

El contrato administrativo es un acto de gestión pública que se celebra entre la Administración Pública y un particular para satisfacer una necesidad de interés general. Se caracteriza por su finalidad pública, su sujeción a normas especiales y su sometimiento a un control administrativo.

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

El contrato administrativo es un acto de gestión pública que se celebra entre la Administración Pública y un particular para satisfacer una necesidad de interés general. Se caracteriza por su finalidad pública, su sujeción a normas especiales y su sometimiento a un control administrativo.

LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO (*)

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA
Catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid

(*) Publicado en la "Revista de Administración Pública", Nº 41. 1963. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Se reproduce aquí este artículo ya que se trata de un escrito clásico en el campo de la contratación administrativa, que difícilmente se puede consultar en nuestro país. (N. del D.)

SUMARIO:

I. *El carácter polémico de la figura del contrato administrativo.* — II. *La formación histórica de la institución: la doctrina de los actos de autoridad-actos de gestión y la excepción pragmática de la atribución al fuero contencioso-administrativo; la partición de la materia contractual de la Administración.* — III. *La substantivación jurídico-material de la figura: la doctrina del servicio público.* — IV. I. *La tipificación de los actos de poder público con elementos contractuales (Laferrière). Las doctrinas alemana, suiza e italiana.* - 2. *La jurisprudencia española y el intento de aplicación de la doctrina del acto de autoridad a los contratos administrativos.* — V. 1. *La aplicación de la doctrina del servicio público a la institución contractual: el dogma de la cláusula exorbitante y su pervivencia al hundimiento de la escuela del servicio público.* - 2. *La recepción en España de la doctrina substantivadora.* — VI. 1. *La insatisfacción de la teoría del contrato administrativo y su correlación rigurosa con las teorías del Derecho administrativo.* - 2. *El prurito de la "autonomía" y de la singularidad radical de instituciones. La modulación de las instituciones generales por la exigencia de desenvolvimiento subjetivo de la Administración como contenido propio del Derecho administrativo.* - 3. *La modulación de la institución contractual es común a todos los contratos de la Administración, y también, en una u otra extensión, a todos los sistemas positivos.* - 4. *La especificación entre los contratos de la Administración de unos contratos administrativos stricto sensu es una medida empírica determinada por un criterio estimativo de intensidad de la modulación; su encuadramiento en el Derecho administrativo y en el Derecho civil.* — VII. *El sentido de la modulación administrativa de la institución contractual: peculiaridades funcionales de la Administración como organización y "giro o tráfico" administrativo; "obras y servicios públicos" como "giro o tráfico" de la Administración y su sentido preciso.* — VIII. *La modulación determinada por el "giro o tráfico" propio de la Administración.* — I. *La tipicidad de fórmulas contractuales por su reiteración en masa; los Pliegos de condiciones; la inexistencia de contratos administrativos en los tipos contractuales cerrados de derecho necesario.* - 2. *Las derogaciones de las normas contractuales comunes en sentido favora-*

ble al contratista privado y su justificación en la ventaja de la rebaja de las cifras de oferta. - 3. La especificidad de la noción de "orden público" como límite de la licitud de los pactos dispositivos. - 4. Las famosas prerrogativas del poder público o cláusulas exorbitantes: a) El privilegio de la decisión ejecutoria: alcance, carácter extracontractual, justificación, limitación al plano del ejercicio de los derechos e intangibilidad de las reglas de fondo (salvo plazos prescriptorios). b) El *ius variandi* o *factum principis*: la justificación parcial civilista; su explicación como incidencia en el plano del contrato de potestades extracontractuales: la expropiatoria y la normativa; su relevancia idéntica en la contratación *interprivatos*. c) Las pretendidas exorbitancias respecto de terceros y su justificación *ex lege* y no *ex contractu*. IX. El mantenimiento del esquema contractual, sin perjuicio de la "unidad de sentido" *iusadministrativa*; las reglas de fondo como reglas civiles.

— o —

I. El carácter polémico de la figura del contrato administrativo.

El concepto de "contrato administrativo" es aún un concepto polémico. Y lo es en el más amplio grado, tanto porque se presenta todavía como una peculiaridad de ciertos sistemas positivos frente a otros que rechazan decididamente la figura, como porque incluso en aquellos sistemas jurídicos en que la institución parecía haber ganado definitiva carta de naturaleza se ha visto recientemente que están prácticamente sin resolver muchos de sus fundamentales problemas, situación que alcanza incluso a poner en cuestión la substantividad misma de la figura, con la posibilidad de reducirla de nuevo a un conjunto de particularidades de régimen respecto de los simples contratos civiles.

Esta sustancia polémica del contrato administrativo obedece por de pronto, al hecho de que toda su intención institucional está montada sobre una aparente contradicción, la que resulta de pretender insertar en el Derecho público la figura par excellence del Derecho privado, el contrato, figura en la cual parece que habrían de desaparecer necesariamente las notas que tradicionalmente vienen marcando al Derecho público, la desigualdad de las partes, la autoridad de la Administración, esencialmente concebida como una *potentior persona*, el poder de mando, la prerrogativa. Refiriéndose a la expresión misma "contrato administrativo", un viejo autor francés notó ya que *pareil adjectif ne saurait accompagner un pareil substantif*,⁽¹⁾ lo que ha reiterado un autor moderno en otros términos al hablar de que hay verdaderamente una *contradictio in adjecto* en la designación contrato de derecho administrativo,⁽²⁾ ya que el contrato "crece sólo sobre

(1) Citado por Otto Mayer, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtliche Vertrag*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3 pág. 25.

(2) Giacometti, *Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts und Verwaltungsrechtswissenschaften*, Bern, 1924, pág. 17.

el suelo de la igualdad".⁽³⁾ en tanto que la Administración siempre manda unilateralmente.⁽⁴⁾

II. La formación histórica de la institución: la doctrina de los actos de autoridad-actos de gestión y la excepción pragmática de la atribución al fuero contencioso-administrativo; la partición de la materia contractual de la Administración.

Este equívoco lo arrastra el contrato administrativo desde su misma formación histórica institucional. La cuestión arranca de la fundamental distinción actos de autoridad-actos de gestión, que es la primera sistematización del Derecho administrativo a comienzos del siglo XIX, de la que se deduce que así como hay un tipo de actos (actos de autoridad) en que la Administración obra como titular de poder público y, por tanto, como verdadero sujeto de derecho público, sometido por ende a la jurisdicción contencioso-administrativa, así también, y sin embargo, la Administración cumple ordinariamente actos de gestión, con los cuales funciona despojada de su *imperium*, al mismo nivel de los sujetos privados y en igualdad con ellos, quedando en tal supuesto sometida al Derecho y a la jurisdicción ordinarios. Pues bien, el tipo mismo de estos actos de gestión sería justamente el contrato, fuese cual fuese su materia, sin embargo de lo cual y como una simple excepción pragmática determinada por la Ley, por simples razones prácticas de utilidad y no de naturaleza, algunos de estos contratos que la Administración cumple con los súbditos se van a atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa con apartamiento de la ordinaria. En Francia, de donde procede todo este mecanismo, esto data ya de leyes del propio período revolucionario y napoleónico.⁽⁵⁾ En España, esta misma solución procede de las primeras regulaciones de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley de 2 de abril de 1845, sobre los Consejos Provinciales), artículo 8º y su Reglamento de 11 de octubre de 1845; Reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1846, artículo 1º: "demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates y contratos celebrados por el Gobierno o por las Direcciones generales de los diferentes ramos de la Administración civil", no obstante lo cual tanto la *mens legislatoris* como la doctrina, sin la menor excepción, aceptan que la naturaleza de estos contratos, cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, es pu-

(3) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2ª ed., München und Berlin, 1917, pág. 262.

(4) O. Mayer, *Zur Lehre*, cit., págs. 3 y sigs.

(5) Vid., en general, Parada Vázquez, *La lucha de las jurisdicciones por la competencia sobre los contratos de la Administración. Sus orígenes en el Derecho francés*, en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, I, Madrid, 1961, págs. 165 y sigs., y allí bibliografía.

ramente de Derecho civil, cuyas normas materiales serían únicamente las de aplicación. (6)

Hay que notar que este planteamiento es precisamente el que ha estado presente en nuestro Derecho hasta 1956. En efecto, la anterior Ley de lo Contencioso-administrativo (que databa de 1888, pero remozada en los dos textos refundidos de 1894 y 1952) justificaba la competencia de esta jurisdicción sobre los contratos administrativos en estos términos: "Continuarán, sin embargo, atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos..." El adversativo "sin embargo" se refiere sin duda al artículo anterior 4º, número 4º, que exceptúa de la jurisdicción "las cuestiones de índole civil" que se caracterizan como "aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica", precisión esta que remite justamente a la formulación misma de actos de autoridad-actos de gestión, correspondiente a la actuación de la Administración "como poder" o como "persona jurídica" —se sobreentiende persona jurídica privada pues aún se desconoce la doctrina de la personalidad jurídico-pública—. De este modo, pues, para el legislador los contratos administrativos suscitaban simples "cuestiones de derecho civil" que "sin embargo" se atribuían por puras razones prácticas al fuero administrativo.

