

INSTITUTO GARCÍA OVIEDO

LOS ORÍGENES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ
DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR AYUDANTE DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

EDITORIAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INSTITUTO GARCÍA OVIEDO

LOS ORÍGENES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ
DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR AYUDANTE DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID



SEVILLA, 2018

Colección: Derecho. Instituto García Oviedo
Núm.: 20

COMITÉ EDITORIAL

José Beltrán Fortes
(Director de la Editorial Universidad de Sevilla)
Araceli López Serena
(Subdirectora)

Concepción Barrero Rodríguez
Rafael Fernández Chacón
María Gracia García Martín
Ana Ilundáin Larrañeta
Emilio José Luque Azcona
María del Pópulo Pablo-Romero Gil-Delgado
Manuel Padilla Cruz
Marta Palenque Sánchez
José-Leonardo Ruiz Sánchez
Antonio Tejedor Cabrera

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistemas de recuperación, sin permiso escrito de la Editorial Universidad de Sevilla.

EDICIÓN DIGITAL DE LA PRIMERA EDICIÓN IMPRESA EN
1963

© EDITORIAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA 2018
Porvenir, 27 - 41013 Sevilla
Tlfs.: 954 487 447; 954 487 452; Fax: 954 487 443
Correo electrónico: eus4@us.es
Web: <<http://www.editorial.us.es>>

© JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ 2018

ISBNe: 978-84-472-2086-1
DOI: <http://dx.doi.org/10.12795/9788447220861>
Digitalización y realización interactiva:
Ic Editorial. iceditorial@iceditorial.com

LOS ORIGENES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
EN EL DERECHO ESPAÑOL

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ

**LOS ORIGENES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
EN EL DERECHO ESPAÑOL**

LOS ORIGENES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
EN EL DERECHO ESPAÑOL

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ

A Eduardo García de Enterría, mi maestro.

INTRODUCCION

En otra ocasión hemos hecho notar que, desde el punto de vista de las relaciones entre los diversos poderes del Estado, la característica más sobresaliente de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su última regulación, es su carácter judicialista.¹ La misma Exposición de Motivos de la Ley Reguladora lo afirma en términos que no admiten duda: «La ley es judicialista siguiendo la orientación que impuso la ley de 5 de abril de 1904, en cuanto confía la Jurisdicción contencioso-administrativa a verdaderos tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por Magistrados profesionales, con los deberes e incompatibilidades propios de su cargo».

¹ Vid. mi trabajo: *La responsabilidad criminal de los funcionarios y sus obstáculos*, en "Revista de Administración Pública", núm. 31, 96 y ss.

Nada tenemos que objetar a esta judicialización de lo contencioso-administrativo, máxime cuando este encuadre dentro del poder judicial ha tenido una compensación tan provechosa, y de la que tan fecundos resultados es de esperar, cual es la especialización de los propios Magistrados que han de juzgar el actuar administrativo. Sin embargo, creemos que de este hecho, que de esta generosa sumisión de la Administración a la fiscalización del poder judicial, no se han extraído todas las consecuencias debidas en orden a alcanzar el máximum de control sobre la actividad administrativa en cuanto exigencia del principio de legalidad.

Nuestra queja va dirigida contra un punto concreto: el reparto de competencia en materia contractual entre la Jurisdicción administrativa y la jurisdicción ordinaria. En este punto la Ley Reguladora nada ha innovado. La actividad administrativa de derecho privado sigue domiciliada en la Jurisdicción contencioso-administrativa. Antes, según el artículo 5 de la Ley de 1894, a pesar de su naturaleza civil (lo que se expresaba por el término adversativo *sin embargo*), los contratos que celebra la Administración, si tenían por finalidad obras o servicios públicos, entraban en la Jurisdicción administrativa. Ahora, según el artículo 3, apartado a)

de la Ley Reguladora «cualquiera que sea su naturaleza jurídica» (*privada*), continuarán en la Jurisdicción administrativa si concurre en ellos la finalidad, obras o servicios públicos.² Por ello, las relaciones jurídicas de Derecho privado en que interviene la Administración, entran, sólo en parte, dentro de la Jurisdicción administrativa. Esta entrada parcial es la que expresa la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora, al decir que la competencia de la Jurisdicción, sólo *normalmente* está determinada por la esencia y propio contenido del Derecho administrativo. La anormalidad viene dada por estos contratos, por naturaleza civiles, de que conoce la Jurisdicción administrativa. Y este es, precisamente el objeto de nuestra queja: que se haya mantenido el reparto de com-

