

Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones públicas*.

Mercedes Fuertes
Universidad de León

Sumario: 1. Introducción. 2. Algunas cuestiones previas que no cabe olvidar: a) La imprescindible presencia de una Administración pública. b) La inexistencia de conflicto en los contratos administrativos típicos. c) La peculiar mutación de los contratos financieros y artísticos. 3. La delimitación legal entre contratos privados y administrativos. 4. Los criterios establecidos por la jurisprudencia. 5. ¿Una proposición radical?

1. Introducción.

Parece ocioso recordar la trascendencia que tiene calificar un contrato que celebra una Administración pública como administrativo o privado. El régimen jurídico de estos contratos es diverso en lo que se refiere a su ejecución o extinción: normas preferentemente administrativas en un caso, contenidas en la propia Ley de contratos de las Administraciones públicas, frente a las clásicas contenidas en los códigos civil y mercantil, en el otro. Además, y no resulta menos importante, el distinto orden jurisdiccional que debe conocer de los conflictos que puedan surgir.

Fue esta atribución de jurisdicción a los Tribunales contenciosos la causa y razón de la distinción, cuando a mediados del siglo pasado (1845) se alojaron los conflictos que surgían con los contratistas de obras públicas y de servicios públicos en el Consejo de Estado y en los Consejos Provinciales, como con brillantez ha explicado Ramón Parada (*Los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla, 1963). Atribución meramente organizativa pero que sirvió de cauce a través del cual se introducían y reconocían por estos órganos especializados en estas relaciones contractuales prerrogativas a la Administración contratante. No porque la jurisdicción contenciosa construyera unas nuevas figuras contractuales a las clásicas que desde el Digesto encauzan las relaciones jurídicas privadas, sino porque se advertía que en estas relaciones contractuales siempre se manifestaba de manera preferente un interés público, superior al más cercano de los intereses de las partes contratantes. Este relevante interés público justificaba reconocer a la Administración su decisión inmediata y ejecutiva, postergando las cláusulas pactadas como *lex inter partes*. El esencial postulado de la teoría de los contratos según el cual la ejecución no puede quedar al arbitrio de una de las partes (reconocido en nuestro Código civil en el artículo 1256) se desvanecía ante los poderosos argumentos que representaba el interés público. Son muchos los ejemplos que se pueden imaginar para advertir esta consideración (la necesaria modificación de un proyecto de una obra, la imperiosa alteración del régimen de prestación de un servicio público, la inmediatez en un suministro o el cambio de su calidad o configuración, etc...).

* Defendí esta ponencia en las Jornadas sobre contratación pública organizadas por el IVAP en marzo de 2000.

La distinción no es fruto, en consecuencia, de reconocer una distinta naturaleza jurídica a unos contratos, una diversa substantividad y esencia. No hay tal, aunque a lo largo del desarrollo del Derecho administrativo no han faltado voces que han defendido este aserto. Sin embargo, hoy en día no se mantiene una naturaleza diversa por la doctrina mayoritaria, encabezada por E. García de Enterría (desde su importante trabajo "*La figura del contrato administrativo*", *RAP*, núm. 41, y explicaba también en el *Curso de Derecho administrativo*). La diferencia es una distinción a meros efectos legales, como con claridad se advierte de los mismos términos con los que se expresó el legislador en la reforma de la Ley de contratos del Estado de 1973 y en su Reglamento de 1975: "a los efectos legales..." (arts. 4 y 5, respectivamente).

Esta precisión tiene una importantísima consecuencia. Significa que, aunque se pueda acudir a las normas contenidas en el código civil, por ejemplo, para determinar el régimen de los vicios ocultos o de la responsabilidad decenal en las obras, esto no conduce en modo alguno a que el contrato celebrado por la Administración pueda calificarse como civil. En este sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo (sala civil) de 20 de mayo de 1999 (RJ 4113), que ha desestimado el recurso de casación presentado por el Ayuntamiento de Belautza contra la empresa constructora del polideportivo municipal y del frontón por vicios de construcción. Tras advertir, como por desgracia no es infrecuente, que el frontón y el polideportivo ofrecían unos graves defectos, el Ayuntamiento utiliza la acción por responsabilidad "decenal" regulada en el código civil y acude ante la jurisdicción civil. El juez de Tolosa declara su falta de jurisdicción, sin embargo, en el recurso de apelación, la Audiencia de San Sebastián entra en el fondo del asunto. Esta sentencia es recurrida ante el Supremo y la sala de lo civil recuerda que los contratos de obra son típicos contratos administrativos y, por ello, la jurisdicción competente es en todo caso la contencioso-administrativa.

No tiene, por tanto, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados carácter substantivo, sino legal. A pesar de ello, parece que persiste el legislador en esta confusión porque en el artículo 5 de la Ley, en el que atiende a esta cuestión, desliza la idea de que los contratos tienen "naturaleza administrativa". Y no hay tal naturaleza: unos contratos deben ser considerados, calificados a efectos legales de administrativos y otros de privados.

En todo caso, aunque iniciaba estas líneas advirtiendo que era ocioso recordar o subrayar los efectos y la trascendencia actual de la distinción, con relación al régimen jurídico y a la jurisdicción concedora de los conflictos; lo que no resulta en absoluto ocioso es detenerse en analizar la concreta delimitación de qué contratos son administrativos y cuáles civiles. Porque esta frontera parece imprecisa, cuando no confusa.

Al ser una distinción legal, son los términos con los que se expresa el legislador los que deben analizarse para profundizar en la distinción. Además, debe atenderse también a los criterios que, a lo largo de los años, han acogido los tribunales civiles y contenciosos al conocer de los múltiples conflictos suscitados y, en especial, los argumentos utilizados ante la invocación de las excepciones procesales de falta de jurisdicción. Sin embargo, antes de analizar los preceptos legales esenciales, que han sido modificados recientemente, conviene recordar ciertos postulados.

2. Algunas cuestiones previas que no cabe olvidar.

a) La imprescindible presencia de una Administración pública.

Resulta obvio afirmar que para calificar un contrato como "administrativo" debe estar presente una Administración pública. Menciono este aspecto tan evidente y, quizá, superfluo porque no se debe olvidar en ningún momento que no todas las Administraciones o, mejor dicho, todas las personificaciones instrumentales que crean las Administraciones están sometidas a la Ley de contratos. No es este el momento de detenerse en el conflictivo ámbito subjetivo de la Ley, pero sí recordar que sólo tendrán la condición de contratos "administrativos" aquellos que sean celebrados por Administraciones sometidas a la Ley. Sí serán administrativos los organismos autónomos locales (como declara la STS de 17-7-1999, RJ 5958, a la que con posterioridad haré especial referencia por su importancia), pero no pueden calificarse como tales los contratos que celebren las sociedades mercantiles públicas o las ahora más de moda fundaciones de iniciativa pública. Todos los contratos que celebren estas personificaciones que se rigen por el Derecho privado deben calificarse, en consecuencia, como contratos privados.

