

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO TÉCNICA JURÍDICA: SUCINTAS CONSIDERACIONES GENERALES



Por Dr. Andry Matilla Correa¹

“El acto de gestión contractual es el contrato llamado administrativo, es decir, el contrato celebrado directamente para asegurar el funcionamiento de un servicio público. Implica por sí mismo la colaboración de un empresario o de un proveedor a cuyo concurso ha apelado la administración [...]”.
La gestión administrativa. 1899

Maurice Hauriou

SUMARIO

I. Preliminar	01
II. El contrato administrativo como técnica jurídica y el proceso de evolución del Derecho Administrativo	06
III. En torno al rechazo y la aceptación del contrato administrativo: un rápido recuento	26
a) La negación o el rechazo a la figura del contrato administrativo	26
b) La aceptación del contrato administrativo	36

I. PRELIMINAR

Hoy es común entender que la función administrativa tiene un contenido heterogéneo y que se manifiesta a través de formas jurídicas variadas; y que la Administración Pública, en el marco de la función administrativa, debe asumir diversos cometidos o actividades que tienden, de manera general, a satisfacer o a dar respuesta al interés general, del cual aquella entidad viene a ser garante.

1. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Académico Titular de la Academia de Ciencias de Cuba.

Tampoco se niega que el conjunto de relaciones a partir del cual la Administración Pública puede vincularse jurídicamente con otros sujetos de Derecho, para proveer, directa o indirectamente, al cumplimiento de los fines y cometidos que le son propios, no solo está integrado por actuaciones unilaterales (cuyas concreciones típicas están ubicadas en los reglamentos y los actos administrativos), sino que dentro de dicho conjunto de relaciones pueden, asimismo, encontrarse vínculos obligacionales, resultado de acuerdos de voluntades entre esa entidad administrativa y aquellos sujetos (personas).

Como han advertido Richer y Lichère:

“... l’administration est en négociation permanente avec les acteurs économiques et sociaux qui, lorsqu’ils entrent en relations contractuelles avec les collectivités publiques, adoptent des comportements qui ne sont pas fondamentalement différents de ceux que l’on rencontre dans les relations entre ‘particuliers’”²

También es posible declarar “zona de paz” la idea de que las actuaciones unilaterales de la Administración Pública (y con ello los actos reglamentarios y administrativos, principalmente) se someten, en su ordenación jurídica, a un régimen de Derecho público –de Derecho administrativo– y están regidas por este.

Sin embargo, cuando se trata de entrar a valorar los acuerdos de voluntades generadores de obligaciones –de relaciones jurídicas de carácter patrimonial–, donde al menos uno de los sujetos del nexo jurídico es la Administración Pública, podemos vislumbrar cómo, históricamente, se quiebra el panorama de armonía al estilo de lo dicho en las líneas anteriores; y vemos aparecer, al respecto, soluciones científicas y prácticas divergentes –algunas de ellas encontradas–, que se debaten en mantener ese espacio de actuación informado y regulado por el Derecho privado, de manera unívoca y bajo la forma contractual clásica de esa esfera, o en aceptar la posibilidad de que un grupo de tales relaciones jurídicas puedan estar tuteladas por el Derecho público (administrativo), sobre la base de una modalidad contractual que responda, en su funcionalidad y características, a

2. Richer, Laurent y François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 10e éd., LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2016, p. 27.

las exigencias que revela el proceder administrativo sometido, en principio, a la égida reguladora del ámbito iuspúblico o iusadministrativo.

Cuando se admite esa última posibilidad, se delinea entonces una figura contractual que se ha dado en llamar –en claro matiz distintivo de su paralelo en el campo del Derecho privado–: contrato administrativo, contrato de Derecho administrativo, contrato público, contrato de Derecho público, contrato en la función administrativa, contrato del Estado o contrato estatal; según las denominaciones más frecuentes, que conforman una interesante policromía nominal alrededor de esa figura; aunque justo es destacar que no necesariamente esos nombres, allí donde se han empleado o se han enraizado, tienen igual connotación y, por lo tanto, no pueden considerarse siempre como equivalentes entre sí.

Apoyándonos en lo dicho hasta aquí, tendremos entonces que las tres categorías jurídicas fundamentales de actos a través de los cuales se manifiesta el ejercicio de la función administrativa –y mediante los cuales se ordenan jurídicamente las relaciones que se derivan del mencionado ejercicio– son: el reglamento (como tipo de acto normativo), el acto administrativo y el contrato administrativo (sin olvidar que pueden configurarse otras formas. El contrato administrativo como técnica jurídica: sucintas consideraciones generales convencionales que no resultan propiamente contractuales). Cada una de esas instituciones jurídicas administrativas encierra una particular dinámica funcional, estructural, sustancial y formal, que aportan los elementos esenciales para marcar las diferencias entre ellas. A su vez, la existencia de estas figuras descubre otro elemento de importancia nada desdeñable, al tiempo de apreciar y sostener el carácter heterogéneo de la función administrativa, tanto en su arista material como en su expresión formal.

En el interior del perímetro que señala la función administrativa, el instituto contractual administrativo trasciende la simple significación como instrumento de ordenación y formalización de relaciones jurídicas individuales de contenido patrimonial, en las que tal entidad interviene como una de las partes del vínculo iuris; para asumir, igualmente, otros enfoques interpretativos en lo atinente a su presencia y funcionalidad dentro del tráfico jurídico-administrativo.

De tal suerte, la contratación administrativa o pública se revela como una forma de la actividad administrativa; como una vía por la cual la Administración Pública puede proveer al cumplimiento de los fines y cometidos públicos cuya realización se le confiere, en el ámbito de actuación funcional de la que es titular, como un mecanismo para dar respuesta a la satisfacción de los intereses públicos, en cuanto fin primero y esencial que debe animar el ejercicio de la función administrativa. El contrato administrativo, a partir del intercambio de prestaciones que produce, es un medio para obtener prestaciones o recursos necesarios para soportar el desenvolvimiento de la actividad pública y de la vida de la comunidad. Es, también, un instrumento a través del cual las personas (administrados, ciudadanos) pueden tener participación en el ejercicio de la función administrativa; es una técnica funcional a tenor de la cual la Administración Pública puede obtener la colaboración de las personas en el desarrollo de la actuación administrativa y, por ende, en la consecución de los fines e intereses públicos que determinan a esta última.