Como se habrá notado, los contratos que se atribuían originariamente a la jurisdicción contencioso-administrativa se determinaban en nuestro Derecho por una simple razón subjetiva: "contratos celebrados por el Gobierno o por las Direcciones generales de los diferentes ramos de la Administración civil", según el precepto del Reglamento del Consejo Real, fuese, pues, cual fuese su objeto; no había por ello distinción contratos administrativos-contratos privados de la Administración, no ya en cuanto a su régimen, que esto, como hemos visto, era inconcebible, sino también en cuanto a la distinción de atribución iurisdiccional: todos los contratos celebrados por la Administración eran de competencia de los Tribunales contencioso-administrativos. El acantonamiento de los contratos propios de esta competencia en una especie sólo de los contratos celebrados por la Administración, aquellos cuyo objeto fuese "obras y servicios públicos" se inicia tardíamente con el intento de dar una substantividad a esta expresión, que, con precedentes en el artículo 8º de la Ley de 2 de abril de 1845, sobre los Consejos Provinciales, va a formular sobre todo el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, que es el que

(6) Silvela, *Colección de proyectos, dictámenes y leyes orgánicas o Estudios prácticos de Administración*, Madrid, 1839, págs. 218-219; Peláez del Pozo, *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas*, Madrid, 1866, págs. 12-13; Colmeiro, *Derecho administrativo español*, 3ª ed., II, Madrid, 1865, págs. 95 y sigs., etc. Y mi artículo *La configuración del recurso de lesividad*, en *Revista de Administración Pública*, Nº 15, págs. 112 y siguientes. Últimamente, Parada Vázquez, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963.

inicia en nuestro Derecho un régimen especial para la formalización contractual. Parece claro que la expresión no tiene originariamente una intención limitativa, sino que es una simple manera de referir que el contrato se realice "por cuenta de la Administración", como señalaba el artículo 1º del propio Real Decreto. Sin embargo, el carácter paradigmático que hasta muy recientemente ha tenido en nuestro Derecho el Derecho administrativo francés, por una parte, teniendo en cuenta que en este Derecho existía una partición de la materia contractual administrativa entre las dos jurisdicciones; y, en segundo lugar, el criterio de interpretar restrictivamente lo que se proclamaba como una excepción o sustracción de la competencia natural de los Tribunales ordinarios, y más en una época en que la jurisdicción contencioso-administrativa era sumamente imperfecta (sistema de la "justicia retenida", que implicaba que los fallos procedían de la Administración activa, Consejo de Ministros y Gobernadores civiles, siendo los llamados órganos jurisdiccionales meros órganos consultivos cuyas opiniones no eran vinculantes), va a justificar el que también entre nosotros se seleccionen unos contratos de la Administración como propios de los Tribunales contencioso-administrativos de otros que van a permanecer bajo la jurisdicción de los Tribunales ordinarios. Es así como se forja la figura de los contratos administrativos, cuya singularidad es vista en todo caso exclusivamente como una singularidad de régimen jurisdiccional. (7)

III. La substanciación jurídico material de la figura: la doctrina del servicio público.

Es a partir de esa base empírica y en fechas ya absolutamente recientes como va a producirse el intento de substantivación jurídico-material de la figura. En Francia puede decirse que ello es un resultado de la sustitución del criterio estructural actos de autoridad-actos de gestión como criterio central de delimitación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa por el criterio sustancial del servicio público, sustitución que tiene lugar ya entrado este siglo (contra la afirmación, en otro tiempo ordinaria, de que procedía del famoso *arrêt Blanco* de 1873), concretamente con el *arrêt Terrier* de 1903, que es el que por vez primera formula el principio básico de que "todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos *soit que l'Administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procédât par voie d'autorité* constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa", de donde se deduce una doctrina de los contratos administrativos *par nature*, doctrina que no se perfecciona, no obstante, hasta los *arrêts Thérout* (1910), *Compagnie*

(7) Sobre ello, el citado libro de Parada Vázquez, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, págs. 93 y sigs., de quien tomo en general los datos del texto.

d'Assurance Le Soleil (1910) y Société de Granits porphyroides des Vosges (1912), y hasta que la famosa escuela realista o de Burdeos (Duguit y Jèze, sus cabezas visibles) pone a punto su teoría del servicio público, que es la que inspira en realidad todo este movimiento jurisprudencial. Todavía para el gran libro de Laferrière, (8) "lorsque l'administration agit pour la gestion des services publics, c'est encore l'autorité judiciaire (ordinaire) que est compétente en principe", pues "los contratos y otras convenciones adoptadas en vista de los servicios públicos son casi todos simples actos de gestión y no actos de poder público". (9) El salto dogmático es, pues, decisivo y tiene lugar, como se ve, en tiempos completamente próximos.

IV. 1. La tipificación de los actos de poder público con elementos contractuales (LAFERRIERE). Las doctrinas alemana, suiza e italiana.

Sin embargo, ya el propio Laferrière (10) hace otra observación dogmáticamente muy significativa: la de la existencia de determinados contratos que "no son actos de gestión, sino verdaderos actos de poder público, a los cuales se añade un elemento contractual". Como tales él incluye los siguientes: las concesiones administrativas (de dominio público o de servicios), las afectaciones de dominio hechas por el Estado en beneficio de un Departamento, Municipio o establecimiento público personificado, los enganches militares de voluntarios en el Ejército y los empleos públicos. Son casi estos mismos ejemplos, precisamente, los que la doctrina alemana calificó primeramente de "actos administrativos de sumisión", (11) explicados como actos administrativos unilaterales que requieren para su eficacia la previa conformidad del destinatario, y también son estos mismos casos a los que tiende todavía a limitarse, en general, por parte de la doctrinas alemana, suiza e italiana actuales la aplicación de la cuestionada figura del contrato de Derecho Administrativo. (12)

(8) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2ª ed., I, París, 1896, pág. 587-8.

(9) *Op. cit.*, pág. 595.

(10) *Op. cit.*, págs. 604 y sigs.

(11) *Verwaltungsakten auf Unterwerfung*: Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., pág. 262.

(12) Zwahlen, *Le contrat de Droit administratif*, separata del *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 77, 1958, págs. 161 b y sigs.; Imboden, *Der verwaltungrechtliche Vertrag*, Basel, 1958; agregan a esa lista inicial: empréstitos, adhesión a la expropiación o acuerdo amigable en cuanto al justiprecio, conciertos fiscales, naturalización de extranjeros —aunque este caso sea discutido—, utilización de los servicios públicos, delegación de funciones públicas a particulares y entidades colaboradoras, subvenciones, convenios policiales, consorcios de entes públicos, depósitos obligatorios; para la doctrina alemana actual, Salzwedel, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*,

IV. 2. La jurisprudencia española y el intento de aplicación de la doctrina del acto de autoridad a los contratos administrativos.

En nuestra jurisprudencia, sin embargo, esa nota de la presencia del poder público en los contratos no va a ser limitada a esos casos calificados y excepcionales, sino que va a intentar predicarse de todos los contratos sobre "obras y servicios públicos" cumplidos entre la Administración y los particulares, en virtud de una curiosísima inversión de la teoría de los actos de autoridad-actos de gestión. Ya hemos visto que, según esta doctrina, los contratos constituían —y el propio Laferrière en el texto citado en el apartado anterior lo afirma expresamente— el tipo mismo de los actos de gestión, y que por eso para atribuir su conocimiento a los Tribunales contencioso-administrativos era precisa una determinación legal excepcional. La doctrina del siglo XIX tiene plena conciencia, por ello, de que los contratos administrativos son contratos de Derecho privado, cuyo conocimiento se ha atribuido por razones simplemente prácticas a la jurisdicción administrativa; ya hemos ofrecido referencias en ese sentido. Sin embargo, la continuidad de esa atribución jurisdiccional va a hacer olvidar sus orígenes excepcionales y el Tribunal Supremo va a intentar justificarla como una consecuencia de una pretendida naturaleza de tales contratos como verdaderos actos de autoridad, en los que la Administración contrataría "como poder público" y no "como persona jurídica (privada)"; este último supuesto sería precisamente entonces el de los contratos de Derecho privado de la Administración, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales ordinarios (Sentencias de las Salas de lo Contencioso de 14 de julio de 1903, 30 de octubre de 1909, 1 de febrero de 1915, 9 de diciembre de 1921, 26 de mayo de 1923, 3 de febrero de 1930, 7 de enero de 1931, 3 de julio de 1950, etc.)

Pero es sobre todo la Sala 1ª la que ha patrocinado más decididamente este criterio. Repasemos algunas formulaciones.

Sentencia de 25 de octubre de 1951:

"El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-administrativo de 19 de diciembre de 1921 y de 3 de julio de 1941 ha fijado como elementos de distinción entre los contratos civiles y los administrativos el carácter con que interviene en ellos la Administración, pues en estos últimos lo hace a modo de poder, imponiendo como tal condiciones que dejan a salvo sus peculiares prerrogativas, o, como dice el auto recurrido, más bien que contratar puede decirse que manda, viendo en el particular un subordinado".

Berlín, 1958; S. Martín-Retortillo, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, págs. 105 y sigs.; Bullinger, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart, 1962. Por la doctrina italiana, Gallo, *I rapporti contrattuali nel Diritto amministrativo*, Padova, 1936; Sandulli, *Manuale di Diritto amministrativo*, Napoli, 1952, págs. 199 y sigs.