Sin embargo, si me he detenido en este evidente aserto es porque no faltan ejemplos en pronunciamientos judiciales donde se discute la calificación de los contratos celebrados por estas personificaciones que se rigen por el Derecho privado (como por cierto puso bien de manifiesto hace tiempo T.R. Fernández, *¿Contratos administrativos entre personas privadas?*, REDA, núm. 1). Este es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso) de 27 de febrero de 1995 (RJ 1649) en la que se reconoce la jurisdicción a los tribunales civiles para conocer de la reclamación de cantidad por cobro indebido del suministro de fueloil a la empresa Campsa. Esta había alegado incompetencia de jurisdicción afirmando que el suministro era un contrato administrativo al ser esta empresa concesionaria de la Administración estatal. Pero la sentencia subraya el carácter privado de esta sociedad y la relación privada con la empresa demandante.

No debe confundirse a las fundaciones de iniciativa pública, con las clásicas fundaciones de servicio, reguladas en el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, entidades de régimen jurídico similar a los organismos autónomos. Y es que existen algunas sentencias que resuelven conflictos relativos a contratos de fundaciones municipales. Pero se trata de las tradicionales fundaciones y no de las más de moda en la actualidad fundaciones de iniciativa pública, cuyo régimen es preferentemente privado. Así, por ejemplo, de la STS, sala de lo contencioso, de 14 de abril de 1999 (RJ 3795) que resuelve el recurso que plantean unos arquitectos, a los que el Alcalde encargó el proyecto para la ampliación y reforma de un asilo, propiedad de una fundación municipal, siendo el presidente del patronato el mismo Alcalde. Estas consideraciones conducen a la sala a declarar el carácter administrativo del contrato. En el mismo sentido puede recordarse otra sentencia anterior, también del Supremo de 23 de febrero de 1995 (RJ 1280). En realidad, el conflicto surge en este caso ante la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños originados por los fuegos artificiales en las fiestas de San Sebastián. Pero en la sentencia se confirma la condena de la fundación municipal para la promoción turística que era la entidad que había contratado el festejo y se alude al carácter administrativo de sus actuaciones al atender a finalidades públicas. En ambos casos las fundaciones municipales eran fundaciones de

servicios, de las reguladas en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales y, por tanto, su actuación se rige por el Derecho público. Sin embargo, no ocurrirá lo mismo con las ahora más utilizadas fundaciones públicas de iniciativa privada, cuyos contratos se regirán por el Derecho privado.

En fin, no parece necesario recordar que en ningún caso podrá calificarse como contrato administrativo el que celebran dos particulares. Afirmación evidente pero que también ha dado lugar a discusión ante los Tribunales. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso) de 21 de febrero de 1981 (RJ 443) inadmite el recurso relativo a un contrato entre varios pelotaris y una empresa que explotaba un frontón, al entender que la relación era estrictamente laboral y que no podía considerarse en modo alguno como contrato administrativo aunque hubiera sido supervisado el contrato por la Federación Española de Pelota.

b) La inexistencia de conflicto en los contratos administrativos típicos.

La segunda afirmación a la que quisiera referirme, de manera previa al análisis de la delimitación entre contratos administrativos y privados, es a que no deberían existir problemas de calificación cuando se trata de los clásicos contratos administrativos típicos.

Cualquier contrato de obra, y no sólo de obra pública; cualquier contrato de gestión de servicios públicos, cualquier adquisición de bienes muebles cuyo suministro requiera la Administración, cualquier contrato que pueda ampararse en el objeto de una consulta, asistencia o servicio (con específicas excepciones que a continuación analizaré) tiene por Ley la consideración de contrato administrativo. Son los típicos contratos administrativos, cuyo régimen jurídico se contiene de manera detallada y completa en la normativa de contratos. Tanto por lo que se refiere a sus fases de preparación y adjudicación, como también a las reglas especiales relativas a la ejecución y extinción del contrato.

En estos casos no debería existir ninguna sombra de duda sobre la calificación como administrativos de estos contratos. Incluso, aunque la Administración haya prescindido de cualquier tramitación y procedimiento. Es muy significativa, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil) de 17 de julio de 1999 (RJ 5958), que con anterioridad mencioné para subrayar el carácter administrativo de los contratos celebrados por los organismos autónomos. El conflicto que da origen a la sentencia deriva del encargo que realiza verbalmente un organismo autónomo de la Diputación provincial para atender un servicio de cafetería y restaurante durante la celebración de una feria ganadera. Se había frustrado el concurso previo realizado y ante la premura de tiempo el organismo contrata de manera verbal con una sociedad mercantil. No se deducen con claridad de la sentencia los motivos concretos del conflicto, el contenido inicial de la reclamación. El caso es que conoce la sala civil del Supremo del recurso de casación y acoge la excepción de falta de jurisdicción que plantea el organismo autónomo. No hay duda, según la sentencia, que tratándose de una Administración institucional que se rige por el Derecho administrativo y siendo el objeto del contrato un servicio público, el servicio de restaurante en una feria ganadera, el contrato es administrativo. Un contrato administrativo típico de servicios. La sentencia alude a que la relación contractual se ampara en un débil acuerdo verbal, lo que relaciona con la

criticada tendencia de "la huida del Derecho administrativo" (aunque en realidad, en este concreto caso, no es tal). Pero insiste en algo muy importante

"ahora bien aunque se haya llegado a una enorme degradación de la contratación administrativa, como la que se ha especificado, nunca podrá significar dicha contratación una entrada en el área jurisdiccional civil, pues aparte que ello significaría una violación inadmisibles de los principios que rigen la misma, supondría también relegar al orden jurisdiccional civil la exclusividad para regular una contratación administrativa como se ha dicho degradada"

Es decir, aunque la realidad nos presente situaciones en que las relaciones contractuales se han entablado con absoluta distancia o desconocimiento de las previstas en la Ley de contratos, aunque no existan actuaciones administrativas ni se haya tramitado ningún procedimiento, los contratos no dejan de ser administrativos cuando se refieren a obras, gestión de servicios públicos, suministros o consultoría, asistencia y servicios. La calificación de estos contratos siempre será administrativa aunque se haya prescindido del procedimiento, aunque se haya incurrido en ilegalidades, aunque existan vicios de nulidad o anulabilidad. Nunca perderán su carácter de contratos administrativos típicos.

