían vendido por un precio inferior al de mercado: el contrato no era una donación. Si en ésta el incumplimiento de una cláusula análoga origina la reversión de lo donado, no hay ninguna razón para que lo mismo no ocurra en una compraventa en la que el bajo precio compensa la carga de la pronta edificación e incluso, como ya hemos dicho, se pierda el precio pagado (9).

3. *El contrato es administrativo cuando su causa es un fin público*

La diferencia entre el contrato administrativo y el civil radica en que su causa es diferente. El contrato será administrativo cuando su causa es un fin público. En esta tesis, como veremos, el término causa no se utiliza en su sentido propio, sino que se entiende la causa como el fin de la relación contractual.

La causa de los contratos es para cada una de las partes la prestación de la otra. El fin del contrato es lo que cada parte pretende conseguir con el objeto del mismo. La causa de un contrato

(9) Como los bienes que vendió Algeciras eran patrimoniales de propios, las Salas de lo contencioso-administrativo, para afirmar su competencia, tuvieron que calificar a la compraventa de contrato administrativo. Para resolver cuestiones procesales se plantean y deben resolverse delicadas cuestiones sustanciales en las que desde hace mucho tiempo existen profundas diferencias doctrinales y cuya solución sólo tiene consecuencias procesales, pues el orden jurisdiccional civil hubiera resuelto con toda naturalidad el caso de la venta y reversión de los solares del Municipio de Algeciras.

de ejecución de obras es para la Administración la obra que ejecutará el contratista. Su fin, la necesidad pública que con la obra se satisfecerá. Todos los actos y contratos de la Administración tienen fines de naturaleza pública, pues ella existe para satisfacer esta clase de fines. La distinción entre contratos civiles y administrativos de la Administración no puede fundamentarse en la finalidad privada de los primeros y la pública de los segundos. Ahora bien, algunos creen que cuando el fin público es la razón inmediata del contrato, éste es administrativo, y cuando este fin es mediato el contrato es civil. Otros, como veremos a continuación, afirman que el contrato es administrativo tanto en un caso como en otro.

Veamos dos ejemplos límites, pues en los casos límites se aprecia mejor la calidad de las soluciones adoptadas. En la Sentencia de 13 de julio de 1987, Sala 4.^a (A. 6888 y esta REVISTA, núm. 117, 1988, pág. 218) (10), se dice que el contrato de arrendamiento de la plaza de toros de Madrid —bien patrimonial de la Provincia de Madrid— es administrativo porque lo que pague el arrendatario se destinará al sostenimiento del Hospital General Provincial, «institución de beneficencia a través de la cual la Corporación desarrolla el cumplimiento de una de sus obligaciones mínimas ... la instalación y sostenimiento de hospitales médico-quirúrgicos ... así el destino de los rendimientos económicos obtenidos cobra especial relevancia incidiendo en la causa del contrato, al introducir en la misma la indirecta satisfacción de un servicio público como es la asistencia hospitalaria... ello hace que sea lógico extender a este tipo de negocios jurídicos la tutela administrativa, pues en ellos subyacen de *manera mediata intereses públicos*». Entre que la Provincia de Madrid arriende su plaza de toros y que arriende la suya el señor X no existe otra diferencia— si es que esto es una diferencia en el contrato de arrendamiento— que el destino que cada arrendador dará a lo que le pague el arrendatario. Pero el TS piensa que como la Provincia de Madrid destina el canon arrendatario al sostenimiento de un servicio público (el Hospital General Provincial), el contrato de arrendamiento de su plaza de toros es administrativo. ¿Cómo sería el contrato de arrendamiento de la plaza de toros del señor X si éste dedicara su renta a un hospital público?