En ese orden de ideas, no debe pasarse por alto la ocasión de destacar que la incidencia de una relación contractual sometida a un régimen de Derecho administrativo, no queda en el plano exclusivo de lo económico; aunque, como categoría contractual que es, dentro de los ordenamientos positivos en los que cobra vigencia reviste la cualidad de instrumento por excelencia sobre el que se encauza y se produce el tráfico patrimonial o económico en el sector público, así como de medio de intervención en la economía por parte de la Administración Pública o las personas públicas.³

En efecto, la trascendencia de la contratación administrativa o pública remonta la arista puramente económica para proyectar su grado de incidencia también en lo social y en lo político. Tal como lo advertía un antiguo autor latinoamericano en el primer tramo del siglo pasado, pero en observaciones con plena vigencia al día de hoy: “El tema no preocupa sólo por su faz financiera, económica y de contabilidad, sino también por los aspectos jurídico, administrativo y hasta social”.⁴

3. En afirmación del francés Guettier: “Les contrats administratifs revêtent une importance déterminante pour les personnes publiques, en particulier en tant que moyen de leurs interventions dans l'économie. Cette importance se mesure, d'une part, au nombre des contrats passés quotidiennement par les administrations nationales ou locales”. Véase Guettier, Christophe, *Droit des contrats administratifs*, 1re éd., Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 1

4. Wainer, Jacobo, *Contratos administrativos (suministros, obras y servicios)*, Librería y Editorial “El Ateneo”, Buenos Aires, 1939, p. 9.

Por los sujetos que involucra –al menos uno de ellos es la Administración Pública u otra entidad en el ejercicio de la función administrativa–, por el espacio funcional –público o administrativo– en que operan sus efectos, por el objeto sobre el que puede recaer, por el juego de intereses que se manifiesta en su interior y por el fin esencial al que responde primariamente (el público), no se hace difícil intuir que el contrato administrativo, público o de Derecho público, resulta una vía nada desdeñable por la cual el contratante de la Administración puede alcanzar un espacio de determinación directa sobre la comunidad. De ahí que el tipo contractual público o administrativo pueda interpretarse como un instrumento de política económica, de actuación de intereses políticos, de ejercicio del poder público y de proyección social y política del Estado hacia la colectividad.

En reflexiones de Ricci y Lombard:

“... L’action de la puissance public se veut ainsi une condition sine qua non pour la promotion et la réalisation effectives de l’ordre social désirable’ (G. Burdeau). Le contrat administratif est, parmi d’autres, un instrument juridique de l’accomplissement de cette mission. [...]”⁵

En definitiva, la contratación administrativa o pública deviene ‘en terreno de conciliación de intereses diversos en función de satisfacer primariamente el interés público; en un ámbito de colaboración entre sujetos con móviles distintos, orientado básicamente a dar respuesta a determinadas exigencias sociales que no pueden desconocerse. Dicha especie de contrato, so pena de desnaturalizarse irremediablemente, no debe significar un campo de confrontación de ánimos divergentes que pugnan por ver cuál de ellos prevalece, sin importar las consecuencias que de ese enfrentamiento se generen, ni el alcance que pueda tener. Tampoco debe ser un medio de legitimación para sacrificar el interés colectivo frente a las ansias económicas individuales. Como figura jurídica enmarcada en el ámbito ius público, debe ser capaz de generar, desde su dinámica funcional interior, los mecanismos requeridos para garantizar su funcionalidad como zona de conciliación (zona que viene a estar identificada por la bilateralidad y por la voluntariedad que entraña esta figura a la que nos referimos) y como forma de colaboración. A su vez, también

5. Ricci, Jean-Claude y Frédéric Lombard, *Droit administratif des obligations. Contrats, quasi-contrats, responsabilité*, Éditions Dalloz, Paris, 2018, p. 46.

está llamado a aportar, desde la dinámica aludida, los mecanismos adecuados para salvaguardar y sostener la finalidad esencial a la que debe su existencia, en primer orden, como institución jurídica. De eso dependerá su pertinencia y efectividad dentro del tráfico jurídico-administrativo y, en consecuencia, su utilización y subsistencia como figura jurídica dentro de ese marco.

No ha sido nada sencillo el proceso de aceptación y consolidación de un tipo contractual perteneciente al ámbito del Derecho administrativo. Sin embargo, el via crucis existencial de esa modalidad puede resumirse en una simple interrogante: ¿es viable admitir para el tráfico jurídico-administrativo la configuración de una especie de contrato tutelada jurídicamente por un régimen de Derecho público, que difiera, así, en determinados aspectos, del tipo contractual que tradicionalmente se ha desarrollado en el plano iusprivado, para responder de manera más idónea, por ese medio, a las exigencias que impone dicho tráfico? De tal forma, la suerte de la contratación administrativa o pública, como categoría autónoma, dependerá de la respuesta que, en uno u otro sentido, se asuma para esa pregunta.

II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO TÉCNICA JURÍDICA Y EL PROCESO DE EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Una de las instituciones jurídicas cuyo proceso de formación dogmática resulta de los más llamativos, de cuantas abarcan el espectro jurídico institucional del Derecho administrativo, es la del contrato administrativo. No solo porque haya provocado –aún lo hace– pasiones encontradas a su alrededor, sino porque ese proceso de formación, a pesar de que cubre desde el siglo xix hasta hoy, se nos descubre con variados matices y se revela ciertamente como inconcluso todavía. El iter vital del contrato administrativo como figura iuspública presenta una evolución y un desarrollo constructivo, que han estado signados por la intensidad, la diversidad y la complejidad, dejando espacio abierto a nuevas aportaciones en pos de su consolidación definitiva dentro del sistema categorial del Derecho público. Como apreciara Philippe Yolka, el Derecho de los contratos administrativos “a des airs de chantier permanent”⁶

6. Yolka, Philippe, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2013, p. 24

Una primera observación que pudiera saltar a la vista cuando se trata de considerar al contrato administrativo como institución jurídica, es que no es una figura cuya presencia en los ordenamientos jurídicos puede ser calificada de universal, pues no todos los sistemas jurídicos conocen esta especie contractual⁷, ni en todos los ordenamientos en que se sostiene la contratación sometida a un régimen de Derecho público, esta aparece con caracteres semejantes o respondiendo a un mismo diseño conceptual y práctico. Esa observación significa, además, que no es la homogeneidad en su aceptación y articulación dentro de los ordenamientos jurídicos administrativos, precisamente, una de las características del contrato administrativo, público o de Derecho público, como categoría en abstracto.

La policromía que rodea el debate y el desarrollo de la contratación del Estado o del sector público hace que se presenten soluciones diversas, teóricas y prácticas, en los principales ordenamientos jurídicos de referencia histórica al respecto en el llamado “mundo occidental”: Francia, Alemania, Italia, España, Gran Bretaña y Estados Unidos, fundamentalmente.