Cualquier contrato de obra que celebre una Administración será administrativo, como ha recordado, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso) de 22 de octubre de 1997 (RJ 7061), con relación a las obras de traslado de las cabinas telefónicas cuando se remodeló la glorieta de Atocha en Madrid. También cualquier contrato de gestión de servicios y cualquier suministro. Así lo recuerda la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil) de 28 de febrero de 1997 que declara no haber lugar al recurso de casación presentado por el Ayuntamiento de Cádiz frente a un organismo andaluz con relación al contrato de suministro de agua. Al suscitarse el problema de la calificación del contrato argumenta el Ayuntamiento que al contrato *"le faltan las notas que caracterizan a los de naturaleza administrativa, como la autotutela decisoria y ejecutiva, los poderes de dirección, control e interpretación y el ius variandi... y las cláusulas del contrato son las mismas que las contenidas en contratos suscritos por cualquier usuario particular"*. Sin embargo, el Tribunal es contundente al afirmar que

"Decir que el contrato no es de carácter administrativo porque el ente público no conserva las prerrogativas propias de la contratación administrativa, tales como la autotutela decisoria, poderes de dirección y control, interpretación y ius variandi es inexacto ... es intrascendente para la resolución del motivo y del recurso puesto que el carácter indudablemente administrativo del contrato..."

También deben ser calificados como contratos administrativos los de consultoría, asistencia y servicios que, además, se relacionan en un largo listado de categorías en el artículo 207. Y es aquí donde ha existido algún problema en el que merece la pena parar mientes.

c) La peculiar mutación de los contratos financieros y artísticos.

Una excepción presenta la calificación como contratos administrativos típicos de algunos contratos de servicios. La reciente reforma de la Ley de contratos, realizada por

la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, tras precisar en la letra *a*) del artículo 5.2 cuáles son los tradicionales contratos administrativos establece una importante excepción: "*excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a los contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos*". Todos estos contratos son calificados en el apartado 3 de este mismo artículo como privados. ¿Por qué esta modificación?

De la redacción inicial de la Ley de contratos, que incorporaba las Directivas comunitarias, se deducía que estos contratos eran contratos administrativos típicos. Se mencionan de manera explícita en las categorías de contratos de servicios. En consecuencia, debían someterse en todo caso a la Ley. Tanto en su fase de preparación y adjudicación, como durante su ejecución y resolución. Esta calificación "administrativa" fue, a mi juicio, mal interpretada. De nuevo el problema de entender que el adjetivo "administrativo" significaba una naturaleza jurídica y esencia diversa. Pero, además, hubo quien defendía la exclusión de estos contratos de la Ley. No se quería su sometimiento a las reglas de publicidad y concurrencia.

Así, con relación a los contratos bancarios, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, introdujo una modificación en el artículo 3º de la Ley de contratos, que enuncia los distintos contratos excluidos de la Ley, que permitía ignorar la Ley en todos aquellos contratos "*relacionados con la instrumentación de operaciones financieras de cualquier modalidad realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables, tales como préstamos, créditos u otras de naturaleza análoga, así como los contratos relacionados con instrumentos financiados derivados concertados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores*". Esta compleja redacción permitía que las Administraciones públicas concertaran cualquier modalidad de contrato bancario con la entidad financiera que prefirieran, sin publicidad, sin concurrencia. Previsión que contradecía de manera frontal el contenido de la Directiva comunitaria.

Las Directivas comunitarias no se preocupan de calificar la naturaleza jurídica de contratos. Para el Derecho comunitario es indiferente que los derechos internos de los países miembros califiquen con una u otra naturaleza los contratos que celebran los poderes públicos y que alojen los conflictos en una u otra jurisdicción. Lo que a las Directivas preocupa es que sobre los contratos que ellas acogen (obras, suministros, consultoría, asistencia y servicios) se respeten con rigor los principios de no discriminación, publicidad y concurrencia. De ahí que excluir a los contratos financieros, mencionados de manera explícita en la Directiva, del ámbito de aplicación de la Ley de contratos era una flagrante contradicción del Derecho comunitario (como algunos pusimos de manifiesto, *vid. RDBB, núm. 67*).

Por ello, puede pensarse que la razón de la reciente reforma sea retornar al redil de las reglas de Derecho comunitario a los contratos financieros. Ahora bien, para no incurrir en la consecuencia de considerar a estos contratos como "administrativos típicos", pues tal es su clasificación al regularse en el libro II de la Ley, se subraya de manera expresa que tienen naturaleza privada. Y es que considerar "típicos contratos administrativos" a los contratos de préstamo o seguro parece algo exagerado. ¿Qué prerrogativas puede reconocerse a la Administración ante las fuertes y poderosas entidades bancarias y de

seguros? ¿Cómo va a admitirse que una Administración pueda ejercer sus prerrogativas de interpretación ante un contrato de adhesión, pueda modificar la cuantía o el tipo aplicable a un préstamo, o decida su resolución anticipada? Es más, la entidad financiera puede no atender al aplazamiento de un pago y cuando tiene que amortizar parte del préstamo o modificar el tipo de interés lo hace de manera inmediata con un simple apunte contable. La parte contratante poderosa en estos casos no es la Administración sino la entidad financiera. De ahí lo superfluo de considerar estos contratos como administrativos. Son contratos privados, calificación que había sido reconocida de manera tradicional por los Tribunales. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil) de 8 de noviembre de 1986 (RJ 6221) que advirtió que la Administración local firmante del préstamo no aparecía en el contrato investida de poder con prerrogativas especiales que desvirtuaran el principio de igualdad; ni el contrato estaba revestido de ninguna solemnidad especial, ni poseía una finalidad pública. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil) de 9 de marzo de 1995 (RJ 1844) también calificó al préstamo concertado por un ayuntamiento como contrato civil al advertir que no tenía ninguna vinculación directa con el desenvolvimiento regular de un servicio público, ni se hacía precisa una especial tutela del interés público.

En consecuencia, la nueva regulación respeta, por un lado, la Directiva al sujetar su preparación y adjudicación a las normas contenidas en la Ley, esto es, con lo que se garantizan los principios de publicidad y concurrencia; pero, por otro lado, respeta la conciencia tradicional de considerar que estos contratos financieros se rigen por las clásicas reglas privadas, mercantiles, al no requerirse, en teoría, una especial protección del interés público y un despliegue de prerrogativas de la Administración.