La Sentencia de 29 de junio de 1990, Sala 3.^a, Sección 5.^a (A. 5756 y en esta REVISTA, núm. 126, 1991, pág. 330), se refiere al arrendamiento de la plaza de toros de Teruel, propiedad del Municipio. Dice que «el contrato de arrendamiento de la plaza de toros

(10) Esta Sentencia dice seguir el criterio de la S. de 28 de noviembre de 1981.

de Teruel ... en cuanto adscrito al desenvolvimiento de un aspecto de esa competencia municipal de ocupación del tiempo libre (art. 25 LRBRL) (sin que esto implique desconocer la faceta cultural y deportiva del espectáculo taurino como tal) constituye un verdadero y propio contrato administrativo», aunque no está prevista la adscripción de la recaudación a un fin de interés público, porque «el arrendamiento de las instalaciones pertenecientes a las Corporaciones locales constituye una forma indirecta de gestión de los servicios públicos de su competencia». La causa del contrato es proporcionar a la población la ocupación del tiempo libre, un fin público.

El arrendamiento de los cines y de cualesquiera otros sitios en los que los vecinos se entretienen, también atiende el fin de ocupar el tiempo libre. Sin embargo, si un particular arrienda un cine, el contrato será civil. Con esta tesis no se va a ninguna parte. Pero la jurisprudencia afirma que la finalidad pública convierte al contrato en administrativo.

Existe otro ejemplo también expresivo. La Sentencia de 21 de noviembre de 1986, Sala 4.^a (A. 1987, 1543; esta REVISTA, núm. 115, 1988, pág. 268), dice que es administrativo el contrato de seguro suscrito entre un Ayuntamiento y la sociedad «E», pues tiene por finalidad «establecer una cobertura para casos de muerte o invalidez para todo el personal al servicio de la Corporación, interés netamente público que hace insoslayable la presencia de unas potestades administrativas (propias de este tipo de contratación) y que vienen impuestas por el artículo 109, regla 2.^a, del Decreto 3046/77, de 6-10, en donde se precisa que tendrá naturaleza administrativa aquel contrato que, por sus características intrínsecas, haga precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo». Esto último lo decía también la sentencia anterior. Si un empresario particular contrata un seguro para sus trabajadores se tratará de un contrato mercantil, pero si lo concierta un Municipio para su personal se dice que es un contrato administrativo, por requerir el interés público para su desarrollo una especial tutela jurídica. ¿Una tutela diferente a la que requiere el contrato mercantil de seguro? No lo creemos, porque no es diferente la tutela que proporciona un Tribunal del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la que proporciona un Tribunal del orden jurisdiccional civil.

Esta tesis jurisprudencial parece arrancar de la convicción de que todo contrato en el que la Administración es parte es administrativo, porque ésta siempre actúa para atender inmediata o mediatamente un fin público; pero si esto es así resulta vano todo es-

fuerzo por descubrir la característica o características que distinguen los contratos administrativos de los que no lo son. A un contrato se le llamará administrativo por la misma razón que a otro se le califica de laboral o mercantil, con la diferencia de que los que estudian el contrato laboral o el mercantil están convencidos de que entre éstos y el contrato civil no existe diferencia de naturaleza. Sólo existen contratos privados, y éstos son civiles, laborales, mercantiles y administrativos. La calificación se hace desde una perspectiva estrictamente subjetiva, pero no existe diferencia de naturaleza entre unos y otros.

Lo más decepcionante es —como demuestran las sentencias recordadas— que el esfuerzo por descubrir cuándo el contrato es civil o administrativo sólo sirve para decidir el orden jurisdiccional competente para resolver la cuestión litigiosa y, cualquiera que sea el orden jurisdiccional que la resuelva, ésta será la interpretación de un contrato de arrendamiento de obra, un contrato de seguro, etc., que por su especialidad debe resolver mejor el orden civil que el administrativo.

