

CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONVENIOS DE COLABORACION DE LA ADMINISTRACION CON LOS PARTICULARES PARA EL FOMENTO DE ACTIVIDADES ECONOMICAS PRIVADAS DE INTERES PUBLICO *

POR

MARTÍN BASSOLS COMA

Profesor Agregado de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *Planteamiento.*—2. *Antecedentes parlamentarios del artículo 2,7 de la Ley de Contratos del Estado.*—3. *Acotamiento del tema.*—II. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO: 1. *Actividad económica privada e Iniciativa privada.*—2. *Significación de la calificación de Interés Público de las actividades económicas privadas.*—3. *Interés Público y Planificación.*—III. PROBLEMÁTICA DEL CONTRATO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *La institución contractual y sus transformaciones.*—2. *La concepción en torno al contrato de Derecho Público y su reciente evolución.*—3. *El contrato administrativo ante las nuevas técnicas de actuación de la Administración.*—4. *Posibilidad de extender los principios del contrato administrativo a los convenios de colaboración.*—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN PARA EL FOMENTO DE ACTIVIDADES PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO: 1. *Sentido y alcance del Régimen de supletoriedad del contrato de gestión de servicios públicos.*—2. *Preparación y adjudicación de los convenios.*—3. *Prerrogativas de la Administración en la ejecución de los convenios.*—4. *Garantías en la ejecución.*—5. *Responsabilidad por daños a terceros en la realización de actividades económicas de interés público.*—6. *Competencia de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa para conocer de los convenios de colaboración. Reflexión sobre la relevancia del factor financiero.*

I. INTRODUCCIÓN

1. *Planteamiento*

El tema objeto de nuestra investigación responde en su enunciado a una figura normativa acuñada por nuestro derecho positivo que carece hasta el momento de un tratamiento sistemático y monográfico en cuanto tal. Efectivamente, el artículo 2.º de la Ley de 17 de marzo de 1973, sobre Modificación Parcial de la Ley de Contratos del

* El presente estudio constituye el contenido de la Lección que pronuncié en el tercer ejercicio de las oposiciones para cubrir las plazas de Profesor Agregado de Derecho Administrativo de las Universidades de Madrid, Barcelona y Santiago de Compostela (abril-mayo 1976). Se incorporan, ahora, a pie de página las citas bibliográficas y legislativas procedentes.

Estado, al enumerar «los contratos y negocios jurídicos de la Administración que quedan excluidos de la misma», incluyó de forma específica, en su apartado 7, a los «Convenios de Colaboración que, en virtud de la autorización del Gobierno, celebre la Administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público». Esta exclusión de los Convenios de Colaboración del régimen contractual de la Administración no es, sin embargo, absoluta y total, puesto que la propia Ley de Contratos del Estado—con independencia de proclamar para todos los contratos y negocios excluidos la aplicación de sus «principios» para resolver las dudas y lagunas—reserva para la regulación de dichos Convenios de Colaboración un sistema normativo de supletoriedad específico y de primer grado al prever que «se les aplicarán supletoriamente las reglas sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos» (último inciso del artículo 2.º).

La densidad conceptual de las proposiciones normativas que definen a los Convenios de Colaboración es lo suficientemente relevante e ilustrativa para evidenciar la honda problemática jurídica que emerge de su contexto institucional, así como el interés de su estudio. Cada uno de los componentes de la descripción del tipo normativo evoca y nos remite a conceptos jurídicos que en el Derecho administrativo tienen una significación fundamental en el orden sistemático y doctrinal. Se impone, en consecuencia, a través de sucesivas aproximaciones, la construcción dogmática integral de las proposiciones normativas enunciadas y su posterior reelaboración sistemática, puesto que un texto legislativo autónomamente considerado (1) no permite por sí mismo una elaboración e interpretación progresiva.

2. *Antecedentes parlamentarios del artículo 2.º, 7, de la Ley de Contratos del Estado*

El camino más inmediato para iniciar esta construcción lo constituye la búsqueda o averiguación de la realidad fáctica y normativa

(1) Señala con acierto J. ESSER en su *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado* (Edit. Bosch, Barcelona, 1961), que «la ley es sólo un documento y nada más, y un simple documento para la investigación jurídica», página 381. Por ello este autor propone que un texto legal «de ser documento de una época tiene que convertirse en "sistema", pero éste no se crea por obra de una energía y una tradición ocultas, sino por la acción de la jurisprudencia práctica, que ha fundido en un todo los heterogéneos elementos de los textos», p. 328.

que subyace en el contexto institucional de los Convenios de Colaboración, y para ello se hace imprescindible estudiar los antecedentes históricos y parlamentarios.

Ni en la Ley de Contratos del Estado de 1965 ni en su Reglamento de 28 de diciembre de 1967 se contenía referencia alguna a los Convenios de Colaboración. A raíz de la aprobación por el Gobierno del proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contratos del Estado (2), aparece una nueva figura en la relación de exclusiones de su ámbito de aplicación del siguiente tenor: «Los Convenios que celebre la Administración con personas naturales o jurídicas cuya finalidad sea promover la realización de actividades para el desarrollo económico.» Puede observarse que esta primitiva redacción aparece liberada de la serie de referencias doctrinales acuñadas en el texto promulgado. Las únicas connotaciones se limitan a la admisión del término «Convenio» y la referencia meramente descriptiva y material de su finalidad, «promover la realización de actividades para el desarrollo económico», con lo cual, en última instancia, se aludía a la legislación específica de los Planes de Desarrollo y a la serie de figuras incluidas en la misma.

En el debate ante la Comisión de Hacienda de las Cortes, el precepto en su redacción original fue objeto de importantes críticas por considerarlo excesivamente vago y de una generalidad «pavorosa», suscitándose vivamente la necesidad de precisar e introducir algunas garantías (aprobación gubernamental previa, enumeración concreta de las figuras comprendidas en esta denominación, etc.) que eliminarán su imprecisión. Como consecuencia del debate se admitió una enmienda *in voce* (3) que determinó la sustitución del vocablo «actividades para el desarrollo económico» por el de «actividades económicas privadas de interés público». Esta innovación, antes de ser aprobada definitivamente, fue también objeto de importantes observaciones, lo cual dio motivo para que el representante del Ministerio de Hacienda en las Cortes pudiera manifestar los propósitos que perseguía el Gobierno con la configuración de esta nueva figura y los supuestos concretos que la misma comprendía (4). A este respecto,

(2) Su texto puede consultarse en el «Boletín Oficial de las Cortes», núm. 1227, de 6 de octubre de 1972.

(3) La enmienda *in voce* fue presentada por el procurador señor MADRID DEL CACHO. Vid. «Diario de las Sesiones de las Cortes. Comisión de Hacienda». Apéndice 131, 6 de febrero de 1973, p. 43.

(4) Los supuestos incluidos «básicamente son las acciones concertadas, los polos de promoción y desarrollo e incluso los concursos que la Administración con-

el representante de la Administración precisó: «En este tipo de Convenios, que en el Derecho europeo se conocen con el nombre de Convenios de Colaboración, que son convenios de regulación casuística, cada uno tiene sus propias normas, y faltaba un sentido unitario que creo que el proyecto les da, porque, primero, dice que no son contratos; segundo, respeta sus normas peculiares, y tercero, les aplica supletoriamente —y ésta es la novedad— las normas que la Ley establece sobre contratos de servicio público. Porque a lo que más se parece una actividad económica privada de interés público es a una actividad de servicio público. La diferencia es muy clara: la actividad económica privada de interés público sigue siendo actividad privada, mientras que la actividad de servicio público es asumida por el Estado como propia y por éso deja de ser privada y pasa a ser pública» (5). La finalidad, por lo tanto, de estructurar una normativa marco de carácter supletorio era determinante de la innovación, puesto que, como añadía el mismo representante de la Administración, «con esta redacción —que, insisto, viene a incorporar al Derecho español una figura de los contratos de colaboración que conoce el Derecho francés y el belga, por ejemplo— de lo que se trata es de disciplinar contractualmente estos convenios, y cada uno tendrá sus normas específicas. Pero como estas normas —y esto es notorio en el caso de la acción concertada— no regulan exhaustivamente la vida de estos convenios y, sobre todo, el momento de su patología, el supuesto de su cumplimiento, la ley considerará que es muy importante que estas actividades económicas públicas y privadas, fomentadas por el Estado, se realicen, y se considera que es muy importante que la Administración cumpla con los compromisos que ofrezca al particular cuando trata de fomentar esta actividad, y por eso la ley los remite supletoriamente a la regulación de la concesión de servicios públicos» (6).

Con esta intervención clarificadora de los propósitos del Gobierno se aprobó el precepto con la redacción propuesta en la enmienda *in voce*, si bien con la adición de calificar a los Convenios expresamente de «colaboración» y con la introducción de la salvaguardia de la expresa autorización gubernativa para su conclusión o celebración.

voca para la instalación y puesta en marcha de empresas que interesan públicamente, aunque sean privadas. Como típico ejemplo puede citarse el convenio para la instalación y puesta en marcha de la cuarta planta siderúrgica. *Vid.* «Diario de las Sesiones de las Cortes», *op. cit.*, p. 45.

(5) «Diario de las Sesiones de las Cortes», *op. cit.*, p. 45.

(6) «Diario de las Sesiones de las Cortes», *op. cit.*, p. 46.

3. *Acotamiento del tema*

De la presentación de las proposiciones normativas y de sus antecedentes parlamentarios puede decirse que, a raíz del artículo 2.º, 7, de la Ley de Contratos del Estado, ha surgido una nueva categoría conceptual que precisa ser estudiada por su relevancia en el orden interpretativo y dogmático. Dos consideraciones iniciales se suscitan en relación con esta figura:

a) En primer lugar, el artículo 2.º, 7, de la Ley de Contratos del Estado califica dogmáticamente una realidad normativa dada como de Convenios de Colaboración entre la Administración y los particulares, si bien respeta íntegramente su particular y específico régimen jurídico presente y futuro, precisando, no obstante, la aplicación por vía subsidiaria de la normativa del contrato administrativo de gestión de servicios públicos.

b) El precepto de referencia es extraordinariamente parco en la delimitación de la realidad normativa acotada, puesto que nos remite para la determinación del objeto de los Convenios a un concepto genérico e indeterminado desde el punto de vista legislativo: las actividades económicas privadas de interés público. Sólo a través del examen de los antecedentes parlamentarios ha podido ponerse de manifiesto el complejo normativo, en sentido material, designado o identificado con tal denominación. En definitiva se trata de aquella serie de figuras que bajo la denominación (de inspiración francesa) de concertación, concierto, administración concertada o conciertos de administración se han introducido en nuestro derecho positivo a raíz de la implantación, a partir de 1963, de la planificación económica y social. En un orden concreto de regulaciones positivas—algunas de las cuales hoy están en proceso de revisión—pueden destacarse en el orden económico la llamada acción concertada (7), creada por el artículo 5.º de la Ley del I Plan de Desarrollo y posteriormente extendida a programaciones de carácter singular (8), y los llamados Convenios

(7) Una recopilación de las diversas disposiciones sobre la materia en *Reglamentos fiscales especiales. Acción concertada*, Ministerio de Hacienda, Servicio de Publicaciones, 1972.

(8) Para la ejecución del Plan Eléctrico Nacional se ha dictado el Decreto 175/1975 sobre Régimen de Concierto en el Sector Eléctrico. Esta disposición al margen de la planificación estrictamente de desarrollo económico, es de la máxima importancia a los efectos del régimen jurídico de los Conciertos. Para una crítica de los sistemas planificadores hasta ahora aplicados a esta industria: J. SALAS HERNÁNDEZ: *Régimen Jurídico-Administrativo de la Energía Eléctrica*, Bolonia, 1977, pp. 214 a 217.

de Precios, previstos en el Decreto-ley de 3 de octubre de 1966 (artículo 23) y actualmente ya extinguido su régimen jurídico a partir del Decreto de 7 de abril de 1975 (9). En abierto paralelismo nominal y de contenido pueden citarse los Planes Concertados de Investigación (Decreto de 6 de junio de 1968 y modelo de cláusulas aprobadas por Orden de 12 de mayo de 1973) y los Concierdos para Centros no Estatales para la Educación General Básica y Formación Profesional (artículos 94 y siguientes de la Ley General de Educación). En el orden urbanístico pueden comprenderse los Concursos para el Urbanismo Concertado para Madrid (Decreto de 18 de agosto de 1972) y los Convenios de Ejecución de Programas de Actuación Urbanística, como fórmula generalizada, o la Ley del Suelo de 1976 (artículo 146 y siguientes del texto refundido), de urbanismo concertado (10).

Todas estas figuras de nuestro derecho positivo (11), tanto por su denominación evocadora como por importantes facetas de su regulación, aportan novedades en cuanto a las técnicas jurídicas a través de las cuales se instrumentan, puesto que cabe apreciar una sustitución de los procedimientos imperativos por los de naturaleza convencional. En la doctrina francesa, la catalogación de la llamada concertación o concierdos de administración ha sido ampliamente discu-

(9) Sobre los Convenios de Precios en el derecho francés: J. DUTHIEL DE LA ROCHERE: *Le Régime conventionnel des prix: Engagements de stabilité et contrats de programme*, en «A. J.», noviembre 1967, pp. 579 y ss.

(10) La admisión de la Concertación en el Urbanismo ha sido un fenómeno reciente, puesto que no hay que olvidar que la planificación urbanística en Occidente —al contrario de la propiamente económica— ha venido caracterizada por las notas de la obligatoriedad e imperatividad. Ante el fracaso de una planificación urbanística reglamentista se ha abierto paso un urbanismo de base más flexible y convencional. Vid. F. D'ARCY e Y. PRATS: *La notion de concertation dans la Loi d'Orientation Foncière et dans son application*, «A. J.», 1969, pp. 337 y ss., y B. JOBERT: *Planification urbaine en changement: Nouveaux modes d'action, nouveaux enjeux*. «Bulletin de IIAP», núm. 39, 1976, pp. 61 y ss.

En nuestro país T. RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *El urbanismo concertado y la Ley del Suelo*, Madrid, 1974; A. LEYVA: *Urbanismo concertado*, en «Conferencias. Colegio de Registradores de la Propiedad», 1973; F. LLISSET BORRELL: *La actividad urbanística de los particulares*, Montecorvo, 1975.

(11) A los supuestos aludidos puede añadirse la extensión de la problemática de la concertación a las relaciones entre Entes Administrativos recientemente admitidas por la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 (artículos 87 a 91) entre el Estado y las Sociedades Estatales.