Por lo que afecta a los contratos artísticos, la reciente reforma de la Ley de contratos ha optado por calificarles como contratos privados, pero sometiendo los mismos en sus fases de preparación y adjudicación a las normas contenidas en la Ley, claro reflejo de las directrices comunitarias. Estos contratos se incluyen dentro de los contratos de servicio de "*esparcimiento, culturales y deportivos*", pero no parece conveniente su calificación como administrativos porque las prerrogativas públicas de interpretar, modificar o resolver un contrato pierden sentido en estos trabajos donde el arte, la personal interpretación o la singular genialidad deben presidir el cumplimiento de las obligaciones personalísimas que integran su contenido. El criterio determinante es el del artista, el del escritor, el del intérprete, no desde luego el de la Administración. Por ello parecía un sinsentido extraer de la calificación legal de contrato administrativo típico la prevalencia de las prerrogativas de la Administración durante la ejecución y extinción del contrato.

La propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa, ante varias consultas formuladas por organismos culturales sobre el carácter de estos contratos, declaró que debían calificarse como privados "*al no aparecer vinculadas al giro o tráfico administrativo específico de la Administración contratante, ni satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, ni existe Ley que declare el carácter administrativo de estos contratos...*" (informes de 30 de mayo y 22 de julio de 1996). A mi juicio, esta argumentación, a diferencia de otros importantes y ilustrativos informes de este organismo especializado, no es nada acertada. ¿Cómo negar que la promoción de la cultura no es una función pública, no entra dentro del giro o tráfico administrativo, cuando la misma Constitución

encomienda a todas los poderes públicos, a todos con independencia de su ámbito territorial, la promoción y fomento de la cultura! ¡Qué desgraciado país el que no considera como primordial finalidad pública el fomento cultural!

A mi entender la razón de la preferente calificación de estos contratos artísticos como privados es otra. No significa que no estén vinculados a una finalidad pública, sino que en la ejecución de estos contratos nada prioritario puede imponer la Administración porque el elemento singular de la genialidad y el arte demandan un absoluto respeto y autonomía. De ahí que parezca correcta la solución que ha adoptado la reforma: calificar estos contratos de privados, pero someter su preparación y adjudicación a las normas que derivan del Derecho comunitario.

Sorprende, en fin, la paradójica situación que resulta. El legislador embriada las prerrogativas de la Administración en dos casos: uno, ante el dinero; dos, ante el arte.

3. La delimitación legal entre contratos privados y administrativos.

La primera delimitación legal precisa entre contratos privados y administrativos se realiza con la reforma de la Ley de contratos del Estado en 1973, primero en el artículo 4º de esta Ley y, con posterioridad, de manera más detallada en el artículo 7º de su Reglamento. Estos preceptos, después de definir los contratos administrativos típicos, establecían que tendrían el carácter (¡carácter y no naturaleza!) de contratos administrativos especiales determinados contratos. Algunos nominados de manera explícita: contratos de asistencia regulados en 1974, forestales y de transporte. Mientras que otros de contenido patrimonial, podían tener el carácter de administrativos especiales en algunos casos. A saber, cuando así lo estableciera una Ley, lo que no merece mayor comentario, o concurrieran alguna de las siguientes circunstancias: que estuviera directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público o que revistiera características intrínsecas que hicieran precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato.

En interpretar este apartado se centraba el núcleo del conflicto para delimitar si un contrato era privado o administrativo especial. Y aunque aluda al Derecho derogado no considero ocioso detenerme a recordar unas ideas porque, por un lado, han servido de apoyo a muchas sentencias a las que luego aludiré, y, por otro lado, pueden servir para interpretar los nuevos términos que utiliza la vigente Ley.

En primer lugar, se advertía de la posible calificación como contratos administrativos especiales de los contratos de "préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad y cualesquiera otros". Es decir, que cualquier figura contractual de las reguladas en el código civil o mercantil podía tener en un momento determinado la condición de contrato administrativo especial. En segundo lugar, ya con relación a los criterios determinantes de esa calificación, debían interpretarse en sentido estricto. Porque los términos utilizados por la Ley y el Reglamento manifestaban con claridad la necesidad de circunstancias especiales en el contrato. Así, se establecía que el contrato estuviera vinculado de manera directa, sin otras consideraciones adyacentes o circunstanciales, al desenvolvimiento regular de un servicio público; o que concurrieran características intrínsecas, esto es, esenciales, que requirieran que la tutela del interés público fuera especial. Como puede advertirse la interpretación debía realizarse en sentido riguroso y

estricto, al incidir el legislador con estos adjetivos (directa, intrínseco, especial) en la singularidad del contrato administrativo especial.

La vigente Ley ha modificado la redacción a la hora de definir los contratos administrativos especiales. Pero, en primer lugar, debe notarse también que al aludir a los contratos privados (art. 5.3) menciona determinados contratos, además de los financieros y artísticos a los que ya he aludido *supra*, con lo que parece dar a entender su preferencia por su consideración como contratos privados. ("*Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables...*"). Mientras la normativa anterior admitía que estos contratos patrimoniales pudieran calificarse como administrativos especiales, la nueva redacción parece inclinarse por atribuir el carácter privado a estos contratos. Aunque, a mi juicio, debería primero analizarse si en los mismos concurren las circunstancias especiales que definen a los contratos administrativos especiales, porque el apartado inicia su redacción con los términos "*los restantes*". Es decir, que podrán calificarse los contratos patrimoniales como administrativos especiales, aunque parece que el legislador inclina su preferencia con estas menciones por su carácter privado.

¿Cuáles son, según la vigente Ley, los contratos administrativos especiales? La nueva redacción introducida por la reforma de 1999 alude, a mi entender de manera incorrecta, a aquellos que tengan una "naturaleza administrativa especial", concretando esa naturaleza administrativa, además de que sea declarada en una Ley, en dos circunstancias que han sustituido a las arriba mencionadas del Reglamento. Una, que estén vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante. Dos, que satisfagan de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración contratante.

La introducción de la expresión "giro o tráfico" administrativo acoge la trascendente tesis doctrinal de E. García de Enterría que utiliza este criterio para delimitar el ámbito conceptual del Derecho administrativo, el carácter estatutario del mismo (desde su conocido trabajo "*Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario*", RTDP, 1960). Tiene, por tanto, mucho interés y coherencia entender que cuando la Administración contratante actúa dentro de su "giro o tráfico" debe presidir esa actuación el Derecho administrativo y, por consiguiente, los contratos que se celebren deben ser administrativos. Pero, además, el acierto de esta fórmula tiene otra ventaja al eludir la mención relativa "al desenvolvimiento regular de un servicio público", ante la crisis y renovación que están viviendo los servicios públicos en la actualidad. ¿Qué se entiende por "giro o tráfico administrativo"? En principio, la actuación "típica" de una Administración, el ámbito propio de sus competencias, la esfera específica de sus funciones. Al resumir la jurisprudencia subrayaré qué actividades podrían incorporarse al "giro o tráfico".