4. *El contrato es administrativo cuando su objeto es una obra o servicio público*

La Sentencia de 22 de enero de 1975, Sala 4.^a (A. 8; esta REVISTA, núm. 78, 1975, pág. 321), dice que el contrato será administrativo «cuando el objeto es una obra o servicio público... o, más concretamente, cuando se tienda en esa relación contractual de una manera inmediata y directa a satisfacer un servicio público...». El objeto del contrato que la Sentencia enjuicia es la construcción de un matadero para el servicio del Municipio de Sotomayor, «de preferente necesidad y utilidad pública». Por tanto, el objeto era una obra que debía servir a un servicio público. El TS dice que se trata de un contrato administrativo porque su objeto es una obra pública (lo mismo habría dicho si el objeto hubiera sido un servicio público).

Con esta tesis puede distinguirse el contrato administrativo de la Administración —por ser su objeto directo e inmediato una obra o servicio público— del contrato civil de la Administración que satisface de manera mediata un fin público. La venta de una finca rústica del Municipio para con el dinero obtenido construir un matadero municipal será un contrato civil de la Administración. El contrato para la construcción del matadero será adminis-

trativo. ¿Qué diferencia existe entre que el Municipio encargue a un particular la construcción de un matadero municipal y le pague el precio correspondiente y que un particular encargue a otro particular que le construya un matadero y se lo pague? ¿Por qué va a ser uno administrativo y el otro civil? Se dice que por el interés público del primero y el interés privado del segundo. Pero el interés es atender la necesidad de suministrar carne a la población y esta necesidad la satisface igual el matadero municipal que el privado. Ninguna diferencia sustancial existe entre uno y otro. La conclusión de la Sentencia de 22 de enero de 1975 es la misma que sostener que cuando contrata un comerciante el contrato es mercantil y está sujeto al Código de Comercio, y cuando contrata un no comerciante el contrato es civil y se rige por el Código civil. La conclusión lógica será que cuando contrata la Administración el contrato es administrativo. Todos los contratos de las Administraciones Públicas son administrativos, pero éstos en nada se distinguen de los contratos celebrados por personas «civiles», que por esto se denominan contratos civiles. Esto nadie quiere decirlo.

IV. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN HOY

1. *La calificación legislativa de los contratos administrativos de la Administración*

En un estado de opinión como el descrito, se publicó la Ley de 18 de mayo de 1995, núm. 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, y, por primera vez en nuestra historia legislativa, se califican legislativamente contratos de administrativos. «Los contratos que celebre la Administración —dispone su art. 5.1 y 2— tendrán carácter administrativo o carácter privado. 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 y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.» De entre todos los criterios utilizados por la jurisprudencia para caracterizar el contrato administrativo, la Ley vigente elige el del objeto del contrato para que sepamos cuándo es contrato administrativo. Pero hace una lista de objetos del contrato que hacen a éste administrativo cuando una de sus partes es la Administración. Estos contratos son administrativos aunque que

el contratista de la Administración ejecute una obra, gestione un servicio público, proporcione un suministro, atienda una consulta, etc., nada signifique en cuanto a la especialidad jurídica del contrato. No hay nada más acientífico que resolver los problemas jurídicos haciendo una lista. Pero como las listas legislativas no dejan tranquilo a quien las hace, el artículo 5.2.b) de la misma Ley añade: «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» también son contratos administrativos. En este precepto se encuentra expreso lo que el Legislador cree que hace a un contrato administrativo: su vinculación «al giro o tráfico» de la Administración contratante, «por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla». Esta vinculación los convierte en contratos de «naturaleza administrativa especial». Esto último nos deja sorprendidos. Según el Legislador, existen contratos administrativos de naturaleza no especial y contratos administrativos de naturaleza especial. Son contratos administrativos no especiales aquellos que tienen por objeto uno de los enumerados por el Legislador, y contratos administrativos especiales aquellos que no siéndolo por el objeto satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración. Con lo que no tenemos un criterio para saber cuándo un contrato es administrativo, sino dos criterios —el del objeto y el de la finalidad—, si bien el del objeto es de aplicación preferente. Y, por último, para que todo quede más oscuro, desde un punto de vista lógico, el contrato tendrá naturaleza administrativa especial cuando así lo declare una Ley.