* Sentencia de 2 de febrero de 1942:

"En principio, la materia de contratación forma parte del contenido propio del Derecho privado... (correspondiendo) a los Tribunales de lo Contencioso-administrativo en aquellos casos en que la Administración como parte actúa en el ejercicio del *ius imperii*, y por especial prerrogativa marca la norma a seguir".

Sentencia de 10 de noviembre de 1942: califica de civil un contrato concertado por la Administración

"excluyendo toda idea de mando o poder, contratando con los comisionados en un plazo de igualdad".

Sentencia de 28 de diciembre de 1942: Son administrativos los contratos

"cuando la Administración actúa en el ejercicio del *ius imperii*, a diferencia de otros supuestos en los que al contratar se sitúa en el mismo plano que cualquier sujeto de relaciones jurídicas encuadradas en el ámbito propio del Derecho privado". Etc.

D.O.
Este criterio podría haber servido para haber colocado a nuestro Derecho en la línea de los Derechos alemán, suizo e italiano, remitiendo todo el grueso de la contratación de la Administración con los particulares al Derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, pero no ha sido así. Nuestro Derecho, no obstante ese curioso intento de explicación dogmática contradictoria, ha seguido fiel a sus orígenes, importados del Derecho francés, según los cuales los contratos administrativos (se entiende, los sometidos a los Tribunales contencioso-administrativos) son precisamente actos de gestión, y no de imperio, con los particulares, como hemos visto, actos de colaboración y no de sumisión o subordinación de éstos. Por el contrario, con la única excepción de la concesión, cuya naturaleza ha permanecido por eso sumida entre nosotros en una notoria imprecisión (doctrina del acto mixto, contractual y reglamentario, procedente de la doctrina francesa y hoy recogida por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, artículo 126; naturaleza unilateral del acto y contractual de la relación establecida, etc.),⁽¹³⁾ la totalidad puede decirse, de esos supuestos especiales en que, en efecto, la Administración se presenta supraordenadamente a los particulares o a otras Administraciones, o, en fin, coordinadas con éstas, no son calificados, en general, ni en nuestra jurisprudencia ni en nuestra doctrina, de verdaderos contratos administrativos,⁽¹⁴⁾ calificación

(13) Cfr. Villar Palasi, *Concesiones administrativas*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", tomo IV, págs. 684 y sigs., y en especial 702 y sigs. En todo caso, en el orden técnico, la concesión funciona como un acto unilateral (baste aludir a su impugnación contenciosa).

(14) Una excepción parcial, quizá por seguir muy de cerca la citada obra del suizo Zwahlen, Garrido Falla, *Tratado de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1960, páginas 25 y sigs.

esta que se mantiene fundamentalmente para los contratos de colaboración con los particulares, cuyos ejemplos máximos son el contrato de obras públicas y el de suministros (que es, normalmente, en Derecho administrativo, la compra de muebles y no sólo lo que en Derecho civil se designa con este nombre), o, para tomar la frase de un autor belga, contratos en los que la Administración se presenta más como cliente de los empresarios privados,⁽¹⁵⁾ que como un poder sobre los mismos.

Más bien, por ello, en esta jurisprudencia ha de verse un intento embrionario y no del todo logrado, por una parte, de explicar la técnica de las "reglas o cláusulas exorbitantes", por otra, de aludir al criterio del tráfico administrativo en la caracterización del contrato de este nombre, cuestiones las dos que examinaremos seguidamente. ✓

V. 1. La aplicación de la doctrina del servicio público a la institución contractual: el dogma de la cláusula exorbitante y su pervivencia al hundimiento de la escuela del servicio público.

Como ya notamos, la primera caracterización que se encuentra en el Derecho francés de un contrato administrativo *par nature* está ligada a la famosa doctrina del servicio público. Según esta tesis, el Derecho administrativo era un derecho especial, distinto, exorbitante del Derecho común, porque, y en la medida en que, era un derecho propio de los servicios públicos. El desarrollo de los servicios públicos postulaba un régimen jurídico especial, que era precisamente el Derecho administrativo. La aplicación de esta construcción al tema de los contratos administrativos implica, por vez primera, que la solución, que hasta entonces se había valorado en términos puramente empíricos, de unos contratos cuyo conocimiento jurisdiccional se ha atribuido a los Tribunales contencioso-administrativos, será vista como el correlato obligado de un principio de fondo: esos contratos, en la medida en que están vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos, no son verdaderos contratos de Derecho civil, sino figuras institucionales pertenecientes al Derecho administrativo. Este fundamental "salto dialéctico" es casi la obra personal del administrativista más relevante de esta Escuela del servicio público, Gastón Jèze:⁽¹⁶⁾ recientemente lo recordaba Vedel, al afirmar de este autor que es "el padre de la teoría de los contratos administrativos, que él ha sacado casi de la nada".⁽¹⁷⁾

(15) Seeldrayers, prólogo a la obra de Flamme, *Les marchés de l'Administration*, Bruxelles, 1955, pág. VII. Cfr. S. Martín-Retortillo, *El Derecho civil*, págs. 124-5.

(16) Jèze, *Les contrats administratifs*, 3 vols., París, 1927-1934, y *Théorie générale des contrats de l'Administration*, tomos IV, V y VI de los *Principes généraux du Droit administratif* — hay edición española de esta última obra, Buenos Aires, Depalma, 1948.

(17) Vedel, *Droit administratif*, II, París, 1959, pág. 589.

La justificación analítica de esa substantividad del contrato administrativo por referencia al contrato civil va a hacerse mediante la localización en el primero de las llamadas "cláusulas exorbitantes del Derecho común", cláusulas que no cabrían en los moldes de los contratos civiles y que imponen por ello una figura institucional distinta. Embarcada en esta dirección, la teoría francesa del contrato administrativo va a resistir el espectacular y definitivo hundimiento de la doctrina del servicio público que le sirvió de base, hundimiento que tiene lugar en esta segunda postguerra por la observación elemental de que cabe perfectamente la gestión privada de servicios públicos (como iba a poner de relieve la experiencia nacionalizadora y de empresas públicas) y también la aplicación de un régimen público a actividades que no son servicios públicos, con lo que se rompe irremediablemente la pretendida equivalencia servicios públicos-Derecho administrativo.⁽¹⁸⁾ A partir de este momento los autores más destacados van a singularizar a los contratos administrativos —sobre la base de la jurisprudencia del Consejo de Estado— según esta doctrina objetivada de la cláusula exorbitante, aunque aún seguirá jugando la referencia al servicio público algún papel —como pondrá de relieve sobre todo el *arrêt Bertin* (1956)—, aunque más bien ya secundario.⁽¹⁹⁾ La misma tesis, por influjo francés, en Bélgica.⁽²⁰⁾ Más adelante hemos de volver sobre la significación de esta doctrina de la cláusula exorbitante.

V. 2 La recepción en España de la doctrina substantivadora.

En España, el desarrollo francés de la doctrina del servicio público vino a dar un inesperado apoyo a la propia expresión legal que se refería a los contratos de la Administración, cuya competencia se atribuía a los Tribunales contencioso-administrativos (art. 5º de la Ley de lo Contencioso de 1888, y de sus textos refundidos de 1894 y 1952) como a aquellos referentes a "obras y servicios públicos". Surgen así las primeras teorizaciones de nuestros contratos administrativos como contratos no civiles en virtud de la misma doctrina del servicio público⁽²¹⁾, en tanto que hasta entonces había do-

(18) Vid. García de Enterría, *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, en *Revista de Administración Pública*, N° 17, en especial págs. 124-125; Corail, *La crise de la notion juridique de service public*, París, 1954.

(19) Vid., por todos, Pequignot, *Théorie générale du Contrat administratif*, París, 1945, págs. 129 y sigs., y *Les contrats de l'Administration*, en *Jurisclasseur administratif*, Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, 1954, págs. 123 y sigs., Vedel, *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, en *Etudes en l'honneur d'A. Mestre*, París, 1956, págs. 527 y sigs.; De Laubadère, *Traité des contrats administratifs*, I, París, 1956, págs. 77 y sigs.

(20) Flamme, *Les marchés*, cit., págs. 19 y sigs.

(21) Fernández de Velasco, *Los contratos administrativos*, 2ª ed., Madrid, 1945 —1ª ed., 1927—, págs. 42 y sigs.

minado pacíficamente el criterio de su naturaleza civil.⁽²²⁾ La jurisprudencia sigue esa vía y concluye por recoger la doctrina de la cláusula exorbitante, aunque en esta última tesis no insista demasiadas veces. Sentencia de 20 de abril de 1936: es característica de los contratos administrativos la presencia de

"cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común que asumen la consideración de una competencia administrativa retenida, tales como las consignadas en las estipulaciones con referencia a un pliego de cláusulas y condiciones generales elaborado por la Administración para las necesidades y atenciones de los servicios públicos, las cuales, por no hallar equivalente en Derecho civil, donde juegan los elementos personales en plano de igualdad, sólo pertenecen al dominio de los poderes estatales que las imponen a virtud de imperio".⁽²³⁾

VI. 1 La insatisfacción de la teoría del contrato administrativo y su correlación rigurosa con las teorías del Derecho administrativo.