Sobre las relaciones convencionales entre entes públicos, J. C. DOUENCE: *Les conventions entre personnes publiques*, en «Mélanges Stassinopoulos LGDJ», 1974, pp. 113-134, y D. FLECHER-BOURJOL: *Essai de Typologie fonctionnelle des contrats passés entre l'Etat et les Collectivités Locales et l'Etablissements publics territoriaux*. «Bulletin IIAP», núm. 38, 1976, pp. 309-343. En la doctrina española, E. RIVERO YSERN: *Las relaciones interadministrativas*, núm. 80 de esta REVISTA, 1978, páginas 39-83.

tida (12), llegando a dudar de si efectivamente se trata de un nuevo régimen jurídico o, por el contrario, únicamente cabe hablar de un «nuevo estilo de Administración» (13). En todo caso, lo más significativo desde el punto de vista doctrinal descansa en que el debate ha permitido deducir nuevas perspectivas de las categorías revisadas —acto administrativo y contrato— o de las propuestas como innovación. Por lo que respecta a nuestra realidad —en relación con algunas figuras concretas la doctrina había formulado interesantes sugerencias (14)—, el pronunciamiento categórico del artículo 2.º, 7, de la Ley de Contratos del Estado, calificando de Convenios de Colaboración a todos estos tipos de concertación, parece invitar, partiendo de este dato, a profundizar en los conceptos y categorías dogmáticas implicados al objeto de poder deducir el aparato crítico suficiente para en su día analizar con más detalle las regulaciones positivas singulares. Nuestro plan de exposición comprende los siguientes extremos:

- Precisar el alcance y naturaleza de la expresión «actividades privadas de interés público».
- Deducir las consecuencias de la calificación del término Convenio, en cuanto expresión de un acuerdo de voluntades, frente a la actuación administrativa unilateral materializada en el acto administrativo. Para ello será necesario examinar la significación del fenómeno convencional en el Derecho administrativo y atender a la significación del uso alternativo del contrato frente al acto administrativo.
- La nueva realidad de los Convenios de Colaboración reclama su comparación con la filosofía del contrato administrativo clásico. A este respecto conviene recordar que GARRIDO FALLA, al estu-

(12) M. VASSEUR: *Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 1964, pp. 7-48; H. JACQUOT: *Les interventions économiques de l'état par voi contractuelle en France*, en «Renaissance du Phénomène Contractuel». Faculté de Droit de l'Université de Liège, 1971, páginas 79-115; A. LAUBADERE: *Administration et contract*, en «Mélanges Brethe de la Gressaye». Burdeos, pp. 452 y ss., y J. C. VENEZIA: *Le secteur privé et l'administration*, en «Administration et Secteur Privé», Dalloz, 1973, pp. 12 y ss.; CH. DEBASCH: *Le droit administratif face a l'évolution de l'administration française*, en «Mélanges M. Waline», vol. II, París, LGDJ, 1974, pp. 343 y ss., y F. P. PUGLIESE: *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1971, núm. 4, pp. 1470 y ss.

(13) A. DE LAUBADERE: *La concertation et le droit administratif*, en «Administration et Secteur Privé», París, Dalloz, 1973, p. 72.

(14) M. BAENA DEL ALCAZAR: *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, 1966, y J. SALAS: *El régimen de la acción concertada*, número 56 de esta REVISTA, pp. 435 y ss.; MARTÍN MATEO y SOSA WAGNER: *Derecho administrativo económico*, Madrid, 1974, pp. 181-187.

diar el tema de la acción concertada, indicó este rumbo metodológico, «pues una de dos: o se mantiene el esquema tradicional, que exige —como hace nuestro derecho positivo— que la finalidad del contrato sea una obra o un servicio público, en cuyo caso hay que buscar otra calificación para los actos de acción concertada, o se opta por calificar decididamente a éstos —como aquí sugerimos— como auténticos contratos administrativos, y en tal caso resultará revisar el esquema tradicional, así como los textos legales que en él se inspiran, pues estaremos ante contratos administrativos cuyo objeto no es, estrictamente hablando, una obra o un servicio público» (15).

- Analizar, tomando como base la supletoriedad del contrato de gestión de servicios públicos, la aplicación de los esquemas conceptuales del contrato administrativo a los Convenios de Colaboración.

II. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO

1. *Actividad económica privada e iniciativa privada*

Desde una perspectiva analítica, por «actividad económica» parece que debe entenderse el conjunto o serie de operaciones destinadas a la producción de bienes en su consideración económica, bien sean materiales o inmateriales; las prestaciones, por el contrario, deben excluirse por su identificación con el contenido material del servicio público. La gestión de las actividades económicas puede llevarse a cabo bajo diversos sistemas, pero es evidente que en el mundo actual la forma empresarial es absolutamente prioritaria. Por lo que se refiere al promotor o titular de estas actividades económicas, se requiere inexcusablemente que sea una persona «privada», en el sentido de que la creación y desarrollo de aquéllas, por no existir previamente una reserva a favor de un ente público, corresponde a la iniciativa privada (16).

Las anteriores notas permiten sentar la conclusión de una equivalencia entre actividad económica privada e iniciativa o autonomía

(15) F. GARRIDO FALLA: *Problemática jurídica de los planes de desarrollo económico*. Madrid, 1974, p. 107.

(16) Algunos autores equiparan actividad económica privada con actividad empresarial. A. BALDASARRE: *Iniciativa económica privada*, en «Enciclopedia del Di-

privada. Ambos conceptos coinciden en su significación material y uno se explica en función del otro. La actividad económica privada no es otra cosa que el resultado de la actuación de la iniciativa privada, libremente asumida y con libertad de elección de medios y de fines (17). La libre iniciativa o la iniciativa privada presupone una esfera de garantía en el ámbito de la actividad económica a desarrollar de tal modo que el promotor privado puede elegir plenamente la actuación a iniciar. Cabe perfectamente dirigir, estimular o controlar la iniciativa privada, pero en ningún caso puede imponerse obligatoriamente a la misma el acometer tal o cual actividad económica.

2. *Significación de la calificación de interés público de las actividades económicas privadas*

La delimitación primitiva del concepto de actividad económica privada se complica y oscurece con la calificación adicional de «interés público». Dos interrogantes se suscitan inmediatamente: ¿es compatible el concepto de iniciativa privada, en cuanto autónoma y autárquica decisión en materia económica, con la vinculación a la consecución de una finalidad de interés público, ya que éste se presume en la actividad administrativa (18), pero en ningún caso en la actividad privada? y ¿existen en el Derecho administrativo actividades económicas privadas de interés público? Para contestar estos interrogantes debemos hacer algunas reflexiones sobre el significado del concepto de interés público en el campo del Derecho administrativo.

El interés público, en cuanto concepto (19), ocupa un puesto clave

ritto», t. XI, p. 590, y L. MAZZAROLLI: *I Piani regolatori urbanistici*, Padova, 1966, página 134. Esta equiparación, no obstante, no puede aceptarse sin matizaciones por cuanto, como apunta A. PREDIERI: *Pianificazione e costituzione*. Ed. di Comunità 1963, p. 155, existen actividades económicas desarrolladas por empresas públicas.

(17) Para el estudio del tratamiento jurídico de la iniciativa privada, además de la bibliografía citada en la nota anterior, puede consultarse: V. SPAGNUOLO VICORITA: *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Nápoles, 1959, y *Attività economica privata e potere amministrativo*, I, Nápoles, 1962.

(18) La consecución del interés público es una condición necesaria de la legalidad y actividad administrativa. Vid. G. VEDEL: *Droit administratif*. PUF, París, 1973, pp. 92 y ss.

(19) Un interesante análisis del concepto jurídico de interés público ha sido desarrollado por F. SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976. Para este autor «la noción de interés público aparece en el Derecho público cumpliendo una triple función: a) es uno de los criterios que inspira la interpretación y aplicación de sus normas; b) es un concepto jurídico que, por su parte, necesita ser interpretado, y c) constituye un elemento nuclear de las decisiones administrativas», p. 322.

en el Derecho administrativo, aun cuando carece por su misma complejidad de una significación unívoca. Los esfuerzos para precisar una noción absoluta y dogmática del interés público están condenados de antemano al fracaso, puesto que, como se ha señalado con acierto, «la noción de interés público es una noción metajurídica, siendo difícil —si no imposible— de dar una imagen precisa y estable del mismo; su noción está, en efecto, vinculada a factores —nivel de civilización, circunstancias económicas y sociales, etc.— que en sí mismos carecen de fijación. El interés público está sometido a variaciones políticas y en esta medida se revela como muy incierto» (20). Esta subordinación del interés público a los condicionamientos histórico-políticos revela que nos hallamos ante un supraconcepto formal cuyo contenido es variable y contingente en función de las relaciones entre el Estado y la sociedad. En el esquema liberal abstencionista existe una clara distinción y dicotomía entre el interés público —personificado en el Estado, al que corresponde, a través de un régimen jurídico exorbitante, la gestión de los servicios públicos necesarios e imprescindibles para la existencia de la comunidad— y el interés privado, concebido como esfera reservada a las iniciativas privadas, que se manifiesta o explícita en el orden jurídico a través de las técnicas jurídicas del Derecho privado. Al derrumbarse el modelo liberal en el orden económico, provocando la aparición del Estado intervencionista, la neta separación entre el interés público y el interés privado se volatiliza, dando lugar a la emergencia de actividades subjetivamente privadas que, no obstante, son objetivamente relevantes para el interés público. En este nuevo estadio ya no existe neta separación entre el interés público y el interés privado, sino que ambos se condicionan mutuamente de tal modo que el interés público se refleja en el interés privado, dando lugar a una identificación entre ambos que comporta importantes repercusiones en el orden político y en el mundo de las técnicas jurídicas, desapareciendo en consecuencia la delimitación entre el Derecho público y el Derecho privado (21). Esta metamorfosis se ha hecho especialmente sensible cuando el Estado ha asumido la función del desarrollo económico a través de la institucionalización de la planificación.

La trayectoria descrita experimentada por la noción de interés

(20) G. TIMSIT: *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1963, p. 200. Para un análisis más reciente, D. TRUCHET: *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence au conseil d'état*, LGDJ, Paris, 1977, pp. 55 a 82.

(21) M. FLEURIET: *Les techniques de l'économie concertée*, Sirey, 1974, p. 212.

público ha tenido su reflejo en el orden de las técnicas jurídicas concretas del Derecho administrativo, pudiendo perfectamente manejarse un concepto técnico o funcional—junto o al margen del abstracto—de interés público que ha tenido una plasmación categorial en distintas versiones doctrinales e incluso jurídico-positivas. En líneas generales, podría afirmarse que el concepto técnico de interés público ha sido concebido y manejado—incluso polémicamente—frente al de servicio público, o, mejor dicho, ha sido fletado por la doctrina para paliar las insuficiencias, deficiencias o incluso los rigores de la teoría del servicio público. En este sentido merecen recordarse los intentos de la doctrina italiana en orden a la construcción de la categoría de los Servicios Públicos Impropios (22), aplicada a actividades o servicios que desde el punto de su titularidad son privados, pero que objetivamente considerados cumplen una función pública o de interés general y de ahí que puedan merecer la calificación de Interés público; inicialmente esta calificación se vincula a facetas o supuestos muy concretos (utilización de bienes de dominio público, exigencia de aprobación de tarifas o petición de licencias para la iniciación de determinadas actividades, etc.), para posteriormente extenderse a sectores concretos de actividades de distinto signo e incluso a amplias zonas de actividad económica sometidas a planificación general o sectorial (23). Por su parte, la doctrina francesa (24), partiendo de pre-

(22) A. DE VALLES: *I servizi pubblici*, en «Primo Trattato Completo», vol. 6. Parte I, pp. 385 y ss.

Debe recordarse que en Italia la teoría francesa del servicio público no fue aceptada nunca plenamente por cuanto su recepción en este país coincide en un momento de exaltación del método jurídico puro, lo que determina que la concepción francesa se enjuicie desde una óptica más sociológica que propiamente jurídica... De ahí se deriva la distinción inicial muy fructífera entre funciones (base jurídica) y servicios (base sociológica), desprendiéndose de las exigencias dogmáticas de la teoría del servicio público en favor de una visión más jurídica de raíz privatista que centra su atención en la teoría de las prestaciones (ALESSI). Esta perspectiva inicial determina que desde un primer momento se detecte una disociación entre la titularidad y el objeto de la actividad que permite elaborar la concepción del servicio público impropio. Sobre la génesis y evolución de la teoría del servicio público en Italia: U. POROTSCHNIG: *I pubblici servizi*, Padova, 1964, pp. 136 y ss.

(23) Como una evolución de la concepción del servicio público impropio, debe considerarse la formulación de M. S. GIANNINI: *Diritto amministrativo*. I. Milán, 1970, pp. 166 y ss., sobre los ordenamientos sectoriales o secciones que tan amplia repercusión ha tenido en la doctrina italiana.

U. POROTSCHNIG: *I pubblici servizi*, op. cit., ha ensayado la extensión de la noción de servicio público en sentido objetivo a las actividades económicas privadas, detectando análogamente unas actividades de interés público en cuanto expresión de un sistema de planificación y control económico.

(24) M. HAURIOU: *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1927, dedica un capítulo específico a *L'Administration d'Intérêt Public*, pp. 255 y ss.

supuestos de hecho distintos, ha llegado a conclusiones sensiblemente análogas, a través de la teoría o concepción del servicio público virtual o funcional (25), al admitir que particulares, al margen de la concesión, desarrollan actividades de relevancia pública, pero que se ha estimado que no eran necesarias erigir en servicios públicos, siendo suficiente su sometimiento parcial al Derecho público mediante especiales medidas de control o por el otorgamiento de medidas de fomento (subvenciones) y prerrogativas públicas (expropiación forzosa). En la doctrina española han encontrado amplio eco estas corrientes extranjeras, habiéndose ensayado su aplicación para el estudio de determinadas parcelas de la actividad administrativa (26); el derecho positivo, por su parte, registra huellas concretas de esta problemática con la consagración de los llamados «servicios privados prestados al público» (artículo 17 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955) (27).

En cuanto técnica jurídica, el interés público constituye, por lo tanto, una categoría autónoma, aunque de límites un tanto imprecisos y elásticos, lo cual revela que nos hallamos ante una noción eminentemente funcional. La calificación de «interés público» es un índice revelador de que nos hallamos en presencia de una actividad económica que objetivamente es relevante para los intereses de la comu-

(25) A. LAUBADÈRE: *Traité élémentaire de droit administratif*, vol. I, LGDJ, Paris, 1967, pp. 48 y ss. Dicho autor tipifica la figura especial de las «empresas privadas de interés general» como categoría especial, cuya esencia radica en ser «actividades que el Estado no ha estimado necesario u oportuno erigir en servicios públicos, conservando su naturaleza privada, pero que en razón de la importancia que presentan sus fines para la colectividad, son excepcionalmente dotadas por el legislador de elementos de derecho público y en particular de determinadas prerrogativas de derecho público», p. 48.

Sobre la base de la existencia de actividades de interés público se ha construido una nueva concepción de los controles: A. DEMICHEL: *Le contrôle de l'état sur les organismes privés. Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1980, t. I, páginas 27 y ss.

(26) J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, páginas 42-43, alude específicamente a las actividades económicas de interés público señalando que «en las actividades que constituyen servicios públicos después de asumidas pueden ejercitarse por los particulares por medio de una concesión (o sea a título de sustitución). En cambio la actividad que constituye servicio de interés público, permanece siempre privado, si bien sujeta a un régimen especial; lo importante es la actividad y no el sujeto».

Como aplicación a sectores especiales. Vid. R. GÓMEZ-FERRER Y MORANT: *El Régimen general de los Centros privados de enseñanza*, núm. 70 de esta REVISTA, pp. 7 a 27 y ss., y J. L. MELÁN GIL, *Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión*, núm. 71 de esta REVISTA, pp. 59 y ss.