Existe giro o tráfico administrativo, dice GARCÍA DE ENTERRÍA (11), cuando el sujeto Administración actúa para realizar «obras y servicios públicos», entendida esta expresión en sentido no técnico, sino material. La función o actividad que tiene por finalidad «obras y servicios públicos» es la propia del instituto administrativo en cuanto tal. Negativamente, «todo lo que hace [la Administración] que no sea la gestión de su dominio privado o patrimonial o la gestión mercantil».

El Legislador, quizás para quedarse tranquilo, convierte en criterio legal subsidiario del contrato administrativo lo que el presti-

(11) *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, T. I, 4.ª ed., 1983, págs. 50 y ss.

gioso administrativista, con gran número de seguidores, entiende que es lo administrativo, aunque al final también lo individualiza con el sistema de lista negativo, lo que no es gestión patrimonial o mercantil de la Administración.

Las consecuencias de calificar a los contratos de administrativos son:

1.^a Se regirán (art. 7.º.1 de la LCCAAPP) en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y estructuración por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2.b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente. Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán (art. 9.º.1) en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado.

2.^a El orden jurisdiccional competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos será el contencioso-administrativo (art. 7.º.2 de la LCCAAPP). También para conocer las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los contratos administrativos especiales —art. 8.º.d) de la LCCAAPP—. Las que surjan de los contratos privados de las Administraciones Públicas las resolverá el orden jurisdiccional civil (art. 9.º.2 de la LCCAAPP).

3.^a En el pliego de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos especiales —art. 5.2.b)— se harán constar —art. 8, apartado c)— las prerrogativas de la Administración.

2. *Orden jurisdiccional competente para resolver los litigios sobre los contratos de la Administración*

En la mayor parte de los casos, la cuestión de la naturaleza del contrato sólo provoca una escaramuza procesal. Cuando el particular acude ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para resolver el litigio surgido de un contrato, porque cree aplicable el artículo 2.º.b) de la LJCA de 13 de julio de 1998, el defensor de la Administración alega la incompetencia de aquél porque

considera que el contrato es civil, y si es el Abogado del Estado el que lleva el asunto ante dicho orden, el particular niega que el contrato sea administrativo. En el orden civil ocurre lo mismo.

La discusión sobre si el contrato es administrativo o no se suscita para decidir si un litigio con él relacionado lo debe resolver el orden jurisdiccional contencioso-administrativo o el orden jurisdiccional civil. Las cuestiones sobre qué clase de derecho será aplicado sólo excepcionalmente se plantean.

El artículo 7.º2 de la LCCAAPP dispone que «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos». Este precepto ha simplificado la fórmula para atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo los litigios que originen los contratos de las Administraciones Públicas. Se sabrá si el contrato es administrativo acudiendo a la lista del artículo 5.º2.a). Si su objeto encaja o coincide con uno de los que figuran en esta lista, el contrato será administrativo. Esto reducirá las discusiones ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo sobre si el contrato es o no administrativo. Cuando el objeto del contrato no esté comprendido en el artículo 5.º2.a) y se entienda por una de las partes contratantes que es de aplicación el apartado b) del mismo artículo, estaremos de nuevo en la difícil discusión sobre cuándo el contrato satisface directa o inmediatamente una finalidad pública.

El artículo 9.2 de la LCCAAPP dispone que «el orden jurisdiccional civil será el competente... en los contratos privados». Los contratos de la Administración Pública que no sean administrativos serán privados.

Al prepararse la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 se tenía con respecto a la competencia de la misma sobre los contratos de la Administración la solución recientemente adoptada por la Ley de Contratos de 18 de mayo de 1995. Se siguió el camino marcado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y también por las ideas dominantes, no sé si con complacencia o sin ella, quizá también por inercia.