² En contra, S. MARTIN RETORTILLO (*El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Sevilla, 1960, págs. 158 y ss.) interpreta la expresión legal "cualquiera que sea su naturaleza", para que el texto de la ley no carezca de significado, en el sentido de referirla a la posible naturaleza pública o privada de los contratos de la Administración. Entendemos, por el contrario, que el texto de la Ley tiene sentido con referencia a las diversas naturalezas jurídicas existentes dentro del Derecho privado. Así los contratos privados de la Administración pueden ser civiles, mercantiles, laborales, y dentro de éstos caben a su vez nuevas distinciones por diversidad de naturaleza. Sobre la interpretación del término "sin embargo" y la naturaleza privada de los contratos, vid. GARCIA DE ENTERRIA, *La configuración del recurso de lesividad*, en "Revista de Administración Pública", núm. 15, págs. 112 y ss.

petencias en materia contractual; que se haya mantenido dentro de los mismos límites; que no se haya otorgado a la Jurisdicción administrativa, competencia para conocer de todos los contratos privados en que la Administración es parte. Las razones en que apoyamos nuestra crítica las examinamos a continuación.^{2 bis}

El primer cargo que cabe formular contra el reparto de la competencia en materia contractual, es que tiene su origen en una larga

^{2 bis} Queremos dedicar un breve comentario al artículo 41 de la ley de Régimen Jurídico, cuya redacción nos parece en contradicción evidente con el artículo 3 de la Ley Reguladora. Creemos que la intención del legislador en la Ley de Régimen Jurídico ha sido solamente la de regular la responsabilidad extracontractual del Estado, distinguiendo dentro de ésta la ocasionada por la actividad de los servicios públicos (artículo 40) de la ocasionada por los entes privados del Estado y su patrimonio privado (artículo 41) provocando, la primera, la competencia de la jurisdicción administrativa, y la segunda, la competencia de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, el artículo 41, al usar la expresión “cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado”, sin más precisiones ni salvedades, extravasa el supuesto de responsabilidad extracontractual, por daño originado por el dominio privado del Estado y de los entes privados de él dependientes, y viene a comprender los supuestos de responsabilidad contractual originados por el incumplimiento de todos los contratos privados del Estado. Por esta vía, los de esta indole que tuviesen por finalidad obras y servicios públicos, vendrían a ser sustraídos a la competencia de la jurisdicción administrativa. Esta, repetimos, creemos que no ha sido la intención del legislador, pero el peligro de esta interpretación por el uso del término “relaciones”, que incluye forzosamente los supuestos de responsabilidad contractual, obliga, con urgencia, a postular la oportuna reforma.

lucha entre los Tribunales y una Jurisdicción administrativa no judicialista. Es fruto este reparto, en otras palabras, de una transacción entre el poder judicial y el ejecutivo, que se consideraban defensores de unos intereses privados y públicos, contrapuestos. Desaparecida la causa de esta fricción, por la existencia de una jurisdicción administrativa judicialista, su efecto, en cuanto limitativo de su competencia, debía de haber dejado de pesar cuando en 1956 la nueva Ley Reguladora establece de nuevo el reparto de la materia contractual entre una y otra jurisdicción.

Por otra parte, y este es el principal motivo, los contratos privados que la Administración celebra, tengan o no por finalidad obras y servicios públicos, están sometidos a un régimen mixto de Derecho público y privado, en el cual las reglas de Derecho público guardan su individualidad propia, por tratarse no de un régimen de fusión, sino de yuxtaposición.³ La domiciliación en la Jurisdicción ordinaria de parte de los contratos privados de la Administración implica, por consiguiente, que aquella Jurisdicción haya de pronunciarse sobre la aplicación de

³ LAMARQUE, *Recherches sur l'application du Droit privé aux services publics administratifs*, París, 1960, pág. 529.

normas de Derecho público, constituidas fundamentalmente por las que regulan la formación de los contratos y las que marcan la competencia para contratar, a las que se reconduce el problema de capacidad. ¿Y esta apreciación de la validez de los contratos privados de la Administración, respecto a la aplicación en los mismos de normas de Derecho administrativo, no excede de la propia competencia de la Jurisdicción ordinaria y quebranta la ecuación Derecho administrativo-jurisdicción administrativa, que establece el artículo 1 de la Ley Reguladora? ¿Y si a la Jurisdicción ordinaria se le niega competencia sobre estos extremos, no quedan estas normas sin posible fiscalización ante la resistencia de nuestra jurisprudencia, a admitir la fiscalización por la Jurisdicción administrativa de los actos separables y la falta de regulación, por otra parte, de un recurso de interpretación ante esta última?⁴