Sin embargo, la teoría del contrato administrativo sigue siendo notoriamente insatisfactoria. Un autor francés decía no hace mucho que este tema es "uno de los capítulos más desesperantes del Derecho público".⁽²⁴⁾

¿No estaremos en presencia de un residuo suelto de la doctrina del servicio público, doctrina que ha demostrado su convencionalismo, su rigidez y por ende su insuficiencia, para explicar el régimen jurídico de la Administración?

No parece propio de este estudio intentar apurar hasta tal punto sus supuestos teóricos que tengamos que ofrecer toda una doctrina acabada de la teoría del contrato. Pero ocurre que muchas de las cuestiones concretas planteadas en el régimen particular de los contratos administrativos están en relación directa necesariamente con estas cuestiones de principio, las cuales además han sido también afectadas en forma importante por la nueva redacción del artículo 3º,

(22) Delgado y Arriaga, *Contratos administrativos*, Madrid, 1889, página XII; A. González, *La materia contencioso-administrativa*, Madrid, 1903, pág. 370; J. M. Caballero Montes, *Lo contencioso-administrativo*, I, Zaragoza, 1902, pág. 144; Abella, *Contratos provinciales y municipales*, 4ª ed., Madrid, 1913, pág. 16; Royo-Villanova, *Elementos de Derecho administrativo*, Valladolid, 1926, pág. 588; Pi y Suñer, *Lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1928, pág. 155; Gascón y Marín, *Tratado de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1933, pág. 253.

(23) Una aceptación de principio de la misma tesis en un viejo trabajo del autor de este estudio: García de Enterría, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en *Revista de Administración Pública*, N° 10, págs. 268-9 y 273 (posición rectificadora en un trabajo inédito que cita ya Entrena Cuesta, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, en *Revista de Administración Pública*, N° 24, págs. 63-64).

(24) Liet Veaux, en *Revue Administrative*, 1956, pág. 498.

apartado a), de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, que ha situado en un punto crítico a toda la doctrina recibida, y que plantea inmediatos problemas aplicativos —como la jurisprudencia ha comenzado a ver—.

La gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho administrativo, y en especial las tres cuestiones centrales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho privado. Por eso, puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del Derecho administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del Derecho administrativo. Hemos podido ver esta rigurosa correspondencia entre uno y otro plano a propósito de la teoría de los actos de autoridad y actos de gestión, como también respecto de la doctrina del servicio público, así como no falta tampoco la explicación entera del Derecho administrativo según la tesis de la cláusula exorbitante, forjada en el terreno contractual, como hemos visto. (25)

VI. 2. El prurito de la "autonomía" y de la singularidad radical de las instituciones. La MODULACION de las instituciones generales por la exigencia de desenvolvimiento subjetivo de la Administración como contenido propio del Derecho administrativo.

La primera observación que hay que hacer, una vez sentado lo anterior, es que las instituciones del Derecho administrativo no necesitan tener una singularidad radical respecto de las que son propias del Derecho civil, contra lo que una ingenua tradición de "autonomía" científica ha venido pretendiendo. Un ejemplo verdaderamente significativo de este aserto se ha dado en la institución de la responsabilidad civil de la Administración, tan próxima al problema que ahora nos ocupa, institución para la que casi cien años de teorías incesantes buscaron, con más o menos agudeza, siempre renovada, un fundamento específico, una razón de ser propia que justificase su presencia en el seno del Derecho público. Desde hace muy poco tiempo ha comenzado a verse la falsedad de ese planteamiento, (26) llegándose a la conclusión obvia "de que la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría razón ninguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la mis-

(25) Así, concretamente, Rivero, *Existe-t-il un critère du Droit administratif?*, *Revue de Droit Public*, 1953, págs. 279 y sigs.

(26) Las obras de Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, París, 1954, y Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, pueden señalarse como hitos en este punto.

ma institución a las personas privadas", porque "desde el punto de vista jurídico lo que sería preciso justificar sería la solución contraria, es decir, el principio de una inmunidad de la Administración respecto a la responsabilidad de los daños causados por su actuación". (27) Es claro, en efecto, que "la responsabilidad no es de suyo materia exclusiva de un derecho, sino una doctrina común a todos ellos, y, por tanto, también al Derecho administrativo". (28) Ocurre que, por una tradición histórica, estas doctrinas o principios comunes del Derecho deben ser buscados en el Derecho civil; (29) pero ello no es obstáculo para que su recepción en el Derecho administrativo haga de ellas verdaderas instituciones de éste.

En el Derecho administrativo, como derecho propio de las Administraciones públicas en cuanto sujetos, se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propias de tales sujetos particulares. (30) Esta modulación (31) puede ser más o menos amplia. Así, para utilizar un ejemplo análogo al que ahora estudiamos, en el caso de la responsabilidad civil, "si es cierto que uno de los elementos de la teoría de la responsabilidad, que es, además, el radical, el de la lesión patrimonial, es idéntico e indiscernible en el Derecho administrativo y en el civil, no lo es menos que el segundo elemento, el de la imputación por culpa y la imputación por riesgo (y en menor medida todos los tipos de imputación imaginables) parte de una valoración de la actividad administrativa pública que es evidente que no puede realizarse más que por los criterios propios del Derecho administrativo, así como verificarse por una jurisdicción especializada". (32) El caso del contrato es, sin duda, uno de estos, y entonces el problema no se plantea en términos de singularidad, substantividad o exorbitancia del contrato administrativo respecto del contrato civil, como viene pretendiéndose, sino, mucho menos dramáticamente, más sencillamente, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la

(27) García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956, págs. 167 y 159, y antes en "Anuario de Derecho civil", 1955, págs. 1.119 y siguientes.

(28) *Ibidem*, pág. 227.

(29) S. Martín-Retortillo, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, cit., págs. 17 y sigs., ampliamente y con la observación certera sobre la necesidad de no identificar esas doctrinas jurídicas generales con el modo en que son reguladas en el Derecho civil positivo, debiendo recurrirse a lo que llama, en término germánico, el *Oberbegriff* o supraconcepto de las instituciones, págs. 63 y sigs.

(30) García de Enterría, *Verso un concetto di Diritto amministrativo come diritto statutario*, *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pág. 334.

(31) Fleiner, *Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, Tübingen, 1906; S. Martín-Retortillo, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, cit.

(32) García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, citada, pág. 227.

Administración en la eterna, permanente, abstracta institución contractual.

VI. 3. *La modulación de la institución contractual es común a todos los contratos de la Administración, y también en una u otra extensión, a todos los sistemas positivos.*

Desde este planteamiento, más modesto, es posible por de pronto tipificar una modulación general que la Administración introduce siempre en toda clase de contratos, sean de los llamados administrativos (por su pertenencia a la jurisdicción contencioso-administrativa), sean de los civiles estrictamente tales (por cuanto de sus incidencias conocen los Tribunales ordinarios). Estas dos especies de contratos cumplidos por la Administración se unifican en su régimen, contra lo que pretendía la teoría divisionista estricta, en aspectos que cada vez los juristas valoran más ampliamente. Así, por ejemplo, Lamarque, en un libro reciente importante, ⁽³³⁾ ha notado “el valor relativo de esta distinción”, por cuanto que no sólo “la formación de los contratos de derecho privado (de la Administración) es en todos los puntos semejante a la de los contratos administrativos” (habilitación previa y aprobación del contrato, modos de conclusión —subasta, etc.— y sus aplicaciones, particularismo de la elaboración de las cláusulas contractuales, formación interna de la voluntad administrativa), sino que también son idénticas las reglas sobre capacidad de las partes, vicios del consentimiento, nulidades, ejecución, extinción, responsabilidad contractual, etc., etc., e incluso más, frente a la ingenua doctrina de la “cláusula exorbitante”, resulta que “en la ejecución de sus contratos de Derecho privado la Administración dispone de las mismas prerrogativas fundamentales que en los contratos administrativos: inmunidad respecto a las vías ejecutivas ordinarias, privilegio de la decisión previa, prescripción cuatrienal”, y hasta “cabe que se reserve potestativamente poderes de modificación unilateral de rescisión del contrato”. Con ello resulta que “la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración es ciertamente mucho menos grande que la que existe entre estos últimos y los contratos particulares” o *inter-privatos*. ⁽³⁴⁾

Como veremos, algunos de estos aspectos generales a todos los contratos de la Administración han sido objeto en nuestro Derecho precisamente de una regulación uniforme en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953, y de esa uniformidad parte también el artículo 3º de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956.

La modulación institucional del contrato cuando este instrumento jurídico es utilizado por la Administración no se reduce, pues,

(33) Lamarque, *Recherches sur l'application du Droit privé aux services publics administratifs*, París, 1960, especialmente págs. 502 y sigs.