El artículo 1.º de la LJCA atribuye al orden contencioso-administrativo la competencia para conocer «de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo» y «con las disposiciones generales de rango inferior a la ley». Este orden jurisdiccional existe, pues, para juzgar los actos, singulares (resoluciones) y generales (disposiciones), administrativos, aunque la nueva fórmula

legal también incluye la inactividad de la Administración y sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (art. 25 de la LJCA), pero el artículo 2.º de la misma Ley dispone que este mismo orden jurisdiccional conozca de cuestiones que se susciten en relación con actuaciones de las Administraciones Públicas que no están sujetas al Derecho Administrativo. Entre éstas figuran —art. 2.º.b)— «las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas». El artículo 2.º.b) de la LJCA de 1998 constituye una excepción a la regla general de su artículo 1.º. El artículo 2.º.b), con la novedad de incluir la calificación de «contratos administrativos», siguiendo a la Ley de 18 de mayo de 1995, sigue en la línea de las anteriores Leyes de lo contencioso-administrativo. Es heredero de la Ley de 13 de septiembre de 1888, que, como anteriormente dijimos, para superar o resolver los enfrentamientos entre liberales y conservadores sobre el modo de organizar la Jurisdicción contencioso-administrativa, por la trascendencia económica de los contratos de la Administración y para que ésta estuviera más protegida, atribuyó a dicha Jurisdicción el conocimiento de los litigios que los mismos suscitaran. Los conservadores, cuando cedieron para que la jurisdicción contencioso-administrativa la ejerciera el Poder Judicial y no el Consejo de Estado, exigieron que los Tribunales fueran de composición mixta (jueces y funcionarios administrativos). Los contratos no eran una categoría jurídico-administrativa, pero la Ley atribuyó a la Jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones a ellos referentes porque los conservadores esperaban que sus sentencias, por la composición mixta de los Tribunales contencioso-administrativos, y por tanto por la influencia en los mismos del Poder Ejecutivo, serían más favorables a la Administración que las de la Jurisdicción ordinaria, más independiente del Poder Ejecutivo. No se dijo así de claro, sino que los Tribunales contencioso-administrativos apreciarían mejor los intereses públicos en los contratos que los civiles. Disimular los verdaderos propósitos es muy frecuente en la vida, y muy especialmente en la vida política. Pero hoy no existe la razón espuria que llevó los contratos de la Administración ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Las Salas de lo contencioso-administrativo las componen sólo Jueces, tan independientes como los del orden jurisdiccional civil. Por su naturaleza, los contratos de las Administraciones Públicas corresponden a este orden y no al contencioso-administrativo.

3. *La legislación aplicable*

En el período que comprende este trabajo se pasa de regulaciones en textos diferentes de los contratos del Estado y de las entidades locales a un texto único para los contratos de las Administraciones Públicas. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, se aplica (art. 1.º) a la Administración del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a las Administraciones locales, a los organismos autónomos y demás entidades de Derecho Público. Pero los reglamentos de esta Ley son diferentes según las Administraciones Públicas.

La legislación de contratos vigente, como la que estaba vigente en 1950, regula en los mismos textos tanto los procedimientos de selección de los contratistas como el nacimiento, vida y extinción de los contratos. Una materia y otra son sustancialmente diferentes, aunque están vinculadas, pues la adjudicación del contrato pone fin al procedimiento de selección del contratista y en ese mismo instante y por ella nace el contrato. Además, la exigencia de unos trámites para elegir al contratista repercute sobre la ejecución del contrato.

Los procedimientos de selección de los contratistas son los mismos en la década de los cincuenta que en la actualidad, aunque han cambiado algunos términos y expresiones al acomodarse nuestra legislación a las Directivas de la Unión Europea sobre contratos de las Administraciones Públicas e igualmente ha cambiado la regulación de algunos trámites. La simplificación de estos procedimientos, a la que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, ha sido escasa en relación con la existente en los años cincuenta.