Con relación a la segunda circunstancia que puede concurrir en un contrato administrativo especial, se percibe que el legislador tiende a constreñir el ámbito de estos contratos al exigir que no sólo se dirijan a satisfacer una finalidad pública, con sólo estos términos podría plantearse el conflicto de qué contratos celebrados por una Administración no satisfacen una necesidad pública, cuando la Administración por imperativo constitucional ha de servir a los intereses generales, sino que se añade, por

un lado, que la finalidad pública sea de la específica competencia de la Administración contratante y, por otro, que el contrato satisfaga esa finalidad pública de manera directa e inmediata. Estos adjetivos denotan la necesidad de que exista una intrínseca relación del contrato con el fin público, sin que pueda considerarse como accesorio o instrumental. El contrato persigue de forma recta, sin interposición ni necesidad de otras actividades o contratos, una finalidad pública.

Parece que el legislador pretende limitar la existencia de conflictos sobre el carácter de los contratos que celebran las Administraciones públicas, al advertir que sólo tendrán el carácter de administrativos especiales cuando sea palmaria y evidente su relación con la actividad administrativa o la directa e inmediata vinculación para satisfacer una necesidad pública.

4. Los criterios establecidos por la jurisprudencia.

Resulta interesante conocer los criterios que han ofrecido los Tribunales a la hora de resolver los conflictos que se planteaban ante los mismos sobre contratos administrativos especiales o privados, así como cuando se invocaba por alguno de los recurrentes la falta de jurisdicción. No debe perderse de vista, sin embargo, que muchas de las sentencias a las que voy a aludir aplican la normativa anterior a la Ley de contratos.

En este sentido, parece que debe desaparecer la polémica y pronunciamientos contradictorios sobre los contratos de arrendamientos de servicios. En algunas ocasiones los Tribunales sí han advertido la finalidad pública que perseguía el contrato o que se encontraba dentro del giro o tráfico administrativo. Así, por ejemplo, en los contratos con arquitectos para redactar un proyecto de creación de un polígono industrial (STS, s. cont., de 18 de abril de 1988, RJ 3089); o el contrato de arrendamiento de los servicios de un arquitecto para que asesorara mediante informes urbanísticos las peticiones que los particulares dirigían al Ayuntamiento (STS, s. cont., 20 de diciembre de 1995, RJ 8989); o el contrato para redactar un informe sobre el paro juvenil y el relanzamiento de la cerámica de Manises (STS, s. cont., 10 de febrero de 1997). Mientras, en otros casos, se ha calificado como civil el contrato de arrendamiento de los servicios de un abogado para que asesorara al Ayuntamiento en la partición de una testamentaría (STS, s. cont., 25 de noviembre de 1991, RJ 9182):

"es lo cierto que el contrato versaba sobre la recuperación de determinados bienes privados para su distribución conforme a los criterios establecidos en las cláusulas testamentarias por la testadora, por lo que no tenía como objeto específico la realización de servicio público alguno ni tampoco la Administración actuaba ejercitando ningún tipo de prerrogativa ni por último, la actividad de la Administración presentaba un carácter de intensidad especial, por todo lo cual no se aprecia que concurra ninguno de los criterios o parámetros susceptibles de calificar como administrativo el contrato objeto de examen y debe concluirse que se trata de un contrato meramente civil";

o el contrato con un arquitecto para realizar el proyecto de dirigir una obra encaminada a la reforma y ampliación de un Centro de Salud (s. de la Audiencia provincial de

Palencia de 3-5-1995, AC 956). En este caso, no advierte el Tribunal la finalidad pública que persigue directamente el contrato y rechaza la calificación como administrativo al entender que el objeto inmediato del contrato no era la gestión de un servicio público. Incluso afirma la sentencia que

"[debe] mantener la dualidad jurisdiccional para evitar la posible atracción al ámbito administrativo de contratos que son de estricta naturaleza privada, es la que lleva a considerar que los contratos instrumentales, al no tener por objeto directo e inmediato obras o servicios públicos, no pueden ser considerados como de naturaleza administrativa"

Olvida con ello el Tribunal que el proyecto se dirigía a preparar de manera directa una obra pública, lo que debía determinar su carácter administrativo. El mismo criterio ha utilizado la sentencia de la Audiencia provincial de Huesca de 28 de enero de 1998 (AC 57) con relación al contrato celebrado con un arquitecto para que redactara el proyecto de una nave. La circunstancia de que la nave se construyera para cederla a un tercero que se había comprometido a crear puestos de trabajo no fue suficiente para que la sala considerara la existencia de una preferente finalidad pública que debía otorgar al contrato la calificación de administrativo.

También debería desaparecer la disparidad de criterios con relación a los contratos relativos al arrendamiento de espacios para prestar servicios de bar, cafetería o restaurante. Mientras algunas sentencias declaran su carácter civil (como por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, s.cont., de 20 de noviembre de 1996, RJ 8225, o el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 11 de noviembre de 1998, RJCA 4444) otras han defendido su claro carácter administrativo (como la ya citada sentencia del Supremo de 17 de julio de 1999, RJ 5958), al recordar que se trata de un servicio público. Pero es que la propia Junta de Contratación Administrativa al informar sobre las posibilidades de establecer un servicio de cafetería-restaurante en un centro universitario declaró que era posible optar por cualquiera de las dos clasificaciones, aunque podía ser preferente el carácter administrativo como consecuencia del amplio criterio jurisprudencial a la hora de delimitar el concepto de servicio público (Informe de 7 de marzo de 1996). Olvidando con ello la Junta consultiva que entre la relación de categorías de contratos de servicios que enumera el artículo 207 están los contratos de hostelería y restaurante, lo que debía ya desvanecer las sombras de duda sobre el carácter de estos contratos.