(34) *Ibidem*, pág. 505.

a los *stricto sensu* llamados contratos administrativos. Esa difícil demostración efectuada sobre los Derechos francés y español (que son entre todos, junto con el belga, los que más puramente admiten la teoría del contrato administrativo) puede luego prolongarse a la totalidad de los sistemas positivos, incluso a aquellos que suelen afirmar la inexistencia de toda teoría administrativa del contrato y la naturaleza estrictamente civil de los que concierne la Administración (con la excepción de los llamados “de Derecho público”, a que nos hemos referido más atrás, apartado IV, 1), sin duda porque en ninguno de ellos se ha atribuido su conocimiento a otros Tribunales que los ordinarios y no se ha visto por ello la necesidad *ex post* de buscar una justificación material a la atribución jurisdiccional especial. Así en Italia, donde no obstante esta afirmación de principio sobre la naturaleza civil de los contratos de la Administración, los administrativistas —precisamente— han de efectuar un estudio del régimen especial que la contratación pública impone, ⁽³⁵⁾ Alemania, ⁽³⁶⁾ e incluso, y esto puede señalarse como mucho más sorprendente, en los países del *common law*, que aún no han concluido, puede decirse, por aceptar la misma especialidad de un *Administrative Law* material. ⁽³⁷⁾ Puede decirse sin mayores precisiones que en todos los países esa modalización de la figura del contrato, cuando en él interviene la Administración, responde a criterios iguales y suele concretarse en consecuencias específicas que no suelen diferir mucho entre sí, no obstante el énfasis que resulta de la dogmáticamente afirmada diferencia de sistemas.

VI. 4 *La especificación entre los contratos de la Administración de unos contratos administrativos stricto sensu es una medida empírica determinada por un criterio estimativo de intensidad de la MODULACION; su encuadramiento en el Derecho administrativo y en el Derecho civil.*

Desde esta perspectiva es fácil concluir que la especificación dentro de los contratos de la Administración de un grupo de

(35) Por ejemplo, C. Cammeo, *J contratti della pubblica Amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, 1954; Vitta, *Diritto amministrativo*, 4ª ed., II, Torino, 1955, págs. 340 y sigs.; Zanobini, *Corso di Diritto amministrativo*, 5ª ed., IV, Milano, 1958, págs. 465 y sigs.; Roerhsen di Cammerata, *J contratti della Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1961; Sepe, *Contratti della Pubblica Amministrazione*, en *Enciclopedia del Diritto*, 1961; Franchini, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica Amministrazione*, en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1962, págs. 35 y sigs.

(36) Bullinger, *Vertrag*, cit., págs. 90 y sigs.; el contrato en la Administración no soberana; Forsthoft, *Der Staat als Auftraggeber*, Stuttgart, 1963.

(37) Mitchell, *The contracts of public Authorities. A comparative study*, London, 1954 —con un amplio capítulo sobre Estados Unidos—; James, *The protection of the public interests in public contracts*, Chicago, 1946, y el citado libro de Bullinger, todos con más bibliografía.

ellos a los que calificar de administrativos *stricto sensu*, es una medida puramente empírica, marcada por el criterio, que personalmente me parece acertado, de que allí cuando esa modulación del contrato alcanza una cierta intensidad es más conveniente que su análisis se atribuya a los Tribunales especializados en Derecho administrativo que a los Tribunales ordinarios, porque su enjuiciamiento necesariamente requiere el conocimiento del régimen de la Administración, y ello especialmente cuando esa intensidad de modulación alcanza a que la Administración introduzca en el funcionamiento del contrato su fundamental y básica prerrogativa de decisión previa, unilateral y ejecutoria, que desplaza la carga de accionar al contratista privado (prerrogativa que, en todo caso, no está del todo necesariamente ausente de los demás contratos concertados por la Administración). Pero decimos que es empírico porque podía perfectamente haberse atribuido la jurisdicción sobre esos contratos a la jurisdicción ordinaria (como ha ocurrido en los países que conocemos, o como pasaba antes en Derecho español para la responsabilidad civil de la Administración, o como sigue pasando también entre nosotros a propósito del dominio público, institución cuyo carácter de Derecho administrativo no es cuestionada) o incluir en la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos a todos los contratos de la Administración y no sólo a un sector de ellos (como ocurrió en los orígenes de nuestro contencioso y propugna hoy Parada, ⁽³⁸⁾ o, en fin, trazarse la línea particional entre una y otra jurisdicción de otra manera que la establecida, y, última razón, porque en todo caso el criterio mismo de participación es, y no puede dejar de ser, como veremos, aproximativo y no riguroso y exacto.

Lo que hay que notar a continuación es que no tiene demasiado sentido pretender inquirir luego en términos absolutos si los contratos administrativos son instituciones de Derecho administrativo o de Derecho civil. El contrato como tal es una institución general a todo el Derecho, aunque sea en el Derecho civil donde, sin duda, ha encontrado una aplicación y regulación más depurada, y por eso sólo es también una institución de Derecho administrativo. En éste sin embargo, no tendría singularidad si fuese pura y simplemente una repetición de la institución civil. No ocurriendo esto en los contratos de la Administración, existiendo en este caso una modulación, como venimos diciendo, de la figura, ocurre que esta modulación, en cuanto que alcanza una cierta "unidad de sentido" y no es una pura particularidad o excepción casuística respecto del régimen general, ha dado lugar, por más, a que exista una teoría iusadministrativa del contrato, por lo mismo que el Derecho administrativo es el derecho propio de las Administraciones públicas en cuanto sujetos. ⁽³⁹⁾ Ahora bien, esto no puede querer significar que el contrato objeto del Derecho administrativo sea algo radicalmente irreductible al cuadro contractual tradicional del Derecho civil, y que, por con-

(38) Parada, *La lucha de las jurisdicciones*, cit., págs. 165 y sigs.

(39) García de Enterría, *Verso*, págs. 331 y sigs. y *passim*.

siguiente, tenga que tratarse de una institución totalmente singular o independiente; más bien lo correcto es afirmar que la misma doctrina general del contrato, que no es tampoco la que resulta de todas las particularidades que sobre el mismo puedan encontrarse en un Código civil positivo, sino algo propio del Derecho sin especificaciones, digo civil positivo, sino algo propio del Derecho sin especificaciones, ⁽⁴⁰⁾ esa doctrina general se especifica o modula (para continuar con este término: *Fleiner* utiliza en su citado y excelente trabajo el término *Umbildung* o transformación) de una manera peculiar en el Derecho administrativo. Si tuviéramos que ofrecer una representación gráfica expresiva de la relación entre las dos figuras, habría de ser, no la de dos islas separadas y cada una suficiente sobre sí misma (imagen que nunca cuadra a la pretendida autonomía de las distintas ramas del Derecho), sino la de dos montañas de una misma cordillera, cuya base es, y no puede dejar de ser, absolutamente común e indiferenciada, teniendo, por otra parte, que reconocer llanamente, como es, por lo demás, tan obvio, y sería simplemente infantil intentar negar, que esa base común es precisamente la ofrecida por la multiseccular y refinada elaboración técnica del Derecho civil. ⁽⁴¹⁾

VII. *El sentido de la MODULACION administrativa de la institución contractual: peculiaridades funcionales de la Administración como organización y "giro o tráfico" administrativo; "obras y servicios públicos" como "giro o tráfico" de la Administración y su sentido preciso.*

Queda, para concluir esta rápida caracterización general, por precisar, siquiera sea someramente, cuál es el sentido y el alcance de esa modulación que la presencia de la Administración impone en sus contratos. Tal modulación es el resultado de una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización colectiva característica y su "giro o tráfico" peculiar y propio.

Lo primero explica casi todas las reglas peculiares de formación del contrato, reglas que por ende son extensivas a la totalidad de los contratos en que la Administración interviene y no sólo a los estrictamente llamados administrativos (reglas de competencia, de procedimiento, de habilitación previa —por ejemplo, para transigir, para enajenar—, de formación interna de la voluntad administrativa, de existencia de créditos en los Presupuestos generales, de fiscalización de

(40) De nuevo remitimos al excelente estudio de S. Martín-Retortillo, *El Derecho civil*, cuya segunda parte hace precisamente una aplicación al tema del contrato, aunque limitado sólo a un aspecto concreto del mismo, la igualdad entre las partes, y no a su unidad.

(41) *Fleiner* utiliza, por cierto, reiteradamente la expresión *über den Boden des Privatrechtes*, esto es, literalmente, sobre el suelo del Derecho privado; págs. 10, 11, 13, etc.

la operación financiera, de elección del contratista privado —subasta, concurso, etc.—, de formalización del contrato, incluso muchas de las tradicionalmente tenidas por exorbitantes, como vimos más atrás que observaba *Lamarque*, cuyas conclusiones son en general también extensibles a nuestro Derecho). Lo segundo, el que determinadas exigencias derivadas del “giro o tráfico” propio y peculiar de la Administración determinen una modulación específica de los contratos en que ésta interviene, es justamente lo propio de los llamados *stricto sensu* contratos administrativos, y se manifiesta sobre todo en las reglas de ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos. Aquí está especialmente el campo de las llamadas en Francia “cláusulas exorbitantes”. Conviene separar el estudio de este supuesto.

Lo primero que hay que determinar es qué es lo que entendemos por “giro o tráfico” propio de la Administración. Adoptamos convencionalmente una expresiva fórmula procedente del Derecho mercantil para significar el ámbito de actuación que la Administración tiene como propio de sus funciones peculiares, ámbito al que se refiere sin duda la expresión usual en nuestro Derecho desde 1852 para designar la esfera de contratación correspondiente, la expresión de “obras y servicios públicos”.⁽⁴²⁾ Este concepto, y sobre todo el de “servicios públicos”, no se refiere a algo concreto materialmente precisable, y mucho menos a una idea técnica de “servicio público” entendido en el sentido de prestación administrativa o en cualquier otro de los intentados, más bien infructuosamente, por la famosa doctrina francesa del servicio público (por ejemplo, el Tribunal Supremo ha calificado, a estos efectos de calificación contractual, de servicios públicos el alquiler de vehículos privados por la Corporación municipal —auto de 11 de febrero de 1942—, el almacenaje de material del Estado en ferrocarriles privados —Sentencia de 16 de abril de 1926—, la adquisición de alimentos para una casa de beneficencia —auto de 13 de octubre de 1903, Sentencia de 6 de junio de 1917—, etc.) Lo que pretende decir por “servicio público” tanto la Ley como la jurisprudencia que la ha aplicado, es la actuación propia de la Administración, singularizable en la misma como organización y sujeto singular, el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades características, o mejor quizás, negativamente, todo lo que hace cuando no se pone en el papel funcional de un simple particular, prácticamente todo lo que hace que no sea la gestión de su dominio privado o patrimonial, o la gestión mercantil.