Las soluciones, en definitiva, han gravitado en torno a dos posiciones básicas y extremas (matices a un lado): sostener la contratación del Estado o del sector público dentro del régimen jurídico del Derecho privado; o someter una parte de esas relaciones contractuales a la tutela específica del régimen jurídico del Derecho público, incorporando así una distinción con aquellas que se colocan

7. Entre los ejemplos más ilustrativos, desde el punto de vista histórico –más allá de los matices–, de esta situación podemos mencionar los casos de los ordenamientos jurídicos inglés y norteamericano (muy vinculado a la forma en que ellos asumen la ordenación jurídica del espacio funcional iuspúblico). En lo escrito por un autor de los más antiguos dentro de la literatura jurídico-administrativa de origen anglo-estadounidense, como el norteamericano Goodnow, puede leerse al respecto: “... Así, el Gobierno puede ser mirado como una persona jurídica cuando hace contratos o infringe agravios, y entonces se le considera como un sujeto de Derecho privado más que de Derecho público [...]”. Véase Goodnow, Francisco J., *Derecho Administrativo Comparado*, t. II – Relaciones jurídicas, La España Moderna, Madrid, s/a, p. 139. Sintomático en esta cuerda de ideas, es el hecho de que en no pocas obras de corte general sobre Derecho administrativo estadounidense e inglesas podemos hallar que sus autores no incorporan referencias mínimamente orgánicas y sistémicamente desarrolladas sobre la contratación del Gobierno o contratos gubernamentales (en una denominación extendida en ese entorno) o de las entidades estatales y públicas, en cuanto figura jurídica que pudiera tener cierta identidad distintiva de los contratos amparados por un régimen común iusprivado. En la bibliografía iberoamericana, el español Gaspar Ariño Ortiz ha sido uno de los que ha prestado especial atención a la contratación estatal en el sistema del Common Law; al respecto puede verse su importante trabajo “Contrato del Estado y Common Law”, que aparece como prólogo al libro de Monedero Gil, José Ignacio, *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p. 24 y ss., y también, aunque de forma más resumida, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo”, en Juan Carlos Cassagne (dir.) et al., *Derecho Administrativo*. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 870 y ss. También de Ariño Ortiz su “Estudio introductorio”, en Juan Carlos Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho colombiano y español*. Análisis de la selección de contratistas

bajo el manto regulador del régimen iusprivado. Este último presupuesto es el que determina la existencia del contrato administrativo, contrato de Derecho público o contrato público; y tampoco entre los sistemas jurídicos que lo acogen, las respuestas se presentan con una uniformidad entre sí, sino que se revelan también como soluciones con un grado de polarización entre ellas. La suerte de la contratación administrativa en el ordenamiento jurícoadministrativo francés ha transitado por derroteros originariamente distintos a los que ha seguido la ordenación jurídica de la contratación del sector público en los casos de ordenamientos como los de Gran Bretaña, Estados Unidos⁸ y Alemania. Y ha sido precisamente el Derecho francés, como centro fundamental –seguido, entre otros ordenamientos jurídicos receptores de la influencia francesa al respecto, por países como España,⁹ Portugal, Bélgica y varias naciones del área latinoamericana–, el que ha tenido un lugar destacable en el hecho de haber dado vida y desarrollado la figura del contrato administrativo como especie de la contratación, distinta en ciertos aspectos de la contratación privada, y como técnica jurídica administrativa bajo la que se regula un grupo determinado de relaciones jurídicas individuales de contenido patrimonial que se generan entre la Administración Pública y particulares, fundamentalmente, en el marco del cumplimiento de los fines que se le atribuyen a la primera.

Según ha anotado la profesora francesa Hélène Hoepffner, con talante actual, la noción de contrato administrativo designa en Francia

“... les contrats généralement conclus par des personnes publiques [...] qui, en vertu d’une qualification l  gislativ   ou de l’application de critères jurisprudentiels, sont soumis    un régime juridique spécial, présenté comme d  rogatoire au droit

8. Un interesante ejercicio comparativo en torno a la figura contractual administrativa, a propósito de los ordenamientos estadounidense, francés y brasileño, puede verse en: Giacomuzzi, José Guilherme, Estado e contrato. Supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitancia no contrato administrativo, Malheiros Editores LTDA., São Paulo, 2001, en todo.

9. Este tema de la influencia histórica que ha tenido el régimen de Derecho administrativo francés sobre la construcción del régimen de Derecho administrativo español y en sus instituciones, es un aspecto que tiene hoy su arista polémica, sobre todo porque dentro de la ciencia jurídica española, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, han aparecido cuestionamientos sobre el real alcance de esa influencia histórica sobre algunas instituciones jurídico-administrativas, según el modo que tradicionalmente se había asumido en el marco de los estudiosos a su alrededor. Sobre el contrato administrativo en especial resultan muy ilustrativas de esa situación las afirmaciones del profesor José Luis Villar Palas  , La aparición del Derecho Administrativo, Conferencia pronunciada con motivo de la solemne inauguración del I Seminario de Historia de la Administración, Madrid, 20 de febrero de 2001, INAP, Madrid, 2001, p. 19. También Ari  o Ortiz, Gaspar, “Contrato y poder p  blico...”, ob. cit., p. 881 y ss. Del mismo Ari  o Ortiz, su “Estudio introductorio”, ob. cit., p. 42.

civil du contrat (qualifié d'«exorbitant du droit commun») et dont le contentieux relève du juge administratif. Cette notion de contrat administratif n'a pas de résonance en droit de l'Union européenne ou en droit comparé. Dans le plupart des systèmes étrangers ou européens en effet, les contrats 'administratifs' sont soumis au même régime juridique que les contrats privés, quand bien même leur conclusion serait encadrée par des règles de passation. C'est pourtant cette notion de contrat administratif qui sera retenue en raison de la spécificité du régime applicable en droit français".¹⁰

El avance científico-práctico del propio Derecho administrativo a partir del siglo xix, con Francia como principal centro de influencias durante su momento primigenio de construcción, y la modelación y gradual consolidación de sus instituciones, condicionadas sin duda por la evolución y la transformación del contexto histórico-concreto sobre las que se iba desarrollando la Administración Pública, fueron determinando, en algunos ordenamientos jurídicos, la orientación del desarrollo de las técnicas jurídicas sobre las que esta basaba su actuación hacia perfiles más ajustados al universo jurídicoadministrativo. Así, en algunos ordenamientos jurídicos –no sin polémica– se va perfilando una figura contractual dentro del campo de la actuación del Estado,¹¹ que finalmente adopta una fisonomía con elementos distintivos del contrato que históricamente se había proyectado en los marcos del Derecho civil (privado), y ha de ser denominada inicialmente, en algunos casos, como contrato de Derecho público (Alemania)¹² o contrato administrativo (Francia).