La legislación de los cincuenta daba preferencia al procedimiento de subasta para elegir al contratista de la Administración. En la actualidad, la legislación se ha inclinado por el concurso. Durante mucho tiempo se ha discutido sobre cuál es el procedimiento más idóneo para seleccionar la mejor oferta. Ahora ya no se discute, quizá porque los políticos han renunciado a instaurar como regla general el mejor, el más objetivo, la subasta, y los tratadistas se han cansado de esforzarse sin resultado en defender a aquélla, que, además, necesita de unos pliegos particulares de condiciones bien estudiados y precisos, lo que tampoco se consigue con frecuencia. En los años ochenta se extendió la idea de que los procedimientos de selección del contratista eran un obstáculo innecesario a la eficaz actuación de la Administración, pues sólo son

necesarios cuando contratan autoridades y funcionarios desaprensivos, pero, desaparecidos éstos e imperando la rectitud de los servidores de la Administración, puede prescindirse de aquéllos. Los hechos pronto demostraron que las llamadas formas de adjudicación de los contratos son siempre necesarias para evitar o, al menos, disminuir las consecuencias de las perennes debilidades humanas.

La legislación de 1950, aun cuando no lo dijera expresamente, parecía pensar casi exclusivamente en el contrato de obras. La legislación actual se ha preocupado más de los otros contratos de la Administración (gestión de servicios públicos, suministro, etc.). Esto ha llevado a destacar las reglas comunes a todos los contratos de las Administraciones Públicas y a completarlas con las reglas propias de cada clase de contrato.

En la reciente legislación se han regulado minuciosamente cuestiones como, por ejemplo, la invalidez de los contratos, que hace cincuenta años apenas preocupaban. Se han regulado detalladamente otros aspectos de la contratación de las Administraciones Públicas, pero no han cambiado sensiblemente las normas sobre la interpretación de los contratos, la modificación de éstos por razones de interés público y otras cuestiones fundamentales que necesitan ser ordenadas desde la perspectiva del ejercicio del poder público-administrativo con respecto al contrato. Poder administrativo que, como hemos dicho, está fuera del contrato y que, a veces, incide sobre él. Esto se aprecia con facilidad cuando la Administración ejercita su *potestas variandi* —no su *ius variandi*— para alterar la situación jurídica del contratista. Solamente la satisfacción de un interés público justifica el ejercicio de dicha potestad y la Administración indemnizará los daños que la alteración del contrato ocasione al contratista. El poder administrativo se regirá por normas jurídico-administrativas pero, lógicamente, las consecuencias jurídicas de los acuerdos entre dos o más voluntades las regularán normas privadas. Igualmente, la competencia jurisdiccional puede y debería establecerse de la misma manera: el orden contencioso-administrativo debe juzgar las manifestaciones del poder administrativo sobre el contrato, y el orden civil debe conocer los litigios nacidos de la interpretación, cumplimiento y extinción de los contratos.

El 2 de octubre de 1999, el «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado» publica un proyecto de Ley para modificar la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que ya ha sido modificada por leyes de Medidas de Disciplina Presupuestaria, Fiscales, Administrativas y de Orden Social y

con otros títulos. Se está convirtiendo en práctica frecuente la de cambiar a los pocos años de su vigencia leyes muy importantes reguladoras de las Administraciones Públicas. Esto puede deberse a que se elaboran con poco cuidado o a que el Gobierno, apoyado por un partido político distinto del que gobernaba cuando se aprobó la Ley, estima pertinente variar los criterios legislativos. También es posible que concurren las dos causas expuestas. Sin embargo, resulta difícil entender que la resolución de los contratos, la capacidad de los contratistas, las garantías de los contratos, etc., dependen de las ideologías. Quizá se pone poco cuidado en la elaboración de las leyes.