Aquí recuperamos el sentido exacto, a mi juicio, de aquella jurisprudencia que citamos más atrás en el apartado IV, 2, que, invirtiendo el planteamiento inicial de la doctrina de los actos de autoridad y los actos de gestión, pretendía singularizar los contratos administrativos como aquellos en que la Administración obra “como poder”.

Para la jurisprudencia, esto no alude ni a la doctrina de la prerrogativa o de la cláusula exorbitante, ni mucho menos a la pre-

(42) Así ya en *Verso un concetto di Diritto amministrativo*, cit., pág. 337.

sencia singular de una competencia imperativa de sumisión bajo la cual se fija el nivel concreto de ésta por el particular contratante —que es a lo que se llama en Alemania, Suiza e Italia, contrato de Derecho administrativo, como sabemos—, sino, con toda claridad, al hecho simple de que la Administración obre en cuanto tal, en cuanto ente público, y no al modo de los sujetos privados (término éste que es precisamente el alternativo: como poder, o como persona jurídica privada), fijándose para ello en la función específica realizada y no en la posición estructural que adopta. Ello es inequívoco, por ejemplo, en declaraciones como ésta de la Sala 1ª en su Sentencia de 2 de enero de 1922:

“Según lo dispuesto en la Ley reformadora sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, el conocimiento de lo referente a los asuntos públicos concertados con los Ayuntamientos, no como personas jurídicas, sino como *entidades administrativas*, corresponde a los Tribunales contenciosos... La reclamación de haberes devengados por el actor ...es materia de carácter administrativo y su discusión ajena a derechos o deberes de orden civil”.

Es explícito el criterio, como se ve, que contrapone casi literalmente un tráfico civil y otro administrativo. Otra Sentencia, la de 20 de diciembre de 1928, subraya el criterio:

“Que los Ayuntamientos ...pueden realizar actos ya como personas jurídicas, a tenor de los artículos 35 y 37 del Código civil, o ya como *entidades administrativas* para representar y administrar los derechos comunales del pueblo, y en el primer concepto están sometidas cuando contratan a todas las condiciones que regulan la materia conforme al Derecho civil”.

En la Sentencia de 20 de febrero de 1936 se precisa que en los contratos celebrados por la Administración “como persona jurídica” (este tecnicismo, hoy totalmente superado, remite siempre al módulo de la persona jurídica privada)

“La Administración no administra, propiamente hablando; por el contrario, los segundos (contratos que tienen por objeto la realización de una obra o servicio público) tienden a satisfacer necesidades públicas que sólo la Administración está llamada a remediar ... afecta a la cuestión directamente pública”. Etc., etc.

En general hay que decir que las exigencias especiales de este “giro o tráfico” administrativo, justamente por el sentido dinámico de este concepto, se manifiesta normalmente sólo en los contratos de tracto sucesivo o cumplimiento prolongado. En general, los contratos de tracto instantáneo (ventas, transacciones, permutas) no presentan nunca por eso carácter administrativo, según ha precisado la jurisprudencia analíticamente (la venta de muebles, llamada suministro en la práctica administrativa, sólo en cuanto requiera plazos de entrega para cumplir condiciones especiales).

VIII. *La MODULACION determinada por el "giro o tráfico" propio de la Administración.*

Pues bien, en estos supuestos de referirse el contrato al "giro o tráfico" propio de la Administración, la modulación contractual que se produce es de distinto alcance. Precisaremos, sin intención agotadora, los criterios ordinarios de esta modulación:

VIII. 1. *La tipicidad de fórmulas contractuales por su reiteración en masa; los pliegos de condiciones; la inexistencia de contratos administrativos en los tipos contractuales cerrados de derecho necesario.*

La primera no tiene la menor referencia al tema de la exorbitancia contractual civil: es, simplemente, el hecho de la tipicidad de una serie de contratos por su reiteración en masa en el tráfico administrativo, tipicidad que se expresa en "pliegos de condiciones", constantemente repetidos y aplicados. La mayor parte de las cláusulas de estos pliegos no exceden ni mucho menos del marco institucional del contrato civil, pero son peculiares del tráfico administrativo y responden a sus exigencias características; por ejemplo, la regulación del contrato de obras públicas que se contiene en el pliego de condiciones generales aprobado por el Decreto de 13 de marzo de 1903, cuya minuciosidad contrasta con los pocos e imprecisos artículos que el Código civil dedica al contrato de obra a tanto alzado. Hasta tal punto este pliego puede caber prácticamente entero (con la salvedad del privilegio de la decisión previa y ejecutoria, en su aplicación general, a que aludiremos luego) en el cuadro del contrato civil por vía dispositiva de las partes, que es perfectamente frecuente que personas privadas (compañías de ferrocarriles, empresas hidroeléctricas, empresas mineras, urbanizadoras, inmobiliarias, etcétera) para la construcción de grandes obras civiles impongan en sus contratos a las Compañías constructoras el pliego estatal de 1903, y el autor de este estudio tiene de ello experiencia directa. Aquí, pues, más que de verdadera especialidad de fondo respecto de los contratos civiles análogos, hay que hablar de una tipicidad de fórmulas administrativas contractuales que viene impuesta por las peculiaridades de las funciones administrativas o por su simple reiteración o producción en masa, tipicidad desconocida, ordinariamente, en el tráfico civil, pero no contradictorio con él.

Esta clase de reglas constituyen, a mi juicio, la mayor parte de las propias de los contratos administrativos. Es de notar que justamente aquellos contratos dotados en el Derecho civil de una regulación completa de derecho necesario que apenas deja margen a la libertad dispositiva (por ejemplo, arrendamientos urbanos, hipoteca, sociedad mercantil) no llegan a ser nunca contratos administrativos, aunque se refieran "directa e inmediatamente" (que es una de las fórmulas de la jurisprudencia para tipificar a tales contratos) a un ser-

vicio público, lo cual demuestra, a mi juicio, que la Administración suele operar, sobre todo, con el ámbito de libertad dispositiva que permite el contrato civil, como denota además la técnica de los "pliegos de condiciones" contractuales que, como veremos, suple en el contrato administrativo casi absolutamente la ausencia de un Derecho objetivo que enuncie con carácter general reglas de fondo sobre tales contratos.

VIII. 2. *Las derogaciones de las normas contractuales comunes en sentido favorable al contratista privado y su justificación en la ventaja de la rebaja de las cifras de la oferta.*

En ocasiones las derogaciones a las normas contractuales comunes se producen precisamente en sentido favorable al contratista privado que se ve atribuidos derechos más amplios que los que le reconocería el Derecho civil estricto; así, por ejemplo, y contra el criterio tradicional contrario, según creo haber demostrado, las reglas sobre riesgo y ventura y fuerza mayor,⁽⁴³⁾ o las reglas sobre revisión o modificación de precios o tarifas por alzas en el mercado (Ley de 17 de julio de 1945, Decreto-Ley de 18 de enero de 1957, artículo 57, 1, e), del Reglamento de Contratación local de 1953, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, artículo 115, párrafo 3, que declara nulas nada menos las cláusulas concesionales de irrevisibilidad de tarifas), la limitación objetiva de la responsabilidad contractual al importe de la fianza en su función de cláusula penal (sin comprender, pues, todos los perjuicios derivados, contra el artículo 1.101 del Código Civil), la reducción de los plazos civiles de garantía y responsabilidad del constructor, etc., etc. Ordinariamente, estas ventajas al contratista vienen determinadas, no por un inesperado y seguramente inoportuno espíritu paternalista en la Administración, sino porque ésta obtiene de ello a su vez un beneficio al implicar una rebaja general en las cifras de oferta que logra en el mercado contractual como consecuencia de la contratación en masa.

VIII. 3. *La especificidad de la noción de "orden público" como límite de la licitud de los pactos dispositivos.*

En tercer lugar, y como ha dicho certeramente Georges Vedel,⁽⁴⁴⁾ ocurre que la noción de "orden público", como límite de la licitud de los pactos dispositivos (art. 1.255 de nuestro Código civil), es diferente en materia de contratos administrativos de la que rige en las convenciones privadas; aunque Vedel inserta aquí todas

(43) García de Enterría, *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, en *Revista de Administración Pública*, N° 2, 1950, págs. 83 y sigs.