Pero también son razones prácticas las que aconsejan la unidad de jurisdicción. Los litigantes deben saber con claridad cuál es la jurisdicción donde deben ejercitar sus pretensiones. Por contra, llevamos más de un

⁴ Sobre el primer punto, GARCIA TREVIJANO, *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo*, en "Revista de Administración Pública", núm. 28, pág. 164.

siglo, concretamente desde 1845, en que los contratantes con la Administración han encontrado en el confuso criterio de bipartición de competencias un serio obstáculo al reconocimiento de sus pretensiones, originándose vías inútiles, declaraciones de incompetencia e, incluso, reduplicación de procesos en una y otra jurisdicción, en la apreciación de una misma relación jurídica.⁵ JEZE, en su comentario al arrêt «Société des Granits des Vosgues», declaraba en 1914: *«Si hay alguna condición esencial de una buena organización jurisdiccional, es ésta: que los litigantes puedan determinar fácilmente, rápidamente, el Tribunal ante el que hayan de comparecer. Toda regla de competencia difícil de interpretar es mala. Expone a los litigantes a errores y por consecuencia a pérdidas de tiempo y de dinero. El servicio*

5 Como un ejemplo de reduplicación de procesos sobre una misma relación, pueden verse las sentencias de 15 de octubre de 1960, de la Sala Primera, y la sentencia de 21 de septiembre de 1960, Sala Tercera, publicadas simultáneamente en el B. O. del E. de 23 de noviembre de 1960, en las que se discute una misma relación jurídica: la cesación de un contrato de concesión de servicio de una explotación de cantina en una estación. La primera sentencia recae dentro de un procedimiento de desahucio y el T. S. califica la relación de contrato de arrendamiento de industria; la segunda recae en un proceso contencioso-administrativo y califica la relación de concesión de servicio. El peligro de esta duplicidad es que pueda originar fallos contradictorios. De todas formas la reduplicación de gastos y molestias para los administrados es indudable.

de justicia debe estar organizado para los litigantes y no para los jueces o para los abogados y procuradores». Y añade: «por esto sólo, porque el criterio propuesto por el Comisario del Gobierno L. Blum y aceptado por el Consejo de Estado es sutil y de interpretación difícil, es prácticamente detestable».⁶ Y LAMARQUE ha puesto de palpitante actualidad en el Derecho francés, este viejo problema de repartición de competencias. Los supuestos en nuestro Derecho son similares, si no dogmática, sí, al menos prácticamente, y, por ello, suscribimos integralmente sus afirmaciones: «Para los contratos, como para los agentes de la administración y el dominio, una sola jurisdicción debe ser competente. Atendiendo a la fusión de los órdenes jurisdiccionales, administrativo y judicial, que, avidentemente hace posible la mejor solución, ésta no puede ser otra, en el estado actual de nuestro sistema jurídico, y en razón de su especialización, que la Jurisdicción administrativa. Nada le impide aplicar los principios de Derecho privado; presenta las mismas garantías que la Jurisdicción civil y después de la Reforma de 1953, con la nueva organización de los Tribunales

6 Cit. por LAMARQUE, pág. 528.

*administrativos, se ha reconciliado con los litigantes».*⁷

Pero algo puede hacerse mientras esta reforma no se efectúa. Una jurisprudencia particional, con criterio restrictivo, había limitado la competencia de la Jurisdicción administrativa en los contratos de Derecho privado a sólo aquellos que tuvieran por finalidad *directa e inmediata* un servicio público. La exigencia de esta inmediatividad entre el contrato y el servicio, a pesar de la reiteración con que era exigida, no ha sido recogida por el artículo 3 de la actual Ley Reguladora, por lo que el criterio de la finalidad creemos que no debe ser entendido con esta restricción. Con ello todos los contratos privados que encajan en la categoría de los llamados instrumentales, deben tener libre entrada en la Jurisdicción administrativa.⁸

El sistema que propugnamos en orden a

⁷ LAMARQUE, pág. 529.