(27) R. ENTRENA CUESTA: *El servicio de taxis*, núm. 27 de esta REVISTA, pp. 40 y ss., y J. LÓPEZ PELLICER: *Servicio público municipal y actividades particulares de interés público*, «Revista Estudios de la Vida Local», núm. 178, pp. 260 y ss.

nidad política, pero que no ha sido erigida en servicio público (28) y, por lo tanto, la titularidad de aquélla sigue siendo íntegramente privada. Al mismo tiempo, dicha calificación representa un título o es exponente de una intervención administrativa y de la aplicación de un régimen administrativo (predominantemente de control) que no tiene forzosamente que extenderse al desarrollo total de dicha actividad, pudiendo afectar a simples facetas o secuencias. Por tratarse de una categoría flexible y funcional, el otorgamiento de esta calificación puede responder a múltiples y variadas justificaciones (29) de policía (limitación de actividades, tutela de prestaciones destinadas al público; utilización de bienes demaniales, etc.) o de fomento (impulso de empresas concretas o desarrollo de sectores integrales). La utilización de la calificación de «interés público» en el campo de las actividades propiamente económicas deberá ponerse en conexión en cuanto a su significado y extensión a las directrices de la política económica vigentes en cada momento. Por lo tanto será necesario estudiar el sentido de esta categoría conceptual en un contexto institucional definido por la idea de la planificación para extraer nuevas consecuencias en orden a su operatividad

3. *Interés público y planificación*

Las primeras manifestaciones del intervencionismo del Estado en materia económica—intervención que a partir de la Primera guerra mundial aparece ya como inexorable—se concretan en la sucesiva adopción de una serie de medidas imperativas y obligatorias—que degeneran en manifiesto autoritarismo en los Estados totalitarios—sobre el sistema económico que de forma defensiva o reactiva (30) pretenden alterar el marco de la libre competencia en plena crisis: bloqueo de precios, control de cambios, creación de empresas públi-

(28) Para F. ZUELLO: *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*. Milano, 1973, el Servicio Público es un instrumento autoritario de intervención, de carácter rígido y riguroso que comporta una disciplina y un control de la actividad, páginas 184 y ss.

(29) F. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, II, IEP, Madrid, 1960, dedica especial atención al estudio de las actividades privadas de interés público, pp. 402 a 409, subrayando la dificultad que entraña la exacta calificación de la reglamentación a que están sometidas estas actividades ya que difieren sustancialmente de la común reglamentación de policía. Apunta la idea de que la nota que permite una calificación autónoma de estas actividades es la de ser actividades «de prestación con destino al público», p. 404.

(30) P. BARCELLONA: *Diritto Privato e processo economico*. Nápoles, 1973, página 121.

cas, etc. Los mecanismos del libre mercado quedan de hecho suprimidos por una serie de medidas interventoras de tipo imperativo y autoritario; la esencia misma del contrato—expresión de la libre concurrencia económica—está próxima a desaparecer ante la serie de medidas interventoras y de reglamentación administrativa; el Derecho público invade las manifestaciones más genuinas del Derecho privado (31). Al término de la segunda guerra mundial se aprecia un cambio sensible en este panorama: el Estado no renunciará al intervencionismo (32), pero adoptará una postura totalmente diferente; en los Estados occidentales se intentará hacer compatible el protagonismo estatal de asumir el desarrollo económico con el restablecimiento de la libre concurrencia y de la iniciativa o libertad económica. El Estado, para el cumplimiento de sus cometidos económicos, acudirá a la idea de planificación o programación de la total actividad económica—a modo, como acertadamente se ha podido decir, de «Biblia e institución, síntesis de finalidades y objetivos de la colectividad y fundada sobre la hipótesis de un consenso nacional del cual emanan autoridad y prioridades» (33)—, si bien respetará la autonomía y la autarquía de la iniciativa privada, sin renunciar, no obstante, a una función directiva del proceso económico, ofreciendo la posibilidad a los sujetos privados de cumplir los fines definidos por el Estado mediante su expresa aceptación a través del instrumento formal que recibe la denominación de convenio, contrato o concierto. Planificación y concertación constituyen los dos instrumentos capitales—en una difícil síntesis de ingredientes ideológicos cuya inestabilidad es cada día más creciente (34)—sobre los que se ha apoyado el modelo occidental de intervencionismo económico. En el esquema occidental, la

(31) La literatura sobre la crisis de los instrumentos jurídicos privados ante la invasión intervencionista es muy amplia. Entre las obras más significativas de este período: J. SAVATIER: *Du Droit Civil au Droit Public*, 1950.

(32) Como señala con acierto A. MEISTER: *La inflación creadora. Ensayo sobre las funciones socio-políticas de la inflación*. Madrid, 1975 «las comparaciones con el liberalismo del siglo anterior muestran, sobre todo, que el papel del Estado se ha modificado completamente: mientras el Estado liberal desempeñaba un innegable papel económico a través de sus actuaciones esencialmente políticas, actualmente es su acción económica la que le permite desempeñar su papel político», página 96.

(33) A. MEISTER: *La inflación creadora, op. cit.*, p. 77.

(34) Una crítica muy reveladora de la experiencia francesa de la Planificación concertada y su actual crisis en A. MEISTER: *La inflación creadora, op. cit.* La conclusión del autor es la siguiente: «evidentemente que la concertación tiene por objeto únicamente el de hacer durar el sistema en el que se da, mientras que el plan a la antigua pretendía, por el contrario, proyectar y alumbrar un mundo distinto. Es precisamente por esta razón por lo que este tipo de plan está superado. Nuestras sociedades modernas son sociedades sin proyecto», p. 147.

planificación—al contrario del modelo imperativo e integral propio de los Estados marxistas—se caracteriza por aportar una coordinación—una unidad o unicidad de *indirizzo* (35)—de toda la actividad económica, tanto pública como privada, para la consecución de fines preestablecidos. Este esquema racional, no obstante, debe ser compatible con la constitución económica del país; es decir, los objetivos del plan deben ser compatibles con el estatuto garantizado previamente a la iniciativa privada de tal modo que la imposición de mandatos positivos u obligaciones no puede hacerse por vía autoritaria o imperativa, sino convencional, previo el ofrecimiento de estímulos económicos, y cuando la vía paccionada fracasa el Estado recobra la legitimación para gestión pública y directa. La definición clara de las relaciones entre la actuación estatal y el papel reservado a la iniciativa privada aparece como un presupuesto previo para la institucionalización de la planificación. La necesidad de este replanteamiento ha sido sensiblemente visible en el proceso de implantación de la planificación económica en nuestro país al no aparecer lo suficientemente clarificado en nuestro ordenamiento constitucional (36). A este propósito responde la proclamación contenida en el artículo 2.º, 2, de la Ley de 28 de diciembre de 1963 por la que se aprueba el I Plan de Desarrollo Económico y Social: «Las previsiones y objetivos consignados en el Plan no constituyen obligaciones para el sector privado, salvo que se establezcan por Ley o cuando se aceptan libremente en función de los beneficios e incentivos otorgados por el Estado y demás Entidades públicas» (37).

Estas declaraciones dogmáticas y normativas significan que la iniciativa privada tiene garantizada su libertad de actuación frente al Plan. Efectivamente, los Planes—al igual que el resto de medidas de intervencionismo al margen de la planificación—podrán prever orien-

(35) A. PREDIERI: *Planificazione e Costituzione*, op. cit., p. 58. En análogos términos se había pronunciado R. MAS PERIOL: *Les techniques juridiques de l'économie globale*, en «Archives de Philosophie du Droit», Sirey, 1952, pp. 123 y ss.

(36) Los únicos preceptos constitucionales en este sentido son: el principio XX del Fuero del Trabajo y el principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional.

(37) Con posterioridad este principio ha sufrido modificaciones y desviaciones. Así el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley del Plan (Decreto de 15 de junio de 1972) «las previsiones y objetivos consignados en el Plan no constituyen obligación para el sector privado cuya actuación se regirá por el principio de libertad de decisión e iniciativa. No obstante, en los casos de notoria desviación respecto de los objetivos previstos, el Estado estimulará la acción de los particulares mediante la concesión de incentivos y, de no ser suficientes, adoptará las medidas arancelarias, monetarias u otras que se consideren adecuadas o actuará subsidiariamente a través de Empresas Nacionales».

taciones sobre el «modo» de desarrollar actividades económicas, pero no están facultados para imponer mandatos positivos en el sentido de acometer imperativamente tal o cual actividad. Cuando los Planes pretendan la exigibilidad de conductas económicas conforme al mismo u obligaciones positivas de hacer, deberán acudir a la vía convencional o, según nuestro derecho positivo, a la acción concertada (artículo 46 del texto refundido del Plan de Desarrollo Económico y Social: «para el cumplimiento de aquellos objetivos del Plan de Desarrollo relativos a la expansión o modernización de los distintos sectores»). De esta forma se alcanza un equilibrio entre la coerción y la incitación en materia económica (38).

En el contexto institucional de la planificación, la declaración de «Interés Público» es susceptible de cobrar un nuevo significado. El Plan define, acota y califica una serie de objetivos económicos que deben alcanzar determinadas actividades económicas privadas por considerar que su consecución es necesaria para la comunidad. El Plan aparece, por lo tanto, como fuente de calificación de «interés público» para el desarrollo de determinadas actividades económicas privadas que, al no poder imponerse directa y obligatoriamente los objetivos programados, a través de la vía convencional o de incitación, se intenta que la iniciativa privada se integre en el Plan y ejecute las determinaciones previstas en el mismo; en frase muy gráfica de VASSEUR, se persigue «penetrar el dominio de la actividad privada de preocupaciones de interés general» (39). Esta integración estimulada en el ámbito imperativo del Plan implica la manifestación de voluntad de concurrir a su ejecución, de tal modo que la iniciativa privada se convierte en un auxiliar del Estado, al modo de un concesionario de un servicio público (40). En virtud de un convenio y a la vista de los incentivos económicos previstos, la iniciativa privada acepta la realización de los fines de «interés público» previstos en el Plan (41). Po-

(38) Como señala A. HAURIOU: *Droit Administratif de l'aléatoire*, en «Mélanges Trotabas», París, LGDJ, 1970, la indicación de los fines que los sujetos económicos deben alcanzar se lleva a cabo por la Administración, pero su efectiva asunción o compromiso para desarrollarlos sólo tiene efecto a través de un acto convencional, página 217.

(39) VASSEUR: *Le Droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, 1959, p. 517.

(40) M. S. KHALIL: *Dirigisme économique et les contrats*. LGDJ, París, 1967, páginas 89-91.

(41) PREDIERI habla a este respecto del efecto «ilusión» el preferir una medida de incentivo a una autoritaria puede tener los mismos efectos económicos, pero lo cierto es que remite a la ley de la mínima coacción que debe existir en todo ordenamiento democrático porque contribuye a asegurar la máxima libertad y la

drían concretarse los efectos de la calificación de una actividad económica privada como de interés público del siguiente modo:

a) El Estado, en virtud de su función directiva y coordinadora del sistema económico, considera necesario —es decir, de interés público— que unas actividades económicas, seleccionadas por sectores o de forma individualizada, alcancen determinados objetivos (bien de productividad o bien de mejora y transformación).

b) Por corresponder las actividades económicas contempladas al ámbito propio de la autonomía o iniciativa privada, no puede imponerse por vía autoritaria o imperativa la consecución de estos objetivos económicos de interés público, ni la Administración asumirlos directamente y gestionarlos por carecer de título jurídico válido.

c) Como no es presumible que espontáneamente la iniciativa privada se acomode a las directrices planificadas o programadas, la Administración se ve precisada a motivar o estimular la conducta de los sujetos económicos privados hacia estos fines, y para ello prevé la concesión de estímulos económicos y financieros.

d) La decisión por parte de los sujetos económicos privados, motivados por las expectativas de obtener unos beneficios financieros, de alcanzar los objetivos programados, se materializa o formaliza mediante un compromiso o acuerdo de voluntades o convenio con la Administración. La celebración de este compromiso o convenio determinará el estatuto jurídico de las relaciones entre la Administración y los sujetos económicos, relaciones que ya no vendrán determinadas para ambos protagonistas con criterios de decisiones unilaterales, sino conforme al régimen convencional o contractual.

e) En el supuesto de que los sujetos privados no decidan asumir los objetivos programados, o una vez asumidos, el estatuto convencional se frustra en el proceso de su ejecución, resurge, por vía de susti-

máxima participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, esencia y fin de la democracia. *Pianificazione e costituzione*, op. cit., p. 216. Para R. MASPETIOL: *Les techniques juridiques de l'économie globale* «la libertad admitida para la realización del plan es una libertad condicionada. Es la libertad de aceptar y de adherirse», p. 134.

Frente a la euforia contractualista que se experimenta en los últimos años en la doctrina, D. H. SCHEVING: *Les aides financières publiques*, Paris, 1974, nos advierte de que «el contrato puede ser más peligroso para la libertad del administrado que el acto unilateral» (p. 166) ya que por vía contractual se pueden imponer cláusulas que difícilmente se legitimarían por acto unilateral. Su conclusión es la siguiente «no consideramos que en esta materia el contrato administrativo reserve necesariamente más libertad al individuo y sea más democrático que el acto unilateral», p. 166.

tución, la competencia de la Administración para intervenir directamente por vía de gestión en el ámbito económico privado.

De las diversas notas señaladas en relación con la calificación de interés público, la que presenta el máximo interés desde el punto de vista de la dogmática jurídica es la catalogación del acto en virtud del cual se materializa la aceptación por parte de la iniciativa privada de ejecutar los objetivos prefijados por la Administración en el Plan, bajo el compromiso del otorgamiento de compensaciones económicas o financieras. ¿Estamos en presencia de un acto contractual o convencional o, por el contrario, ante un simple acto administrativo, necesitado de aceptación o adhesión, o ante un acto condición? Para resolver todos estos interrogantes se hace preciso revisar toda la problemática de la manifestación de la voluntad de los sujetos privados en el campo del Derecho administrativo, y de modo singular la trayectoria del fenómeno consensual o convencional, que tiene uno de sus máximos exponentes—aunque no necesariamente único—en el contrato administrativo, que actualmente debe ser objeto de revisión en función de los nuevos planteamientos suscitados por el derecho positivo.

III. PROBLEMÁTICA DEL CONTRATO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *La institución contractual y sus transformaciones*

Si bien existe unanimidad en considerar al contrato como un auténtico supraconcepto (42), común a las distintas parcelas o divisiones del Derecho, una primera aproximación revela que en el seno del Derecho administrativo, el ámbito de la admisibilidad, legitimación, funcionalidad y destino de la institución contractual es—o al menos ha sido hasta fechas muy recientes—radicalmente distinto del experimentado en el Derecho privado. Esta disparidad no obedece sólo a presupuestos dogmáticos de construcción doctrinal—ciencia jurídica privada y ciencia jurídica pública—antagónicos (43), sino fundamentalmente jurídico-materiales e ideológicos. El contrato, en cuanto expre-

(42) L. Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Edit. Tecnos, 1970, p. 89.

(43) Una importante reflexión sobre la disparidad de presupuestos doctrinales en M. BULLINGER: *Derecho Público y Derecho Privado*. «Instituto de Estudios Administrativos», 1976, pp. 49 y ss.

sión del principio de la autonomía de la voluntad, de la libertad de pactos y de autorregulación jurídica, es el auténtico paradigma y fundamento del Derecho privado. En el Derecho administrativo, por el contrario, la piedra angular del sistema corresponde al acto administrativo, manifestación por excelencia de la potestad pública de imperio. Acto administrativo—caracterización de la constitución unilateral de derechos y obligaciones impuesta por la vigencia del principio de legalidad de la Administración—y Contrato—representación de la génesis y regulación consensual de las situaciones jurídicas—parecen oponerse abiertamente como instituciones antagónicas en el seno del Derecho administrativo.

Esta oposición conceptual e institucional es, no obstante, en cierta medida, contingente y motivada por razones histórico-jurídicas. Por lo pronto, hay que adelantar que el Derecho administrativo en el proceso de su formación y consolidación fue capaz de dar entrada en su esquema institucional al fenómeno contractual—el contrato administrativo—, si bien hay que subrayarlo con unas peculiaridades específicas y originales no sólo en el orden conceptual, sino también en función de la configuración del sistema jurídico. Al mismo tiempo hay que puntualizar que la institución contractual no es una categoría lógico-dogmática petrificada, puesto que su configuración inicial—obra de la dogmática civilista en función de los presupuestos ideológicos del liberalismo—se ha visto sometida a importantes transformaciones, hasta el punto de que algunos de sus rasgos actuales parecen facilitar una mayor integración en el seno de los esquemas jurídico-administrativos.

El modelo clásico de contrato está indisolublemente vinculado al presupuesto previo de la autonomía de la voluntad como fuerza creadora de los pactos, como determinante del contenido obligacional y como único instrumento legítimo de autoobligarse (44), todo ello al servicio de un fin típico cual es el intercambio de bienes o de la circulación de la propiedad de las cosas (45). Las transformaciones sociales y el régimen de producción en masa han impuesto cambios sustanciales, deformando el modelo clásico de contrato hasta límites que lo hacen irreconocible, pudiendo hablarse de una auténtica crisis del contrato (46). Como manifestaciones singulares de este proceso pueden

(44) A. HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1960, pp. 228-241.

(45) M. GIORGIANNI: *Il Diritto Privato ed i suoi attuali confini*, en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1961, p. 399.

(46) P. BARCELLONA: *Diritto Privato e processo economico*, Nápoles, 1973, páginas 265 y ss.

señalarse, entre otras, la aparición del llamado contrato forzoso como la antítesis de la libre decisión de autoobligarse; el fenómeno del contrato de adhesión, como exponente de la producción en masa, que implica la derogación del principio de la autorregulación bilateral del contenido contractual (47), y que en cierta medida viene a recordar la figura iuspublicista del acto-condición (según la catalogación de DUGUIT); finalmente, la reglamentación imperativa por el Estado del estatuto contractual que aporta un resorte sustancial al principio de libertad de pactos. Todas estas mutaciones no son, en definitiva, otra cosa que la expresión a nivel de las categorías y técnicas jurídicas de los profundos cambios operados en el modo de producción de bienes en el sistema capitalista y de la aparición del Estado como regulador del proceso económico.

La configuración del contrato como medio de autocomposición de intereses entre sujetos antagónicos en función exclusiva de la autonomía de la voluntad internamente prefijada está en crisis por cuanto la autocomposición viene en gran medida impuesta desde el exterior, no de la institución contractual, sino simplemente la de un determinado decisor, heterónomamente. Ahora bien, esto no supone la crisis del determinado modelo contractual. En este orden de consideraciones la doctrina, a la vista de determinados fenómenos, subraya el resurgimiento o auge del contrato en la sociedad contemporánea, si bien bajo una configuración nueva, probando con ello que el contrato no es una estructura cerrada, sino abierta, capaz de aglutinar intereses sociales de diversa índole (48). Efectivamente el Derecho contemporáneo registra supuestos (49) de sujetos jurídicos—ordinariamente grupos, so-

(47) Para J. CARBONNIER: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Edit. Tecnos, Madrid, 1974 «el contrato de adhesión puede parecer mucho menos anormal de lo que había parecido a la generación precedente, porque esta última se encontraba quizá demasiado apegada al análisis del contrato como voluntad. La voluntad, sin embargo, no lo es todo. Hay también sentimientos y pasión. El contrato es quizá de manera bastante natural, una adhesión, un acto de fe, un acto de confianza y por consiguiente, un acto global, contrariamente a lo que pretende nuestro análisis, dispuesto siempre a poner reparos, que trata de establecer cortes y de encontrar en cada una de las cláusulas una coincidencia de voluntades», p. 256.

(48) R. SAVATIER: *Observations sur les modes contemporaines de formation du Droit positif*, en «Mélanges». J. Dabin, I. París, 1963, pp. 293 y ss., pone de relieve el fenómeno de la «formación contractual del Derecho» en el sentido de que una gran parte del derecho contemporáneo tiene una formación de origen contractual (convenios colectivos, concesiones, gestión de servicios públicos, etc.). El contrato es un instrumento mucho más flexible para la creación del derecho que la Ley.

(49) El ejemplo típico es el Convenio Colectivo en el ámbito laboral. En el ámbito propiamente administrativo pueden citarse algunos ejemplos: la Agrupación Temporal de Empresas que a través de un convenio pretenden desarrollar o

ciudades, asociaciones o sujetos plurales— que formulan declaraciones de voluntad no como antagonistas y como portadores de intereses contradictorios —al modo del contrato clásico—, sino como coincidentes en un objetivo común con el propósito de institucionalizar una cooperación o colaboración con propósitos duraderos (50). La idea de colaboración en un fin común es la nota distintiva frente al contrato clásico basado en el antagonismo patrimonial de las prestaciones; el denominador común radica en la manifestación de voluntad en cuanto reguladora de las situaciones jurídicas implicadas (libertad de pactos). El punto clave de esta nueva realidad de colaboración radica en el significado de estas declaraciones de voluntad o de intenciones en cuanto el objeto de las mismas carece del significado obligacional y patrimonial propio del contrato clásico. Con razón ha podido decirse que la extensión a esta nueva realidad de la denominación de contrato se hace a costa de la «desromanización» del contrato (51). Las dudas sobre la calificación de estas nuevas figuras como convenios, pactos, acuerdos, traduce a nivel nominal la incertidumbre respecto a esta nueva singladura del contrato, replanteando la antigua distinción perfilada en el Derecho romano entre contrato y convenio (52).

ejecutar una obra, servicio o suministro (artículo 7 de la Ley de 28 de diciembre de 1963 sobre Asociaciones y Uniones de Empresas); el artículo 1.º de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963 habla de «convenios, decisiones, acuerdos o conductas conscientemente paralelas»; la Ley de 22 de julio de 1972 sobre Agrupación de Productores Agrarios, desarrollada por el Decreto de 26 de julio de 1973, regula los Acuerdos o Convenios entre Entidades Calificadas en orden a la homogeneización de los programas de actuación, establecimiento de reglas comunes, constitución de fondos de compensación y desarrollo de acciones comerciales que exijan concentración más amplia en el volumen de la oferta (artículo 28 del Decreto de 26 de julio de 1973). Por su parte, en la Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre Auxilios en la Navegación Marítima se alude a una serie de situaciones de cooperación bajo el nombre de Convenios.

(50) Obviamente esta cooperación o colaboración no se refiere exclusivamente a fines de interés social. En algunos casos los fines son específicamente prohibidos por la Ley. Como ejemplo típico puede citarse el artículo 1.2 de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia «son nulos, como contrarios a la Ley y al orden público los convenios entre Empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas en el apartado anterior (impedir, falsear o limitar la competencia)».

(51) La expresión fue utilizada por primera vez por JOSSEKAND: *L'essor moderne du concept contractuel*, en «Recueil d'études geny II», p. 346, citado por M. VASSEUR: *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», 1964, pp. 45-46.

(52) Para RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1931, vol. II, para los romanos el contrato es una relación constituida a base de un acuerdo y no el acuerdo mismo que recae sobre un tipo de relaciones jurídicas: aquellas y sólo aquellas que generan obligaciones patrimoniales entre las partes. Por el contrario el acuerdo que en cuanto representación del elemento subjetivo se denomina *conventio*, *conventium*, *pactio* adquiere una significación concreta equivalente a la

En realidad esta evolución en torno al contrato detectado recientemente en el campo del Derecho privado, en cuanto observa en aquél un fenómeno de colaboración antes que propiamente una contraposición de intereses, había sido ya intuido por la dogmática del Derecho público. Es unánime la opinión doctrinal en atribuir a GIERKE (1887) la distinción entre el contrato, por una parte, y una serie de actos individuales que concurren en un mismo objetivo (fundación de una sociedad o asociación), que reciben la denominación por su estructura de Acto Conjunto (*Gesammtakt*) y, por intencionalidad, Convenios (*Vereinbarung*). Este punto de partida es recogido por una serie de autores de Derecho público—KARLOWA, BINDUNG, TRIEPEL y JELLINEK (53)—que utilizan la denominación de *Vereinbarung* para designar un grupo de actos o hipótesis en que la concurrencia de voluntades de varios sujetos es necesaria para la producción de determinados efectos jurídicos (decisión de un cuerpo deliberante, sentencia colegial, fundación de una asociación, etc.). La nota común que les diferencia del contrato (*Vertrag*) estriba en que las partes formulan sus declaraciones de voluntad no como antagónicas y como portadoras de intereses contradictorios, sino que sus manifestaciones coinciden teleológicamente en un objetivo común. Esta corriente de pensamiento conoce en los primeros años de nuestro siglo un importante desarrollo en Francia. Así, para DUGUIT (54), la idea de *Vereinbarung*, que traduce por «unión», le servirá para configurar la nueva categoría jurídica de «actos de unión» dentro del elenco de actos jurídicos (acto-regla, acto-condición y acto-subjetivo). Si bien admite DUGUIT que el acto unión externamente es de características contractuales, en el fondo esta equiparación no puede mantenerse por cuanto mientras el contrato da lugar simplemente al nacimiento de una situación jurídica subjetiva, el acto unión, por la concurrencia de voluntades sobre un mismo fin, desencadena una regla objetiva o un *status* (el paradigma de esta nueva

serie de todos los acuerdos que carecen de las formas y solemnidades prescritas por el Derecho para que puedan considerarse contratos y que conforme al principio romano la simple convención no genera acción ni produce vínculo obligatorio y no recibe sino una protección indirecta del pretor romano la *exceptio pacti conventio*, páginas 253-256. En análogo sentido F. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil español*. Madrid, 1930, vol. II, p. 79; F. DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, p. 36, y L. DIEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Madrid, 1970, pp. 68-69.

(53) El proceso histórico ha sido descrito por G. BEZIN: *Exposé des théories allemandes et italiennes sur l'acte complexe*, en «Recueil de Legislation de Toulouse», 1905. Un excelente resumen de este trabajo en M. HAURIOU: *Principes de Droit Public*, Sirey, 1910, pp. 158-161.

(54) L. DUGUIT: *Traité de Droit constitutionnel*, vol. I, Paris, 1927, pp. 405-420.

categoria es el contrato o convenio colectivo de trabajo). Por su parte, HAURIUO proyecta toda la problemática de la *Gesammtakt* y de la *Vereinbarung* en el seno mismo de la institución y del derecho estatutario. Los actos típicos del derecho estatutario para HAURIUO no pueden equipararse a los contratos, pero exigen ser explicados y caracterizados en base al fenómeno del consentimiento o del asentimiento, y en especial en torno al concepto de adhesión a una idea objetiva (acto complejo) y al procedimiento que le da vida (55). El debate en torno a estos conceptos diferenciadores no tuvo una continuidad en el marco del Derecho público por cuanto dieron lugar a derivaciones muy sugestivas, pero que poco a poco fueron perdiendo sus contactos con sus presupuestos iniciales. Lo decisivo, no obstante, es señalar esta anticipación de ideas en torno a las características del fenómeno contractual o convencional y sus múltiples perspectivas.

La descripción de la evolución del fenómeno contractual en el mundo contemporáneo nos ha servido para evidenciar la pluralidad de significados y modelos contractuales existentes. En consecuencia, debemos plantearnos las posibles nuevas repercusiones que estas transformaciones pueden acarrear en el ámbito del Derecho administrativo, teniendo en cuenta el planteamiento dualista tradicional que el contrato ha revestido en el ámbito jurídico-administrativo.

2 *La concepción en torno al Contrato de Derecho público y su reciente evolución.*

De especial interés para comprender la problemática del fenómeno contractual en el campo del Derecho administrativo resulta el examen de las concepciones sobre la sustantividad del Contrato de Derecho público. El largo debate sobre esta cuestión y su reciente renovación son obra de la doctrina alemana e italiana; el centro de gravedad de la misma reside en la dicotomía, *acto administrativo-contrato*, y la serie de valores jurídico-materiales implicados en cada una de estas técnicas de actividad administrativa.

El origen de este *nomen iuris*, Contrato de Derecho público, es necesario buscarlo en la doctrina germánica que, al decir de FORTI (56), ha sabido exhumar esta *regalia*, adaptándola a los tiempos modernos sobre el trasfondo del concepto de contrato. El punto de arranque de

(55) M. HAURIUO: *Principes de Droit Public. op. cit.*, pp. 143-167.

(56) U. FORTI: *Natura giuridica della concessione amministrativa*, en «Giu. It.», IV, 1900, pp. 360 y ss.

la misma se sitúa en el cambio de concepción sobre la naturaleza de la relación que une al funcionario con el Estado (57). Con la penetración de las ideas liberales va desapareciendo la configuración de las relaciones funcionariales como deberes de sujeción que deben ser de aceptación forzosa, hasta el extremo de que en 1845 SCHMITTHENNER puede proclamar que «dado que los empleos no se adquieren por derecho de nacimiento, la relación orgánica de servicio con el Estado se establece a través de un contrato... Un contrato de dependencia pública y en consecuencia orgánico, como lo demuestra el hecho de que el Estado no adquiere un derecho de exigibilidad de naturaleza civil, sino de mando y de compulsión» (58). Estos antecedentes permiten a LABAND afirmar directamente y sin paliativos que la relación de servicios descansa sobre un auténtico contrato, al modo de la *commendatio* medieval, en virtud del cual el funcionario se consagra al Estado, contratando un deber particular de servicio y fidelidad que el Estado acepta, asegurando al funcionario una protección y una remuneración. La naturaleza de este contrato es, según LABAND, de Derecho público de forma inequívoca, porque el funcionario no se consagra al cumplimiento de fines de naturaleza privada, sino a «los fines propios del Estado o al bien general del Estado» (59).

Como una frontal y abierta reacción contra la tesis del Contrato de Derecho público en periodo de afirmación y generalización, surge en Alemania, capitaneada por O. MAYER, la tendencia unilateralista que centra su atención en una valoración peculiar de la intervención del particular en el seno del acto administrativo—«acto administrativo de sumisión»—que en ningún caso alcanza relieve contractual. La importancia de O. MAYER radica no sólo en oponerse a la concepción de LABAND sobre la relación funcional—cuyos esfuerzos y energía para conferirle el nombre de «Contrato de Derecho público», dice, «me deja completamente indiferente» (60)—, sino en fundar una auténtica categoría general coherente capaz de explicar una serie amplia de figuras jurídicas (relación funcional y concesión de servicios y de dominio público). El punto de partida axiológico de O. MAYER es el paralelismo entre el acto administrativo y la sentencia,

(57) P. LABAND: *Le Droit Public de l'empire allemand*. París, 1901, tomo II, páginas 106-120.

El proceso de formación del contrato de Derecho Público ha sido expuesto ampliamente por M. BULLINGER: *Vertrag und Verwaltungsakt*, 1962, pp. 179-198.

(58) P. LABAND: *Le Droit Public*, op. cit., p. 117.

(59) P. LABAND: *Le Droit Public*, op. cit., pp. 120-121.

(60) OTTO MAYER: *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, 1954. vol. IV, página 49.

hasta el extremo de que define al primero como «un acto de autoridad que emana de la Administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser derecho en un caso concreto». Ahora bien, si la eficacia de la sentencia descansa en todo caso en la ley, el acto administrativo, por el contrario, no goza de la misma fundamentación, no está comprendido «en la reserva de ley». Cuando el acto administrativo otorga una ventaja o un favor al súbdito no se plantea una colisión con la reserva de ley: «vemos al acto administrativo producir un efecto en virtud de su propia fuerza»; por el contrario, cuando impone un deber o una carga es preciso que tenga su fundamentación en una ley; por todo lo cual, advierte O. MAYER, «sería renegar de la libertad querer otorgar esta protección aun contra su voluntad; el protegido es libre para someterse en cierta medida a cargas personales, obligaciones. Debe, pues, sobreentenderse, en todas las reservas constitucionales que prohíben imponer a los individuos cargas no previstas en la ley, la cláusula tácita: a menos que la parte interesada dé su consentimiento. Es el caso de los actos administrativos en virtud de sumisión» (61). La sumisión o aquiescencia del administrado «no hace más que reemplazar la autorización de la ley, hace desaparecer la barrera que sin ella habría opuesto la reserva constitucional. El acto administrativo, liberado así, produce entonces efecto por sí mismo» (62).

Con la afirmación del acto administrativo de sumisión, tan eficazmente defendido por O. MAYER, se desplaza toda posibilidad del fenómeno contractual (63) en el campo del Derecho administrativo, reservándose su admisibilidad con carácter marginal exclusivamente en las relaciones entre entes administrativos (64). Las tesis unilateralistas de influencia alemana van a tener un amplio desarrollo y aceptación en la doctrina italiana, que esgrimirá una serie de argumen-

(61) O. MAYER: *Derecho Administrativo Alemán*, op. cit., vol. I, p. 129.

(62) O. MAYER: *Derecho Administrativo Alemán*, op. cit., vol. I, p. 130.

(63) Debe advertirse que O. MAYER llega en algún momento a admitir el paralelismo entre el acto administrativo de sumisión y el contrato al afirmar que «los actos administrativos de sumisión se restringen a las cargas, obligaciones, y cesiones que, según nuestros usos podrían ser igualmente impuestos por un contrato de derecho civil. Por eso se les llama contratos, aunque por su estructura jurídica no lo sean. Para distinguirlos de los verdaderos contratos de Derecho Civil se les denomina contratos de Derecho Público». *Derecho Administrativo Alemán*, op. cit., vol. I, p. 130, nota 5.

(64) G. LANGROD: *Le contrat. Instrument d'action des Administrations Publiques*. «Annales Universitatis Saraviensis», 1955, p. 35; A. GRISEL: *Droit Administratif Suisse*. Dalloz, 1970, pp. 219 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Universidad de Sevilla, 1980, páginas 101 y ss.

tos de base eminentemente apriorística, como ha puesto de relieve GALLO (65), contra la admisión del Contrato de Derecho público. Entre los argumentos que la doctrina italiana anticontractualista ha defendido con ahínco figuran los siguientes: la radical desigualdad de los sujetos, Administración y administrado, para dar vida a una auténtica relación contractual (66); imposibilidad de que el interés público que la Administración debe observar en función del principio de legalidad pueda ser objeto de determinación convencional en contraste con el interés privado del contratista; intransferibilidad del objeto contractual (67); incompatibilidad entre la estabilidad de toda relación contractual con las facultades de autotutela que la Administración debe mantener en todo caso (68); incapacidad de las tesis contractualistas de ofrecer una categoría de validez general explicativa satisfactoria (69).

Las tesis anticontractualistas, al apoyarse en una determinada y absorbente concepción del Derecho Administrativo, no han podido explicar satisfactoriamente una serie de supuestos en que la voluntad del administrado ocupa un puesto relevante, difícilmente susceptible de ser encasillado en el modesto papel de «acto de sumisión» que le asigna la construcción de O. MAYER. En este orden de consideraciones debe hacerse mención de los esfuerzos que en los años veinte y treinta de nuestro siglo se llevaron a cabo en Alemania e Italia para rectificar el rigorismo de las tendencias unilateralistas en relación con instituciones tan significativas como la concesión, la relación funcional y el convenio colectivo. Este cambio de rumbo lo inicia en Alemania W. JELLINEK al articular el concepto de «acto bilateral» como categoría

(65) M. GALLO: *I rapporti contrattuali nel Diritto Amministrativo*. Padova, Cedam, 1936. El mismo autor reproduce sus tesis en «Novissimo Digesto Italiano» IV, 1988, voz *Contratto di Diritto Pubblico*, pp. 645 y ss. En nuestra doctrina R. ENTRENA CUESTA: *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, núm. 24 de esta REVISTA, 1957, pp. 39 y ss.

(66) ZANOBINI: *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, en «Primo trattato completo di Diritto Amministrativo italiano», de V. E. Orlando, Milán, 1935, p. 427; R. ALESSI: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970, vol. I, p. 264, y P. VIRGA: *Teoria generale del contratto de Diritto Pubblico*. «Enciclopedia del Diritto», vol. IX, p. 980.

(67) R. ALESSI: *Instituciones de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 265.

(68) V. OTTAVIANO: *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milán, 1953, página 40, y F. GULLO: *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova Cedam, 1965, p. 272.

(69) E. GUICCIARDI: *Le transazioni degli enti pubblici*, en «Archivio di Diritto Pubblico», vol. I, p. 224, y G. ZANOBINI: *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1958, p. 236.

general (70), otorgando a la manifestación de voluntad del administrado la condición no sólo de requisito de legalidad —como en el acto de sumisión—, sino principalmente la de condicionamiento de su eficacia; en definitiva se equipará el valor jurídico de la manifestación de voluntad de la Administración y del administrado. La tesis del acto administrativo bilateral supone un esfuerzo considerable para extender hasta sus últimas consecuencias los presupuestos unilateralistas sin verse obligado a aceptar el Contrato de Derecho público. En este sentido merecen destacarse las palabras de PETROZZIELLO, el máximo representante de esta tendencia en la literatura jurídica italiana, al precisar que «el acto bilateral no quiere significar sin más contrato, ni siquiera de Derecho público. Sería un error lógico y jurídico confundir los dos términos y considerarlos sinónimos. No todos los actos bilaterales son contratos. El contrato representa la más completa representación de la bilateralidad en cuanto presupone la equivalencia jurídica de los sujetos tanto en la constitución como en el desarrollo de la relación jurídica. Pero de la simple inicial coexistencia de dos consentimientos no es lícito concluir la formación de un contrato» (71). En la actualidad la tesis del acto administrativo bilateral ha perdido vigor por su artificiosidad manifiesta, y en ningún caso puede aceptarse como una alternativa frente al Contrato de Derecho público. En la doctrina alemana, FORSTHOFF (72) sigue manteniendo esta categoría, si bien corrigiendo sus efectos y proponiendo la nomenclatura de «actos administrativos necesitados de coadyuvante».

Las dilatadas discusiones entre unilateralistas y contractualistas no han conducido, como la mayoría de las grandes polémicas, a resultados satisfactorios, puesto que al desarrollarse a nivel de principios no atienden suficientemente a las exigencias del derecho positivo. Por ello cabe apreciar en la doctrina reciente un cambio de enfoque sobre el tema al poner el acento no en la bipolaridad acto administrativo-contrato, sino en su posible coexistencia o uso alternativo. En este sentido merece destacarse en la doctrina italiana la aportación de

(70) Una síntesis en E. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, páginas 294-298.

En nuestro país la tesis del acto bilateral conoce un desarrollo autónomo gracias a R. FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual*. «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», t. 144, 1924. Este trabajo se recoge en «Variaciones de Derecho y política». Barcelona, 1932, pp. 34-58.

(71) M. PETROZZIELLO: *I rapporti del pubblico impiego*, en «Primo trattato completo de Diritto Amministrativo», de V. Orlando, Milán, 1935, vol. II, pp. 55 y ss.

(72) E. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 296-298.

GIANNINI (73), para quien es preciso desmitificar la polémica sobre los Contratos de Derecho público o de *oggetto pubblico*, puesto que antes de cualquier consideración o prejuicio doctrinal hay que tener en cuenta un hecho básico: la existencia de relaciones entre la Administración como autoridad y el particular que en sentido lato merece la consideración de concurso de voluntades, proponiendo para describir este fenómeno la denominación de «módulos convencionales de la actividad administrativa». La constatación de módulos convencionales en la actividad administrativa permite una primera conclusión: acto administrativo y contrato no se hallan en absoluta y permanente separación y acantonamiento; el examen del ordenamiento positivo permite verificar su interconexión y sus relaciones de complementariedad e incluso de sustitución. GIANNINI en base a estas consideraciones, articula la siguiente clasificación combinatoria: contratos accesorios al acto administrativo, nacidos para regular o disciplinar las relaciones patrimoniales derivadas de las situaciones jurídicas creadas por un acto unilateral (concesión de servicios y concesión demanial); contratos auxiliares en relación al acto administrativo: inicialmente la actuación administrativa discurre por cauces típicamente unilaterales, pero ante la eventualidad de regular un aspecto patrimonial del procedimiento se habilita a la Administración para disciplinaria convencionalmente, si bien en el caso de frustración del acuerdo resurge el mecanismo imperativo (el prototipo lo constituye el acuerdo o contrato expropiatorio) (74); contratos sustitutivos de actos administrativos: cuando surge la posibilidad de sustitución íntegra de un procedimiento administrativo por la técnica contractual (convención urbanística o convenio fiscal tributario) (75), y, finalmente, los contratos alternativos frente al acto administrativo, supuesto que se presenta cuando la norma jurídica autoriza a la Administración para utilizar alternativamente el mecanismo imperativo (expropiación) o el convencional (compraventa).

(73) M. S. GIANNINI: *Diritto Amministrativo*, Milán, 1970, vol. I, pp. 741 y ss. Pueden citarse como planteamientos revisores: LEDDA: *Il problema del contratto nel Diritto Amministrativo. Contributo ad uno studio dei C. D. Contratti di Diritto Pubblico*, Turín, 1965, y A. BARDUSCO: *La struttura dei contratti delle pubbliche Amministrazioni. Atti amministrativi e negozi di Diritto Privato*, Milán, 1974.

(74) En nuestro derecho se regula el Convenio de Adquisición Amistosa en el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. IEP, 1956, p. 128.

(75) En nuestro ordenamiento pueden citarse, como ejemplos, el procedimiento de Liberación en las Expropiaciones Urbanísticas (Decreto de 26 de noviembre de 1959 y su modificación por Decreto de 24 de febrero de 1972) y el Convenio Fiscal admitido por el artículo 49 y ss. de la Ley General Tributaria.

En la doctrina alemana se registra una revisión profunda de ideas en este terreno. M. BULLINGER ha realizado un exhaustivo análisis de las relaciones entre el acto administrativo y el contrato administrativo en el sistema alemán comparándolo con el sistema francés del contrato administrativo, llegando a la conclusión de que «el contrato jurídico-público ha ganado nuevamente algo de terreno al acto administrativo con posterioridad a 1945, al haber hecho crisis la idea tradicional del Estado de Derecho, aun cuando no disponemos todavía de una nueva concepción» (76). El autor citado, aun cuando se muestra contrario a la posibilidad de admitir una sustitución en la actuación unilateral de la Administración por la vía convencional por entender que se pone en peligro las esencias del Estado de Derecho (de forma mucho más intensa de lo que ocurre con el fenómeno paralelo de la llamada «evasión al Derecho privado»), llega a la conclusión de que en todo caso se puede defender la existencia de un contrato verdadero entre el Estado y los administrados en materia de Administración soberana cuando una ley ha previsto con toda intención como forma de actuación el contrato, en lugar de una decisión soberana responsable provista de todas las cautelas propias del Estado de Derecho (77). En todo caso debe apuntarse que esta renovación no ha dejado de tener repercusiones normativas concretas. Precisamente en la República Federal Alemana, el país en que más largo tiempo se ha combatido la tesis del Contrato de Derecho público, se acaba de aprobar la Ley de Procedimiento Administrativo (mayo de 1976), en la que se destina uno de sus títulos a regular, como forma de actuación de la Administración, los Contratos o Convenios de Derecho público como medio de crear, modificar o anular una relación jurídico-pública, mientras una ley no lo prohíba expresamente (78).

3. *El contrato administrativo ante las nuevas técnicas de actuación de la Administración*

Los ordenamientos que consagran la admisibilidad de forma decidida y amplían la figura del contrato administrativo—fundamentalmente Francia y España—han orientado todo el tratamiento del fenó-

(76) M. BULLINGER: *Vertrag und verwaltungsakt*, op. cit., pp. 156 y ss.

(77) M. BULLINGER: *Derecho Público y Derecho Privado*, Madrid, IEA, 1976, afirma como conclusión de la evolución de su pensamiento que «ya no conduce a ninguna parte la pregunta de si en el Derecho Público son los contratos tan legítimos y viables como en el Derecho Privado», p. 122.

(78) Existe una traducción del Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo

meno contractual de la Administración en una única dirección, prácticamente absorbente: búsqueda de un criterio de delimitación y de sustantividad del contrato administrativo frente al contrato civil. La problemática contractual de la Administración pública, abstractamente considerada, o la teoría del Contrato de Derecho público no han suscitado en especial interés y entusiasmo. Esta ausencia de debate abstracto en modo alguno significa que los frutos en este campo hayan sido escasos. Siguiendo una vía empírica de reflexión sobre determinados y concretos tipos contractuales (fundamentalmente el de obras, de servicios y de suministros), el modelo de pensamiento francés, a base de una fecunda compenetración entre doctrina (79) y jurisprudencia, ha sido capaz de demostrar: que las relaciones entre la Administración y los particulares en materia contractual en el campo del Derecho público eran posibles; que el contrato administrativo era susceptible de aglutinar y fusionar elementos a primera vista contradictorios: facetas parciales del acto unilateral podían coexistir con un fondo y una estructura típicamente contractual; y, finalmente, que existía una idea o directriz unitaria de marcado carácter institucional que trascendía a los tipos concretos de contratos: la noción de colaboración como sustrato potencialmente abierto para integrar nuevas realidades y cometidos administrativos. Seguir las vicisitudes de estas ideas maestras escapa a nuestros propósitos, únicamente procede puntualizar o anotar algunos de sus planteamientos más relevantes.

El origen del contrato administrativo en su presentación empírica está íntimamente vinculado a las necesidades reales de la Administración que no pueden ser cubiertas por la técnica del acto administrativo unilateral. Efectivamente, la Administración en el naciente Estado de Derecho ostenta el monopolio del ejercicio de la función administrativa, que ejerce de forma supraordenada sobre la sociedad para hacer prevalecer el interés público, pero con sujeción estricta al principio de legalidad que le señala las pautas y condiciones de su actividad. En su actuación, la Administración, para la consecución del interés público, debe ser capaz de imponerse a todos sin precisar de la concurrencia de la voluntad de los administrados o de una pre-

en la República Federal Alemana de A. NIETO, publicada en el núm. 47 de esta REVISTA, año 1965.

(79) La teoría del contrato administrativo no deja de albergar contradicciones en sus planteamientos. Como señala gráficamente, G. LANGROD: *Le contrat, instrument d'action des administrations publiques*, en «Annales Universitatis Saraviensis», IV, 1955, «la théorie du contrat administratif reste imprécise, irrésolue, hésitante, primitive, parfois erronée», p. 15.

via conciliación de intereses por parte de los afectados (80). Esta posibilidad de imponerse a todos la logra a través del acto unilateral como manifestación de su potestad de imperio o «depositaria de una parte de la soberanía» (81). Ahora bien, existen zonas de la actividad administrativa en que esta facultad de imponer de forma irresistible obligaciones a los terceros es inviable técnicamente o carece de la habilitación legal correspondiente por impedirlo la garantía que la ley establece en favor de la libertad y propiedad de los particulares: la Administración no puede ordinariamente requisar los suministros que precisa para sus servicios públicos u obligar a los empresarios de obras públicas a construir las carreteras (82). Para cubrir todas estas necesidades de aprovisionamiento o clienterales, la Administración se vio precisada a acudir al contrato con los administrados, debiendo admitir, junto a una actividad autoritaria, una actuación por vía de gestión (83). Con la apelación al contrato toda actividad de gestión debía quedar desprovista de imperio o de *puissance publique*; la facultad de imponer obligaciones quedaba subordinada al consentimiento del contratante; el acto se formaba por la concurrencia de las dos voluntades y la primacía del interés público, amenazada y diluida por la necesaria intervención del interés privado. Justamente para evitar este cuadro de consecuencias anómalas para una Administración, recién estructurada en el marco del Estado de Derecho e impregnada de un autoritario y mesiánico concepto del interés público, surge y se

(80) Un interesante estudio sobre los supuestos histórico-jurídicos del acto administrativo: F. SATTI: *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, pp. 101-142. En la doctrina francesa, Ch. LAVIALLE: *L'évolution de la décision exécutoire en droit administratif française*, Paris, 1974.

(81) La expresión «depositaria de una parte de la soberanía» pertenece a E. LAFERRIÈRE: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887, vol. I, p. 485.

(82) F. P. BENOIT: *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968. Según este autor, el origen de los contratos administrativos no hay que buscarlo en una adaptación de los contratos civiles, sino que es el resultado de una lenta transformación de las prestaciones personales y las espoliaciones o requisas mobiliarias en un sistema a base de un acuerdo de voluntades, considerar que son una simple adaptación de los contratos de derecho privado es desconocer sus orígenes históricos reales, es condenarse a no comprender los rasgos más característicos de su régimen», p. 587. Para el Derecho español, R. PARADA VÁZQUEZ: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963.

(83) La evolución sobre la actividad de gestión ha sido expuesta brillantemente por M. ROUSSET: *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, 1960, pp. 69-133. Un estudio comparado sobre la evolución del contrato en el sistema francés y alemán y sus derivaciones partiendo de la distinción entre actos de autoridad y de gestión: M. FROMONT: *La répartition des compétences entre les tribunaux civil et administratifs en droit allemand*, Paris, LGDJ, 1960, páginas 58-165.

construye paulatinamente la institución del contrato administrativo. En síntesis se trataba de combinar los elementos más valiosos y característicos del acto administrativo y de la idea del contrato en una difícil síntesis. La idea común de contrato aporta la representación del elemento consensual en la formación y celebración del contrato y una situación de estabilidad en la situación jurídica del contratante que no tiene parangón en los dominios del acto administrativo; por su parte, la Administración, para conservar intacta su facultad de apreciar el interés público, presumiblemente mudable durante la ejecución del contrato, no queda despojada de su potestad o prerrogativa de actuación directa para modificar el contenido contractual y ordenar la resolución del mismo previa indemnización (84). El contrato administrativo es, por lo tanto, una institución surgida para garantizar la prevalencia del interés público (85) de la Administración, prevalencia cuyo monopolio no queda reservado al acto unilateral. Su operatividad se manifiesta en la fase de ejecución contractual, en la cual la imperatividad administrativa queda salvaguardada de forma equilibrada. En frase gráfica ha podido decirse que «el contrato administrativo comporta un coeficiente de *puissance publique* menos fuerte que en la decisión ejecutoria» (86).

Este repertorio de ideas básicas que dieron vida a las primeras manifestaciones de la actividad contractual de la Administración estaba vinculado a tipos contractuales que satisfacían necesidades fundamentalmente de aprovisionamiento de la Administración. Al ampliar la Administración sus funciones e incidir en el campo de la gestión económica desaparece la distinción entre actos de autoridad y de gestión en favor del nuevo supraconcepto de servicio público. En este nuevo terreno el esquema esbozado del contrato administrativo conocerá una primera extensión al hacerse aplicación del mismo para

(84) Sobre los rasgos típicos del contrato administrativo, H. ZWAHLEN: *Le contrat de droit administratif*, 1958, pp. 500 y ss.; LAUBADÈRE: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956 (cuatro volúmenes); M. Andre FLAMME: *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruselas, 1969. En la doctrina española: E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La figura del contrato administrativo*, número 41 de esta REVISTA, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, 1974.

(85) Para A. LAUBADÈRE: *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1967. La garantía del interés público está tan íntimamente vinculada al contrato administrativo que el poder de modificar unilateralmente el contrato no hace falta preverlo específicamente en las cláusulas contractuales. En el caso que se estipulara la renuncia a la posibilidad de modificación, habría que entender que dicha cláusula es nula y sin efectos, pp. 316-317.

(86) J.-P. NEGRIN: *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, París, 1971, p. 129.

gestionar funciones públicas a cargo de los particulares mediante la concesión, como medio de evitar, entre otras cosas, la extensión del aparato burocrático y administrativo. Precisamente será en este contexto donde germinará la idea del contratista como colaborador y la idea de colaboración como filosofía del contrato administrativo: el interés general del funcionamiento regular del servicio público no debe ser comprometido por el interés del contratante, pero este tiene derecho a ser compensado cuando se altera el equilibrio financiero del contrato (87).

El estudio del modelo francés de contrato administrativo revela una dimensión muy importante de la manifestación del Contrato en el Derecho público: es posible hacer prevalecer en una estructura contractual la idea de interés público. La llamada Administración soberana no queda reducida exclusivamente a las manifestaciones unilaterales. El contrato administrativo ofrece una combinación de elementos y esquemas que pueden ser ampliados progresivamente en función de las necesidades de la actividad administrativa.

4. Posibilidad de extender los principios del contrato administrativo a los convenios de colaboración

De lo hasta ahora dicho se desprende inequívocamente que la institución contractual conoce un nuevo renacimiento en el ámbito del Derecho administrativo; podríamos reproducir para esta nueva etapa la frase de FORSTHOFF pronunciada ya hace años y para otro contexto: «el contrato se ha impuesto contra todos los escrúpulos de la ciencia» (88). Incluso en los países que más se habían caracterizado por la oposición a la admisibilidad del contrato en el Derecho público se puede observar en nuestros días que la relación entre el acto administrativo (fórmula ordinaria de manifestación de la Administración) y el contrato (inicialmente configurada como una actividad marginal) dejan ya de considerarse como manifestaciones antagónicas y se equiparan en un mismo plano, presentándose como sistemas alternativos

(87) Sobre la idea de colaboración, G. JÉZE: *Principios generales de Derecho administrativo*, De Palma, 1949, IV, pp. 194-198; M. VALINE: *L'évolution récente des rapports de l'état avec ses co-contractants*, «Rev. Dr. Public», 1951, pp. 5 y ss.; M. A. FLAMME: *Les entrepreneurs face à l'état, adversaires ou collaborateurs?*, «Rev. Inter. Sc. Adm.», 1961, pp. 23 y ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO: *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, páginas 151-162.

(88) E. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 377.

e intercambiables o simplemente concurrentes en la actividad administrativa. La evolución de la institución contractual hacia su conversión en vehículo de colaboración y cooperación de distintos sujetos para la obtención de fines comunes frente al contrato clásico como mero intercambio de prestaciones sin duda ofrece un atractivo para su utilización en el complejo campo de la actividad administrativa, máxime en un tipo de Administración como la contemporánea que ya no puede aspirar a seguir manteniendo su papel de entidad supraordenada sobre la sociedad, especialmente en campos tan significativos y delicados como el de la economía. Resulta en cierto modo paradójico que en un momento histórico en que el Estado se ve emplazado a ser el responsable del desarrollo económico y del correcto funcionamiento de la economía, sus facultades de intervención se vean disminuidas sensiblemente en el orden imperativo y de la gestión directa, debiendo apelar y suscitar la colaboración de la iniciativa económica privada a través de vías flexibles que integren voluntades concurrentes (89). El contrato se ofrece en este sentido como la vía óptima para estabilizar situaciones jurídicas y suscitar colaboraciones a través de la incentivación económica y financiera. Los peligros, no obstante, de la utilización de los módulos contractuales son evidentes para los postulados del Estado de Derecho (90): el principio de legalidad sufre quiebras definitivas, dando paso a una alarmante discrecionalidad y debilitamiento del principio de igualdad que las técnicas de planificación no hacen sino favorecer; el interés público, cuya defensa corresponde a la Administración por mandato constitucional, se ve discutido y contrastado con los intereses privados de las partes contratantes (91) hasta el punto que como ha señalado un autor, es-

(89) CH. DEBBASCH, emplea la denominación de «neoliberalismo intervencionista» para calificar esta fase de las relaciones entre el Estado y la Economía «el liberalismo tradicional es un liberalismo indiferente. El Estado deja que los actores económicos compitan, sus intervenciones sólo se producen en el caso que el orden público (en el sentido de la tranquilidad de la calle) se viera amenazado. En una fase posterior, el Estado deviene intervencionista y toma a su cargo la gestión de gran número de servicios públicos. En nuestros días, el neoliberalismo es, valga la expresión, un neoliberalismo intervencionista. Se pretende que el Estado se haga responsable del correcto funcionamiento de la economía, pero sobre la base de que los particulares conserven en sus manos el mayor número de actividades», *L'administration au pouvoir*, Calman-Levy, 1969, p. 138.

En la doctrina española una reciente visión sobre el fenómeno intervencionista en la economía. M. BAENA DEL ALCÁZAR: *La estructura administrativa del Estado contemporáneo*. Madrid, 1976.

(90) Vid. F. SATTI: *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*. Padova, 1969. Desde la óptica privatista, S. ROBOTTA: *Il diritto privato nella società moderna*, 1971, p. 19.

(91) Frente a la invasión de las técnicas contractuales en la actividad admi-

tenos hoy en el reino de lo «semipúblico» (92). Para hacer frente a este peligro, el Derecho administrativo debiera articular nuevas técnicas de control de distinto signo para asegurar la buena gestión contractual de la Administración.

En los ordenamientos en que se admite la figura del contrato administrativo, alguno de los peligros de la invasión del fenómeno convencional en el marco de la actividad administrativa pueden ser evitados, o al menos paliados, en gran medida. Como hemos visto, el contrato administrativo es una institución —o si se quiere una técnica jurídica concreta— que permite salvaguardar la prevalencia del interés público en el seno contractual, imponiéndose a los intereses privados, y a la vez permite articular la idea de una colaboración entre las partes contratantes. En este sentido conviene postular ante nuevos fenómenos convencionales —como es el caso por nosotros estudiado de los Convenios de Colaboración para el fomento de actividades económicas privadas de interés público— la aplicación y el traslado del esquema institucional del contrato administrativo para regularlos directamente o al menos para coadyuvar a la interpretación de su régimen jurídico. Obviamente, los presupuestos fácticos y típicos del Contrato Administrativo no coinciden plenamente en el caso de los Convenios de Colaboración para el fomento de las actividades privadas de interés público, pero cabe defender la tesis de que el contrato administrativo, por su nivel de consolidación, es una estructura abierta capaz de integrar nuevos ingredientes (93). En este sentido cabe señalar el siguiente cuadro de paralelismo entre el esquema del contrato administrativo y los Convenios de Colaboración:

a) En el orden consensual existe una plena identidad material por cuanto tanto el Contrato Administrativo como el Convenio entrañan manifestaciones bilaterales de la voluntad entre la Administración y los administrados. No existe, por lo tanto, una imposición imperativa en los Convenios, sino una concurrencia negocial de voluntades.

b) En orden al objeto de los Convenios de Colaboración hay que precisar que una de las partes, el administrado, se compromete a rea-

nistrativa, hay que señalar que existen límites insalvables para el contrato. Un excelente estudio sobre el particular, J. MOREAU: *De l'interdiction faite a l'autorité de police d'utiliser une technique contractuel. Contribution a l'étude des rapports entre police administrative et contrat*, en «Actualité Jurique. Droit Administratif» núm. 1, 1965, pp. 3-17.

(92) G. BURDEAU: *Traité de science politique*, vol. II, 2.^a edición, LGDJ, 1968, página 755.

(93) F. P. BENOIT: *Le droit administratif français*, ob. cit., p. 590.

lizar una prestación determinada en correspondencia a la cual la Administración le otorga un auxilio financiero o económico. Evidentemente en relación a las contraprestaciones y a sus nexos causales se ofrecen divergencias importantes (94), aunque no insalvables, en relación con los contratos clásicos basado en la idea de intercambio de prestaciones patrimoniales: servicio o cosa por precio cierto. En primer lugar, hay que subrayar que en la mayoría de los casos la prestación a que se obliga voluntariamente el titular de una actividad económica de interés público es la de realizar o llevar a cabo un determinado comportamiento empresarial (mejorar condiciones de trabajo y de productividad; alcanzar determinados volúmenes de producción o de exportación; o un abaratamiento en los costes) (95) o lograr un resultado determinado (96) ambos objetivos al mismo tiempo. La circunstancia de que las prestaciones sean un mero comportamiento no excluye su consideración patrimonial puesto que cabe admitir que

(94) Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., el punto más conflictivo para calificar a los convenios de Derecho público como contratos administrativos radica en el tema del objeto de las prestaciones y su respectivo nexo causal. Si por contrato «se entendiese el cuadro meramente formal de la creación de un vínculo jurídico determinado entre dos o más partes a través de una declaración de voluntad común, no cabe duda que los conciertos de administración serían siempre verdaderos contratos. Si se exige, como elemento del concepto, de manera más concreta, que ese vínculo se articule a través de un mecanismo de enlace causalizado de prestaciones obligacionales, precisamente, la cuestión puede hacerse problemática en algunos supuestos, no en todos», p. 490.

(95) Sirva como ejemplo ilustrativo la orden de 22 de agosto de 1964 por la que se fijan las bases para la acción concertada en el sector de conservas. Las empresas que suscriban el acta de concierto deberán conseguir los siguientes objetivos: integración de su actividad exportadora, cediendo a un centro único de gestión su derecho a efectuar aisladamente ventas al exterior; reestructurar las empresas del sector mediante la concentración o ampliación de instalaciones; fomentar las inversiones con vistas a la modernización de instalaciones; desarrollar la promoción social en la empresa. Análogamente, los planes concertados de investigación, regulados por decreto de 8 de junio de 1968 y orden de 12 de mayo de 1973 por la que se aprueba el modelo-tipo de contrato. En este tipo de planes de investigación, lo que se contempla como objeto es la actividad investigadora en cuanto tal; el resultado de la investigación y su posible explotación comercial únicamente juega en función de devolución o no de la ayuda estatal.

(96) Como prototipo de obligación de resultado, el decreto de 13 de febrero de 1975 sobre régimen de concierto en el sector eléctrico, en cuyo artículo 2 se establece «para la realización del programa (plan energético nacional), se establece un régimen de concierto con las empresas del sector, las cuales, al aceptarlo, quedarán obligadas a construir las centrales hidráulicas y térmicas de carbón que figuran en los anexos, cuya entrada en servicio tendrá lugar en los años que en los mismos se indican y las que se consideren necesarias para el desarrollo de los sistemas extrapeninsulares. Se obligan igualmente a construir en los plazos que se determinen las centrales nucleares que el Ministerio de Industria autorice hasta completar la potencia adicional prevista en el artículo primero del presente decreto, así como las necesarias líneas de transporte, interconexión e instalaciones de distribución».

las obligaciones de comportamiento (97) son auténticas obligaciones en las que se valora la conducta a efectos de su posible responsabilidad en la ejecución.

Por su parte, la contraprestación de la Administración no es un precio cierto, por cuanto no hay fenómeno adquisitivo por parte de la Administración, sino una compensación o concurso financiero público que se materializa en la aplicación de un régimen fiscal privilegiado o de determinadas subvenciones o préstamos a través de entidades oficiales de crédito. Es decir, la concreción material o la liquidación de la obligación contractual de la Administración se remite a un estatuto fiscal preestablecido—en virtud del principio de legalidad que en materia de exenciones fiscales rige de forma inflexible—o a la gestión concreta de un organismo oficial de crédito que de forma instrumental realiza los fines del Estado. De esta forma se explica que en la liquidación de la contraprestación a cargo de la financiación pública intervengan distintas autoridades administrativas e incluso distintos entes administrativos, pero la obligación básica que da nacimiento al contrato preexiste y en este sentido debe cumplirse, pudiendo incurrir la Administración en responsabilidad por incumplimiento en el caso de que alguna autoridad administrativa no liquide la correspondiente obligación de financiamiento público (negativa a otorgar una exención fiscal procedente en virtud del vínculo contractual o un préstamo oficial) (98).

c) En los Convenios de Colaboración, como su mismo nombre indica, la idea o noción de Colaboración es básica. Ahora bien, se hace

(97) Sobre la distinción entre las obligaciones de comportamiento, actividad o conducta y de resultado, J. FROSSARD: *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, París, LGDJ, 1965. Las obligaciones de comportamiento tienen como contenido una actividad en relación a un fin, lo relevante no es el fin que no puede prometer el contratante, sino sólo el comportamiento, la diligencia que observa en su actividad. Sobre la concurrencia de las obligaciones de comportamiento en el ámbito de la planificación económica, vid. A. HAURIOU: *Droit administratif de l'aléatoire*, en «Mélanges Trotabas», París, 1970, páginas 219 y ss.

(98) En los contratos administrativos cabe distinguir también entre la obligación y su liquidación o gestión. Así, en el artículo 12 de la Ley de Contratos, se establece que «los contratos tendrán siempre un precio cierto y que se expresará en moneda nacional». Una vez establecido este precio, debe procederse a su financiación, que según el párrafo 2 del artículo 12 «se ajustará al ritmo óptimo de la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin, por los órganos de contratación, las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades, y durante el período de ejecución conforme con la Ley de Presupuestos». El artículo 41 del Reglamento de Contratación declara nulos de pleno derecho «las adjudicaciones de contratos que carezcan de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias debidamente aprobadas».

preciso matizar las diferencias de la idea de colaboración en el Contrato Administrativo y en el Convenio para el fomento de actividades económicas de interés público. El contrato administrativo es una fórmula de reclutar colaboradores o cooperadores para una actividad administrativa, según S. MARTÍN-RETORTILLO «los particulares entran directamente dentro de la esfera de la Administración. La tarea a realizar—el servicio que se presta o la obra que se construya es siempre algo 'propio' de la Administración, que por ello no puede desentenderse de la misma» (99). En definitiva, el contrato administrativo articula una colaboración para satisfacer las necesidades clienterales de la Administración o para gestionar un servicio público, de tal modo que el contratista gestiona intereses de la Administración y no los propios, y por ello ostenta facultades de supremacía y de dirección contractual.

En el ámbito de los Convenios para la realización de actividades económicas de interés público la idea de colaboración adquiere un doble significado. Por una parte, efectivamente, el Convenio es una forma de colaboración del particular en una tarea administrativa cuya ejecución está prevista de ordinario en un Plan—Plan de Desarrollo o Plan Sectorial—y en este sentido el Convenio es instrumento de realización y ejecución de una función administrativa. La diferencia respecto al contrato administrativo clásico radica en que la actividad administrativa no es un elemento de vista de su titularidad ni de su contenido un servicio o una competencia administrativa, sino exclusivamente una actividad y una gestión privada para la que el correspondiente Plan prevé una intensificación, o una transformación. Solo en el caso que las directrices del Plan no encuentren la aceptación necesaria, la Administración puede gestionar directamente el cumplimiento de estos objetivos. La colaboración a la ejecución de los Planes es voluntaria y se lleva a cabo a través del desarrollo y la gestión de actividades propias y privadas. Precisamente, esta idea de colaboración en una función administrativa es la que genera en la vida contractual una facultad de dirección de la Administración al integrarse el contratante en la dinámica de la ejecución del Plan aun cuando gestione interés privado.

Al mismo tiempo esta idea de colaboración a través del Convenio se expresa en otra dirección, a la vista del interés público que reviste la

(99) S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1980, pp. 140-141.

actividad a desarrollar colabora en su realización mediante el auxilio financiero. La Administración se interesa (100) en la realización de las actividades, establece un vínculo de interesamiento o de asociación para la consecución de un interés común. Se instaura una doble corriente o flujo en orden a la colaboración: del administrado respecto a la Administración, pero también de la Administración respecto a la actividad desarrollada a la que auxilia financieramente. El primer tipo de colaboración da lugar a una posición de supremacía de la Administración; la segunda, a una posición de cooperación o cointerés. Ambas ideas institucionales han de tenerse presentes para interpretar la ejecución y el régimen jurídico de los referidos convenios.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN PARA EL FOMENTO DE ACTIVIDADES PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO

1. *Sentido y alcance del régimen de supletoriedad del contrato de gestión de servicios públicos*

El planteamiento teórico sobre la aplicación del esquema del contrato administrativo a los Convenios de Colaboración debe complementarse con el examen de la serie de cuestiones que se suscitan en nuestro derecho positivo a la vista de la declaración contenida en el artículo 2.º, último inciso, de la Ley de Contratos del Estado en el sentido de aplicación supletoria a los Convenios de las «reglas sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos».

En orden al sentido de la supletoriedad prevista es preciso poner de relieve que el régimen específico y privativo de los Convenios de Colaboración es muy atomizado y disperso, por lo que no es aventurado prever la constante remisión al contrato de gestión de servicios públicos como fuente de integración y de interpretación de primer grado. En lo no previsto en dicha figura contractual deberá atenderse a los principios de la propia Ley de Contratos (artículo 2.º), que, según

(100) Sobre la idea de colaboración y sus manifestaciones en el Derecho administrativo, B. GENY: *La collaboration des particuliers avec l'administration*, Sirey, 1930, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La participación del administrado en las funciones administrativas*, en «Homenaje a S. ROYO-VILLANOVA», Madrid, 1977, páginas 305-319.

ha puntualizado el artículo 3.º del Reglamento de Contratos de 25 de noviembre de 1975, «deberán aplicarse preferentemente, como principios de la Ley de Contratos del Estado, las reglas comunes que contiene el capítulo II del título preliminar de aquélla, referente a los contratos administrativos de obras, gestión de servicios y suministros».

El alcance de la supletoriedad del contrato de gestión de servicios públicos se extiende a la preparación, adjudicación y efectos, omitiéndose toda referencia a la extinción del contrato de gestión, por lo que habrá de entenderse en este punto que rigen las normas privativas de los propios convenios. En todo caso, la remisión al contrato de gestión de servicios públicos no significa la referencia a un tipo contractual único, puesto que, como han denunciado GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, «lo que la rúbrica expresa, más que un tipo contractual definido, es una simple técnica de gestión de los servicios públicos—la gestión llamada indirecta o por medio de empresas—por oposición a la gestión directa o realizada por los propios medios administrativos, incluyendo entre éstos a los entes instrumentales» (101). En concreto las figuras contempladas bajo esta rúbrica son: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la economía mixta. Como puede observarse, en todos estos tipos contractuales esta presente la idea de una colaboración entre la Administración y el administrado—aunque su grado de intensidad e incluso de formalización y estructuración de la colaboración es muy distinto—, razón por la cual el legislador, seguramente, encontró un punto de apoyo para forzar una equivalencia entre el contrato de gestión y el Convenio de Colaboración. En todo caso, la concesión y la gestión interesada ofrecen el núcleo o cuerpo de principios más sustanciales para articular un régimen interpretativo y de supletoriedad. En algunos casos—especialmente cuando el convenio no contempla meras obligaciones de comportamiento, sino de resultado—será preciso acudir a un esquema de supletoriedad de segundo grado, en concreto al contrato de obras (102), que, según el artículo 208 del Reglamento de la Ley de Contratos, es de aplicación al de gestión de servicios públicos en tanto no sean incompatibles con el mismo.

(101) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., p. 533.

(102) En especial, en los supuestos de construcción de obras como objeto del convenio. Así, en materia de régimen de concierto en el sector eléctrico, decreto de 13 de febrero de 1976.

2. *Preparación y adjudicación de los convenios*

En relación a la preparación, adjudicación y formalización de los Convenios de Colaboración, la posible aplicación subsidiaria de las normas sobre el contrato de gestión de servicios públicos deberá reputarse mínima por cuanto la normativa singular de aquéllos ordinariamente contiene normas muy completas sobre estos extremos. Así, por lo que respecta a la llamada acción concertada, la Ley del Plan de Desarrollo de 15 de junio de 1972, en su artículo 46 regula los trámites esenciales de la preparación del convenio o concierto que se materializa en la elaboración de las bases generales del concierto, a cargo del Ministerio competente por razón de la materia, con informe de la Organización Sindical y aprobación definitiva por la Comisión Delegada del Gobierno. Por lo que respecta al ámbito del llamado urbanismo concertado, la Ley del Suelo de 1976, en su artículo 146, análogamente prevé como trámite previo la aprobación de unas bases del concurso para la adjudicación de programas de actuación urbanística. En relación con la fase de preparación del Convenio, a partir de la Ley de Contratos del Estado se impone (artículo 2.º, 7) la necesaria autorización del Gobierno para su celebración, suscitándose la duda sobre si dicha autorización debe recaer sobre cada Convenio en singular o es suficiente una autorización genérica que se materializa con la correspondiente aprobación de la norma habilitante para la celebración de los convenios. Esta segunda interpretación parece que es la que se ha impuesto en la práctica por cuanto con posterioridad a la Ley de Contratos de 1973 la única acción concertada que se ha aprobado—Decreto de 13 de febrero de 1973 para el sector eléctrico—no alude al tema de la aprobación específica por el Gobierno de cada uno de los convenios, debiéndose interpretar que es suficiente con la habilitación general para celebrarlos

Las bases generales de los convenios, especialmente si se tiene en cuenta los que afectan a la acción concertada, vienen a cumplir una función paralela a la de los pliegos generales de contratación o, más específicamente, los pliegos de explotación del servicio en los contratos de gestión de servicios (artículo 211 del Reglamento de Contratos del Estado). En ellas figuran los objetivos concretos a alcanzar, clases de beneficios a conceder, compromisos que se asumen, causas de resolución en caso de incumplimiento y garantías exigidas a las empresas que asumen las obligaciones. Las bases, análogamente a los pliegos

de condiciones, por su formación revisten la naturaleza de disposiciones administrativas, funcionalmente tienen naturaleza contractual o convencional por cuanto integran el contenido obligacional de los convenios, una vez aceptados por los administrados.

En cuanto al procedimiento de adjudicación de los convenios, en defecto de previsión por la normativa singular hay que entender que será de aplicación el sistema de concurso para seleccionar al contratista en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley de Contratos. Por lo que afecta a la acción concertada —tipo de convenios que han experimentado una mayor difusión—, la normativa específica prevé un mecanismo especial de selección que difiere propiamente del concurso, puesto que se alude a la necesidad de una admisión previa de la solicitud para poder formalizar la correspondiente acta de concierto. Esta admisión previa, por su funcionalidad, carece de cometido licitatorio y su finalidad es simplemente comprobar las condiciones de idoneidad y solvencia del solicitante, pero con una clara naturaleza de acto administrativo unilateral. La formalización de los convenios en materia de acción concertada se materializa con el acta de concierto que implica la adhesión contractual al contenido y a las bases de convenio. En esta materia, en todo caso, deberán tenerse en cuenta las normas sobre invalidez de los contratos previstas en los artículos 40 y siguientes del Reglamento de Contratación, debiéndose entender que la anulación de los actos preparatorios de la adjudicación comportará la nulidad del convenio conforme al artículo 47 del aludido Reglamento.

3. *Prerrogativas de la Administración en la ejecución de los convenios*

La viabilidad de la aplicación del esquema del contrato administrativo a los Convenios de Colaboración lógicamente se pone a prueba si se examina el alcance de las prerrogativas de que puede disponer la Administración durante la ejecución del convenio. La analogía de las actividades económicas privadas de interés público con las formas de gestión de los servicios públicos y la correspondiente supletoriedad de su normativa facilitan el análisis comparado de ambas instituciones.

a) En relación con los poderes de dirección, inspección y control de que dispone la autoridad contratante y que de forma concreta el artículo 65 de la Ley de Contratos del Estado precisa para el de gestión

de servicios públicos en el sentido de que «en todo caso la Administración del Estado conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio de que se trate», deberá entenderse analógicamente de aplicación. Efectivamente, la asunción por los titulares de actividades privadas de interés público por vía convencional y con apoyo financiero estatal no puede implicar una enajenación de las facultades de policía de la Administración para regular por vía general las citadas actividades. Al mismo tiempo, la Administración dispone en la ejecución de contenido del convenio de facultades de inspección, de control y de sanción para verificar el exacto cumplimiento del mismo (103). En la fragmentaria regulación de la acción concertada es norma común la constitución de una autoridad de concierto (en la que intervienen autoridades de distintos Ministerios) para velar por la correcta ejecución del convenio.

b) La Administración dispone del privilegio de interpretación de los contratos administrativos, privilegio que es común al contrato de obras y al de gestión de servicios públicos. Consecuentemente, por vía de interpretación analógica e integración supletoria habrá de entenderse de aplicación lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley de Contratos y 50 del Reglamento General. El reconocimiento de la facultad de interpretación de los Convenios de Colaboración parece justificado a los efectos de evitar una frustración de los mismos por divergencias entre las partes en orden a la prevalencia del interés público (104).

c) Una de las características más acusadas del contrato administrativo es la facultad de la Administración de variar el objeto contractual (*ius variandi*) y la obligación correlativa del contratista de soportar determinadas variaciones con la justa compensación o restablecimiento del equilibrio financiero. En este contexto se plantea consecuentemente el problema de la posible aplicabilidad del *ius variandi* a los Convenios de Colaboración por motivos de «interés público», imponiendo una modificación o una agravación de los compromisos contraídos. Las motivaciones de la modificación pueden derivar

(103) Para las empresas del sector papel (orden ministerial de 17 de julio de 1965) rige la obligación de remitir semestralmente una Memoria del estado de realización del proyecto y del cumplimiento de las obligaciones aceptadas.

(104) La orden de 12 de noviembre de 1964 por la que se aprueba el programa siderúrgico Nacional establece la obligación de las empresas del concierto para resolución de sus diferencias, la obligación de someterse al arbitraje de equidad de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas. La empresa que ejerce el recurso de nulidad contra el laudo dictado por la referida Dirección General perderá los beneficios que haya obtenido al amparo de la acción concertada.

de la propia autoridad del convenio o por las modificaciones o revisiones de los planes que a través del concierto se ejecutan y que traen causa.

La admisibilidad de la variación del objeto del convenio parece procedente en base al «interés público» que puede invocar la Administración. De todos modos, el sujeto pasivo del convenio deberá ser compensado por la alteración de las bases del mismo. En este sentido deberá entenderse aplicable el principio general del equilibrio financiero que en materia de contrato de gestión de servicios públicos tiene su reconocimiento en el artículo 18 de la Ley de Contratos y de forma más específica en el artículo 221 del Reglamento de Contratación: «Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél.» El principio general parece perfectamente aplicable a los convenios, máxime teniendo en cuenta la posición de cooperación o de colaboración de la Administración en la misma. Las dificultades se presentan a la hora de materializar y formalizar la compensación económica, por cuanto la contraprestación administrativa (exenciones, subvenciones, préstamos...) están sometidas a una rigidez presupuestaria mucho más acusada que en las contraprestaciones de los contratos administrativos ordinarios.

d) En el contrato administrativo clásico se prevé el correspondiente mecanismo compensador en el caso de medidas administrativas generales que incidan en la economía del contrato de tal modo que, sin pretender directamente alterarlo, resulte más oneroso para el contratista el cumplimiento de sus obligaciones. Esta causa modificativa es conocida como la técnica del *factum principis* y tiene su reconocimiento expreso para el contrato de gestión de servicios en el artículo 80 de la Ley y 232 del Reglamento de Contratación, y se concreta en la facultad de solicitar la resolución del contrato. Por aplicación analógica de este principio puede estimarse su operatividad en los Convenios de Colaboración. Un supuesto típico de aplicación de la institución del *factum principis* se contiene en la base séptima de la Orden de 17 de julio de 1965, relativa a la acción concertada del sector de la piel, facultándose a las empresas para solicitar la revisión, modificación o extinción de las obligaciones a cuyo cumplimiento se comprometieron con el concierto cuando se produzca una sensible variación de las bases técnicas, económicas, fiscales o laborales sobre las que se establecieron sus acuerdos con la Administración».

4 *Garantías en la ejecución de los convenios*

En orden a las posibles garantías del titular que se dispone a llevar a cabo la actividad económica de interés público prevista en el convenio pueden formularse las siguientes consideraciones:

a) La contemplación de la fuerza mayor como causa de modulación del cumplimiento de las obligaciones del contratista (artículo 46 de la Ley de Contratos), de forma mucho más generosa que en el contrato civil, es otra de las características de la contratación administrativa. Si bien la fuerza mayor está concebida fundamentalmente para modular las obligaciones de resultado, no se excluye *a priori* su aplicación a las obligaciones de mero comportamiento, que, como hemos visto, constituye el objeto de la mayoría de los Convenios de Colaboración. Como principio general hay que considerar aplicable dicha institución a los Convenios de Colaboración, con el alcance material que le otorga la propia Ley de Contratos en virtud de su aplicación supletoria. En la legislación sobre acción concertada se hacen constantes alusiones a la concurrencia de la fuerza mayor para graduar el cumplimiento de los compromisos asumidos. En relación con el sector harinero (Orden de 29 de mayo de 1967), exonera de la suspensión de beneficios cuando se aprecia la fuerza mayor o riesgo imprevisible; en el sector hullero (Orden de 30 de marzo de 1965), minería del hierro (Orden de 15 de septiembre de 1967) e industrias navales (Orden de 26 de julio de 1967), la fuerza mayor funciona como causa de concesión de un plazo para el cumplimiento de los compromisos de la empresa.

b) Una cuestión singular que se puede plantear en relación con los Convenios de Colaboración es la relativa a los cambios normativos y su influencia en la aportación financiera del Estado como colaborador en la realización de las actividades de interés público. Y ello viene motivado por la singular estructura de las prestaciones a cargo de la Administración, que no consiste en el pago de un precio o en la autorización a percibir unas tarifas, sino en un auxilio financiero que se liquida o desglosa en una pluralidad de figuras financieras: subvenciones, préstamos a cargo de entidades mandatarias, exenciones fiscales y bonificaciones. Es decir, una serie de instituciones que se rigen por disposiciones especiales y que precisan ser gestionadas por distintos procedimientos administrativos. A la vista de este pano-

rama cabe preguntar: ¿qué influencia jurídica sobre el convenio y su cumplimiento cabe atribuir a los cambios normativos que modifiquen o deroguen los auxilios financieros, o a la defectuosa gestión administrativa de dichos auxilios?

El planteamiento de estas cuestiones de difícil resolución debe hacerse en función de la filosofía económica y psicológica que rodea a este tipo de Convenios de Colaboración destinados a potenciar y provocar la colaboración de la iniciativa privada. De forma muy gráfica ha precisado FLAMME las motivaciones que inducen en un sistema de planificación indicativa la conclusión de los conciertos o convenios de las empresas con el Estado: «Las empresas contratan con el Estado para obtener de él la garantía más sorprendente: la garantía contra los cambios de legislación. Por contrato, la empresa se hace prometer que podrá vivir en un presente legislativo prolongado y estable, necesario para el equilibrio de su explotación» (105). Con este planteamiento parecen oponerse dos intereses: por una parte, no parece que la existencia de un previo convenio pueda bloquear o anular las facultades financieras del Estado; por otra, es preciso tener en cuenta la propia naturaleza del convenio en cuanto instrumento que se ha concluido bajo la incitación del propio Estado y bajo el compromiso de otorgar unos beneficios.

Como principio general parece que pueda mantenerse que la legislación posterior que altere o modifique el contenido del convenio celebrado debe tener no sólo el mismo rango que la norma que configuró la procedencia de aquél, sino también su misma naturaleza material. Este principio es especialmente aplicable en materia de planificación en general y de modo especial en el campo de la planificación económica, pues cabe considerar que las leyes de los planes deben gozar de una consideración de super-ley material o de reforzamiento especial (106). Este criterio permite mantener la estabilidad de los convenios durante el periodo de vigencia de los respectivos planes. Problema conexo con el anterior se suscita cuando la propia ley o norma habilitante del convenio para determinar los auxilios financieros remite a una figura impositiva o tributaria especial que posteriormente puede ser modificada a raíz de una reforma o revisión

(105) FLAMME: *Traité théorique et pratique des marchés public*. Bruselas, 1959, página 62.

(106) Sobre las características de las leyes de planes, A. PÉREZ MORENO: *Consideraciones sobre el rango normativo de la Ley del Plan de Desarrollo Económico*, en el núm. 73 de esta REVISTA.

parcial. En este punto la naturaleza de instrumento de cooperación del convenio parece postular la necesidad de adoptar una medida compensadora para mantener el equilibrio financiero inicial.

De más fácil solución técnica parece la situación planteada cuando con ocasión de una gestión administrativa de un auxilio financiero concreto se producen retrasos o interrupciones que pueden provocar la frustración del convenio (107). En este sentido, el principio general de responsabilidad del Estado sería de plena aplicación. Por su parte, el Reglamento de Contratación, y en contemplación directa con el contrato de gestión de servicios públicos, ofrece una pauta a seguir: el artículo 219 prevé que «si la Administración no otorgase la subvención prometida o no hiciese entrega de los medios auxiliares a que se obligó en el contrato, éste tendrá derecho al interés legal de las cantidades o valores económicos que aquéllos signifiquen».

5. *Responsabilidad por daños a terceros en la realización de actividades económicas de interés público*

La aplicación supletoria del contrato de gestión de servicios públicos a los Convenios de Colaboración viene a plantear o a suscitar una cuestión de la máxima trascendencia en orden a la responsabilidad de los sujetos de un Convenio de Colaboración frente a los terceros por la realización de una actividad privada de interés público. Como es sabido, el artículo 72, 3, de la Ley de Contratos declara que el empresario debe indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, pero «exceptuase el caso de que tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración» (con esta redacción se modifica y restringe el artículo 121, 2, de la Ley de Expropiación, que exigía que el «daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento por éste»).

Una primera impresión sobre el problema parece abonar la tesis de la imposibilidad de aplicar la responsabilidad de la Administración cuando el daño hubiese sido causa de una orden administrativa, por la sencilla razón de que el titular de una actividad económica privada

(107) La orden de 29 de mayo de 1967 para la acción concertada en el sector harinero prevé que la no general suspensión de beneficios por incumplimiento, por demora, por parte de la Administración en la resolución de las cuestiones de las que pudiera depender el cumplimiento.

de interés público no es un concesionario de un servicio público y, consecuentemente, su actuación es exclusivamente privada. Si se profundiza en el problema, la solución anterior ya no aparece tan nítida. En primer lugar hay que tener en cuenta que el titular de un Convenio de Colaboración goza de una serie de privilegios públicos (expropiación forzosa, imposición de servidumbre, etc.; *vid.* Decreto de 13 de febrero de 1975 sobre acción concertada en el sector eléctrico) para la realización de sus actividades privadas. En este sentido, según la tesis mantenida por la doctrina respecto a la responsabilidad administrativa del concesionario (108), podría mantenerse la posibilidad por analogía de una responsabilidad de la Administración.

Existe un segundo motivo para considerar la procedencia de una responsabilidad de la Administración como consecuencia de una orden suya de ineludible cumplimiento para el titular del Convenio de Colaboración. No hay que olvidar que el titular de un convenio es un colaborador de la Administración en cuanto indirectamente desarrolla un plan de desarrollo o un plan sectorial, y la función de planificación es eminentemente pública, habilitando a la Administración para dirigir e intervenir en el cumplimiento de los compromisos del titular de la actividad de interés público. Como ejemplo significativo en este orden de ideas puede citarse la acción concertada en materia eléctrica (Decreto de 13 de febrero de 1975) que en ejecución del Plan Energético Nacional cada empresa concertada lleva a cabo la construcción de centrales hidráulicas, térmicas y nucleares específicamente detalladas y concretadas en el anexo de la referida disposición. Si bien la actividad es eminentemente privada, ésta se ejecuta en cumplimiento de un plan administrativo y con auxilios financieros estatales. Para pronunciarse por una solución positiva deberá examinarse de forma muy rigurosa el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y las características y funcionalidad de la orden administrativa concreta. El tema, por su trascendencia, requiere un análisis más extenso, que en la presente ocasión desborda los límites de nuestro trabajo.

(108) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1955, pp. 202-203, y E. RIVERO YSERN: *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1969, pp. 215 y ss.

6. *Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los Convenios de Colaboración. Reflexión sobre la relevancia del factor financiero*

Ni de la Ley de Contratos del Estado ni de su Reglamento se contiene un pronunciamiento expreso sobre la jurisdicción competente para conocer de las diversas incidencias y resolución de los Convenios de Colaboración. De las normas específicas reguladoras de los distintos Convenios de Colaboración se desprenden, ocasionalmente, algunos pronunciamientos legales expesos: la acción concertada para el ganado vacuno (Orden de 18 de noviembre de 1964) declara la naturaleza administrativa de los contratos para llevar a cabo la acción concertada; la Orden de 12 de mayo de 1973, para los planes concertados de investigación (cláusula 29), puntualiza la naturaleza administrativa de los contratos y su sumisión a la jurisdicción contenciosa; los convenios previstos en la Ley del Suelo de 1976 (texto refundido) tienen naturaleza jurídico-administrativa, según el artículo 234 de aquel texto.

En ausencia de un pronunciamiento legal expreso, varias argumentaciones pueden manejarse para justificar la naturaleza jurídico-administrativa de los convenios y, consecuentemente, su atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa. Como dato jurídico-formal de primera magnitud destaca la propia supletoriedad de la normativa del contrato de gestión de servicios públicos. Sería cuando menos paradójico declarar la supletoriedad de un régimen jurídico que tiene una asignación jurisdiccional taxativa (artículo 19 de la Ley de Contratos) para que éste no sufriera efectos a la hora de colmar una laguna en esta materia. Al margen de estas consideraciones formales puede invocarse el argumento de que el Convenio de Colaboración es instrumento indirecto para la ejecución de una función pública, el plan de desarrollo o planes sectoriales, aun cuando la actividad resultante sea privada. La tutela del interés público en el desarrollo de una función administrativa constituye un valioso argumento para postular la adscripción de los convenios a la jurisdicción contenciosa.

En última instancia, un dato revelador de que nos encontramos en presencia de una actividad típicamente administrativa y por lo tanto propia de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa lo proporciona la financiación pública de la actividad objeto del convenio. La asistencia financiera del Estado es un elemento capi-

tal en este orden de consideraciones. En este sentido hay que tener en cuenta que la doctrina administrativa no ha prestado la suficiente atención al elemento financiero como dato capital para detectar la presencia de una actividad administrativa. Recientemente DEBBASCH ha reivindicado (109) la relevancia de la financiación con fondos públicos como elemento determinante y conceptual del Derecho administrativo. El punto de partida del autor citado se basa en una observación hasta cierto punto obvia, pero que no había sido destacada suficientemente hasta el momento: si toda actividad administrativa precisa de la conformidad y fiscalización de los órganos de intervención y contar, además, con la correspondiente habilitación presupuestaria, ¿no será, por lo tanto, el dato financiero el elemento configurador común a toda la actividad administrativa?; ¿vale la pena —se pregunta— seguir profundizando e insistiendo en la búsqueda de un criterio conceptual en torno a la idea de la prerrogativa exorbitante o de la cada vez más difusa diferenciación entre instituciones públicas y privadas, cuando en realidad el dato financiero nos ofrece un elemento constante que cubre toda la actividad administrativa y está indisolublemente unido a la misma como su vestimenta?

Mayor relieve presenta el dato financiero si se tiene en cuenta el cambio operado en el modelo de intervención del Estado en la economía, al menos en la mayoría de los países occidentales, que se orienta hacia una política neoliberal que repudia frontalmente la técnica de las nacionalizaciones y, consecuentemente, la presencia gestora directa de la Administración. En este pacto de no agresión que, a juicio de DEBBASCH, parece haber firmado el Estado con el sector privado, queda excluida toda idea de apropiación pública y de gestión a través de técnicas autoritarias, pero como a su vez el Estado no puede renunciar a una presencia en la vida económica, se ve impelido a actuar a través de la persuasión (política de subvenciones y conciertos) y de la constitución de empresas mixtas (como instrumentos de colaboración, habiendo perdido su antiguo carácter de medidas intervencionistas a medio camino de la nacionalización). De este modo resulta que la financiación pública de las actividades nos da la clave para determinar y localizar la actividad administrativa, pues es evidente que cuando el Estado actúa directamente lo hace en base a los recursos públicos; al mismo tiempo, cuando constituye entidades para

(109) CHALES DEBBASCH: *Finances publiques et droit administratif*, en «Mélanges Trotabas», París, LGDJ, 1970, pp. 111-134.

la realización de determinados objetivos, aun cuando sea a través de fórmulas jurídico-privadas, lo hace con fondos o recursos públicos, y análogamente, al fomentar la realización de actividades interés público por parte de los particulares, éstas se materializan sobre la base de auxilios y subvenciones estatales. La conclusión de DEBBASCH es que pueden calificarse de administrativas todas las operaciones financiadas con fondos públicos, bien se lleven a cabo por personas públicas (el índice de la publicación lo suministra análogamente la participación financiera en la constitución de la entidad) o por personas privadas auxiliadas financieramente por el Estado. El Derecho administrativo será, en la concepción del autor citado, el ordenamiento que regula las actividades administrativas financiadas con fondos públicos.

Con independencia de los puntos concretos y la validez general de la tesis de DEBBASCH, lo cierto es que su construcción llama la atención sobre la necesidad de un reencuentro entre los ámbitos problemáticos del Derecho administrativo y del Derecho financiero, que nunca debieron haberse distanciado en el ámbito científico, pues es notorio que el segundo es un capítulo, aun cuando importante por su peso específico, del primero —lo cual, a su vez, viene a poner de manifiesto la unidad sistemática y sustancialista del Derecho público—. La promulgación de la reciente Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 —con importantes innovaciones institucionales— constituye un motivo para explorar estas relaciones entre la actividad administrativa y financiera.