Quizá sea en los contratos relativos a las transmisiones y enajenaciones de inmuebles donde la frontera de la calificación sea más compleja, de ahí que existan pronunciamientos dispares. De manera preferente los Tribunales se han inclinado por el carácter privado de las compraventas de inmuebles. Así, la sentencia del Supremo (sala de lo contencioso) de 19 de octubre de 1981 (RJ 4484) que califica la venta de un edificio por la Administración como contrato civil porque el comprador no iba a destinarlo a ninguna finalidad pública o social; también la sentencia del mismo Tribunal (sala de lo civil) de 11 de junio de 1993 (RJ 4827) que condena a un Ayuntamiento balear a cumplir la obligación de abrir un camino a determinadas fincas, obligación que había contraído al ejercitar una opción de compra de inmuebles. La compraventa en la que se insertaba este pacto era una compraventa civil porque no estaba afectada a ningún servicio público, en clara alusión al problema suscitado por la cercanía de un

aeropuerto y las servidumbres de seguridad. También la sentencia (sala de lo civil) de 30 de octubre de 1990 (RJ 8400) declara civil la adquisición de un inmueble en el que se instalaría una residencia par la tercera edad. En fin, la sentencia (sala de lo cont) de 5 de octubre de 1981 (RJ 4064), que analiza una venta de varias fincas por parte del Ayuntamiento de Santurce a la entidad CAMPSA, a pesar de que la finalidad declarada como única era la obtención de recursos para mejorar el abastecimiento de agua, afirma que:

"nos encontramos ante un contrato civil, aunque el mismo esté celebrado entre dos entes públicos como lo son el Ayuntamiento de Santurce y el propio Estado Español, y si la finalidad perseguida por el Ayuntamiento demandado, y como se desprende de los antecedentes en la anterior motivación examinados, fue la de obtener recursos económicos con los que financiar la indispensable mejora de su abastecimiento de aguas, dicha finalidad en modo alguno trasciende al contrato celebrado, y mucho menos puede cambiar su naturaleza jurídica convirtiendo un contrato privado sometido al derecho civil en un contrato administrativo sometido a esta especial rama del derecho público."

Sin embargo, otros pronunciamientos subrayan la existencia de una finalidad pública para advertir el carácter administrativo del contrato. Así, por ejemplo, la sentencia del Supremo (sala de lo civil) de 28 de octubre de 1991 (RJ 7241) declara la falta de jurisdicción e incompetencia de los Tribunales civiles para conocer de la demanda formulada por una sociedad que adquirió una parcela de un polígono industrial gestionado por el Instituto para la promoción pública de la vivienda, al entender que dicha compraventa estaba afectada a un servicio público, la reindustrialización de la zona, y por ello podía ser calificada de contrato administrativo especial. El Tribunal recuerda que el contrato se ha realizado dentro de la esfera específica de la competencia del organismo público y para satisfacer un interés general.

Y entre los últimos pronunciamientos, tienen interés las siguientes sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que declaran el carácter administrativo de las compraventas de inmuebles. Por un lado, la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de julio de 1999 (RJCA 2534), al advertir que la casa que adquirió el Ayuntamiento era para instalar una dependencia del Servicio de Bienestar Social, la "Casa d'Avis", declara que:

"...El acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Sant Pere de Ribes, de fecha 8 de septiembre de 1992, por el que se decidió adquirir los locales litigiosos, dice que el destino final de los mismos es el de «Casal d'Avis» y la propuesta tiene su origen en la Regidora de Bienestar Social. Pues bien, es la finalidad del contrato lo que, fundamentalmente, ha de determinar la naturaleza de éste y, concretamente, la «especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato» (STS de 11 de junio de 1996 [[RJ 1996\6123](#)]). En el presente caso, esta última finalidad de destinar los bienes adquiridos a una finalidad pública, como es el «Casal d'Avis», conectado claramente con el área de Bienestar Social del Ayuntamiento demandado, es lo que ha de conducir a considerar que la naturaleza

del mismo es administrativa y, por ello, es esta jurisdicción la llamada a conocer de todo lo relativo al desarrollo del contrato. Por consiguiente, es procedente la desestimación de esta causa de inadmisibilidad."

Por otro, también es la existencia de una finalidad pública la que determinó que el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en su sentencia de 30 de junio de 1999 (RJ 2525) declarara que una adquisición de terrenos tiene carácter administrativo, al tener por objeto la instalación de nuevas tuberías para el abastecimiento de agua:

"...La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso, atendiendo al contenido del contrato o pacto cuestionado que no es otro que la cesión de terrenos, en parcelas del actor, para la ejecución de las obras consistentes en la instalación de las conducciones de agua potable, dentro del proyecto de «Abastecimiento de Agua Potable a la Colonia de Sant Jordi», deben conducir a estimar la naturaleza administrativa del mismo por cuanto viene determinado por la prestación de un servicio público por parte del Ayuntamiento y que el objeto o visión finalista de dicho negocio debe marcar la diferencia con un contrato civil. Se trata de realizar una conducción de agua potable -dentro del servicio público municipal de abastecimiento de agua- para lo cual es necesario proceder a la instalación de tuberías en terrenos privados, y esta finalidad, afecta a dicho servicio, debe ser suficiente para calificar el contrato cuestionado de administrativo, y con ello, la competencia de esta Jurisdicción para conocer del presente recurso; de ahí que deba desestimarse la causa de inadmisibilidad alegada."

En fin, mientras la sentencia del Supremo (sala de lo civil) de 7 de noviembre de 1983 (RJ 5959) calificó de administrativa la donación de inmuebles que realizó el Ayuntamiento a favor de la Administración del Estado para instalar unas dependencias públicas; la Junta Consultiva de Contratación a instancia de la Tesorería de la Seguridad Social ha informado, sin extensos razonamientos, que los contratos de compraventa o arrendamiento que se realicen tiene el carácter de privados (Informe de 11 de noviembre de 1997).

Menores discrepancias ha suscitado la venta de bienes muebles por las Administraciones. La sentencia del Supremo (sala de lo contencioso) de 19 de mayo de 1986 (RJ 3074) al inadmitir la reclamación de daños y perjuicio de una persona, que había adquirido unos melocotoneros a la antigua Diputación asturiana y que después había comprobado que eran de distinta especie y clase, argumenta que la responsabilidad era contractual, no extracontractual, al haberse dado *alio pro alia* y que el contrato debía calificarse como civil, porque:

"puede en absoluto desprenderse que la venta de árboles frutales producidos por un establecimiento dependiente de una Diputación Provincial esté comprendida dentro de su giro o tráfico específico o de la actividad típica del ámbito competencial de ella, y mucho menos que tenga por finalidad obras o servicios públicos, puesto que una cosa es que dentro de las competencias de una Entidad tal esté el

establecimiento de granjas y campos de experimentación agrícola, protección a la agricultura y servicio social agrario y el sostenimiento de viveros (por cierto sólo forestales, y otra distinta el que el vender las producciones obtenidas sea algo propio y consustancial de la competencia atribuida o se haga teniendo como fin obras o servicios públicos"

Este mismo criterio es el que mantiene la Junta Consultiva de Contratación al resolver la consulta sobre el carácter de las enajenaciones agropecuarias que realizan los establecimientos públicos (venta de caballos o de diversos productos agrícolas) que califica de contratos civiles (Informe de 11 de noviembre de 1997).