10. Hoepffner, Hélène, *Droit des contrats administratifs*, 2e éd., Éditions Dalloz, Paris, 2019, pp. 1 y 2.

11. En el último cuarto del siglo xix, un estudioso de la contratación del Estado en Francia exponía que: "L'État, chaque jour, est partie à une foule de conventions, qui interviennent sur tous les points du territoire et qui absorbent une notable partie de l'action administrative"; y a renglón seguido agregaba: "De ces conventions, quelques-unes sont régies par des lois spéciales [...]. Pour d'autres, la jurisprudence a formé, en prenant comme point de départ les dispositions de lois diverses, un corps de doctrine plus ou moins complet. Pour d'autres enfin, les règles à suivre résultent d'arrêts épars, dont la recherche et la coordination restent quelquefois difficiles". Véase Perriquet, E., *Les Contrats de l'État, Traité comprenant notamment les règles en matière des Ventes domaniales, Ventes des coupes de bois de l'État, Fournitures et Marchés, Concessions de mines, Concessions sur les cours d'eau, État des fonctionnaires, militaires et marins, Pensions civiles, militaires et de la marine, Récompenses nationales, Légion d'honneur, etc., etc.*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billars et Cz, Imprimeurs-Éditeurs, Libraires de la Cour de Cassation, Paris, 1884, p. V.

12. Sin otro ánimo que el de advertir al lector sobre algún trabajo de nuestra autoría relacionado con este tópico, nos permitimos remitir a: Matilla Correa, Andry, "El contrato de Derecho Público en el Derecho alemán: breves anotaciones", en *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, No. 6, 2012, MP Editora, São Paulo, pp. 55 a 84; publicado también en la revista *Estudios de Derecho Administrativo*, Año 2013 - No. 8, La Ley Uruguay, Montevideo, pp. 767 a 795.

En definitiva, la contratación administrativa (pública en general) ha de ser una de las grandes construcciones que se han aportado al universo que abarca el Derecho administrativo –al menos el de raíz francesa–, cincelada por la doctrina y la jurisprudencia.¹³ La envergadura del sentimiento al efecto ha sido interpretada de un modo tal en relación con Francia, que como resumía en su momento Prosper Weil:

“.. Le succès de la théorie du contrat administratif fut d’ailleurs fulgurant: pour maints juristes étrangers c’est là l’institution la plus caractéristique du droit administratif français, avec elle du recours pour excès de pouvoir; plus d’un système juridique l’emprunta au droit français; et l’on se demande même à présent si l’essentiel de cette construction, à la fois hardie et pondérée, ne devrait pas être transposée dans le droit naissant des contrats passés entre les États et les sociétés étrangères, et plus spécialement dans celui des accords dits de développement économique”.¹⁴

Cuando se observa en su conjunto la línea evolutiva que ha seguido la contratación administrativa o pública, con sus variados matices, se puede palpar claramente, sobre la base específica de una figura jurídica en concreto, el camino recorrido por el Derecho administrativo en aras de consolidar su existencia científica autónoma y el desenvolvimiento de su vida como sector del ordenamiento jurídico; así como se proporciona una idea de las peripecias de sus instituciones (reducidas en este caso a una única figura, pero perfectamente representativa del subsistema administrativo) para lograr alcanzar una fisonomía propia y adquirir carta de identidad dentro del sistema jurídico.

13. En un interesante fragmento de uno de sus escritos, Prosper Weil discurría: “Le contrat, cette vénérable institution du droit privé [...] paraissait bien entendu fournir la technique la plus appropriée pour ce concours de l’entreprise privée et de l’administration [...]. Mais pour que la satisfaction de l’intérêt général fût sauvegardée en toutes circonstances, encore fallait-il ne pas trop s’accrocher aux principes traditionnels de l’égalité des co-contractants et de l’intangibilité de la volonté initiale des parties. C’est pourquoi, encouragé par les auteurs de l’époque –les Hauriou, les Duguit, les Jèze– et sous l’impulsion des commissaires de gouvernement du temps –les Romieu, les Tardieu, les Léon Blum, les Corneilles–, le Conseil d’État imagina, puis développa et raffina, cette théorie d’un contrat que était contrat sans l’être tout à fait, d’un contrat dans lequel l’administration, contractant privilégié, disposerait de certaines prérogatives pour assurer la sauvegarde de l’intérêt général sans pour autant toute ois que soient sacrifiés les intérêts pécuniaires du co-contractants privé [...]”. Véase Weil, Prosper, “Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés”, en AA. VV., *Mélanges en l’honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichont et R. Durand – Auzias, Paris, 1974, pp. 217 y 218.

14. Weil, Prosper, “Le renouveau...”, ob. cit., p. 218.

Una observación como esta no es algo nuevo, pues ya ha sido apuntada por los estudiosos del Derecho administrativo. Dentro del Derecho español, por ejemplo, podemos mencionar a Rafael Entrena Cuesta, quien llegaba a considerar:

“La literatura jurídico-administrativa de todos los tiempos y países se ha ocupado con singular frecuencia de los contratos celebrados por la Administración pública. Ello obedece, sin duda, al carácter central de dicho instituto en la teoría general del Derecho administrativo. Hasta el punto de que puede afirmarse que no existe mejor piedra de toque para averiguar la medida en que un ordenamiento jurídico está dominado por los principios que informan el régimen administrativo, que la de examinar la regulación que nos ofrece de los referidos contratos”.

Este profesor español añadía seguidamente:

“Tampoco existe mejor procedimiento para ponderar la autonomía y grado de elaboración de la ciencia que toma por objeto esta rama del Derecho que el de considerar el tratamiento doctrinal de los referidos contratos [...]”¹⁵

El movimiento originario en torno a la construcción dogmática de la contratación administrativa arrastró consigo, como aspecto de base, la relación entre el Derecho civil y el Derecho administrativo y, al mismo tiempo, evoca necesariamente el proceso de formación autónoma de este último subsistema jurídico y, dentro de él, el de una de sus categorías principales: el contrato administrativo.