(44) Vedel, *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, cit., pág. 549.

las famosas cláusulas exorbitantes por expresar prerrogativas de poder público, antes de llegar a ellas puede notarse que una serie de fórmulas que son vistas con desconfianza en la contratación civil, comenzando por el mismo carácter de contrato de adhesión que tiene ordinariamente el contrato administrativo, en que la Administración de ordinario preconstituye íntegramente todo el contenido contractual, estas fórmulas no tienen en su contra prejuicio alguno cuando se utilizan en la contratación pública, por no poder razonablemente sospecharse el intento de que la Administración las utilice con una finalidad abusiva o de puro interés patrimonial; por eso la cláusula oscura de los pliegos no tiene por qué interpretarse necesariamente en contra de la Administración como autora de éstos (contra, art. 1.288 del Código), y, en fin, determinadas técnicas que consagran una desigualdad de posición formal entre las partes, y a las que aludiremos inmediatamente, no se estiman que exceden del ámbito de lo lícito.

VIII. 4. Las famosas prerrogativas del poder público o cláusulas exorbitantes:

Finalmente, están las famosas prerrogativas de poder público, las cláusulas exorbitantes estrictamente tales, las que, según pretende la doctrina francesa, harían normalmente ilícito un contrato civil si se llegasen a insertar en él. Hay que decir, por de pronto, que estas cláusulas en este sentido estricto de imposibles en el contrato civil, son mucho menos habituales de lo que ha pretendido la doctrina substantivadora del contrato administrativo. En el estudio analítico de Vedel⁽⁴⁵⁾ se afirma que la gran mayoría de las llamadas cláusulas exorbitantes "está constituida por estipulaciones que no resultarían afectadas por ninguna imposibilidad, por ninguna ilicitud en el contrato privado, sino que son sólo en éste desacostumbradas y por ello poco verosímiles", tesis que ha confirmado De Laubadère⁽⁴⁶⁾ y últimamente ya la generalidad de la doctrina.⁽⁴⁷⁾ Con esto se están refiriendo a que lo normal son las cláusulas que hemos identificado en los tres párrafos anteriores. ¿Cuáles son, sin embargo, estas cláusulas exorbitantes extremas que sólo podrían darse en el Derecho administrativo contractual? Hay sobre esto también un gran equívoco, y conviene por eso acercarse al tema con una cuidadosa atención.

(45) Vedel, *ob. cit.*, págs. 545 y sigs.

(46) De Laubadère, *Traité des contrats*, cit., I, págs. 99 y sigs.: Las cláusulas exorbitantes "aparecen lo más a menudo como cláusulas inhabituales en los contratos privados más que como cláusulas no susceptibles de ser insertadas en éstos bajo pena de ilicitud".

(47) Por todos, y como obra más reciente, Auby y Drago, *Traité de contentieux administratif*, París, 1962, I, pág. 375.

VIII. 4.a. el privilegio de la decisión ejecutoria: alcance, carácter extracontractual, justificación, limitación al plano del ejercicio de los derechos e intangibilidad de las reglas de fondo (salvo plazos prescriptorios).

La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad; es aquí donde precisamente se inserta la técnica contencioso-administrativa sobre el contrato administrativo. En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato (rescisión, en la terminología administrativa), la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza.

Inversamente, el contratista no sólo está vinculado por esas decisiones a reserva de recursos *ex post* contra las mismas (recursos a interponer por las vías propias del Derecho administrativo, con plazos extraordinariamente fugaces y perentorios, cuyo mero transcurso convalida cualquier ilegalidad que pueda afectar a tales decisiones, con la excepción de los supuestos tasadísimos y excepcionales en que el Derecho administrativo acepta las nulidades de pleno derecho), sino que cuando pretenda que se produzca cualquiera de esos efectos, incluso cuando se trate de un incumplimiento de la Administración, tiene la carga de solicitar de ésta la resolución pertinente.

Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de modo que es en sí mismo extracontractual.⁽⁴⁸⁾ Históricamente parece claro que la inserción de estos poderes en los contratos administrativos ha sido la consecuencia, y no la causa, aunque ello pueda hoy resultar paradójico, de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso-administrativa.⁽⁴⁹⁾ Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, aunque en el sentido inespecífico que hemos precisado,

(48) Vedel, *Remarques*, pág. 548.

(49) García de Enterría, *La configuración del recurso de lesividad*, cit., págs. 122-3 y Parada, *Los orígenes del contrato administrativo*, págs. 157 y sigs.

con los "servicios públicos", cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos que serían ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso. De nuevo también es el tráfico en masa el que *a fortiori* da más relieve a estas razones y justifica con ello en último extremo esta técnica.

Ahora bien, debe observarse que aunque se trata de un formidable poder, el mismo se refiere íntegramente al plano de *ejercicio de los derechos*, no propiamente al de fondo de los mismos. (50) Quiere decirse que la Administración cuenta con un medio formal determinado de ejercitar sus derechos en el contrato que realmente excede de las facultades propias de los sujetos privados, el medio de la *decisión ejecutoria*, y que paralelamente el contratista particular se ve privado de otros medios para el ejercicio de sus propios derechos: la reconocería el Derecho civil (el utilizar su condición de poseedor para desplazar a la otra parte la carga de accionar, el acudir directamente al Juez en cualquier momento, el no tener que someter sus pretensiones a una verificación previa del otro contratante, el carecer de la carga de impugnar, bajo sanción de firmeza definitiva e irrecorrible, las decisiones de este otro contratante); pero, por importante que ello pueda ser, y lo es, sin duda, *deja absolutamente intactas las reglas de fondo que definen los contenidos obligacionales del contrato*. Si la Administración decidiese en contra de tales reglas de fondo (por ejemplo, si acuerda calificar de incumplimiento lo que no lo es, o pretende que se han producido situaciones de rescisión que no están legalmente justificadas, o se apropia de la fianza sin razón obligacional que lo justifique, etc.), sus decisiones serán anuladas por los Tribunales contencioso-administrativos, puesto que esas decisiones sólo tienen un valor previo e inmediato (ejecutoriedad), pero no un valor definitivo (firmeza), que sólo la sentencia contencioso-administrativa podrá declarar. Se trata, por ello, de una simple introducción del contrato en la mecánica general del proceder formal de la Administración, pero sin afectar a las reglas de fondo propias de dicho contrato (derivativamente resultan, sin embargo, inmediatamente disminuidos los plazos civiles de prescripción de derechos, como consecuencia del cambio de reglas sobre el ejercicio de los mismos; es, quizá, la única regla de fondo realmente afectada con este privilegio exorbitante. (51)

(50) Cfr. Hauriou, *Précis de Droit administratif*, 12ª ed., Paris, 1933, págs. 20, 32 y sigs. y 331 y sigs. También Parada, *Los orígenes del contrato administrativo*, pág. 182.

(51) Lo nota también Parada, *Los orígenes del contrato administrativo*, pág. 178 y siguientes.

VIII. 4.b. El *ius variandi* o *factum principis*; la justificación parcial civilista; su explicación como incidencia en el plano del contrato de potestades y extracontractuales; la expropiatoria y la normativa; su relevancia idéntica en la contratación pública y privada.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Más discutible es la que viene ordinariamente enunciándose como la regla exorbitante por excelencia en la contratación administrativa, la que expresa el famoso *ius variandi*, "hecho del Principes" o *factum principis*, que permitiría a la Administración modificar unilateralmente el contrato. (52) Conviene notar, sin embargo, y primero, que esa facultad, a través de un derecho de desistimiento unilateral, está genéricamente reconocida en favor del *dominus operis* en el régimen común del contrato de obra (art. 1.594), contrato cuyas reglas, como es sabido, son también extensibles al contrato de empresa, siendo lo común que la Administración utilice este *ius variandi* en contratos precisamente de esta naturaleza (contratos de obras públicas, concesiones de explotación de servicios públicos). Otras veces una facultad de este carácter podría válidamente incluirse como un pacto contractual civil, siempre que no incurriese en la prohibición del artículo 1.256 del Código civil, ni rompiese la equivalencia de prestaciones —como no la rompe en el contrato administrativo al ir acompañada de un derecho de indemnización del contratista afectado—. En fin, Parada (53) ha observado que también puede llegarse al mismo resultado en el contrato civil a través de la posibilidad de incumplir que tiene todo contratista unida a la incoercibilidad del cumplimiento específico en las obligaciones de hacer y a la sustitución de este cumplimiento por una indemnización de perjuicios; pero quizá esta tesis, que acierta a poner de relieve los fundamentos materiales de la operación, y cómo su esencia no es "anticontinental", cabiendo perfectamente dentro de los moldes clásicos del contrato, frente a la tesis de la exorbitancia, se encuentra con el obstáculo formal de que, según ella, el acto de modificación sería un acto ilegítimo, y que, por tanto, al ser de la Administración, podría anularse en vía contenciosa, lo que no es exacto.

Pero, en todo caso, y sobre todo, es fundamental observar que este poder administrativo de alterar los contratos, cuando no cabe por sí mismo, como en los dos casos que acaban de indicarse, como un poder contractual estricto, aparece con toda claridad como la manifestación o incidencia en el cuadro del contrato, o bien del genérico poder de sacrificio de situaciones patrimoniales de que la Administración es titular, de la potestad expropiatoria, aunque ésta pueda presentarse aquí y liquidarse al margen del procedimiento expropiatorio ordinario por cuanto que éste es aplicable sólo a las situaciones lla-

(52) Además de las obras generales que se vienen citando, vid. específicamente Badaqui, *Le fait du Prince dans les contrats administratifs*, Paris, 1955.