Otro gran grupo de contratos que ha suscitado frecuentes disparidades es el relativo al arrendamiento de bienes de las Administraciones públicas o contratos de aprovechamiento y uso. En principio, los arrendamientos de fincas o inmuebles de las Administraciones han sido calificados como contratos privados. Así, en la sentencia del Supremo (sala de lo contencioso) de 14 de julio de 1982 (RJ 5412) que declaró civil el arrendamiento de bienes de propios del Ayuntamiento o la sentencia de la Audiencia provincial de Burgos de 14 de abril de 1993 (AC 511) que atiende el conflicto que suscita el arrendamiento de varias fincas rústicas por el Ayuntamiento. Esta sentencia declara también estos arrendamientos civiles al no advertir en los mismos ninguna circunstancia que precisara una especial tutela del interés público ni manifestaban una actividad del Ayuntamiento que persiguiera la satisfacción general.

Muy ilustrativa es la sentencia del Supremo (sala de lo civil) de 8 de octubre de 1996 (RJ 7513) que resuelve el conflicto suscitado con varios arrendamientos de locales que están situados en el inmueble donde también está alojado el mercado municipal. De manera detallada desgrana el Tribunal los argumentos que acreditan el carácter patrimonial de estos locales, así como su falta de inserción en el servicio público del mercado municipal, al estar separados e independientes y vender productos que no podían calificarse de primera necesidad. Además, el contrato tampoco podía integrarse en el conocido giro o tráfico administrativo,

"en el ámbito concreto de las competencias cuyo ejercicio constituye su misión y responsabilidad específica... su finalidad no es la de la prestación de un servicio público de competencia y responsabilidad del Ayuntamiento de Pamplona dado que, como se ha dicho, ni los locales a que aquellos contratos se refieren están integrados en forma alguna en el mercado ubicado en el mismo edificio, sino que son independientes de él, ni las actividades comerciales que en ellos se desarrollan, muy variadas, suponen actividad complementaria de las que en el mercado tienen lugar..."

De ahí que se concluya atribuyendo el carácter civil a estos arrendamientos. En fin, también se declaró civil el contrato de comodato existente entre la Administración estatal y una asociación cultural que disfrutaba del inmueble en la sentencia del Supremo de 31 de diciembre de 1992 (RJ 10670), que estimó la acción reivindicatoria ejercitada.

En otras ocasiones, sin embargo, los Tribunales han defendido el carácter administrativo de los arrendamientos de inmuebles al advertir la existencia de una actividad cultural "destinada a la proyección cinematográfica y realización de actos de naturaleza cultural y artística en general" (STS, s.cont. 13-2-1990, RJ 1430), o con relación a los contratos de arrendamientos de las plazas de toros (STS de 13-7-1987, RJ 6888; STS, s.cont. 29-6-1990, RJ 5756). Así como los contratos para almacenar el maíz realizados por el antiguo SENPA (STS, s.cont. de 13-2-1990, RJ 1430).

Dispar ha sido también el criterio relativo a los contratos de aprovechamientos de los montes públicos o los contratos para realizar monterías. Mientras la sentencia de la Audiencia provincial de Córdoba de 17 de enero de 1992 (AC 119) declaró el carácter civil del mismo, la sentencia de la Audiencia provincial de Cuenca de 30 de diciembre de 1995 (AC 2455) se inclinó por calificar el aprovechamiento como administrativo. Y, a mi juicio, éste debería ser el criterio preferente. No sólo por la tradicional calificación de administrativos de los contratos forestales, sino porque realmente estos contratos pueden integrarse dentro del giro o tráfico administrativo. Las Administraciones forestales deben velar por el mejor aprovechamiento de los montes y bosques, de ahí que deban ordenar de manera correcta su aprovechamiento.

En fin, por último, quisiera recordar una sentencia del Tribunal Supremo que también aborda el problema de la calificación del contrato al plantear el Abogado del Estado la excepción relativa a la falta de jurisdicción de la sala de lo civil que conocía del recurso. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1983 (RJ 3288) y tiene su origen en la reclamación que plantea el propietario de un cuadro que había contratado en 1975 un depósito con la Administración estatal para su exhibición en exposiciones en capitales europeas sobre el siglo de oro español. El lienzo sufrió graves deterioros y el paciente propietario inició los trámites para que la Administración costeara la restauración del lienzo, así como para que le indemnizara de los daños y perjuicios ocasionados. Ante el Supremo el Abogado del Estado suscita la incompetencia de jurisdicción al argumentar que el contrato debía calificarse como administrativo. El Tribunal, sin disimular una cierta irritación, rechaza que el contrato se inserte

"dentro del estricto giro o tráfico administrativo entendido como ámbito de actuación que corresponde a las funciones peculiares de la misma Administración, a la cual, por otra parte, en fuerza del principio de buena fe, que ha de regir sus relaciones con los administrados, no le es lícito, en este caso, ampararse en sutiles y discutibles elaboraciones acerca de la naturaleza administrativa de un contrato, celebrado con un particular, bajo un pie de igualdad, para dilatar por más tiempo su enfrentamiento con la postulada indemnización por unos daños acaecidos en el ya lejano primer semestre de 1976..."

A mi juicio, no es disparatado calificar un contrato de depósito y exhibición de administrativo especial. La difusión cultural, la promoción del conocimiento artístico e histórico entra sin lugar a dudas en el giro o tráfico de la Administración pública. Además, puede interesar a la Administración, por ejemplo, prorrogar el contrato de depósito de los cuadros o modificar alguna de sus cláusulas ante la particular acogida de la exposición. Sin embargo, aplaudo la sentencia porque no debe facilitarse la utilización de sutiles argucias para provocar artificiales discusiones procesales y retrasar más los derechos de los ciudadanos. ¿Qué incidencia real, práctica, con relación

a la reclamación de la indemnización tendría haber declarado el contrato como administrativo? Ninguna. No derivaría ninguna consecuencia sustantiva sobre la indemnización, porque la responsabilidad contractual, ya sea el contrato administrativo o privado, se extiende siempre sobre todos los daños originados. El único efecto de calificar en ese caso el contrato de depósito como administrativo hubiera sido la necesidad de reiniciar el recurso ante la jurisdicción contenciosa y esperar quizá durante otros siete años a que todas las instancias se pronunciaran.

5. ¿Una proposición radical?

Tras este análisis parece oportuno sintetizar algunas conclusiones. En primer lugar, estimo que la reforma de la Ley de contratos no ha avanzado en ofrecer pautas claras para calificar los contratos que celebran las Administraciones públicas como administrativos o privados. Podemos seguir discutiendo, con apoyo en los términos legales, si el contrato tiene carácter privado o si puede calificarse en un caso determinado como administrativo especial. Siempre será posible apuntar matices y observaciones sobre su mayor o menor vinculación al giro o tráfico administrativo, así como su más o menos directa e inmediata contribución a la satisfacción de una finalidad pública.