⁸ Sobre el concepto de contrato instrumental, CAMMEO (*I contratti de la publica amministrazione, Firenze, 1954* (páginas 121 y ss.). Opone el autor los contratos instrumentales a los finales. Los primeros tienen por objeto el procurarse la Administración los medios y servicios necesarios para el sostenimiento de sus órganos. Por contra, los contratos finales tienen por finalidad procurar a los administrados ciertos servicios *uti singuli*, e implican una salida de bienes y servicios de la Administración a los administrados; también GARCIA TREVIJANO: *Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local*, en "Revista de Estudios de la Vida Local", núm. 87, pág. 316.

la competencia para la materia contractual no carece de antecedentes en nuestro Derecho. Es más, el diseño ordinario de la Jurisdicción administrativa partía de este supuesto: la atribución a la Jurisdicción administrativa de todos los litigios originados por los contratos en que la Administración era parte. En este sentido, el artículo 1 del Reglamento de 30 de diciembre de 1846, sometió a la jurisdicción del Consejo Real *«las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los remates, y contratos celebrados directamente por el Gobierno, o por las Direcciones Generales de los diferentes ramos de la Administración»*, y si bien el artículo 8 de la Ley de 2 de abril de 1845 usó la expresión *«para toda especie de servicio y obras públicas»*, esta expresión no se formuló con alcance limitativo, sino que la atribución de competencia a los consejos provinciales, se realiza *«para todos los negocios de naturaleza civil»*, y, por ende, *«de los contratos de cualquier especie»*, celebrados por la Administración con los particulares» (artículos 2 y 3 del Real Decreto de 23 de abril de 1846). A partir de este momento se inicia la pugna Tribunales-Administración originadora del criterio particional con casi medio siglo de retraso al planteamiento de análogo problema en el

Derecho francés, del que se importan con las construcciones legales los opuestos criterios de la lucha por las competencias. El hecho de esta importación es lo que justifica nuestro trabajo sobre el origen de la bipartición de competencias en el Derecho francés, pues, sin esta referencia, el estudio posterior de análogo problema en nuestro Derecho no podría ser correctamente entendido y valorado.

Es esta misma circunstancia la que justifica la amplia referencia a la doctrina de CORMENIN sobre los contratos de la Administración, por responder el sistema que propugna para éstos a un tratamiento mixto, equidistante del que correspondería a las materias puramente administrativas y puramente civiles, y que se recogerá en el Real Decreto de 27 de febrero de 1852. Sistema éste que no explica por sí solo el origen de las prerrogativas de la Administración en el contrato, ya que si bien la técnica paccionada no deja de producir su efecto, pues en cierto modo aquellas prerrogativas tienen su base en una cláusula del contrato, son más bien consecuencia del sistema procedimental contencioso-administrativo, lo que pone peligrosamente en tela de juicio buena parte de la pretendida substantividad del contrato administrativo.

El estudio del origen de la bipartición de competencias en el Derecho español no tiene, por otra parte, un interés meramente histórico. Y ello, porque la jurisprudencia de la Jurisdicción administrativa, en la época que estudiamos desde 1845 a 1875, creemos puede tener el mismo interés que el estudio similar de cualquier otra etapa, porque desde entonces hasta ahora la bipartición de competencias entre la Jurisdicción administrativa y la ordinaria se verifica sobre la repetida fórmula «para toda especie de servicios y obras públicas». La crítica, pues, que es posible verificar de la bipartición operada en aquella época puede ser válidamente trasladada a la presente, y lo mismo puede afirmarse acerca del alcance real del sistema de prerrogativas de la Administración en el contrato, ya que las soluciones del Real Decreto de 27 de febrero de 1852, todavía perduran en el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 y en su reforma por la Ley de 20 de diciembre de 1952.

INDICE

	<u>Página</u>
INTRODUCCION	7
<i>PRIMERA PARTE</i>	
LOS ORIGENES DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA SOBRE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO FRANCES ...	19
CAPITULO I.— <i>Los antecedentes en el antiguo régimen y el condicionamiento constitucional del reparto de competencias</i>	21
1.º—La materia contractual en la Jurisdicción administrativa del “Ancien Régimen”	21
2.º—El impacto de la revolución y de la nueva forma de entendimiento de la división de poderes en la formulación de los criterios de atribución de competencias	25
3.º—El fuero de la Administración en materia contractual como consecuencia del concepto orgánico del acto administrativo	32
4.º—El principio del Estado-deudor	37
CAPITULO II.— <i>Los principios legales y doctrinales del reparto de competencias</i>	41