(53) Parada, *Los orígenes del contrato administrativo*, págs. 216 y sigs.

madas de supremacía general, lo que no es el caso del contrato, (54) o bien como expresión del poder reglamentario y su posibilidad de introducir alteraciones en las situaciones jurídicas existentes por vía normativa (aludo al caso de nuevas ordenaciones reglamentarias de los servicios públicos que afectan a los contratos en curso en relación con ellos). Entonces resulta claro que tampoco queda rota, por paradójico que ello pueda parecer, la economía institucional propia del contrato, aun acudiendo para explicarla a su concreción estricta en el contrato civil, porque lo que ocurre es que esa economía institucional se ve alterada por la incidencia de una institución distinta que viene a convertir el cumplimiento de las obligaciones en legalmente imposibles (art. 1.184 del Código civil).

Lo que a este respecto importa subrayar y éste es el verdadero significado positivo de la doctrina del *factum principis*, es que la Administración no puede renunciar a su potestad expropiatoria de sacrificio ni a su potestad reglamentaria, y ello tanto si declara expresamente esa renuncia, que será nula y sin valor, como si la misma pretende deducirse del hecho de que haya firmado un contrato que por partir, como es obligado, de una situación jurídica determinada, pudiese implicar la inmunidad de esta situación respecto al ejercicio eventual de tales potestades. A esta conclusión se llega, como bien se comprende, no por virtud de ninguna razón especial derivada de la teoría del contrato administrativo, sino por una razón mucho más elemental y obvia: primero, y sobre todo, porque las potestades públicas no son nunca renunciables y son de derecho necesario; segundo, porque precisamente todo el sentido de las dos potestades de que se trata es su posibilidad innovativa (55) *ad nutum* respecto de situaciones jurídicas existentes, y por lo que hace en concreto a la potestad normativa, están ya hace mucho condenadas en la técnica jurídica y en la realidad política las llamadas *leges in perpetuum valitura*, corrientes en el antiguo régimen, que pretendía impedir su modificación o abrogación posterior limitando los derechos del legislador futuro.

De este modo es paladino que de lo que se trata cuando se invoca un "hecho del Príncipe" modificador del contrato administrativo es de la aparición de potestades administrativas que se mueven en un plano superior y supraordenado al que es propio de la actividad contractual, potestades que ésta nunca ha podido interferir o limitar y que pueden romper no sólo los contratos de la Administración, sino también, y esto me parece decisivo, los contratos ajenos o *inter-privatos* (también, pues, en los contratos *inter-privatos* se puede presentar con absoluta normalidad un *factum principis*: una expropiación, una alteración legislativa que haga legalmente imposible el cumplimiento, o que altere las bases del contrato, etc.), así como cualquier otra situación jurídica positiva. La confusión ha venido por-

(54) Así, ya, expresamente, García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación*, cit., págs. 73, 205 y 206.

(55) Sobre el concepto de potestad innovativa, Santi Romano, *Poteri, potestà, en Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milán, 1957, pág. 178.

que en los contratos administrativos se produce una identidad subjetiva entre la Administración como titular de esas potestades y como contratante, pero siendo evidente la diferente calidad con que actúa en uno y otro supuesto el equívoco puede deshacerse fácilmente.

VIII. 4.c. Las pretendidas exorbitancias respecto de terceros y su justificación ex lege y no ex contractu.

Por último, están las pretendidas reglas exorbitantes que afectan a terceros. Pequignot (56) ha pretendido construir sobre estas reglas una peculiaridad sustancial del contrato administrativo que él contrapondría al principio de relatividad que no se explicaría tampoco por las reglas comunes sobre la estipulación en favor de terceros. Alude en concreto a la posibilidad de que los terceros resulten afectados por cargas concretas como consecuencia del contrato administrativo (cargas correspondientes a los derechos de expropiación, de ocupación temporal, de extracción de materiales otorgados al constructor, derechos privativos sobre una parte del dominio público que queda sustraído al uso público, derecho de percibir tasas o tarifas en la concesión, derechos de policía —por ejemplo, las empresas arrendatarias de monopolios para vigilar éstos—, asimilación del contratista a un agente público a ciertos efectos), así como por derechos en su favor (derechos de los obreros a que el empresario contratista cumpla las garantías en su favor estipuladas en el contrato —seguros de accidentes, etc.—, de los productores nacionales respecto a las cláusulas de protección a la industria nacional, de los usuarios de los servicios públicos en concesión).

Esta exposición, dotada de una brillantez singular, que es característica de la que la doctrina francesa ha puesto en la teoría sustantivadora del contrato administrativo, ha sido, sin embargo, fácilmente refutada en la propia escuela francesa. De Laubadère (57) ha notado, en efecto, que lo que Pequignot califica de cargas para los terceros no lo son en virtud del contrato, sino por simple aplicación de la Ley (de expropiación, de minas, establecedora del monopolio, etc.), o del Reglamento organizador del servicio (en cuanto a las tarifas o tasas de los servicios concedidos, con la observación de que estas normas reglamentarias pueden incluirse en los pliegos de condiciones de la concesión sin perder por ello su naturaleza reglamentaria), o, en fin, no son en modo alguno cargas (como la eliminación del uso general en el caso de una ocupación privativa del dominio

(56) Pequignot, *Théorie générale*, págs. 547 y sigs. El contrato civil dice este autor siguiendo a Delbez, pág. 299 — se caracteriza por ser "limitado en su alcance e ilimitado en su fuerza obligatoria". Ambas notas harían defecto en el contrato administrativo: la primera, por la peculiaridad que ahora estudiamos; la segunda, por el *fait du prince*. Es éste el punto más alto de la teoría sustantialista.

(57) De Laubadère, *Traité des contrats*, II, págs. 86 y sigs.

público); a su vez, los llamados derechos de los terceros, o lo son en virtud de típicas estipulaciones en favor de tercero de las usuales en el contrato civil (art. 1.257), o en virtud de la Ley de la que la cláusula contractual no es más que un reflejo (leyes de protección a la industria nacional), o en virtud de los Reglamentos organizadores del servicio y no por el contrato (caso de los usuarios de los servicios en concesión). Aunque no se han citado en esta polémica las reglas concernientes a la afección real de los medios auxiliares a la obra, o la inembargabilidad de las certificaciones de pagos parciales de la obra, o la preferencia de ejecución sobre la fianza de los créditos derivados del contrato respecto de cualquier otro crédito, en realidad se trata de efectos sobre tercero que provienen de la legislación ordenadora de los contratos administrativos y no de éstos en singular, técnica también conocida en el Derecho civil respecto de determinadas situaciones jurídicas con una u otra extensión; son también, pues, efectos *ex lege* y no *ex contractu*.

IX

El mantenimiento del esquema contractual, sin perjuicio de la "unidad de sentido" iusadministrativa; las reglas de fondo como reglas civiles.

Hemos hecho hincapié en cómo las características propias de los contratos de la Administración salvan en rigor el esquema contractual, frente a lo que una doctrina hoy dominante pretende. Ello no es obstáculo, como sabemos, a que pueda hablarse de una teoría iusadministrativa del contrato, contra lo que un rígido y simplista planteamiento dualista de la división Derecho público-Derecho privado viene entendiendo. La misma exposición esquemática que de los problemas generales de los contratos de la Administración hemos hecho al final nos ha permitido vislumbrar cómo la modulación que la presencia de ésta introduce en el mecanismo del contrato y de su vida, aun sin atentar a la idea misma del contrato, penetra la mayor parte de sus estructuras y adquiere una evidente "unidad de sentido" institucional⁽⁵⁸⁾ desde los criterios más específicos del Derecho administrativo, aunque nada exige, como se comprende, que éste deba absorber en virtud de ello la totalidad de las reglas de fondo de los contratos civiles aplicables a los contratos administrativos, intentando situar en su seno lo que vive pacíficamente —y, sin duda, con mucho mayores garantías de justicia— en los campos seculares del Derecho civil.

(58) Cfr. mi estudio *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, en *Revista de Administración Pública*, N° 40, págs. 219 y sigs., sobre la idea institucional, y en concreto, pág. 195, sobre la "captación de sentido" de las instituciones.

LA DECADENCIA DE LA CULTURA ANTIGUA. SUS CAUSAS SOCIALES. (*)

(1896)

NOTA:

En vista de la importancia del pensamiento weberiano en las ciencias sociales, editamos este importante ensayo de Max WEBER, ya que el mismo, según algunos estudiosos de este autor, refleja —en mayor grado— la influencia de Karl Marx. Se podría decir que este escrito sobre la Roma antigua, se hace utilizando el enfoque conocido como "materialismo histórico". Debe tomarse en consideración la fecha en que este estudio fue escrito por WEBER: 1896.

Asimismo, este ensayo es un valioso material didáctico para los estudiantes de "Teoría del Estado", en cuyo desarrollo temático MAX WEBER ocupa un puesto relevante, con justa y comprensible razón; como también para el curso de "Derecho Romano". De tal suerte que la impresión de este estudio está motivada, en buena parte, en la utilidad que el mismo tenga para los estudiantes de la Facultad de Derecho; y, por supuesto, para los "maxweberiólogos".

El Director

(*) Publicado en "REVISTA DE OCCIDENTE". Tomo XIII. 1926. Julio-agosto-setiembre. Madrid.