Pero es que además, en segundo lugar, no se advierte en estos conflictos que, con relación al fondo del asunto, esto es, al derecho aplicable, se susciten problemas sobre la utilización de extraordinarias prerrogativas de las Administraciones que pretendan incidir en la ejecución o resolución de los contratos. Las reclamaciones y demandas siempre se refieren a incumplimientos de obligaciones propias y características del régimen tradicional de los contratos. No se originan con frecuencia problemas relativos a la interpretación forzosa que quiere imponer la Administración contratante o a la modificación del contrato por la Administración. Reparar en esta observación incide en considerar más perturbadora que plausible la distinción entre contratos administrativos especiales y contratos privados de las Administraciones públicas.

De ahí que, a mi juicio, la atribución a dos órdenes jurisdiccionales distintos, según el contrato sea calificado como privado o administrativo, sólo consigue enredar el conflicto y retrasar durante más tiempo una sentencia definitiva. Por ello, considero que sí supondría un avance atribuir el conocimiento de todos los recursos al orden contencioso administrativo. Con independencia de que el contrato sea calificado como civil o administrativo deberían conocer siempre del mismo los Jueces y Tribunales contenciosos. Estos aplican con igual rigor técnico el derecho civil que el administrativo, pues la formación jurídico-privada es común para todos los jueces, lo que no ocurre con la formación jurídico-pública, que es privativa de los jueces contenciosos.

Otro ejemplo similar, de infructuosa discusión sobre el orden jurisdiccional concededor del conflicto hemos vivido ya con relación a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones (aunque a pesar de la claridad de las leyes aún queda alguna escasa y terca propuesta que reconoce la jurisdicción civil o laboral). La declaración de la unidad de fuero en el ámbito de la responsabilidad no ha originado especiales problemas, es más, la doctrina ha subrayado sus beneficios. En consecuencia, ¿no sería preferible también unificar el fuero en materia de contratos?

Es cierto que la atribución en el siglo pasado a los jueces contenciosos del conocimiento de los conflictos relativos a los contratos de obras públicas y gestión de servicios públicos originó el nacimiento de la figura de los contratos administrativos y el reconocimiento a la Administración de singulares prerrogativas. Pero no debe invocarse este argumento con el temor de que con esta propuesta se incorporen a todos los contratos que celebren las Administraciones públicas sus privilegios. Personalmente no creo que sea necesario hoy día reconocer en los contratos privados prerrogativas a las Administraciones. En el siglo XIX se construía el Derecho administrativo y parecía necesario subrayar las facultades del poder público. Pero hoy en día las potestades públicas están definidas y, lo que es más importante, están sometidas al control judicial. Cualquier decisión administrativa se somete al tamiz de los jueces y tribunales contenciosos que además, con frecuencia, administran una justicia cautelar. Por ello, no considero que la atribución del conocimiento de los conflictos de todos los contratos de las Administraciones a la jurisdicción contenciosa deba suponer la ampliación de la órbita de aplicación de las prerrogativas. Este orden jurisdiccional especializado en el actuar administrativo lleva a sus justos términos las potestades administrativas y reprende con rigor y de forma resuelta el abuso de poder.

No debe olvidarse también que cada vez es más frecuente en la práctica contractual especificar y detallar matizaciones a las tradicionales obligaciones en el texto del contrato, en virtud de la libertad de que gozan los contratantes y así no sería obstáculo para la Administración incorporar en las cláusulas contractuales las consideraciones que se estimen convenientes para alcanzar el fin público que toda actuación administrativa persigue. Una atenta precisión en la redacción de las cláusulas puede ahorrar futuros conflictos sobre la modificación de las obligaciones. Y las dudas sobre la interpretación de estas cláusulas, siempre serán decididas por los jueces ante las argumentaciones que se presenten en los recursos pertinentes, porque el reconocimiento de la prerrogativa de la interpretación del contrato ha perdido gran parte de su prístina tensión.

A mi juicio, en el seno del proceso contencioso, los jueces y tribunales de este orden pueden advertir si es precisa o conveniente alguna protección del interés público, requerida por la concreta necesidad pública a satisfacer. Esto es perfectamente posible porque es del acervo del derecho común de donde procede el aforismo *taciti et expressi in contractibus est eadem virtus*. El contrato obliga a todo lo que de él derive por naturaleza, "a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley" (art. 1258 CC).

Muchos son los pronunciamientos que insisten en el sentido de que la vinculación a lo pactado no queda circunscrita a la literalidad de las cláusulas, sino que se extiende a todo aquello que derive de la naturaleza de las obligaciones pactadas. Entre otras, por ejemplo, la sentencia del TS (sala de lo civil) de 26 de octubre de 1995 (RJ 8349) subraya que:

"La buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar (precontrato) queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; así,

quien contrata o emite un consentimiento cual el promitente u oferente queda obligado, por un principio de normalidad instaurado en el art. 1258 del Código Civil, a todas las consecuencias que, según la manifestación de voluntad y su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, lo que hizo decir a esta Sala (Sentencias de 8 julio 1981 [RJ 1981\3053], 21 septiembre 1987 [RJ 1987\6186] o 22 octubre 1991 [RJ 1991\7234]) que la buena fe de este artículo no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo...), a la que se alude en el art. 7 del Código, que consagra como norma el principio general de Derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (Sentencias de 3 diciembre 1991 [RJ 1991\8906] y 9 octubre 1993 [RJ 1993\8174], citadas en la de 8 junio 1994 [RJ 1994\4905])."

Por consiguiente, siempre es posible en virtud del análisis de la naturaleza del contrato, de la finalidad perseguida, que los jueces y tribunales adviertan las consecuencias que del contrato derivan para dotarle de una coherente eficacia. No parece necesario, a mi juicio, reconocer especiales prerrogativas a la Administración contratante para atender al interés público, porque de la causa del contrato pueden los jueces y tribunales extraer las oportunas consideraciones para atender al fin público perseguido.

Por último, aunque no lo menos importante, al formular esta propuesta de unidad de fuero saldrían ganando los ciudadanos pues no se podrían suscitar más excepciones de falta de jurisdicción, ni se retrasaría analizar el fondo del conflicto con sutiles argucias sobre la naturaleza intrínseca del contrato. Los jueces y tribunales atenderían desde el primer momento al fondo del conflicto que es lo trascendente para la justicia, más allá de la ventanilla concreta en que se imparta.

Considero este beneficio esencial. No hay que olvidar que entre el contenido del tan repetido derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se encuentra la necesidad de que no existan dilaciones indebidas. ¡Y cuánta dilación supone el uso de la excepción procesal de falta de jurisdicción, cuando no existe una distinción clara y diáfana en el Derecho aplicable!