	<u>Página</u>
1.º—La formulación positiva de la exención jurisdiccional: Los textos de atribución expresa a la jurisdicción administrativa	41
2.º—La naturaleza privada de los Municipios y su debilitada protección frente a los Tribunales...	46
3.º—Los criterios doctrinales de la repartición de competencias	51
CAPITULO III.— <i>Las normas de fondo aplicables a los contratos dentro de la Jurisdicción administrativa, la exigencia de formalidades y la articulación de la prerrogativa en el pensamiento de Cermenin</i>	57
CONCLUSIONES	64
 <i>SEGUNDA PARTE</i> 	
LOS ORIGENES DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA SOBRE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO ESPAÑOL ...	69
CAPITULO I.— <i>Antecedentes: Desde la Constitución de Bayona a 1845</i>	71
CAPITULO II.— <i>Los criterios doctrinales de la competencia administrativa en materia contractual</i>	81
1.º—Criterio orgánico	85
2.º—El criterio de la naturaleza del Derecho aplicable	88
CAPITULO III.— <i>Los criterios de la competencia contractual en la legislación de 1845: La idea de Fuero</i> ...	93
1.º—Criterio orgánico: Fuero total para los contratos de la Administración	97
2.º—El criterio de la finalidad de obra o servicio público: Fuero parcial de la Administración. ...	98
3.º—La ausencia de regulación de la prejudicialidad civil: Argumento indiciario del fuero total.	104
4.º—La neutralidad del principio del Estado-deudor, en la delimitación de competencias	107
CAPITULO IV.— <i>Los criterios de competencia en la Jurisdicción Administrativa</i>	113

	<u>Página</u>
1.º—La relación del contrato con el servicio público o la construcción de obras: la afirmación del criterio	117
a) Extensión del concepto, contrato para servicios públicos	120
b) El origen de la exigencia de inmediatidad entre el contrato y el servicio público	127
2.º—El interés general como criterio concurrente de la competencia de la jurisdicción administrativa	129
3.º—La gestión del patrimonio privado criterio general de la competencia judicial	132
4.º—Aplicación de los criterios de bipartición a las convenciones complejas	134
5.º—Una competencia de la Administración activa: Actos administrativos separables en los contratos de gestión del patrimonio privado como cuestiones previas	137
6.º—La naturaleza de los contratos de la Administración y la teoría de la doble personalidad ...	144
CONCLUSIONES	150

TERCERA PARTE

ORIGEN, FUNDAMENTO Y MODALIDADES DE LA PRERROGATIVA DE ACCIÓN UNILATERAL	155
CAPÍTULO I.— <i>El procedimiento de acción unilateral y el contrato</i>	157
1.º—La posición de igualdad de las partes en el procedimiento contencioso-administrativo de los Consejos Provinciales y del Consejo Real ...	163
2.º—La prerrogativa pactada y limitada a los supuestos de incumplimiento en el Real Decreto de 27 de febrero de 1852. La concepción estricta de la teoría del Ministro-Juez	167
a) La prerrogativa pactada y la teoría del Ministro-Juez en el Derecho francés... ..	168
b) La recepción de la doctrina del Ministro-Juez en el Real-Decreto de 27 de febrero de 1852	171

	<u>Página</u>
3.º—El reconocimiento jurisprudencial de la prerrogativa de acción unilateral para la Administración del Estado. La concepción amplia la doctrina del Ministro-Juez	173
CAPITULO II.— <i>Las modalidades del procedimiento de acción unilateral y su distinta relevancia...</i>	
	181
CAPITULO III.— <i>Las modalidades de la prerrogativa de acción unilateral sin pretensiones sustanciales</i>	
	187
1.º—La rescisión por motivos de legalidad o anulación... ..	189
2.º—Interpretación	194
3.º—Sanción	196
4.º—El poder de inspección y vigilancia	200
CAPITULO IV.— <i>Las modalidades de la prerrogativa de acción unilateral con pretensiones sustanciales</i>	
	203
1.º—Rescisión... ..	207
a) Rescisión por incumplimiento del contratista	209
b) Rescisión administrativa y revocación o denuncia en los contratos civiles	211
d) La rescisión desde la perspectiva del incumplimiento	216
d) Los orígenes de la rescisión por interés público: confusión entre rescisión y prerrogativa de acción unilateral	221
2.º—Modificación... ..	222
CONCLUSIONES	226
AUTORES CITADOS	233

Este libro ha sido elaborado bajo la dirección del Catedrático de la Universidad de Valladolid, Don Eduardo García de Enterría y Martínez Carande, actualmente titular de la Primera Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

Presentado como tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, obtuvo la calificación de Sobresaliente *Cum Laude*, en la sesión de lectura celebrada al efecto el 17 de enero de 1962.

Formaron parte del Tribunal, además del director de la tesis, el Excmo. Sr. Don Luis Jordana de Pozas y Don José Antonio García-Trevijano y Fos, Catedráticos de Derecho Administrativo; el Catedrático de Derecho Civil Don Ignacio Serrano y Serrano; y Don Teodoro González, Catedrático de Derecho Político.

LOS ORIGENES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
EN EL DERECHO ESPAÑOL

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ

