

## Contratos y convenios entre la Administración y particulares

Me centraré en este escrito en los contratos entre la Administración y los particulares. Independientemente de su forma de derecho privado o público, los denominaré “contratos administrativos”.

### I. CONSIDERACIONES PREVIAS PARA UNA DOGMÁTICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

#### A. SIGNIFICADO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

##### *1. Extensión de la aplicación y variedad de funciones*

No es ciertamente una casualidad que la Presidencia de nuestra Asociación se interese justamente este año por el contrato administrativo. El artículo 121 del Schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes (Ley administrativa del Estado de Schleswig-Holstein) de 18 de abril de 1967<sup>1</sup> lo recoge, por primera vez, en su aspecto de derecho público. Así, el año 1992 es, en cierto modo, un aniversario del contrato administrativo, aunque este exista ya desde hace más de veinticinco años<sup>2</sup>. Este tiempo garantiza cierta experiencia y es bien sabido que la práctica administrativa no sólo ha acumulado con

los años una gran experiencia en el ámbito del contrato administrativo, sino que ésta va en aumento. No sólo existen modelos contractuales “clásicos”, como el contrato para la “liberación de la obligación de construir plazas de aparcamiento”<sup>3</sup>, sino que se han ido creando sucesivamente nuevas formas, como, por ejemplo, los contratos –aplicados, en parte, ampliamente– mediante los cuales los propietarios de terrenos se comprometen a realizar, omitir o tolerar determinadas medidas en favor de la protección del medio ambiente, a fin de lograr una compensación de gravamen<sup>4</sup>. El contrato administrativo no sólo se ha seguido consolidando en aquellos sectores jurídicos en los que siempre se había aplicado, como, por ejemplo, en el derecho urbanístico<sup>5</sup>, sino que cada vez en mayor medida se aplica también en otros sectores jurídicos. Como, por ejemplo, en el derecho social<sup>6</sup>. Así se han señalado sus amplias posibilidades de aplicación en el derecho del medio ambiente<sup>7</sup>, y en el derecho de protección de la Naturaleza ya la práctica contractual se ha plasmado en una nueva terminología asentada con el concepto de “protección contractual de la Naturaleza” (*Vertragsnaturschutz*)<sup>8</sup>. También la *Treuhandanstalt* (Instituto Fiduciario para la

Privatización de los Bienes de la ex República Democrática Alemana) ha utilizado el contrato administrativo para privatizar el antiguo “patrimonio del pueblo” de la ex República Democrática Alemana<sup>9</sup>.

Esta enumeración, aún incompleta y sucinta<sup>10</sup>, proporciona una primera impresión de la extensión de la aplicación y pluralidad de funciones de este instrumento de actuación, que no sólo es aplicable en un sector microadministrativo o como fundamentación de relaciones jurídicas *bilaterales* (como, por ejemplo, la atención de demandas específicas que pueda darse en la instalación de canales de aguas residuales<sup>11</sup> sino también, y especialmente, como configuración de “relaciones jurídicas poligonales” y “multipolares”<sup>12</sup> y para la realización de tareas administrativas macroadministrativas. Ejemplos claros se encuentran en el contrato básico de cooperación en la solución de la problemática de residuos firmado a finales de 1986 entre el Estado Renania-Palatinado, las *kommunalen Spitzenverbände* (esto es, la asociación federal de los municipios) asociaciones locales representativas, la Cámara de Comercio e Industria de Ludwigshafen y la asociación de empresas de Renania-Palatinado<sup>13</sup>. Más común, aunque menos espectacular, es la sustitución en el sector del derecho urbanístico de una parcelación oficial por una voluntaria, es decir, contractual<sup>14</sup>. Tales ejemplos reflejan que, en la práctica, el contrato tiene gran utilidad en “materias de especial amplitud y dificultad de contenido”<sup>15</sup>; es decir, el contrato es especialmente indicado para la *solución de problemáticas complejas*<sup>16</sup>.

El contrato administrativo abarca, asimismo, relaciones jurídicas con *momentos temporales diversos*. No sólo torna jurídica una convergencia puntual de intereses entre la Administración y el ciudadano

(como puede darse en un contrato municipal sobre un terreno), sino también relaciones a mediano plazo, como, por ejemplo, la renovación de una ciudad con ayuda de los titulares en materia de saneamiento<sup>17</sup>. Igualmente puede servir de instrumento para la creación y configuración de “relaciones jurídicas permanentes”<sup>18</sup>, como los contratos previstos en el Sozialgesetzbuch v (en adelante: SGB v - Código social) entre las Cajas de seguros de enfermedad y los prestadores de servicios<sup>19</sup>.

Quiero dar por finalizado este esbozo de la pluralidad funcional del contrato administrativo haciendo hincapié en que el contrato puede encontrarse en relaciones muy diversas con los instrumentos de la actuación administrativa soberana unilateral. Ya el artículo 54, inciso 2.º, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (en adelante: VwVfG - Ley de Procedimiento Administrativo) insinúa su capacidad de sustitución del acto administrativo. En el ejemplo mencionado de la protección contractual de la Naturaleza ya se muestra que los contratos administrativos pueden sustituir fácticamente las normas y complementarlas<sup>20</sup>. En los casos de “convenio de plan o de planificación” los contratos servirán de trabajo previo a la elaboración de la norma<sup>21</sup>. En relación con el repertorio de medidas soberanas unilaterales puede hablarse en términos generales de una “función complementaria y sustitutoria” del contrato administrativo.

## 2. *El contrato administrativo como forma jurídica y de actuación de un Estado cooperativo*

La práctica administrativa nos muestra que el contrato administrativo está “de moda”. Y la teoría lo confirma en la polémica actual sobre la orientación estatal del sistema<sup>22</sup>. Teniendo en cuenta la mo-

dificación de las funciones estatales hay que plantearse la necesidad de nuevas modalidades cualificadas de actuación y de procedimiento del Estado, especialmente de la Administración<sup>23</sup>. Como la fuerza de orientación de los mandatos imperativos<sup>24</sup> suele ser a menudo –y dependiendo de las condiciones– limitada, se tratará de buscar una mejora del cumplimiento de las disposiciones soberanas, pero también de alternativas y complementos a la actuación estatal unilateral. Conociendo la limitación de los “medios intelectuales, personales y económicos”<sup>25</sup> del Estado, habrá que centrar la atención en la inclusión de fuerzas sociales para el debido cumplimiento de las funciones estatales. El derecho del medio ambiente y también el derecho social proporcionan suficiente material al respecto.

Aunque el concepto de Estado cooperativo<sup>26</sup> no ofrezca exclusiva o necesariamente respuestas a todas estas cuestiones, sí es cierto que como consecuencia del debate existente en torno a la función orientadora del Estado, puede concluirse que las formas de actuación administrativa consensuales han ocupado su puesto evidente dentro de la gama de técnicas orientadoras del Estado y allí van adquiriendo cada vez mayor peso.

Lo cual induce a prestar mayor atención al contrato administrativo. Teniendo en cuenta que sólo celebrará un contrato aquel que, al menos en su celebración, lo acuerda, se puede decir consecuentemente que el consenso no sólo es un principio jurídico, sino incluso un principio conceptual del contrato. Parece plausible la presunción de una mayor aceptación de una decisión administrativa basada en el contrato administrativo. Aunque no es, por supuesto, una fórmula mágica para la solución de los “nuevos problemas”, sí es cierto que será

de gran utilidad para lograr su reducción. En cuanto que asegura una mayor aceptación es digno de ser considerado como sustitución jurídica de un mandato soberano unilateral. Pero su verdadero significado tampoco se encuentra en la competencia consensuada que pueden hacer a los mandatos imperativos. Aquél se encuentra, más bien, donde el Estado no puede cumplir sus funciones o no puede hacerlo en el modo pretendido sin la cooperación voluntaria de fuerzas sociales organizadas o no organizadas. Esto explica la frecuente utilización del contrato administrativo especialmente en el derecho urbanístico, en la protección del medio ambiente y en amplios sectores de la asistencia social.

Las formas de actuación en un Estado cooperativo, las cuales son reconocidas nuevamente en su importancia, no se limitan a los contratos. También las decisiones administrativas unilaterales pueden ser el fruto de un acuerdo<sup>27</sup> previo con su destinatario. La búsqueda de aceptación y la creación de consenso se dan tanto en los procedimientos de decisión soberanos y unilaterales como más allá de éstos. La red de actuaciones administrativas informales está colocada de manera transversal en todo el sistema de las actuaciones administrativas jurídico-formales. El contrato administrativo se encuentra en la intersección de dos entramados de relaciones: como expresión del Estado cooperativo dentro de la actuación estatal consensuada, y como regulación jurídico-obligacional dentro de las actuaciones administrativas jurídico-formales. Tiene, por un lado, una posición jurídica extraordinaria por su forma jurídica y por su carácter jurídico-obligacional y, por otro, se configura como modelo especial de la creación de Derecho. Resulta, por tanto, doblemente necesario disponer de una dogmática contractual idónea.

## B. FUNCIONES DE LA DOGMÁTICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como consecuencia de las ideas previamente expuestas se perfilan ya las exigencias que deberá de cumplir la dogmática del contrato administrativo; que habrá de:

- contribuir, por un lado, a que el contrato administrativo sea un instrumento efectivo de la Administración en el ejercicio de sus funciones;
- recoger, por otro, las amplias posibilidades de aplicación y la correlativa pluralidad de funciones del contrato administrativo; y
- resaltar, finalmente, los rasgos comunes de los contratos administrativos, sin los que no habría una dogmática de *el* contrato administrativo.

Esto último sólo será posible, por lo demás, en un nivel de abstracción muy alto; pero no por ello debe de considerarse como un rasgo específico del contrato administrativo.

### *1. Autonomía de la institución jurídica del contrato administrativo*

Todos los contratos administrativos tienen en común que se contraen con la finalidad de realizar funciones estatales y ello ya parece indicar su emancipación frente al instituto paralelo del derecho civil. La función de complemento de la norma y de sustitución del acto administrativo, la búsqueda de consenso y el aseguramiento de aceptación, así como la participación en las tareas administrativas son una serie de conceptos asociados al contrato administrativo, pero no al contrato celebrado entre particulares. Una comparación con la figura correspondiente del derecho administrativo francés<sup>28</sup> per-

mite pronosticar que será la gama de funciones atribuida al contrato administrativo la que terminará estableciendo su configuración propia. Este pronóstico se confirma con la consideración dogmática de *que* para el titular administrativo el fundamento jurídico del contrato administrativo es una competencia, mientras que el particular se encuentra en su autonomía privada garantizado constitucionalmente. El contrato administrativo no privará, por tanto, al sujeto privado de su garantía constitucional ni concederá mayores libertades a la Administración<sup>29</sup>. Esta mantiene su responsabilidad basada en los principios democráticos cuando su decisión solo pueda hacerse jurídicamente vinculante en una acción conjunta con los particulares<sup>30</sup>. Pero no se debe caer en el error de deducir de ello automáticamente la inutilidad del derecho civil para el derecho contractual administrativo; y con ello me sumo a la opinión de JARASS, expresada hace dos años en nuestro Congreso. Ya que según el, la “tesis de que el derecho privado fomenta la libertad del ciudadano, mientras que el derecho público la limita,... tiene tan poca utilidad como la declaración inversa de que el derecho público permite la realización del interés general y, en cambio, el derecho privado tan sólo fomenta los intereses individuales”<sup>31</sup>. La estructura fundamental jurídico-dogmática del contrato administrativo llama la atención de que no es la idea de libertad, vinculada generalmente al contrato, la que permite su traslado al contrato administrativo, sino la técnica jurídica de los modelos de ordenación del derecho civil. Habrá que modificar, por tanto, las normas de derecho privado, siempre que ello sea necesario<sup>32</sup>. Sirva ello de indicación de que el carácter específico

jurídico-público no se limitará sólo a desarrollar un instituto autónomo del derecho administrativo allí donde el derecho civil no ofrezca modelos adaptables.

## 2. *Aproximación jurídico-dogmática del contrato administrativo de derecho público y de derecho civil*

La Administración también cumplirá con sus funciones públicas aunque no utilice el contrato de derecho público, sino el civil. El ejercicio de las tareas estatales utilizando el contrato de derecho privado no sólo funcionará de forma “mediata”, como suele decirse de los negocios fiscales accesorios<sup>33</sup>, sino a menudo de forma “inmediata”, como muestra el significativo ejemplo de las privatizaciones de la *Treuhandanstalt*. Esta misma declaración fundamental es aplicable tanto al contrato administrativo como a los contratos de derecho privado celebrados entre un titular administrativo y un particular. Lo cual nos permitirá llevar a cabo una aproximación jurídico-dogmática del contrato de derecho privado celebrado entre el Estado y los ciudadanos y el contrato administrativo jurídico-público. El corte cargado de inseguridades jurídicas al que están obligados el derecho procesal y procedimental no debe plasmarse más de lo necesario en la dogmática del contrato administrativo. El contrato civil entre la Administración y el particular no es sistemáticamente una forma jurídico-autónoma de la actuación administrativa, no es un *aliud* frente al contrato administrativo, sino más bien una variante de éste, que, en rigor, debería incluir conceptualmente ambas formas jurídicas<sup>34</sup>. Las reglas fundamentales aplicables al contrato administrativo deberán ser, en principio, independientes de la forma jurídica.

## 3. *Concepción procedimentalista de la dogmática del contrato*

El contrato administrativo confiere una forma jurídica a las relaciones existentes entre la Administración y el ciudadano. Esta relación puede ser corta en algunos casos particulares, pero en otros puede ser de duración larga, como lo muestran las “relaciones jurídicas permanentes” indicadas *ut supra*.

La comprensión del contrato administrativo como medio de expresión del Estado cooperativo nos recuerda que la búsqueda de aceptación, la formación de la decisión y la pretensión de consenso tienen lugar en un procedimiento<sup>35</sup>. El cierre del contrato es por eso sólo una parte jurídico-formal de un procedimiento administrativo que empieza antes –posiblemente ni siquiera con la finalidad de cerrar un contrato–, y que no debe terminar en ningún caso con el cierre del contrato. La dogmática del contrato administrativo puede tener en consideración la historia de la evolución de la dogmática del acto administrativo y desde el principio evitar una estrechez de la mirada a la decisión jurídico-formal<sup>36</sup>. Esto es válido en el sentido de que los efectos jurídicos “anteriores y posteriores” al contrato también deben ser considerados. Con ello se entiende que la dogmática contractual debe ser concebida de forma procedimental y que la especie derecho público del contrato administrativo debe ser considerada en cada “fase específica”.

## 4. *Independización de la dogmática del contrato*

“El” contrato administrativo deberá de igual manera quedar marcado por “sus” teorías generales, como cada uno de “los” diferentes contratos reciben su carácter

especial de su respectivo campo jurídico. Una dogmática contractual razonable deberá tener en cuenta que el nivel de los campos concretos de aplicación concretos del contrato recibe los impulsos del nivel general y, viceversa, las problemáticas concretas de cada aplicación del contrato también deben poder verse reflejadas al nivel de las teorías generales<sup>37</sup>. Ante el nivel de abstracción indicado *ut supra* de los posibles enunciados universales sobre el contrato y ante la extensión y la variedad de sus campos de aplicación concretos indicadas allí, existe el peligro de que la distancia entre los dos niveles sea tan grande para posibilitar el intercambio necesario entre ellos. Si se quiere evitar el peligro, se debería reflexionar si no deberían ser introducidos en el edificio dogmático contractual niveles medios, que cumplan la función de *intermediación* y *descongestión*.

Intermediación se refiere a la concretización de los enunciados generales teniendo en cuenta un campo delimitado de problemas, pero, también, a la abstracción de problemas especiales de la práctica contractual concreta. Con ello ambos niveles dogmáticos serán simultáneamente descongestionados, porque la generalización sectorial de reglas contractuales contribuye a la solución de problemas en el caso concreto y la dogmática general protege contra una sobrecarga de problemas individuales. Cuestiones como si la regulación de protección de terceros del parágrafo 58 VwVfG puede ser una solución definitiva para todos los problemas correspondientes o si el significado de algunos contratos administrativos no fundamentaría la necesidad de publicación, se pueden discutir de manera más detallada y de forma más inmediata al problema con el trasfondo de ámbitos concretos.

Con estas premisas me dedicaré ahora a las cuestiones jurídicas de una dogmática contractual general.

## II. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE UNA DOGMÁTICA CONTRACTUAL GENERAL

### A. PROCEDIMIENTO PREVIO A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

#### 1. Vinculación de los titulares de la administración al procedimiento

Dado que el contrato es el producto de un procedimiento conjunto de producción jurídica, la diferencia de carácter del contrato administrativo frente al contrato entre particulares, en especial la posición desigual de las partes, deberá repercutir en el procedimiento previo a la celebración del contrato. Para el contrato administrativo de derecho público las leyes de procedimiento administrativo sacaron esta consecuencia y han aproximado al contrato con el acto administrativo de forma jurídica procedimental. El parágrafo 9 VwVfG (art. 8.º SGB x) equipara “la celebración de un contrato de derecho público” a la “expedición de un acto administrativo” como meta del procedimiento administrativo y el parágrafo 62 frase 1 VwVfG (parágrafo 61 frase 1 SGB x) remite para el contrato a las “demás prescripciones” de la ley.

Existe unanimidad<sup>38</sup> sobre el canon de las normas aplicables del VwVfG<sup>39</sup>, especialmente de aquellas sobre asesoría, instrucción e información, igualmente con respecto a que la responsabilidad de la autoridad administrativa por su decisión también se refleja en su vinculación al principio de instrucción, cuando ella actúa en consenso con el ciudadano<sup>40</sup>. Sin embargo, de acuerdo con la acertada doctrina mayori-

taria no es necesaria la celebración de la audiencia que en otros casos es obligatoria<sup>41</sup>.

A causa de la protección procedimental no necesita por consiguiente aceptarse que la decisión de la autoridad sobre la celebración del contrato sería un acto administrativo<sup>42</sup>. El contrato administrativo ofrece precisamente la ventaja de poder fundamentar y configurar relaciones jurídicas, también las duraderas, sin que el titular administrativo deje de estar sometido al derecho público. La antigua construcción con fundamentos jurídico-estatales de anteponer a las relaciones de derecho privado entre la Administración y el ciudadano un “escalón” de derecho público<sup>43</sup> se ha vuelto superflua en muchos supuestos<sup>44</sup>.

El parágrafo 58 párrafo 1 VwVfG tiene en cuenta la *protección de terceros* cuando hace depender la validez de un contrato que afecta los derechos de terceros de su consentimiento. Esta norma corresponde al principio de derecho civil según el cual no debe haber ningún contrato en perjuicio de terceros<sup>45</sup>.

La inclusión jurídico-material del tercero en el contrato tiene que tener “efectos jurídico-contractuales previos” sobre la *protección procedimental de terceros*. De ello se deduce que las normas procedimentales sobre la inclusión obligatoria del tercero (parágrafo 13 párrafo 2 frase 2 VwVfG) deben armonizarse de forma jurídico-dogmática con el parágrafo 58 párrafo 1 VwVfG. En la medida de que la obligación contractual de la autoridad administrativa de tomar una medida que afecte a un tercero esté sujeta a reserva de consentimiento<sup>46</sup>, el tercero debe participar también en el procedimiento previo a la celebración del contrato.

Hasta el momento la *participación* de grupos *afectados* organizados o no organizados u otras formas de *participación*

*pública*<sup>47</sup> sólo se han discutido relativamente poco. Sin embargo, los amplios y profundos efectos que harían parecer tales aperturas de procedimiento como razonables no son típicos del derecho contractual, por lo que no deben ser necesariamente objeto del derecho contractual general. Por una parte, se hace hincapié en esa problemática, porque –como ya se mostró– esta clase de dimensiones contractuales no están descartadas. Pero por otra parte sería necesario hacer hincapié en que un exceso de vinculaciones procedimentales desestimularía en la práctica estrategias de prevención y con ello haría fracasar el esfuerzo de poner a disposición de la administración un instrumento claro, así como de aplicabilidad práctica desde el punto de vista jurídico-estatal.

## 2. Mandato de la forma contractual

Para la autoridad no hay ninguna obligación jurídica general de darle primacía a la actuación contractual sobre la actuación unilateral-soberana. La autoridad debe decidir sobre la forma de actuación de acuerdo a su poder discrecional ejercido conforme a las obligaciones propias de su cargo. El deber que a ella se le impone en el parágrafo 54 de la ley de trámite administrativo debe ser interpretado de forma jurídico-objetiva<sup>48</sup>.

Tampoco de la prohibición de exceso se puede derivar ningún mandato contractual general en aquellos casos en los cuales los afectados están dispuestos a asumir voluntariamente las obligaciones que de lo contrario les serían impuestas a través de acto administrativo<sup>49</sup>. Aun cuando no existe un principio jurídico-general de subsidiaridad a favor del contrato, éste puede ser dispuesto en casos particulares –por ejemplo en algunos preceptos del derecho urbanístico<sup>50</sup>

o en el derecho de protección ambiental de Renania del Norte-Westfalia<sup>51</sup>. Además, el procedimiento soberano puede bajo ciertas circunstancias no ser admisible a causa de la objetiva postura negativa no fundamentada del municipio frente a la solución contractual<sup>52</sup>. Finalmente, el mecanismo de autovinculación<sup>53</sup> desencadenado por el principio de igualdad general fundamenta obligaciones de celebrar un contrato para el titular de la administración, quien hace uso del contrato “que cubre totalmente un área determinada”.

## B. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

La discusión jurídico-científica sobre el contrato administrativo se ha centrado hasta el momento en las cuestiones jurídicas relativas a la admisibilidad de la celebración del contrato, su validez y sus consecuencias jurídicas. Ello me permite remitirme a los resultados de estos estudios, facilitándome la elaboración de un estudio selectivo.

### 1. Admisibilidad de la celebración del contrato

Hoy es generalizado que el contrato administrativo recibe su peculiaridad jurídica en esencia del principio constitucional de la legalidad de la administración y que la *supremacía legal* tiene una validez<sup>54</sup> débil pero por lo demás ilimitada.

El contrato tampoco es atractivo para la Administración como “vía de evasión” de la vinculación a la ley, porque esa huída es de todas maneras jurídicamente irrealizable. Su especial atractivo radica en las amplias posibilidades de configuración que le proporciona a la Administración. La cooperación con el ciudadano ofrece posibi-

lidades de persecución, alcance u optimización de los fines administrativos que no se presentan de la misma manera en la actuación unilateral soberana.

Una utilización tal del contrato exige márgenes correspondientes de discrecionalidad de la Administración. Con ello habrá que indagar desde un punto de vista jurídico-dogmático el *margen de decisión jurídica* para la actuación contractual. Él se integra en una serie de restricciones jurídicas, que se pueden clasificar –a grandes rasgos– en *cuatro grupos*; y en consecuencia, permiten analizar si y hasta que punto ellas se oponen a la celebración del contrato. El contenido de estas premisas son aplicables tanto al contrato administrativo de derecho privado como al de derecho público.

*Primero.* Se trata de posibles *prohibiciones de adoptar la forma contractual*. Su discusión ha demostrado, sin embargo, que se presentan<sup>56</sup> de forma distinta<sup>55</sup> según los ámbitos específicos, pero en conjunto realmente raras veces. La disponibilidad legal de una forma jurídica de actuación soberana puede, pero no debe, tener efecto indiciario sobre la prohibición de la utilización de la forma contractual<sup>57</sup>. En este sentido, es reveladora la referencia del párrafo 54 inciso 2.º de la Ley de trámite administrativo al uso alternativo del acto administrativo y el contrato. Por lo que si el ordenamiento jurídico se opone a la celebración del contrato, va en contra de la regla del contenido del contrato, no de su utilización en sí.

*Segundo.* La aplicabilidad de la *reserva de ley* puede paralizar la iniciativa contractual de la autoridad administrativa en los casos de falta de autorización legal. Su problemática parecía primero resuelta con la expedición de las leyes procedimentales administrativas. Los materiales de la ley

de procedimiento administrativo de la Federación consideraron el problema de la autorización legal como resuelto<sup>58</sup> con la regulación del párrafo 54 de la ley de procedimiento administrativo, según el cual la Administración puede celebrar contratos de derecho público. La doctrina mayoritaria no deduce de la reserva de ley ninguna restricción para la actuación contractual<sup>59</sup>. Ella debe ser aceptada, pero con algunas modificaciones. Si bien es cierto que ella no se puede fundamentar en que el párrafo 54 sería<sup>60</sup> la autorización legal exigida, ni en que los párrafos 54 y siguientes de la ley de trámite administrativo cumplan<sup>61</sup> funciones sustitutivas. Como principio constitucional la reserva de ley no puede derogarse a través de ley ordinaria, y sólo autorizaciones<sup>62</sup> en el campo específico pueden satisfacer sus exigencias. Pero el contrato administrativo deja en principio incólume su posición jurídica de autonomía privada, de tal forma que desde su perspectiva, la celebración del contrato no es considerado en la regla como una intervención en los derechos fundamentales que desencadene la reserva de ley, sino que se presenta como ejercicio de su libertad<sup>63</sup>.

No obstante, poco se tiene en cuenta que el componente jurídico-objetivo de la reserva de ley, que –independientemente del consenso de los privados– puede exigir una decisión legal para proteger el papel dirigente del parlamento<sup>64</sup>. El campo de aplicación de la reserva de ley, así fundamentado, tan sólo puede ser formulado actualmente como una cuestión referente a sí la dimensión cuantitativa o cualitativa de una tarea estatal exige una regulación legal de la actuación administrativa, en la actuación contractual, en especial la fijación de contenidos contractuales mínimos.

Para precisar y aclarar lo expuesto con un ejemplo concreto: los preceptos lega-

les para el contrato de los responsables en materia de saneamiento en derecho urbanístico<sup>65</sup> o para la actuación contractual en el derecho de los médicos de la seguridad social<sup>66</sup> son ejemplos positivos del esfuerzo de corresponder a las aspiraciones democráticas y jurídico-estatales de la reserva de ley.

*Tercero.* Los datos de referencia más significativos del marco contractual jurídico son, sin embargo los criterios de los párrafos 54 y siguientes de la Ley de trámite administrativo. Es cierto que ellos sólo son aplicables en forma inmediata a los contratos de derecho público. Sin embargo, considerando los requisitos de contenido, la posible diferencia teórica que con ello se establecería para la admisibilidad del contrato de derecho privado no debe ser sobrevalorada.

Así, por ejemplo, se puede decir que la norma del párrafo 56 de la ley de trámite administrativo aplicable a los contratos conmutativos es una expresión de la interacción de los principios de prohibición de exceso<sup>67</sup> y de prohibición de concatenación<sup>68</sup>, es decir, de principios que de igual manera son válidos en el derecho federal, tanto unitariamente como independientemente de la forma jurídica.

En el párrafo 56 de la Ley de trámite administrativo se refleja de forma especialmente extraordinaria una peculiaridad del contrato administrativo: la posición jurídica de autonomía privada del ciudadano le permite a él obligarse por cualquier motivo hasta el límite de las buenas costumbres y de la buena fe<sup>69</sup>, la Administración, en cambio, está vinculada al “mandato de razonabilidad” y relación objetiva. Sin embargo, el mandato de razonabilidad de la contraprestación del ciudadano le deja a la autoridad que celebra el contrato un margen suficiente de decisión. La cuestión

de hasta qué punto el mandato de relación objetivo estrecha este margen, la decide finalmente la ley especial a la que se debe<sup>70</sup> recurrir para concretar la noción “relación objetiva”.

*Cuarto.* Esta relación aclara al mismo tiempo que en principio la *dimensión del precepto legal especial* proporciona información sobre la verdadera extensión del marco jurídico de la actuación administrativa contractual. A decir verdad, el ámbito de ejecución legal, que está estrictamente vinculado desde el punto de vista jurídico, no excluye necesariamente la actuación contractual. Pero también la posibilidad de asumir tareas, con ayuda del contrato, más allá del umbral de intervención de la actuación unilateral, es apropiada especialmente en sectores en los cuales el legislador dirige la actuación administrativa sólo a través de normas de competencia, de asignación de tareas y de fijación de los objetivos<sup>71</sup>. Ello explica también por qué se celebran más contratos en el derecho del medio ambiente que, por ejemplo, en el derecho fiscal.

## 2. Eficacia de la celebración del contrato

La dogmática del acto administrativo debe su identidad –y su éxito– esencialmente a la armonización lograda con gran técnica de las reglas de eficacia, de existencia, de impugnación y de revocación. Por lo menos desde este punto de vista, el derecho contractual tiene esencialmente una estructura muchísimo más sencilla. Exceptuando las particularidades del parágrafo 126 párrafo 3 de la Ley de procedimiento administrativo del Estado federado Schleswig-Holstein, no existen regulaciones sobre impugnación comparables a las del derecho del acto administrativo. Esto traslada necesariamente el centro de gravedad de

la dogmática a las preguntas jurídicas de la eficacia de la celebración del contrato. Aunque ellas han sido resueltas en parte, no han podido ser solucionadas completamente al nivel del derecho contractual general.

Actualmente se acepta unánimemente que de las regulaciones diferenciadas del parágrafo 59 de la Ley de procedimiento administrativo se puede deducir que no toda irregularidad jurídica debe<sup>72</sup> tener como consecuencia la ineficacia del contrato. Entre tanto, hay en gran parte conformidad sobre la constitucionalidad de la norma<sup>73</sup>, y actualmente casi no se discute que la remisión que hace el parágrafo 59 inciso 1.º de la Ley de procedimiento administrativo a los preceptos del Código Civil abarca también la regulación del parágrafo 134 del Código Civil sobre la nulidad de los contratos, que contravengan a una prohibición legal<sup>74</sup>.

El parágrafo 134 del Código Civil es aplicable por consiguiente tanto al contrato privado como al de derecho público y de tal manera está cobrando cada vez mayor importancia como “norma central de la consecuencia de las irregularidades”<sup>75</sup>. Dado que la aplicación del parágrafo 134 no debe conducir a la nivelar la diferenciación pretendida por el parágrafo 59 de la Ley de trámite administrativo, se formula la cuestión acerca de qué tipos de vulneraciones jurídicas se pueden considerar como una “forma cualificada del conflicto” (WEYREUTHER<sup>76</sup>). El parágrafo 134 remite para ello a la ley especial, de manera que esta cuestión sólo puede responderse luego del análisis conjunto de los párrafos 59 de la Ley de trámite administrativo, 134 del Código Civil y de las normas jurídicas concordantes pertinentes<sup>77</sup>. El derecho contractual general contiene sin embargo normas para ese problema de interpretación:

Por un lado, la peculiaridad del contrato administrativo justifica cierto escepticismo a la hora de incorporar los tópicos desarrollados por la doctrina civil<sup>78</sup> para la aplicación del párrafo 134 del Código Civil. Así por ejemplo, si se tiene en cuenta la vinculación jurídica especial de la Administración, no puede tener ninguna validez la regla general según la cual una prohibición legal dirigida sólo contra una parte contractual, no provocaría la nulidad del negocio<sup>79</sup>. La mencionada importancia especial del procedimiento deberá ser incluida en la discusión diferenciada sobre las normas aplicables.

Por otro lado, en general se debe tener presente que el párrafo 59 de la Ley procedimiento administrativo es el resultado de una ponderación entre los principios constitucionales de legalidad de la Administración, de seguridad jurídica y –desde un punto de vista del sujeto privado– de la protección de la buena fe.

El legislador concretizó esta ponderación en el párrafo 59 inciso 1.º de la Ley de trámite administrativo, y es continuada por el aplicador jurídico dado el supuesto de hecho abierto del párrafo 59 inciso 1.º en conexión con el párrafo 134 del Código Civil. Por consiguiente, él tiene en particular que determinar el valor de los intereses protegidos por la norma en colisión. Este proceso puede ser facilitado, a su vez, mediante criterios que podrán ser desarrollados en cada caso particular. Ejemplos de estos criterios son el significado de una norma para el procedimiento o el valor de un precepto en su contexto normativo<sup>80</sup>. La pretendida protección normativa de intereses de terceros, que aunque no requieran el consentimiento de éstos de acuerdo con el párrafo 58 inciso 1.º de la Ley de trámite administrativo, si son tan importantes que no pueden ser ignorados

en el contrato administrativo, puede ser también un argumento a favor de una prohibición legal. La aplicación del artículo 134 BGB, estructurada como un proceso de ponderación, no podrá evitar del todo una cierta inseguridad jurídica. Eso lo puede uno lamentar o fundamentar como oportunidad de solución flexible de los problemas planteados. En todo caso, el problema de la “ponderación” no es específico del derecho contractual.

### C. POSICIÓN JURÍDICA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

#### 1. *Vinculación de los contratos eficaces*

La decisión del legislador a favor de una resistencia de los contratos administrativos frente a sus vicios eventuales no sería aceptada, si la Administración pudiese sin más declarar<sup>82</sup> como nulos los contratos eficaces pero contrarios a derecho, rehusar el cumplimiento de la contraprestación contractual<sup>83</sup> o si pudiera devolver la prestación cumplida conforme al contrato. Desde una perspectiva histórica se puede apreciar que el legislador ha revalorizado el contrato administrativo y lo ha acercado jurídico-dogmáticamente al acto administrativo. Él concretiza e individualiza la situación jurídica<sup>84</sup> de forma semejante que el acto administrativo “con base y dentro de los límites de la ley”. Su función pretendida por el legislador consiste en establecer jurídicamente de forma vinculante que “debe ser derecho”<sup>85</sup> en el caso particular.

El carácter de fuente de derecho atribuido al contrato hace que éste sea decisivo para llevar a cabo la valoración jurídica de las actuaciones realizadas y de las decisiones tomadas con base en él. El acto administrativo expedido vulnerando un contrato

será, por tanto, contrario a derecho y el conforme al contrato será legal, incluso cuando infrinja normas jurídicas que no afecten la eficacia del contrato.

Aunque esta interpretación jurídica no es indiscutida<sup>86</sup>, es, sin embargo, cada vez más compartida<sup>87</sup>. A la crítica<sup>88</sup> motivada en consideraciones jurídico-estatales, sería de objetarle que las infracciones jurídicas cualificadas no pueden provocar necesariamente esta consecuencia jurídica, que la relativización de vicios jurídicos no es un fenómeno singular y también que el acto administrativo ilegal puede ser anulable por diversas razones y seguir siendo, con ello, criterio de valoración relevante para lo debido.

## 2. Adaptación al cambio de las circunstancias

Del contrato administrativo eficaz hace parte –como de cualquier otra regulación jurídica– una cierta estática. Ella es en principio imprescindible debido a la fiabilidad de la intención acordada como jurídicamente vinculante. Sin embargo, en el caso de relaciones jurídicas establecidas por un largo periodo de tiempo, esta rigidez de la regulación puede convertirse en un problema. Desde la “toma instantánea” de la celebración del contrato pueden haberse modificado las circunstancias de hecho o jurídicas, o también, el entendimiento de estas por parte de los contratantes. La consecuencia de estas modificaciones sobrevenidas puede ser que con base en la regulación actual, se ponga en riesgo –o se haga imposible– el cumplimiento de las finalidades del contrato, o que se desnivele el equilibrio de intereses armonizado mediante el contrato o que, en fin, los intereses públicos se vean amenazados.

Pero esta posible necesidad de adaptación no es, como es sabido, un problema nuevo ni específico del contrato administrativo. Su tratamiento tiene una larga tradición, especialmente en la doctrina civil<sup>89</sup>. Esto le confiere especial importancia a la apreciación de un colega de derecho civil, según la cual las partes contractuales, “primero están llamadas a resolver de forma preventiva los problemas de adaptación del contrato y a saber, por debajo de los altos umbrales de intervención de los supuestos legales como la pérdida de la base del negocio”<sup>90</sup>. Por ello, debe ponerse de relieve la necesidad de una jurisprudencia cautelara sobre el asunto sobre el contrato administrativo. El anterior requerimiento debe ser tomado con mucho más rigor que con las teorías de la cláusula *rebus sic stantibus* y de la pérdida de la base del negocio<sup>91</sup>, que en el contexto que sea, no le ofrecen a la práctica jurídica unos instrumentos ni mucho menos claros, ni dogmáticamente manejables.

La unanimidad existente desde antes de la expedición de las leyes de procedimiento administrativo acerca de su validez también en el derecho público se mueve en un grado de abstracción<sup>92</sup> que convierte su aplicación práctica en un asunto difícil. En vista de la antigua y aún no acabada polémica de la doctrina civil, tanto sobre cuestiones de principio, como sobre cuestiones individuales<sup>93</sup>, esto no es una constatación sorprendente y fundamenta la hipótesis de que la positivación legal no ha solucionado definitivamente los problemas.

En el párrafo 60 de la Ley de trámite administrativo se pone de manifiesto en el derecho público la dificultad presentada, a saber: cómo ha de ser tenida en cuenta la desigualdad existente entre las partes del contrato administrativo al trasladar las teorías sobre la cláusula *rebus sic stantibus* de derecho civil al derecho administrati-

vo<sup>94</sup>. Ello se puede observar en la valoración insegura que se hace del párrafo 60, párrafo 1.º, inciso 2.º de la Ley de trámite administrativo. Según este precepto, la autoridad administrativa dispone de un poder de rescisión especial para “evitar o suprimir graves perjuicios para el bien general”. Es discutido si la norma pretende plasmar la teoría de la “aplicación ampliada” de la “cláusula”-principio, o si, por el contrario, tiene un carácter propio frente a la regulación del párrafo 69, párrafo 1.º, inciso 2.º de la Ley de trámite administrativo, es decir, de la “cláusula”-principio.

A fin de poder dilucidar los problemas dogmáticos<sup>97</sup> se deberá seguir la segunda postura y ver en la regulación del párrafo 60, párrafo 1.º, inciso 2.º, Ley de trámite administrativo un rasgo del derecho público que caracteriza todo el derecho contractual administrativo. La desigualdad de las partes contractuales y el desinterés de la Administración en la celebración del contrato se expresan en la atribución del titular de la administración de intervenir unilateralmente en la regulación contractual en casos específicos a favor del interés público. Como intervención, la incorporación de este instrumento está vinculada a las restricciones de la prohibición de desproporción<sup>98</sup>, y puede dar lugar a pretensiones de indemnización, que deben ser fundamentadas de forma análoga a las correspondientes regulaciones de revocación de los actos administrativos favorables (párrafo 49, párrafo 5.º Ley de procedimiento administrativo)<sup>99</sup>.

#### D. ACERCAMIENTO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE DERECHO CIVIL Y DE DERECHO PÚBLICO

##### *1. Derecho administrativo privado*

La expresada cuestión de un acercamiento

jurídico-dogmático del contrato administrativo de derecho civil y de derecho público no es, ni mucho menos, una invención completamente nueva, sino la continuación de la idea fundamental en la cual se basa la teoría del derecho administrativo privado. En este punto, me gusta citar a uno de los fundadores<sup>100</sup> de esta teoría, oriundo de Münster, HANS JULIUS WOLFF.

En su manual publicado en primera edición en 1956 escribió: “Sí un sujeto de la administración pública entra en una relación de derecho privado, para perseguir de forma inmediata finalidades [...] público-administrativas mediante formas jurídico-privadas [...] entonces será aplicable un derecho administrativo privado, cuya peculiaridad, entre otras, consista en que el titular de la administración está sometido a algunas vinculaciones de derecho público”<sup>101</sup>. Esta doctrina ha sido criticada mucho en el pasado y, a menudo, con justa razón<sup>102</sup>. En especial acierta la crítica, que llama la atención en que “no existen en el terreno de actividad de la autoridad estatal [...] *per se* funciones públicas u objetivos administrativos”<sup>103</sup>. El concepto de “ejercicio inmediato de las funciones públicas” es demasiado difuso para ser un punto de referencia jurídico idóneo para las vinculaciones de derecho público. No obstante, sigue siendo justificado el anhelo de la doctrina de disciplinar a través del derecho público en el caso del cumplimiento de tareas por medio del derecho privado.

De tal manera, puede replantearse que la teoría del derecho administrativo privado es modificada desde una “orientación funcional” a una “orientación normativa”. Será, por tanto, la misma norma jurídica correspondiente quien decide sobre su campo de aplicación y debe analizarse en consecuencia si su aplicación depende de la forma jurídica de la actuación administra-

tiva. Si esto varía, por ejemplo, en los derechos fundamentales, no es del caso<sup>104</sup>.

Por el contrario, tampoco todas las normas de derecho privado permiten una “huída del derecho privado”, y deberán ser aplicadas entonces también a la actividad contractual de derecho público<sup>105</sup>.

Tal como aparece en sus disposiciones introductorias<sup>106</sup>, los preceptos de las leyes de procedimiento administrativo sólo son aplicables de forma inmediata a la “actividad de derecho público de las autoridades administrativas”; son, por tanto, aplicables independientemente de la forma jurídica. Ya se ha indicado que, por ejemplo, “el mandato de razonabilidad” y “el mandato de relación con las circunstancias objetivas” del parágrafo 56, párrafo 1.º de la Ley de trámite administrativo están caracterizados por principios de derecho federal, que —como en este caso la prohibición de desproporcionalidad y la prohibición de concatenación— son válidos independientemente de la forma jurídica<sup>107</sup>. En el pasado se ha discutido también la aplicación analógica de las disposiciones procedimentales esenciales de las leyes de procedimiento administrativo al contrato de derecho privado<sup>108</sup> como, por ejemplo, el traslado del requisito de forma estricta (parágrafo 57 de la Ley de procedimiento administrativo) a determinados contratos administrativos de derecho privado<sup>109</sup>. En la medida en que las disposiciones de las leyes de procedimiento administrativo realicen mandatos constitucionales, por lo menos su contenido fundamental de derecho constitucional es vinculante para la administración<sup>110</sup>.

Si se hace un balance final<sup>111</sup>, puede concluirse que, en el estándar jurídico-estatal, los contratos de derecho privado y de derecho público de la Administración están más próximos de lo que pudiera suponerse.

## 2. El dogma de la libertad de elección

Si uno parte de ese supuesto, pierde actualidad la discusión en torno a la *libertad de elección de la Administración* entre las formas de actuación de derecho público y las de derecho privado; de la misma manera que también el dogma correspondiente pierde su carácter de “cuestión decisiva”. De todas maneras existe duda sobre la capacidad de persuasión de este principio.

A decir verdad, no es posible negar que la Administración puede elegir el objeto del contrato y que, con ello también puede celebrar contratos de derecho privado. Sin embargo, parece cuestionable si, una vez ella ha elegido el objeto contractual, puede decidir la forma jurídica que haya de adoptarse. En la jurisprudencia correspondiente de los tribunales llama la atención que éstos precisamente no preguntan por qué forma jurídica se ha “decidido” la Administración, sino si el objeto contractual elegido tiene carácter de derecho público o de derecho privado<sup>112</sup>. Si, en cambio, la naturaleza jurídica de los contratos es determinada *objetivamente*, es decir, independientemente de la idea preconcebida que tengan las partes contractuales<sup>113</sup>, entonces el principio de la libertad de elección se relativiza, por lo menos en parte.

Desde un punto de vista de práctica jurídica, y considerando las formas de *actuación*, no debe de todas maneras sobreestimarse el dogma de la libertad de elección, ya que su vinculación de derecho público no es disponible. Más significativo es el dogma con vistas a las formas de *organización*, porque la utilización de la forma de derecho privado puede relajar las ataduras del derecho presupuestario<sup>114</sup>. Esto, sin embargo, no es mi especialidad y sólo lo menciono ya que, de acuerdo a la

opinión generalizada, los particulares, excepto en el caso de transferencia de facultades públicas a particulares, tan sólo podrán hacer uso de las formas de actuación de derecho público cuando haya una autorización legal especial<sup>115</sup>. Como la Administración, también en forma de organización de derecho privado, el contrato administrativo de derecho privado es actualmente imprescindible.

### 3. *Determinación de la naturaleza jurídica*

En tanto sean concebibles los contratos administrativos de derecho público y de derecho privado, la *determinación de la naturaleza jurídica* de los contratos administrativos seguirá siendo un problema. Prueba de ello es, en la práctica, la numerosa jurisprudencia sobre ese problema jurídico, incluso en el pasado reciente<sup>117</sup>. Desde un punto de vista de dogmática jurídica, ella se basa en la consideración de que, a causa del dualismo de las formas jurídicas y al mismo tiempo de la vinculación de todos los contratos administrativos, no es posible establecer una fórmula exacta de delimitación que comprenda todos los casos dudosos. La cuestión de la naturaleza jurídica de derecho privado o de derecho no se refiere a una “decisión de o la una o la otra”, sino que se pregunta por la dimensión cuantitativa de la regulación previa del contrato. Esta es entonces una cuestión de valoración jurídica. Y, en los supuestos dudosos depende de si el modelo de valoración, al que se recurre para el análisis del contenido del contrato, es decisivamente caracterizado por el derecho privado o por el derecho público.

### III. SOBRE LA EFICIENCIA DE UNA TIPOLOGÍA CONTRACTUAL

Cuando uno se ocupa de las teorías generales del derecho contractual, no se puede disipar la sospecha, ya expresada anteriormente, de su alto nivel de abstracción. Esto justifica retomar las reflexiones de un nivel dogmático intermedio. Si se quiere llevar a la práctica, habrá que abstraer de las configuraciones del caso concreto de la práctica contractual, las particularidades de cada campo de aplicación, es decir, establecer una tipología<sup>118</sup>. Los criterios de este procedimiento de abstracción dependen del interés de conocimiento. La tipología, que se presenta a continuación para discusión, esta dirigida por las reflexiones expuestas *ut supra*. Se trata, por un lado, de la extensión de la utilización y de la su múltiple funcionalidad del contrato y el intento de su comprensión sistemática.

Por otro lado, en el catálogo de los tipos contractuales debe expresarse que, en el contrato administrativo, el modelo de separación liberal clásico de Estado y sociedad, a decir verdad, no puede ser eliminada, pero sí relativizada, razón por la cual el contrato administrativo se ha enfrentado a un gran escepticismo. Esta área de intersección es extensa y llena de matices. La práctica de la organización administrativa<sup>119</sup> refleja ese diagnóstico con más claridad que la de las formas de actuación; sin embargo, él se manifiesta en la utilización del contrato administrativo. Si uno considera relevante, desde el punto de vista jurídico-dogmático, tanto la multiplicidad de funciones como su proximidad o distancia de la administración soberana clásica, se comprende que se deba elaborar un catálogo en forma escalonada. Esto aclara el siguiente orden:

1. Contratos en el marco de las actividades lucrativas.
2. Contratos de adquisición y de privatización.
3. Contratos para el cumplimiento del conjunto de tareas públicas (“contratos de cooperación”).
4. Contratos preparatorios, de facilitación y de complementación de actos soberanos.
5. Contratos sustitutivos de actos soberanos.

Este catálogo no pretende ser exhaustivo (no incluye, por ejemplo, los contratos de la administración prestacional<sup>120</sup>) y, posiblemente, requerirá una mayor diferenciación (por ejemplo, en lo referente a los “contratos de cooperación”); pero es suficiente para aclarar las cuestiones expuestas *ut supra*.

Una tipología contractual cumple en primer lugar *funciones heurísticas*, es decir, es útil en la sensibilización del problema, la relativización de los problemas y la preparación de soluciones a los problemas. Así por ejemplo es claro que el ámbito de validez del derecho contractual general es indeterminado en sus límites; por lo menos que en el marco de la actividad lucrativa las teorías generales han recurrido hasta el momento sólo de forma limitada a los contratos. Además, la discusión en torno a si el acto administrativo o el contrato sería el instrumento más idóneo de actividad de la Administración queda relativizada de forma considerable ante la mencionada amplitud de la actividad contractual. Y finalmente, antes que debilitarse se fortalecerá la tesis según la cual la línea fronteriza que marca la diferencia del derecho público y del privado no ofrece ninguna justificación para una separación, conforme a esa línea, de las diferentes dogmáticas contractuales.

La función heurística de esta tipología permanece incólume cuando algunos con-

tratos puedan ser subsumidos tomando en cuenta varios puntos de vista. Los tipos mencionados no están tan delimitados como los conceptos jurídicos. Ello sólo podría ser logrado si se incrementa el grado de abstracción. No obstante, una tipología contractual cumple también la ya mencionada<sup>121</sup> *función de intermediación jurídico-dogmática*, como se mostrará con los siguientes dos ejemplos:

El derecho contractual general formula de forma muy poco concreta el requisito del derecho especial de rescisión del contrato de los titulares administrativos, cuando exige la prevención o eliminación de graves perjuicios para el bien general (parágrafos 60, párrafo 1.º, inciso 2.º de la Ley de trámite administrativo y 59, párrafo 1.º, inciso 2.º, del Código Social x –SGB x–). El párrafo 110, párrafo 1.º en conexión con el párrafo 109, párrafo 3.º, del Código Social exigen, por el contrario, en el caso concreto de la rescisión de contratos de suministro de hospitales<sup>122</sup>, que no se ofrezca ninguna garantía para un tratamiento hospitalario eficiente y rentable. Prescindiendo de este requisito y concretizando<sup>123</sup> el principio del derecho contractual general, el significado de la tarea pública para la generalidad y la dimensión de la amenaza de su ejercicio sería decisiva para la rescisión de contratos celebrados para el cumplimiento conjunto de tareas públicas.

El tipo “contratos de adquisición y de privatización” tiene presente una necesidad de protección especial para terceros concurrentes, que no recibieron la adjudicación. Una protección represiva posterior al contrato generalmente no tiene en cuenta la situación económica. Por consiguiente, también se puede comprobar de forma general la necesidad de una protección procedimental especial para ese tipo de contrato. Los principios del derecho contractual pueden difí-

ilmente tener en cuenta esa necesidad, y habría que estudiar si y en qué casos los preceptos, por ejemplo del derecho presupuestario<sup>124</sup> o del derecho de la comunidad europea<sup>125</sup>, contienen estándares procedimentales susceptibles de ser generalizados. Pero con esa reflexión se debe indicar desde ya la idoneidad de un “nivel dogmático intermedio” y con ello, de las teorías generales del contrato dependerá, en último término, de los resultados de la dogmática contractual de cada ámbito particular.

#### CONSIDERACIÓN FINAL

Esta última reflexión no debe ser entendida en absoluto en el sentido de que el contrato administrativo aún no estaría desarrollado, desde el punto de vista dogmático-jurídico. Todo lo contrario: la suposición de que él requeriría un mayor trabajo de precisión “en especial”, incluye la aceptación de un cierto grado de desarrollo “en general”. Por lo que se puede concluir que el contrato administrativo se encuentra, en este aniversario, en una situación de la que cabe esperar las mejores perspectivas<sup>126</sup> para su posterior desarrollo.

WALTER KREBS

Director del Área de Derecho Público  
Freie Universität Berlin

Traducción

MÓNICA LILIANA IBAGÓN

Conferencia publicada originalmente en el *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 52, 1993, pp. 248 ss.

1. Cfr. ya previamente los artículos 47-51, 202, 211 del borrador de un Reglamento administrativo para Württemberg, en “Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg”, *Entwurf eines Gesetzes mit Begründung*, 1931.

2. Se remonta al siglo XIX; vid. MAURER. “Der Verwaltungsvertrag-Probleme und Möglichkeiten”,

en HILL. *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, p. 15 (17) = *DVB*, 1989, pp. 798 (799 y ss.). Sobre la práctica jurídica anterior, vid. también LAYER. *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. Eine Studie aus den österreichischen Verwaltungsrecht*, 1916, pp. 25 y ss.

3. Ya se llevaba a la práctica con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento sobre garajes y plazas de aparcamiento (Reichsgaragenordnung RGaO) del 17 de febrero de 1939, *RGBI I*, pp. 129 y ss. Referencias más actuales se encuentran en EHLERS. “Die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen über die Ablösung der Stellplatz oder Garagenpflicht”, *DVB*, 1986, pp. 529 y ss.; ZIEGLER. “Zur Ablösung der Stellplatzpflicht”, *DÖV*, 1984, pp. 831 y ss., en los que se encuentran mayores referencias bibliográficas.

4. EBERSBACH. “Möglichkeiten und Grenzen des Vertragsnatureschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Waldes”, *AgrarR*, 1991, pp. 63 y ss. (informe de un congreso).

5. Al respecto, SCHMIDT-ABMANN. “Vertragstypen der städtebaulichen Praxis”, en SCHMIDT-ABMANN/KREBS. *Städtebaulicher Verträge*, 2.<sup>a</sup> ed., 1992, pp. 1 y ss.; id. “Verwaltungsverträge im Städtebaurecht”, en *Fschr. F. Gelzer*, 1991, pp. 117 y ss.; KREBS. “Bauplanungs- und Bauordnungsrecht”, en HILL. *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, pp. 77 y ss., JÄDE. “Neue Aspekte städtebaulicher Verträge”, *BayVBl*, 1992, pp. 349 y ss.

6. Cfr. especialmente §§ 69 y ss. SGB v de 20 diciembre de 1988 (*BGBI I*, pp. 2477 y ss.), última modificación mediante el Tratado de Unificación de Alemania de 31 de agosto de 1990 (*BGBI II*, pp. 889 y ss.) y la Primera Ley de Modificación del Quinto Libro del Código Social de 22 de marzo de 1991 (*BGBI I*, pp. 792 y ss. ).

7. KLOEPFER. *Umweltrecht*, 1989, § 4, n. m. 2-16 (p. 204). No sólo en relación a la cooperación contractual se expresa RENGLING. *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1989, pp. 15 y ss.; BEYER. *Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörden und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Unweltschutzes*, Diss. Köln, 1986.

8. EBERSBACH. *AgrarR*, 1991, pp. 63 y ss., RENGLING/GELLERVIANN. “Kooperations-rechtliche Verträge im Naturschutzrecht”, *ZG*, 1991, pp. 317 y ss.; GELLERMANN/MIDDEKE. “Der Vertragsnatureschutz”, *NuR*, 1991, pp. 457 y ss.; DI FABIO. “Vertrag statt Gesetz?”, *DVB*, 1990, p. 338 (3-10).

9. Sobre cuestiones jurídicas relacionadas de la privatización, Cfr. BLECKMANN/ERBERICH. “Die

Treuhandanstalt und ihre Unternehmen”, en RÄDLER/RAUPACH/BEZZENBERGER. *Vermögen in der ehemaligen DDR*, Losebl., versión 1992, ns. ms. 20 y ss., 39 y ss.; WEIMAR. “Die Privatisierung der Aktiengesellschaften in den neuen Bundesländern”, *BB*, 1991, Beil. 3 zu Heft 3, pp. 1 y ss.; FAHRENBACH. “Das Privatisierungsverfahren nach dem Treuhandgesetz”, *DtZ*, 1990, pp. 268 y ss.

10. Cfr. la exposición más detallada sobre el derecho tributario en SONTHEIMER. *Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht*, 1987; HEUN. “Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Bereich der Kommunalabgaben”, *DöV*, 1989, pp. 1053 y ss.; recientemente sobre el derecho de subvenciones y sin limitarse al derecho suizo, GIACOMINI. *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Verfügung im Subventionsverhältnis “Staat-Privater”*, 1992; en general sobre el derecho suizo, RICHLI. “Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht”, *ZBL*, 1991, p. 381 (385 y ss.).

11. OVG Lüneburg de 13 de agosto de 1991, *NJW*, 1992, p. 1404.

12. Conceptualmente parecido SCHMIDT-ABMANN, “Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit”, *VVDStRL*, 34 (1976), p. 221 (236); íd. *Die Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, maschinenschriftliches Manuskript, 1991, p. 40; SHNAPP. “Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung”, *DöV* 1986, p. 811 (817); BAUER. “Subjektive öffentliche Rechte des Staates”, *DVBl*, 1986, p. 208 (218); también W. MARTENS. “Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr”, *DöV*, 1982, p. 89 (96): “bipolare” und “trigonale” Rechtsverhältnisse.

13. KLOEPFER. Ob. cit., n. 7, § 4, n. m. 247 (p. 205).

14. Cfr. BVerwG de 6 de julio de 1984, *NJW*, 1985, pp. 989 y ss.

15. ARNOLD. “Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart”, *VerwArch*, 80 (1989), p. 125 (139).

16. Cfr. el informe sobre la práctica realizado por OFFELE. “Bauplanungs- und Baur Ordnungsrecht”, en HILL. *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, p. 90 (93 y ss.), y en general también KUNIG, en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN. *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 1, 1990, p. 43 (46 y ss.).

17. Parágrafos 157 y ss. BauGB de 8 de diciembre de 1986 (*BGBI I*, pp. 2191 y ss.) en la versión de la publicación de 8 de diciembre de 1986 (*BGBI I*, p. 2253), última modificación mediante el Trata-

do de Unificación de Alemania de 31 de agosto de 1990 (*BGBI. II*, pp. 889 y ss.).

18. SCHMIDT-ABMANN. *Reform* (Ob. cit., n. 12), p. 40. Sobre las relaciones jurídicas permanentes de la administración prestacional en detalle, KRAUSE. “Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung”, *VVDStRL*, 45 (1987), p. 212 (224 y ss.).

19. Por ejemplo, § 109 SGB V: Versorgungsverträge mit Krankenhäusern; § 127 SGB V: Verträge zur Versorgung mit Heilmitteln; §§ 132 y ss. SGB V: Beziehungen zu sonstigen Leistungserbringern.

20. GELLERMANN/MIDDEKE, *NuR*, 1991, p. 457; DI FABIO, *DM*, 1990, pp. 338 (340 y ss.).

21. Cfr. KREBS. “Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen kommunaler Bauleitplanung”, *VerwArch*, 72 (1981), pp. 49 y ss.

22. SCHUPPERT. “Konfliktmittlung bei Verhandlungen und Verwaltungsverfahren”, en: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, t. II, 1990, pp. 29 (30 y ss.); íd. “Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht”, en GRIMM. *Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, pp. 217 y ss.; RITTER. “Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat”, en GRIMM, *ibíd.*, pp. 69 y ss., con mayores referencias bibliográficas; PITSCHAS. *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, pp. 48 y ss., 582 y ss.; HOLZNAGEL. “Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts”, *NVwZ*, 1992, pp. 862 y ss. (Tagungsbericht); RICHLI, *ZBL*, 1991, p. 381 (388 y ss.).

23. Cfr. SCHUPPERT, en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN (Ob. cit., n. 22), p. 29 (33). Aclarativo también el artículo editado por BECKER-SCHWARZE, KÖCK, KUPKA y VON SCHWANENFLÜGEL. “Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht”, en *Tagungsband zur Assistententagung Öffentliches Recht*, 1991.

24. El tan citado concepto de la “crisis de la política regulativa” (MAYNTZ. “Regulative Politik in der Krise?”, en MATTHES. *Sozialer Wandel in Europa*, 1979, pp. 55 y ss.) y aún en mayor medida el concepto de la “crisis del derecho regulativo” inducen a malentendidos. Correctamente SCHUPPERT, en GRIMM (Ob. cit., n. 22), p. 217 (231).

25. RITTER, en GRIMM (Ob. cit., n. 22), p. 69 (73).

26. Al respecto, p. ej., RITTER. “Der kooperative Staat”, *AöR*, 104 (1979), pp. 389 y ss.; RENGELING. *Kooperationsprinzip* (Ob. cit., n. 7); J. J. HESSE. “Aufgaben einer Staatslehre heute”, en ELLWEIN/J. J. HESSE/MAYNTZ/SCHARPF. *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, t. I, 1987, p. 55 (68 y ss.);

íd. “Verhandlungslösungen und kooperativer Staat”, en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN. *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, t. 1, 1990, pp. 97 y ss.; SCHRADER. “Das Kooperationsprinzip - ein Rechtsprinzip?”, *DöV*, 1990, pp. 326 y ss. Cfr. también WÜRTENBERGER. “Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren”, *NJW*, 1991, pp. 257 y ss. Críticamente sobre el Estado cooperativo se expresa, p. ej., LECHELER. “Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten”, *BayVBl*, 1992, pp. 545 y ss.

27. Ya se encuentra reflejada en los manuales de derecho administrativo. Cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.<sup>a</sup> ed., 1992, § 15, ns. ms. 13 y ss. (pp. 369 y ss.); ERICHSEN. “Das Verwaltungshandeln”, en ERICHSEN/MARTENS. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9.<sup>a</sup> ed., 1991, § 35, n. m. 1 (p. 419).

28. Al respecto EFSTRATIOU. *Die Bestandskraft des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Eine vergleichende Untersuchung zum griechischen, französischen und insbesondere deutschen Verwaltungsrecht*, 1987, pp. 87 y ss.; MARZLIN. “Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages und des privatrechtlichen Vertrages der Verwaltung im französischen Recht”, *Diss. Mainz*, 1966; JARASS. “Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich”, *DöV*, 1981, p. 813 (820).

29. Parece existir unidad en torno a la cuestión de que el Estado no dispone de autonomía privada; cfr. solo MAURER. “Allg.”, *VwR* (Ob. cit., n. 27), § 14, n. m. 25 (p.336); BULL. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1991, § 2, n. m. 73 (p. 29); ACHTERBERG. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., 1983, § 1, n. m. 23 (p. 12); EHLERS. “Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat”, en ERICHSEN/MARTENS. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9.<sup>a</sup> ed., 1991, § 2, n. m. 66 (p. 45); íd. “Probleme des Verwaltungs-privatrechts”, *DVBl*, 1983, p. 422 (424); PIETZCKER. *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, 1978, p. 364.

30. KUNIG/RUBLACK. “Aushandeln statt Entschieden?”, *Jura* 1990, p. 1 (8 y ss.).

31. JARASS. “Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht”, *VVDStRL*, 50 (1991), p. 238 (241). Sobre las “características” del derecho privado en relación al derecho público, cfr. también DRUEY. “Privatrecht als Kontaktrecht”, *JÖR*, NF 40 (1991-1992), pp. 149 y ss. (especialmente pp. 162 y ss.).

32. Cfr. los catálogos de normas aplicables y sus

modificaciones, p. ej., en BONK, en STELKENS/BONK/LEONHARDT, *VwVfG*, 3.<sup>a</sup> ed., 1990, § 62, ns. ms. 11 y ss., o en KOPP, *VwVfG*, 5.<sup>a</sup> ed., 1991, § 62, ns. ms. 4 y ss., con más referencias bibliográficas.

33. Cfr. ya SIEBERT. “Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung”, en *Fschr. F. Niedermeyer*, 1953, p. 215 (221); WOLFF, en WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht*, t. 1, 9.<sup>a</sup> ed., 1974, 5 23.111 (p. 108). Recientemente también, p. ej., EHLERS, *DVBl*, 1983, p. 422 (423); WILKE/SCHACHTEL. “Probleme fiskalischer Betätigung der öffentlichen Hand”, *WiVerw*, 1978, p. 95 (96).

34. Asimismo KREUZER. *Der vertragswidrige Verwaltungsakt*, 1988, p. 12. Terminológicamente diferente, p. ej., MAURER, en HILL (Ob. cit., n. 2), p. 15 = *DVBl*, 1989, p. 798, que, sin embargo, también se plantea si “el contrato administrativo jurídico-privado [...] no debería incluirse en el contrato administrativo”, en HILL, *ibíd.*, pp. 37 y ss. = *DVBl*, 1989, p. 789 (807). Terminológicamente diferente también KAWALLA. “Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag und seine Abwicklung”, *Diss. Konstanz*, 1984, p. 9; LECHELER. *BavVBl*, 1922, p. 545, con nota 1; SCHIMPF. *Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*, 1982, p. 27.

35. Cfr. el catálogo de la “orientación acorde a la tipología jurídica” de SCHUPPERT, en GRIMM (Ob. cit., n. 22), p. 217 (232 y ss.; especialmente p. 233: “Orientación procesal. Quiere ello decir [...] una orientación mediante el procedimiento, especialmente mediante el de configuración de decisión y consenso”).

36. De forma fundamental, también BROHM. “Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung”, *VVDStRL*, 30 (1972), p. 245 (253 y ss.). De forma general sobre “la dimensión procedimental de las decisiones estatales”, pp. 158 y ss. Sobre los problemas específicos de las “relaciones permanentes” KRAUSE, *VVDStRL*, 45 (1987), p. 212 (224 y ss.).

37. Cfr. sobre las “interrelaciones” entre el “derecho general administrativo y sus ámbitos marginales” SCHMIDT-ABMANN. *Reform*, cit. n. 12, p. 31.

38. En detalle sobre el tema, PUNKE. *Verwaltungshandeln durch Vertrag*, s. f. [1989?], pp. 46 y ss.

39. Cfr., p. ej., sobre la aplicabilidad el § 3 *VwVfG* (competencia territorial): KOPP, *VwVfG*, cit., n. 32, § 62, n. m. 2; OBERMAYER. *VwVfG*, 2.<sup>a</sup> ed., 1990, § 62, n. m. 7; MOLLGAARD, en KNACK, *VwVfG*, 3.<sup>a</sup> ed., 1989, § 62, n. m. 2; ULE/LAUBINGER. *Verwaltungsverfahrensrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1986, p. 520; sobre la

aplicabilidad de los §§ 11, 12 VwVfG (Handlungs- und Beteiligtenfähigkeit), p. ej., BONK, en STELKENS/BONK/LEONHARDT. Ob. cit., n. 32, § 62, n. m. 5; KOPP, VwVfG, cit., § 62, n. m. 2; sobre la aplicabilidad de los §§ 20, 21 (ausgeschlossenen Personen und Besorgnis der Befangenheit): cfr. KOPP, VwVfG, ibíd., p. 520; BONK, en STELKENS/BONK/LEONHARDT, cit., § 62, n. m. 2; ULE/LAUBINGER. *Verwaltungsverfahrenszrecht*, cit., § 62, n. m. 5; sobre la aplicabilidad del § 25 VwVfG (Auskunft, Beratung) p. ej., MEYER, en MEYER/BORGS, VwVfG, 2.<sup>a</sup> ed., 1982, § 62, n. m. 4; ULE/LAUBINGER. *Verwaltungsverfahrenszrecht*, cit., p. 521.

40. BONK, en STELKENS/BONK/LEONHARDT, cit., n. 32, § 62, n. m. 5; OBERMAYER, VwVfG, cit., n. 39, § 62, n. m. 26; PUNKE. *Verwaltungshandeln*, cit., n. 38, pp. 57 y ss.

41. Discordante, KOPP, VwVfG, cit. n. 32, § 62, n. m. 2.

42. Así KOPP. “Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge als Verwaltungsakte?”, *BayVBl*, 1980, pp. 609 y ss.; BLECKMANN. *Subventionsrecht*, 1978, p. 88; como aquí también, p. ej., EHLERS. *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, p. 193; FRIEHE. “Die Konkurrentenklage gegen einen öffentlich-rechtlichen Subventionsvertrag”, *DÖV*, 1980, p. 673 (674 y ss.).

43. Con un significado casi jurídico-histórico, H. P. IPSEN. “Öffentliche Subventionierung Privater”, *DVBl*, 1956, pp. 602 y ss.; íd. “Verwaltung durch Subventionen”, *VVDStRL*, 25 (1967), p. 257 (especialmente 298).

44. Sobre la crítica se manifiesta OSSENBUHL. “Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen”, *DVBl*, 1973, p. 289 (292 y ss.).

45. Al respecto HADDING, en SOERGEL, *BGB*, t. II, 12.<sup>a</sup> ed., 1990, § 328, ns. ms. 118 y ss.; HEINRICH, en PALANDT, *BGB*, 51, 1992, introducción al § 328, n. m. 10; GOTTWALD, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd., II, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, § 328, ns. ms. 97 y ss.; VOLKKOMMER, en JAUERNIG, *BGB*, 6.<sup>a</sup> ed., 1991, § 328, nota 1.3.d): cfr. sobre la fundamentación constitucional de este principio BVerfG de 23 de abril de 1986, BVerfGE, 73, p. 261 (270 y ss.).

46. Doctrina mayoritaria, cfr., p. ej., ERICHSEN, en ERICHSEN/MARTENS (Ob. cit., n. 27), § 27, n. m. 8 (pp. 372 y ss.).

47. Sobre la polémica de la “protección contractual de la naturaleza” cfr. GELLERMANN/MIDEKE. *NuR*, 1991, p. 457 (464 y ss.); DI FABIO. *DVBl*, 1990, p.

338 (344 y ss.); RENGEING/GELLERMANN. *ZG*, 1991, p. 317 (332 y ss.). Sobre la polémica de las *Planungsabreden* cfr. ya DEGENHART. “Vertragliche Bindung der Gemeinde im Verfahren der Bauleitplanung”, *BayVBl*, 1979, p. 289 (295).

48. Asimismo, PUNKE. *Verwaltungshandeln*, cit., n. 38, p. 94. Cfr. en general en contra de la pretensión de la realización de un procedimiento administrativo determinado, aunque ello se preste bajo aspectos jurídico-adjetivos, HILL, “Verfahrensermessens der Verwaltung”, *NVwZ*, 1985, p. 449 (452).

49. Acertadamente SCHERZBERG. “Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages”, *JuS*, 1992, p. 205 (209); cfr. también KUNIG/RUBLACK, *Jura*, 1990, p. 1 (11); ERICHSEN, en ERICHSEN/MARTENS (op. cit., n. 27), j 27, número marginal 3 (pp. 369 y ss.) con nota 14 a; en parte disconforme RECKERS. “Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelung in Verwaltungsverträgen zwischen Bürger und Staat”, *Diss. Tübingen*, 1988, pp. 82 y ss.; matizando DI FABIO. *DVBl*, 1990, p. 338 (345 y s.).

50. Parágrafo 27 I, 87 II, 110 I BauGB.

51. Parágrafo 40 I des Gesetzes zur Sicherung des Naturhaushaltes und zur Entwicklung der Landschaft (Landschaftsgesetz-LG) [Ley del paisaje] de 18 de diciembre de 1975 (*GV NW*, 1975, p. 190), en la versión de la publicación de 26 de junio de 1989 (*GV NW*, 1980, p. 734).

52. *BGH* de 2 de abril de 1981, *NJW*, 1981, p. 2124: obligación de participación de los municipios en la parcelación voluntaria.

53. ERICHSEN, en ERICHSEN/MARTENS. Ob. cit., n. 27, § 32, n. m. 5 (p. 409).

54. *Ibid.*, n. 27, 5 27, n. m. 9 (p. 373); SCHERZBERG. *JuS*, 1992, p. 205 (210); SCHENKE. “Der rechtswidrige Verwaltungsvertrag nach dem VwVfG”, *JuS*, 1977, p. 281 (285); MAURER, en HILL. Ob. cit., n. 2, p. 15 (31) = *DVBl*, 1989, p. 798 (801); ULE/LAUBINGER. *Verwaltungsverfahrenszrecht*, cit., n. 39, p. 519; KOPP. VwVfG, cit., n. 32, § 54, n. m. 24; SCHIMPF. *Vertrag*, cit., n. 34, p. 136.

55. Relativamente anticontractual es, p. ej., el derecho tributario y en parte también el derecho fiscal; cfr. sobre el estado actual de la problemática y la doctrina, HEUN. *DÖV* 1989, pp. 1053 y ss., con mayores referencias bibliográficas también en RESS. “Begriff, Wesen und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages”, *Revue europeenne de droit public*, 1989, p. 279 (297 y ss.), con una serie de ejemplos.

56. Un ejemplo sería el nombramiento de funcionarios; cfr. MEYER, en MEYER/BORGS, ob. cit., n. 39,

§ 54, n. m. 70; MAURER. “Allg.”, *VwR*, ob. cit., n. 27), § 14, n. m. 26 (p. 337). Más ejemplos al respecto en RESS. Ob. cit. *Revue europeenne de droit public*, 1989, p. 279 (279 y ss.).

57. SCHIMPF. *Vertrag*, cit., n. 34, p. 176; MEYER, en MEYER/BORGS, ob. cit., n. 39), § 54, n. m. 70; SCHERZBERG. *JuS*, 1992, p. 205 (208); KUNIG. “Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten”, *DVBl*, 1992, p. 1193 (1196). Cfr. también TSCHASCHNIG. *Die Nichtigkeit subordinationsrechtlicher Verträge nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1984, pp. 146 y ss.

58. BT-Drucks. 7/910, p. 78. Motivación del § 50 del anteproyecto (corresponde a § 54 *VwVfG*).

59. Cfr., p. ej., MAURER, “Allg.”, *VwR*, cit., n. 27, § 14, n. m. 26 (p. 337); BONK, en STELKENS/BONK/LEONHARDT, ob. cit., n. 32, § 51, n. m. 15; MEYER, en MEYER/BORGS, ob. cit., n. 39, § 54, n. m. 67; ULE/LAUBINDER. *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., n. 39, p. 517. De forma restrictiva SCHIMPF. *Vertrag*, cit., n. 34), pp. 169 y ss.

60. Por ejemplo, RESS. Ob. cit., *Revue europeenne de droit public* 1989, p. 279 (282); MAURER, “Allg.”, *VwR*, cit., n. 27, § 14, n. m. 26 (p. 337).

61. ERICHSEN, en ERICHSEN/MARTENS, ob. cit., n. 27, ns. ms. 10 y ss. (pp. 375 y ss.). En opinión de HENKE, *Recht der Wirtschafts-subsventionen als allgemeines Vertragsrecht*, 1979, pp. 56 y ss., el § 56 *VwVfG* debería tener una “función sustitutoria” para el derecho de subvenciones.

62. SCHERZBERG. *JuS*, 1992, p. 205 (211).

63. GOLDNER. “Gesetzesmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht”, *JZ*, 1976, p. 352 (355); MAURER, en HILL, ob. cit., n. 2, p. 15 (33) = *DVBl*, 1989, p. 789 (805); KREBS. “Der städtebauliche Vertrag im Gefüge der allgemeinen Vertragslehre des Verwaltungsrechts”, en SCHMIDT-ABMANN/KREBS. *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, 2.<sup>a</sup> ed., 1992, pp. 185 y ss.; SCHERZBERG. *JuS*, 1992, p. 205 (211).

64. Al respecto, KREBS, en SCHMIDT-ABMANN/KREBS, ob. cit., n. 63, pp. 189 y ss.

65. Parágrafos 157 y ss. *BauGB*.

66. Especialmente §§ 69 y ss. *SGB V*.

67. Aquí se refleja “principio de adecuación”; cfr. KOPP, *VwVfG* (ob. cit., n. 32), § 56, n. m. 13; ERICHSEN, en ERICHSEN/MARTENS, ob. cit., n. 27, § 27, n. m. 13 (p. 376); SCHERZBERG. *JuS*, 1992, p. 205 (212); VGH München de 11 de abril de 1990, *NVwZ*, 1990, p. 979 (981).

68. Sobre la prohibición de concatenación, ya se manifiesta MENGER. “Zum Koppelungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen”, *VerwArch*, 64

(1973), pp. 207 y ss.; sobre la jurisprudencia del *OVG* y del Tribunal del Reich cfr. las referencias de ERICHSEN, en ERICHSEN/MARTENS, ob. cit., n. 27, § 27, n. m. 14 (p. 377); de la jurisprudencia más reciente cfr., p. ej., BGH de 21 de noviembre de 1957, *BGHZ*, 26, 84 (86 y ss.); BGH de 13 de julio de 1979, *NJW*, 1980, p. 1294; BVerwG de 13 de julio de 1979, *NJW*, 1980, p. 1294; BVerwG de 15 de diciembre de 1989, *BVerwGE*, 84, p. 236 (241) = *JZ*, 1990, p. 1990, p. 591 (593), con las notas de EHLERS; VGH München de 11 de abril de 1990, *NVwZ*, 1990, p. 979 (981); *OVG* Münster de 19 de agosto de 1988, *NJW*, 1989, p. 1879 (1880).

69. Ello también se presupone para la celebración de contratos administrativos; cfr. RENGELING/GELLERMANN. *ZG*, 1991, p. 317 (331); PIEROTH/SCHLINK. *Grundrechte, Staatsrecht II*, 8.<sup>a</sup> ed., 1992, n. m. 165. Esta opinión es dudosa teniendo en cuenta el carácter reglado de la Administración.

70. SCHMIDT-ABMANN, en *Festschr. Gelzer*, cit., n. 5, p. 117 (124).

71. Cfr. el estudio del § 1, párrafos 3.<sup>o</sup> y 6.<sup>o</sup>, *BauGB*, realizado por el VGH München de 11 de abril de 1990, *NVwZ*, 1990, p. 979, así como en términos generales, SCHMIDT-ABMANN, en *Fschr. f. Gelzer*, cit., n. 5, p. 117 (127): “Gesetzesswidrige Vertragsgestaltung”.

72. Cfr. sólo ULE/LAUBINGER. *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., n. 39, p. 541; KOPP. *VwVfG*, cit., n. 32, § 59, n. 2; STELKENS. *Verwaltungsverfahren*, 1991, n. m. 661; KUNIG. *DVBl*, 1992, p. 1193 (1200).

73. Por ejemplo, PUNKE. *Verwaltungshandeln*, cit., n. 38, p. 190; EFSTRATIOU. *Bestandskraft*, cit., n. 28, pp. 254 y ss.; a pesar de las objeciones referente al resultado también RECKERS. *Regelungen*, cit., n. 49, p. 159; ULE/LAUBINGER. *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 39, p. 541. Cfr. sobre el mismo tema en detalle también KREBS, en SCHMIDT-ABMANN/KREBS, ob. cit., n. 63, pp. 206 y ss., con mayores referencias bibliográficas.

74. Por ejemplo, SCHMIDT-ABMANN, en *Fschr. für Gelzer*, cit., n. 5, p. 117 (125); KOPP. *VwVfG*, cit., n. 32, § 59, ns. ms. 7 y ss.; MÖLLGAARD, en KNACK, ob. cit., n. 39, § 59, n. f. 3.1; BRAMSCH. *Rechtsfolge verwaltungsvertraglicher Gesetzesverstöße*, 1986, pp. 10 y ss.; SCHIMPF. *Vertrag*, cit., n. 34, pp. 284 y ss.; de la jurisprudencia, p. ej., VGH München de 11 de abril de 1990, *NVwZ*, 1990, p. 979 (980); VGH Mannheim de 18 de octubre de 1990, *NVwZ*, 1991, p. 583 (585); sobre la inaplicabilidad BLAKENAGEL. “Folgenlose Rechtswidrigkeit öffentliche-rechtlicher Verträge?”, *VerwArch*, 76 (1985), p. 276 (282 y ss.); cfr. también al respecto BLECKMANN. “Verfassungs-

rechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages”, *NVwZ*, 1990, pp. 601 y ss.

75. SCHMIDT-ABMANN, en *Fschr. f. Gelzer*, cit., n. 5, p. 117 (125).

76. WEYREUTHER. “Ablösungsverträge, entgegengesetzte Rechtsvorschriften und gesetzliche Verbote”, en *Fschr. f. Reimers*, 1979, p. 379 (383); similar también *OVG Lüneburg* de 12 de enero de 1988, *NJW*, 1988, p. 2126, que exige una “lesión cualitativa de Derecho”; crítico, RESS. Ob. cit., *Revue europeenne de droit public*, 1989, p. 279 (283 y nota n. 10).

77. Cfr. también *BVerwG* de 23 de agosto de 1991, *NJW*, 1992, p. 1642 (1643): Serán el derecho contractual general, por un lado, y el derecho específico material, por otro, los que determinarán, en última instancia, si una regulación afectada por un contrato administrativo sufre un vicio que conlleva la nulidad.

78. Cfr. especialmente CANARIS. *Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft*, 1983.

79. *BGH* de 22 de mayo de 1978, *BGHZ*, 71, p. 358 (360), con indicación sobre el carácter imprescindible de la interpretación teleológica en cada caso concreto.

80. SCHMIDT-ABMANN, en *Fschr. f. Gelzer*, cit., n. 5, p. 117 (126); cfr. también EFSTRATIOU. *Bestandskraft*, cit., n. 28, p. 233.

81. Aclaratorio el *BVerwG* de 23 de agosto de 1991, *NJW* 1992, p. 1642 (1643 y ss.).

82. Cfr. al respecto BLANKENAGEL. *VerwArch*, 76 (1985), p. 276 (292 y ss.), que parte de un derecho de resolución (§ 46 *VwVfG* en coordinación con §§ 346 y ss. *BGB*) en los contratos antijurídicos, pero no nulos.

83. Así, para los “contratos de confirmación”, BULLINGER. “Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag”, *DöV*, 1977, p. 812 (815), que concede al titular administrativo la posibilidad de negar el cumplimiento de un contrato eficaz pero antijurídico y de indemnizar económicamente la buena fe lesionada del particular.

84. P. KIRCHHOF. “Mittel staatlichen Handelns”, en ISENSEE/KIRCHHOF. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. III, 1988, § 59, n. m. 152 (p. 184).

85. O. MAYER. *Verwaltungsrecht*, t. 3.<sup>a</sup> ed., 1924, p. 93, para el acto administrativo.

86. Cfr., p. ej., HENKE. “Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragesrechts”, *JZ*, 1984, p. 441 (445); MAURER, en HILL, ob. cit., n. 2, p. 15 (27) = *DVBl*, 1989, p. 798 (803).

87. En el resultado también, p. ej., ERICHSEN, en ERICHSEN/MARTENS, ob. cit., n. 27, § 27, n. m. 8, p.

25 (pp. 372, 382); FLUCK. *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*, 1985, p. 65; MEYER, en MEYER/BORGS, ob. cit., n. 39, § 54, n. m. 3; KNUTH. “Konkurrenteklage gegen einen öffentlich-rechtlichen Subventionsvertrag - *OVG Münster*”, *NVwZ*, 1984, p. 522; *JuS*, 1986, p. 523 (524); KUNIG. *DVBl*, 1992, p. 1193 (1200).

88. MAURER. “Abgestufte Rechtsfolgen bei Gesetzesverstößen der Verwaltung?”, en HILL. *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 1989, p. 233 (248): “... en mi opinión ya no es sostenible bajo aspectos jurídico-estatales”.

89. En STERN. “Die Klausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht”, en *Fschr. f. Mikat*, 1989, pp. 775 y ss., donde con mayores referencias bibliográficas se encuentra un breve esbozo del desarrollo histórico. Sobre la evolución en el derecho público, cfr. también EFSTRATIOU. *Bestandskraft*, cit., n. 28, pp. 291 y ss. Cfr. también TOBER. *Die «Klausula rebus sic stantibus» bei verwaltungs-rechtlichen Verträgen*, 1970.

90. HORN. “Vertragsbindung unter veränderten Umständen”, *NJW*, 1985, p. 1118 (1119).

91. Sobre la diferenciación STERN. Ob. cit., n. 89, pp. 775 y ss.; sobre el derecho estatal contractual cfr. *BVerfG* de 30 de enero de 1973, *BVerfGE*, 34, p. 216 (229 y ss.).

92. Cfr. las extensas referencias bibliográficas en EFSTRATIOU. *Bestandskraft*, cit., n. 28, pp. 310 y ss.

93. Al respecto SCHMIDT, en STAUDINGER, *BGB*, 12.<sup>a</sup> ed., 1993, § 242, ns. ms. 833 y ss.; ROTH, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, 242, ns. ms. 465 y ss.

94. Al respecto FIEDLER. “Zum Wirkungsbereich der Klausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht”, *VerwArch*, 67 (1976), p. 125 (144 y ss.).

95. BONK, en STELKENS/BONK/LEONHARDT, cit., n. 32, § 60, n. m. 19; BULLINGER. *DöV*, 1977, p. 812 (821): “Sonderfall der Klausula rebus sic stantibus”.

96. MEYER, en MEYER/BORGS. ob. cit., n. 39, § 60, n. m. 19; KAWALLA. *Verwaltungsvertrag*, cit., n. 34, p. 143; KOKOTT. “Entscheidungsfragen bei der Ausübung des einseitigen Kündigungsrechts der Behörde beim öffentlich-rechtlichen Vertrag” (§ 60, párrafo 1.º, inciso 2.º, *VwVfG*), *VerwArch*, 83 (1992), p. 503 (508 y ss.), con una serie de referencias sobre la opinión de la doctrina.

97. Cfr. también EFSTRATIOU. *Bestandskraft*, cit., n. 28, p. 346, y ya también FIEDLER. *VerwArch*, 67 (1976), p. 125 (144 y ss.).

98. MEYER, en MEYER/BORGS, cit., n. 39, § 60, n. m. 19.

99. KOPP. *VwVfG*, cit., n. 32, § 60, n. m. 19; MAURER. *Allg. VwR.*, cit., n. 27, § 14, n. m. 54 (p. 356); MEYER. *Ob. cit.*, n. 39, § 60, n. m. 23; KAWALLA. “Verwaltungsvertrag”, cit., n. 34, p. 147; LITTBARSKI. *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Recht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 60 Abs. 1 VwVfG*, 1982, p. 57. Opinión discordante KOKOTT. *VerwArch*, 83 (1992), p. 503 (513 y ss.), que considera nulo el § 60, párrafo 1.º, inciso 2.º, *VwVfG* por falta de regulación de indemnización expresa en caso de lesión de la cláusula de expropiación del artículo 14, párrafo 3.º, inciso 2.º, de la Ley Fundamental de Bonn.

100. También SIEBERT, en *Fschr. f. Niedermeyer*, cit., n. 33, pp. 215 y ss., es considerado como fundador.

101. H. J. WOLFF. *Verwaltungsrecht, I*, 1956, § 23 1 (p. 73)., casi igual en WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht, I*, 9.ª ed., 1974, § 23 1 (p. 108).

102. Por ejemplo, ERICHSEN, en ERICHSEN/MARTENS, ob. cit., n. 27, § 32, n. m. 3 (p. 408); RÜFNER. *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, 1967, pp. 389 y s., 397; ZULEEG. “Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts”, *VerwArch*, 73 (1982), p. 384 (397); EMMERICH. “Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand”, *BGHZ*, 52, 352, y *BGH, Betr.*, 1969, 1971, *JuS*, 1970, p. 332 (335).

103. ERICHSEN, en ERICHSEN/MARTENS, ob. cit., n. 27), § 32, n. 3 (p. 408); RÜFNER. *Formen*, cit., n. 102), p. 397.

104. Sobre la “función fiscalizadora de los derechos fundamentales” cfr. EHLERS. *Privatrechtsform*, ob. cit., n. 42, pp. 212 y ss.; JARASS, en JARASS/PIEROOTH. *GG*, 2.ª ed., 1992, artículo 1.º, n. m. 18; HESSE. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18.ª ed., 1991, § 11 I, n. m. 348 (p. 146); ERICHSEN, en ERICHSEN/MARTENS (ob. cit., n. 27), § 32, n. m. 1 (p. 109).

105. Aquí sigue habiendo algunos puntos que no han sido aclarados. Sobre la aplicabilidad de la Ley de condiciones generales de contratación a los contratos jurídico-públicos cfr. OVG München de 19 de agosto de 1988, *NJW*, 1989, p. 1879 (1880); STOBER. “Zur Anwendung des AGB-Gesetzes auf die öffentliche Hand”, *DöV*, 1977, pp. 398 (399 y ss.); SCHIMPF. *Vertrag*, cit., n. 34, pp. 325 y ss.; EHLERS. *Privatrechtsform*, cit., n. 42, pp. 352 y ss. Sobre la vinculación de los titulares de la Administración al derecho

de competencia, PIETZCKER. “Rechtsbindung der Vergabe öffentlicher Aufträge”, *AöR*, 107 (1982), p. 61 (74 y ss.); SCHOLZ. “Wettbewerbsrechtliche Klagen gegen Hoheitsträger: Zivil-oder Verwaltungsrechtsweg?”, *NJW*, 1978, p. 16 (17); EMMERICH, *JuS*, 1970, p. 332 (336 y ss.); EHLERS. *Privatrechtsform*, cit., n. 42, pp. 361 y ss., con referencias bibliográficas.

106. Párrafo 1 I *VwVfG*-Bund; § 1 I *VwVfG* NW; § 1 I SGB x.

107. Como consecuencia de una fundamentación en derechos fundamentales para la prohibición de concatenación, cfr. KREBS, en v. MÜNCH/KUNIG. *GG*, t. I, 1.ª ed., 1992, artículo 19, n. m. 24. En relación a la prohibición de concatenación, cfr. supra II.B.1.

108. VON ZEJSCHWITZ. “Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts”, *NJW*, 1983, p. 1873 (1881); EHLERS. *Privatrechtsform*, cit., n.42, pp. 425 y ss.

109. Sobre los contratos urbanísticos, SCHMIDT-ABMANN, en *Fschr. f. Gelzer*, cit., n. 5, p. 117 (128).

110. KREBS. *Ob. cit.*, n. 64, pp. 156 y ss. En parte también se transfieren al contrato privado las regulaciones procedimentales del *VWVfG* como expresión del concepto jurídico general o analógicamente, cfr. EHLERS. *Privatrechtsform*, cit., n. 42, p. 226. EHLERS. *DM*, 1983, p. 422 (425 y ss.), considera transferibles los §§ 14, 20, 21, 24, 25, 28, 30, 40 *VwVfG*. Cfr. también el catálogo elaborado por VON ZEJSCHWITZ. *NJW*, 1983, p. 1873 (1881): §§ 16, 20, 21, 24 II, 26, 28, 29, 30, 51 *VwVfG*.

111. KREBS. *Ob. cit.*, n. 64, pp. 134 y ss.

112. *BVerwG* de 15 de diciembre de 1989, *BVerwGE*, 84, p. 236 (238) = *JZ*, 1990, pp. 591 y ss., con referencias bibliográficas de EHLERS. *BGH* de 25 de junio de 1991, *NJW*, 1992, p. 1561 (1562); *BGH* de 12 de noviembre de 1991, *DVB1*, 1992, pp. 615 y ss.; OVG Münster de 23 de mayo de 1990, *NwVBl*, 1991, p. 14; OVG Münster de 19 de agosto de 1988, *NJW*, 1989, p. 1879; OVG Lüneburg de 12 de enero de 1988, *NJW*, 1988, p. 2126; OLG Hamm de 28 de septiembre de 1990, *BauR*, 1991, pp. 653 y ss.

113. SCHERZBERG. *JuS*, 1992, p. 205 (206); MAURER. *Allg. VwR*, cit., n. 27, § 14, n. m. 9 (p. 322).

114. EHLERS. *Privatrechtsform*, cit., n. 42, pp. 309 y ss.

115. En relación a los contratos administrativos, cfr. ya APELT. *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1920, p. 53; recientemente también KOPP. *VwVfC*, cit., n. 32, § 54, ns. ms. 10, 33; MÖLLGAARD, en KNACK. *Ob. cit.*, n. 39, § 54, n. m. 4.1; ERICHSEN. *Ob. cit.*, n. 27), § 25, n. m. 9 (p. 365). Cfr. también GERN. “Zur

Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Privaten”, *NW*, 1979, p. 694 (695); SCHIMPF. *Vertrag*, cit., n. 34, pp. 71 y ss.

116. Cfr. Sobre esta problemática, p. ej., PUNK. *Verwaltungshandeln*, cit., n. 38), pp. 26 y ss.; PESTALOZZA. *Formmißbrauch des Staates*, 1973, pp. 180 v ss.; GERN. “Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen von privatrechtlichen Vertrag”, *VerwArch*, 70 (1979), pp. 219 y ss.; LANGE. “Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag”, *NVwZ*, 1983, pp. 313 y ss.; CHRIST. *Die Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht - Erörtert am Beispiel von Realakt und Vertrag*, 1984; NEUMANN. “Dogmatische und prinzipiengeleitete Argumente bei der Abgrenzung von Verwaltungsverträgen”, *DöV*, 1992, pp. 154 y ss.

117. Cfr. también las referencias de la n. 112, supra.

118. MAURER, en HILL, ob. cit., n. 2, p. 15 (24) = *DVBl*, 1989, p. 789 (802), insiste en la necesidad de una “tipología” del contrato administrativo.

119. Al respecto SCHUPPERT. *Die Erfüllung öffentlichrechtlicher Aufgaben durch verselbst-tändige Verwaltungseinheiten*, 1981. Cfr. también KREBS. “Verwaltungsorganisation”, en ISENSEE/KIRCHHOF. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. III, 1988, § 69, ns. ms. 5 y ss. (pp. 570 y ss.).

120. Cfr. FLEINER-GERSTER. “Rechtsverhältnisse in

der Leistungsverwaltung”, *VVDStRL*, 45 (1987), p. 152 (160 y ss.): “Diferencias tipológicas de las relaciones jurídicas en la Administración prestacional”; íd. “Probleme des öffentlichrechtlichen Vertrages in der Leistungsverwaltung”, *ZBl*, 1989, p. 185 (189 y ss.), versión revisada del informe citado previamente.

121. Cfr. supra, II.A.4.

122. El contrato de suministro de los hospitales se celebra entre las asociaciones de cajas de la seguridad social de cada Estado federado. Por medio de este contrato los hospitales están autorizados y obligados a prestar el tratamiento médico a los asegurados (n. de t.).

123. Cfr. ya FIEDLER. *VerwArch*, 67 (1976), p. 125 (151): “el concepto de interés público deberá ser concretado de acuerdo al tipo contractual y a su función incardinada en el correspondiente contexto jurídico y material”.

124. PIETZCKER. *AöR*, 107 (1982), p. 61 (especialmente pp. 80 y ss.).

125. Cfr. al respecto PIETZCKER. *AÖR*, 107 (1982), p. 61 (64 y ss.). SCHMIDT-ABMANN. “Die EG-Rechtsmittelrichtlinie zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge”, *EuZW*, 1990, pp. 536 y ss.

126. Más pesimista para Suiza, RICHLI. *ZBl*, 1991, p. 381 (397): “Diffícilmente el contrato administrativo alcanzará una posición importante”.

## La descentralización territorial en Italia y Colombia

### I. PREMISA SOBRE EL MÉTODO COMPARADO

Esta contribución ilustra sintéticamente la descentralización en los dos países e intenta enmarcar los dos ordenamientos dentro de los modelos presentes en el panorama europeo por una parte, y el latinoamericano, por otra, siendo además un modo de señalar algunas tendencias comunes –sobre la descentralización–, no solo para los dos sistemas aquí analizados, sino también para los de otros estados europeos y extra-europeos.

Antes de iniciar el examen de la descentralización en los dos países es necesario decir algo sobre el método comparado, especialmente sobre el papel del derecho comparado en el estudio de los ordenamientos descentralizados (federales o regionales, según la clasificación que se adopte) y de aquellos centralistas. Ya que quien decide afrontar un análisis de este tipo sobre dos o más ordenamientos sin una premisa comparada y sin tomar en cuenta las reglas que impone el derecho comparado, corre el riesgo de reducir la comparación a una simple confrontación del derecho interno con el derecho extranjero.

El estudio y la utilización del derecho comparado, en una época en la cual los siste-

mas jurídicos parecen estar cada vez más cercanos unos a otros, resultan indispensables en el plano teórico y práctico. Junto a la función principal del derecho comparado de organizar el conocimiento de cada uno de los sectores de estudio para ver cómo nacen, se desarrollan y circulan los diferentes modelos, se está formulando lo que los comparatistas llaman las “funciones subsidiarias de la comparación”<sup>1</sup>.

Por una parte, el derecho público comparado se está “especializando” o “ramificando” cada vez más; por eso, hoy hablamos tanto de un derecho administrativo comparado, como de un derecho eclesiástico comparado<sup>2</sup> y hasta de un derecho de las entidades territoriales comparado, aunque, si bien es cierto, este último todavía esté en una fase incipiente. Mientras que por otra, desde el punto de vista práctico, los estudios comparados se prestan para muchos usos. Pensemos, por ejemplo, en la gran utilidad para la elaboración de textos legislativos, ya que seguramente las asambleas nacionales o locales de los países políticamente descentralizados miran con gran interés las experiencias extranjeras antes de escribir un texto normativo. También en los casos de reforma constitucional o de formación de nuevas constituciones el conocimiento de los modelos ofrecidos en