15. Entrena Cuesta, Rafael, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, Año VIII, No. 24, septiembre-diciembre, 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 39 y 40. Sin dudas, una de las muestras más gráficas al respecto ha sido lo escrito por García de Enterría cuando acogió: “La gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho administrativo, y en especial las tres cuestiones centrales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho privado. Por eso, puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del Derecho administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del Derecho administrativo [...]”. Véase García de Enterría, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 41, mayo-agosto, 1963, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 110 y 111. Para Ariño Ortiz: “... contrato administrativo y derecho administrativo han seguido siempre una misma línea de evolución, madurez y desarrollo. La historia de la elaboración del derecho administrativo puede seguirse perfectamente a través de la historia de esta figura, y viceversa”. Véase Ariño Ortiz, Gaspar, “El contenido de la relación contractual: sus principios informadores”, en *Documentación Administrativa*, No. 121, enero-febrero, 1968, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 26. Como otro botón de muestra, podemos recordar a José Luis Meilán Gil, cuando decía sobre la categoría del contrato en Derecho Administrativo: “... sus vicisitudes coinciden con la del Derecho administrativo y otras de sus instituciones, singularmente el ‘servicio público’”. Véase Meilán Gil, José Luis, “Teoría del contrato administrativo: Origen, evolución histórica y situación actual”, en AA.VV., *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 439.

Tal como ha apuntado Benoît Plessix: “La matière des contrats administratifs constitue sans nul doute l’une des terres d’élection de l’idéologie contestataire de l’autonomie du droit administratif [...]”¹⁶

La valoración de esa vinculación no solo cobra importancia a los efectos de comprender el tracto histórico seguido en la formación dogmática del contrato administrativo, sino que tributa al entendimiento de la estructuración y operatividad actual de esa modalidad contractual. Incluso, es pertinente la consideración de esa relación Derecho civil-Derecho administrativo a propósito de la categoría contractual, pues esta última es claro ejemplo de cómo la Administración Pública se vale, en la actuación de sus fines, de técnicas comunes a ambos sectores jurídicos, y cómo según sea la necesidad de utilizarlas a los efectos de alcanzar esos fines puede recurrir a esa técnica bajo la regulación de un régimen de Derecho privado o bajo la tutela de un régimen de Derecho público. En definitiva, el alumbramiento y posterior desarrollo dogmático de la contratación administrativa han estado señalados por la apoyatura y el contraste con su par en la esfera civil o iusprivada.

Si miramos en retrospectiva el iter seguido por el Derecho administrativo en pos de consolidar su condición de rama independiente del Derecho y, en definitiva, su desenvolvimiento como sector del ordenamiento jurídico, se puede apreciar cómo en un primer estadio –que básicamente cubre parte del siglo xix, estableciendo un criterio de ubicación temporal sin mayores pretensiones de rigurosa exactitud– ese proceso de formación se realiza sobre la base de la utilización, y la consecuente adecuación impuesta por las peculiaridades del tráfico jurídico al que respondía, de determinadas categorías jurídicas fundamentales que históricamente se venían desarrollando –en una línea que ya en aquel momento abarcaba varios siglos de constante evolución– al amparo del Derecho civil (primero como el viejo Derecho de la civitas y luego como el terreno jurídico más general y común de ordenación de las relaciones entre los individuos o personas, en el marco de la comunidad políticamente organizada); y que, ante esa realidad, eran consideradas figuras pertenecientes a los dominios de ese ámbito jurídico y cargaban con el sentido esencial y unívoco que este les había impregnado.

¹⁶ Plessix, Benoît, *L’utilisation du droit civil dans l’élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2003, p. 715

A propósito de esa cuestión, el francés Gastón Jèze, escribió:

“... durante largo tiempo y hasta estos últimos años el derecho público ha consistido en adaptaciones de teorías civilistas. En otros términos: se creía poder resolver los problemas del derecho público por las soluciones jurídicas imaginadas para resolver las relaciones entre particulares. Era natural. Recuérdese que en Francia los problemas de derecho público, hasta estos últimos años, han sido estudiados por juristas cuya formación jurídica intelectual había sido exclusivamente forjada por el estudio del derecho privado romano y del derecho civil. Prevalcían las apariencias: un tratado internacional es un contrato; la concesión de servicio público es un contrato; el nombramiento de un funcionario público es un contrato [...]. Se aplicaban, pues, las teorías del contrato civil, del mandato civil, etcétera, sin advertir que, en realidad, los problemas de derecho público que había que resolver eran muy diferentes. Esforzábanse en calcular todas las superficies (la del círculo, la del triángulo, etc.), con la fórmula que da la superficie del cuadrado. Naturalmente, los hechos se resistían a estas fórmulas: imperturbables, los juristas imbuidos de ideas civilistas imaginaban ya ficciones, ya excepciones a sus pretendidas reglas generales extraídas del derecho civil. Los más escrupulosos completaban los términos del derecho civil con adjetivos, con epítetos destinados a hacer ver que las cosas no sucedían idénticamente igual, en derecho privado y en derecho público [...]”¹⁷

17. Jèze, Gastón, “Prefacio de la segunda edición francesa”, en su obra *Principios Generales de Derecho Administrativo*, t. I – La técnica jurídica del Derecho Público francés, traducción directa de la 3ª ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1948, p. LXV. Sobre este tema, es clásico en la literatura jurídica administrativa en español el trabajo de Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones”, publicado originalmente en 1960; nosotros hemos utilizado la siguiente edición: “El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones”, en Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed. ampliada (1ª en Civitas), Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 25 y ss. Según Martín-Retortillo Baquer: “... podemos entresacar un punto de referencia común, que es válido en toda su amplitud: la existencia de figuras e instituciones administrativas que se han construido, primero, y más tarde se han desarrollado sobre las líneas básicas que el Derecho Privado les proporcionó. Se trata de un verdadero préstamo o traslado de estructuras, verdaderamente sustancial, y que no se reduce sólo, como Mayer opina, a la simple cesión de un nombre, circunstancia al fin y al cabo exterior y sin consecuencias, reducida exclusivamente a la escueta aplicación de una expresión verbal. El fenómeno que nos ocupa ha llegado a ser posible por una razón de precedencia histórica del Derecho civil. En este sentido, el Derecho administrativo fue, y es todavía –necesario es confesarlo– un Derecho secundario en relación con el Derecho civil; un Derecho en cierto modo hijo del ordenamiento privado. Esta secundariedad resalta todavía más si tenemos presente que por no ofrecer el Derecho administrativo un sistema jurídico completo, la corriente de intercambios de que hemos venido hablando continúa todavía efectuándose [...]”. Véase Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “El Derecho Civil en la génesis...”, ob. cit., pp. 47 y 48. Con talante mucho más contemporáneo, ver lo que desarrollaba el francés Plessix, Benoît, *L’utilisation...*, ob. cit., p. 189 y ss. y 691 y ss.

Hay que agregar que sobre ese panorama influyeron, igualmente, el poco desarrollo científico que entonces presentaba el Derecho público –en contraste con la fuerza y la historia que lucía el Derecho civil¹⁸– y las condiciones políticas e ideológicas en las que se desenvolvía el proceder del Estado, con el más puro liberalismo como bandera, en lo teórico y en lo práctico, de la mecánica funcional de las relaciones Estado-individuo.

Así las cosas, esa fue una etapa en la que el Derecho administrativo se concebía como un mero desprendimiento del tronco jurídico común que representaba el Derecho civil a los efectos de someter a regulación jurídica especial un conjunto de relaciones específicas (las jurídicas administrativas); y su posición dentro del sistema jurídico era evaluada desde esa condición de ordenamiento especial, en comparación con el orden civilista. Por esa razón, las instituciones jurídicas que se vieron replicadas en ese “desgajamiento” del Derecho administrativo (entre ellas el contrato) tendieron a ser explicadas en una primera etapa, en línea mayoritaria, desde el enfoque civilista; y la distinción entre ambos grupos institucionales – de Derecho civil y de Derecho administrativo– no se asumía como de esencia o de sustancia, sino más bien su esbozo inicial llevaba una orientación adjetiva, a efectos de situar –no sin seguir en ello ciertos intereses políticos– un espacio de aplicación del Derecho (jurisdiccional) diferenciado, donde se radicara específicamente el conocimiento de los conflictos que se originaran a tenor de las relaciones jurídicas ordenadas bajo esos tipos iusadministrativos. Es decir, esa diferenciación de la que hablamos no era originariamente en un plano sustancial, sino a efectos jurisdiccionales, a partir de la exigencia estructural de la existencia de un orden jurisdiccional administrativo diverso del orden jurisdiccional civil (ya enfocado desde la dualidad de jurisdicciones, ya desde la diferenciación a lo interno del propio orden judicial);¹⁹ por supuesto, no sin adoptar planteamientos

18. Destacaba André Hauriou: “...il convient de remarquer que le droit administratif ne s'est élaboré que tardivement, dans un milieu juridique imprégné de tendances et de traditions civiles, grâce à l'action d'administrateurs, de juges, de membres du Parlement ou d'auteurs qui avaient été eux-mêmes formés à l'école du droit civil et du droit romain”. Véase Hauriou, André, “L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé”, en la obra colectiva, *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény*, t. III – Les sources des diverses branches du Droit, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 95.

19. En el supuesto particular de la contratación administrativa, esta conclusión no causa impresión de novedad en estos momentos, pues ha sido ya señalada, desde momentos tempranos, por parte de la doctrina. Así, por solo aportar algún ejemplo numéricamente mínimo, recordemos que García-Trevijano Fos sostuvo “que quiérase o no, la creación de los contratos administrativos y los privados de la Administración es una necesidad ineludible desde el momento en que existen dos jurisdicciones”. Véase García-Trevijano Fos, José Antonio, “Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, Año XV, No. 87, mayo-junio, 1956, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 328.

cargados de matices que, con finalidad metodológica, hemos sometido en este párrafo a una línea explicativa muy simplificada.

Un ejemplo ilustrativo de ese sentido de especialidad de que hablamos en el párrafo anterior, ya en el plano particular del contrato administrativo, lo tenemos en las siguientes palabras del francés Félix Moreau:

“.. Bien plus, le Droit Administratif emploie certains contrats de Droit privé les modifiant par l'intervention de la puissance publique: par exemple, l'entreprise de travaux publics est une adaptation administrative du louage d'ouvrage; dans les parties non touchées par la puissance publique, les règles du Code civil seront applicables”.²⁰

García-Trevijano Fos indicaba además (pp. 330 y 331) que la razón histórica que fundamenta la existencia de dos tipos de contratos (los civiles y los administrativos) es, en primer lugar, la división del trabajo y, en segundo lugar, la división de jurisdicciones. Por su parte, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández enseñaron: “La distinción contratos administrativos-contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano procesal y que carece de toda trascendencia en el plano material o sustantivo. La distinción surge inicialmente como una excepción al esquema estructural actos de autoridad-actos de gestión, que ha sido justamente llamada la primera sistematización del Derecho Administrativo: en éste –y en la jurisdicción contenciosoadministrativo – se integran los actos dictados imperativamente por la Administración, en tanto que cuando ésta prescinde del imperium y se somete a los modos de gestión del Derecho Privado es este último quien rige su actuación, sometiéndose correlativamente a los Tribunales ordinarios. El contrato se considera entonces como el tipo mismo de los actos de gestión, es decir, de aquellas actuaciones que la Administración realiza despojada de imperium, descendiendo al mismo nivel de los particulares y en igualdad con ellos, no obstante lo cual, por razones pragmáticas, de simple utilidad (no por razones dogmáticas), se atribuye el conocimiento de alguno de los contratos que la Administración celebra a la jurisdicción contencioso-administrativa. A todo lo largo del siglo xix, tanto la Ley como la doctrina y la jurisprudencia, lo mismo en Francia que en España, serán muy conscientes de que la única singularidad de los contratos administrativos es una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afecta en ningún caso ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que siguen siendo las propias de toda cuestión civil”. Véase García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 17ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 724 y 725. También, entre otros: Ariño Ortiz, Gaspar, “El contenido de la relación contractual...”, ob. cit., p. 26.

20. Moreau, Félix, *Manuel de Droit Administratif*, Ancienne Librairie Thoring et Fils, Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1909, p. 7. Ese sentido de especialidad aparece reflejado también en el enfoque que asumen otros autores franceses del periodo decimonónico, y de los primeros momentos del siglo xx, en lo atinente a las especies contractuales –en su conjunto o individualizando alguna de ellas– que han derivado, dentro del ordenamiento jurídico de ese país, en los prototipos históricos de contratos administrativos: suministros, contrato de obras públicas (*marché de travaux publics*) y concesiones administrativas. Así, pueden verse, por ejemplo: Batbie, A., *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, t. VII, 12e éd., L. Larose et Forcé Librairies-Éditeurs, Paris, 1885, p. 132 y ss.; Ducroq, Th., *Cours de Droit Administratif et de législation française des finances avec introduction de Droit Constitutionnel et les principes de Droit Public*, t. II – *Tribunaux administratif*, 7e éd., Ancienne Librairie Thorin et Fils, A. Fontemoing, Éditeur, Paris, 1897, p. 249; Berthélemy, H., *Traité élémentaire de Droit Administratif*, huitième éd., Rousseau & Cie Éditeurs, Paris, 1916, p. 613 y ss.; Journé, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, troisième éd., Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1925, p. 407 y ss. Dentro del Derecho administrativo español pueden mencionarse, en esta misma senda: Díaz Ufano y Negrillo, José, *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la península y en ultramar*, Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1866, p. 61; Alfaro y Lafuente, Santos, *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Imprenta y Litografía de Nicolás González, Madrid, 1875, p. 88 y ss. y 206 y ss.; Delgado Martín, Eleuterio, *Contratos administrativos o de obras y servicios públicos con una colección de disposiciones del ramo de hacienda*, Tipográfica de Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1883, p. X y ss. y 4 y ss.; Abella, Fermín, *Tratado de Derecho Administrativo Español*, t. II, Enrique de la Riva, Impresor de la Real Casa, Madrid, 1886, p. 1240; Caballero y Montes, José María, Lo

Ahora bien, esa interpretación de la relación entre el Derecho civil y el Derecho administrativo que acabamos de describir –con la consecuente repercusión en la concepción de la contratación administrativa– estaba llamada a ser superada –como luego sucedería– tanto por las nuevas realidades que la vida pública iría imponiendo, y frente a las cuales había que adoptar soluciones más idóneas y ajustadas a ellas, desde el punto de vista jurídico, como por el ascenso científico que iría tomando el Derecho administrativo, especialmente a partir del último cuarto del siglo xix, compulsado precisamente por el ritmo de tales realidades.

El hecho de erigirse el contrato administrativo o de Derecho público en una figura jurídica con vida propia hubo de responder a las nuevas circunstancias sociales y políticas que la época propiciaba. Cuando se lanza teóricamente su proceso de configuración definitiva –especialmente desde contextos jurídicos como Francia y España–, el régimen liberal decimonónico –con su soporte ideológico– estaba en franca decadencia, pues había demostrado en la práctica que no era la solución a los problemas con los que se enfrentaba la colectividad; y comenzaba a vislumbrarse ya una tendencia a variar el papel del Estado y su incidencia en las relaciones sociales, hacia un mayor protagonismo de este en dichas relaciones, a partir de un accionar más directo en la búsqueda de procurar la satisfacción de las necesidades generales. Se estaba produciendo el tránsito del Estado liberal hacia el Estado de corte intervencionista y la proyección y concreción definitiva del nuevo tipo contractual administrativo fue una señal en el plano jurídico de esa metamorfosis.

El gradual declive del Estado liberal como ejercicio primario, práctico y teórico del Estado constitucional, la orientación de la actuación estatal hacia una mayor intervención e incidencia en el entramado de relaciones que se trababan en los marcos de la comunidad, y la intensificación y complejización de las necesidades colectivas impulsaron un replanteo en la manera de concebir las técnicas de actuación pública dentro del tráfico jurídico-administrativo y, al propio tiempo, en la funcionalidad del marco de ordenación genérico de dicho tráfico.

contencioso-administrativo, t. I – Naturaleza y condiciones generales del recurso contencioso-administrativo, Tip. Mariano Escar, Zaragoza, 1902, p. 549 y ss.; y Güenechea, José Nemesio, Ensayo de Derecho Administrativo, t. II, 2ª ed. completamente refundida, Imprenta del Corazón de Jesús, Bilbao, 1915, pp. 603 y 604.

Es en este periodo –finales del siglo xix y principios del xx– que comienza a advertirse el despunte científico del Derecho público en una línea en ascenso, y particularmente del Derecho administrativo como sistema científico dotado de organicidad y de principios propios (proceso que se encuentra ligado a nombres con connotación fundacional dentro del mismo, como los de Édouard Laferrière, Paul Laband, Otto Mayer, Vittorio Emanuele Orlando, por solo citar cuatro de los que integran un importante grupo; y a la labor “pretoriana” de un órgano jurisdiccional como el Consejo de Estado francés), lo que, a su vez, traería como implicación la progresiva cristalización de la identidad de la rama administrativa en un lugar propio dentro del sistema de Derecho y no a la “sombra o tutela” del Derecho civil.

De ese proceso emergería, entonces, una concepción del Derecho administrativo que dejaba atrás su perspectiva de ordenamiento excepcional y especial en comparación con el Derecho civil, para asumir un rol como Derecho común de determinado grupo de relaciones jurídicas diferenciadas de aquellas que se sujetaban a la rama civilista. De ahí resultó el planteamiento de los dos subsistemas jurídicos con vocación troncal y de ordenamientos comunes: el Derecho civil para las relaciones jurídicas entre los individuos y el Derecho administrativo para la esfera del funcionamiento administrativo público;²¹

pero sin perderse la perspectiva de que ambos no son sectores absolutamente aislados uno del otro, ni con una existencia en paralelo, en términos absolutos, sin conexión alguna entre sí; antes bien, son ramificaciones troncales de un mismo

21. Ya Otto Mayer se mostraba bien claro al respecto cuando afirmaba: “... El Derecho público no significa ya, como en el eufemismo de los antiguos doctores, una esfera en la cual, por oposición, a la del derecho civil, no existe derecho cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito. Tenemos ante nosotros el hecho de la existencia de un derecho público administrativo que se aplica a la administración, al lado de aquel que queda atribuido a las relaciones civiles. Ello produce necesariamente un cambio sobre los principios que rigen la delimitación de la competencia del derecho civil respecto del Estado. Éste deja de ser el único derecho posible, el único llamado a proporcionar sus normas en todo lugar y momento en que el Estado no se sustraiga a ellas [...]”. Luego decía: “Al contrario, las normas que le son propias, las del derecho público, deben considerarse respecto del Estado como el derecho común, que, en la duda, le es aplicable. Siendo el derecho civil la excepción, es menester, en cada oportunidad, justificar especialmente su aplicación”. Véase Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I – Parte General, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 68. Por su parte, el italiano Renato Alessi concluía: “La contraposición entre Derecho administrativo y Derecho privado, no debe por otra parte entenderse en el sentido de que el Derecho administrativo constituya un conjunto de normas excepcionales, un sistema jurídico especial, frente al jus commune representado por el Derecho civil. Por el contrario, el Derecho administrativo, respecto a un determinado conjunto de relaciones (precisamente aquellas inherentes al desarrollo de la función administrativa), constituye él mismo un jus commune, es decir, un sistema jurídico autónomo, paralelo al Derecho privado [...]”. Véase Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho*

fenómeno, unitario en su esencia: el Derecho.²² Y con ese espíritu unitario en el fondo es que se asumiría, en general, el planteamiento de la relación Derecho civil-Derecho administrativo, quedando graficado en conclusiones al respecto como la que hiciera Rènard:

“Le droit civil et le droit administratif son ‘autonomes’ comme les provinces d’un Etat fortement décentralisé; car les ‘spécifications’ ne sont qu’une manière de ‘décentralisation juridique’; la décentralisation ne brise ni l’unité nationale ni l’unité scientifique: ni confusion, ni séparation, mais communication”.²³

Como es de suponer, ese movimiento –en el cual es posible avistar un segundo estadio en el iter de desarrollo científico del Derecho administrativo– no se dio solo en el plano de la concepción y funcionalidad generales –como subsistema– de la rama jurídica administrativa, sino que también se manifestó –en mayor o menor medida– en el nivel particularizado de las instituciones jurídicas características de esa rama. Incluso, el debate al respecto adquirió ribetes acentuados de intensidad y riqueza, cuando un sector del iuspublicismo reclamó, igualmente, para el tráfico jurídico-administrativo, no en calidad de “extensión especial de figuras del Derecho Civil”, sino con carta de naturaleza en aquel tráfico, la utilización de categorías jurídicas –como el contrato– que históricamente habían devenido baluartes –en lo jurídico– de la libertad y la igualdad de los individuos, y tradicionalmente habían sido “guardados celosamente” desde –y en– la “tierra santa” del Derecho privado.

Factores como: el abandono de una percepción individualista de la vida social y de la manera de asumir el papel del Estado dentro del marco de relaciones intersubjetivas que se desenvuelven en la comunidad; el desplazamiento de esa percepción individualista – cultivada por el viejo liberalismo– por una visión más socializadora de esa vida, en la que el Estado debía tener un desempeño más activo e interventor dentro del conjunto de relaciones sociales que, en

22. Cabe aquí recordar a Ludwig Spiegel cuando escribía: “... La Teoría general del Derecho no es Derecho Civil ni Derecho Administrativo, sino ciencia del Derecho a secas [...]”. Véase Spiegel, Ludwig, *Derecho Administrativo*, traducción del alemán por Francisco J. Conde, Labor, S.A., Barcelona-Buenos Aires, 1933, p. 223.

23. Rènard, Georges, “L’aide du droit administratif pour l’élaboration scientifique du droit privé”, en la obra colectiva, *Recueil d’études sur les sources du Droit en l’honneur de François Géný*, t. III – Les sources des diverses branches du Droit, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 87.

última instancia, se orientan hacia la satisfacción de las necesidades de la colectividad; el acortamiento de la distancia entre el Estado y el individuo en la forma de concebir y de plantear su interacción en el espacio social, desde el prisma del interés público y la necesidad de proveer las técnicas jurídicas que reflejan –y ordenan– de modo más adecuado, en lo formal y lo sustancial, la mecánica de colaboración consensuada que puede establecerse entre ambos sujetos, desde sus espacios propios de actuación, en función de atender primariamente al bien común; el ensanchamiento del contenido de la función administrativa a raíz del replanteo de los fines de la Administración Pública; el paso de una concepción esencial del Derecho como límite del poder y de la actuación del Estado, a una donde estos últimos han de tener en el Derecho su límite y determinantes esenciales; la fuerza ascendente del movimiento científico iuspublicista en general; el ejercicio de búsqueda, por una parte de la doctrina, de explicaciones jurídicas a realidades objetivas que caían bajo el manto ordenador y regulador del Derecho público, con la pretensión de aportar y situar, de una vez, las construcciones jurídicas que ampararan tales supuestos desde el arsenal conceptual y de categorías propio del iuspublicismo, en el que, además, no faltaron quienes adoptaron una actitud de negación de determinadas figuras ancladas, históricamente, en el Derecho civil, para proveer las soluciones finales en ese ejercicio –baste ejemplificar aquí con la construcción alemana del acto administrativo requerido de aceptación o de sumisión del particular o interesado o del acto administrativo bilateral o del acto administrativo requerido de coadyuvante,²⁴ como contraposiciones a la solución contractual pública o administrativa que otros sectores preconizaban o asumían–, posición que transmitía un claro mensaje de intento de emancipación decidida del subsistema jurídico civil; la aparición de la noción de servicio público (con su andamiaje conceptual, impulsado fundamentalmente por Hauriou y por los principales autores de la Escuela francesa del Servicio Público –Duguit, Jèze, Bonnard, Rolland, entre otros–) como criterio de base para encuadrar los

24. Entre los alemanes, ver al respecto, entre otros: Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, ob. cit., p. 129 y ss., y *Derecho Administrativo Alemán*, t. IV – Parte Especial, traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 44 y ss. y 162 y ss.; Jellinek, George, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, traduzione italiana riveduta dell'autore sulla seconda edizione tedesca, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, p. 224 y ss.; Jellinek, Walter, “Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt unter Werfung”, en *Verwaltungsrechtliche Abhandlungen* (Festgabe en honor de la OVG de Prusia), 1925, p. 84 y ss., y *Verwaltungsrecht*, 3ª ed., 1931, p. 249 y ss.; y Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción de la 5ª ed. alemana por Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 294 y ss.

dominios del subsistema jurídico-administrativo;²⁵ y la marcha del Derecho administrativo francés, irradiando su influencia sobre ordenamientos jurídicos y sobre la doctrina de otros países; fueron elementos de fondo que dieron lugar a que se delineara, científicamente, una especie contractual adecuada a los principios del régimen de Derecho público o de Derecho administrativo, y con ello que se entendiera como diferente al tradicional contrato privado, pero sin perder su condición de contrato.

La concreción científica del tipo contractual administrativo dentro de varios ordenamientos jurídicos –partiendo de su principal precursor y sostenedor: la teoría y la práctica francesas –, fue una señal, entre otras en el plano jurídico, de la metamorfosis interna del Estado constitucional en esa etapa –del tránsito del Estado liberal hacia el Estado de corte intervencionista–; de las transformaciones que estaba asimilando la rama jurídico-administrativa en el desarrollo de su ámbito objetivo de regulación; y del avance científico del Derecho administrativo.

En la segunda mitad del siglo xx, el Derecho administrativo volvería a ser arrastrado, en su marcha evolutiva, hacia un nuevo y progresivo movimiento de transformación interna como sector del ordenamiento jurídico; justamente –y animado por ello– cuando se estaban dando atisbos de una nueva adecuación en el modo de concebir y realizar la actuación estatal, y pública en general, dentro del complejo de relaciones sociales que operaban en el seno de la comunidad (lo que no fue otra cosa que el preludio de un reacomodo en la manera de ser misma del Estado constitucional), en función del cumplimiento de los fines públicos (los que, lógicamente, no estuvieron al margen del replanteo).

25. Es oportuno evocar las conclusiones del comisario de gobierno Romieu, en el caso Terrier, de 6 de febrero de 1903, del Consejo de Estado francés, que marcaron un hito importante en este tópico: “La doctrine qui se dégage de l'ensemble de ces décisions nous paraît pouvoir de formuler ainsi: ‘Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, - soit que l'Administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, - constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative, au point de vue des litiges de toute sorte auxquels elle peut donner lieu, ou encore, sous une autre forme: ‘Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles - mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public, son de la compétence administrative, et relèvent, à défaut d'un texte spécial, du Conseil d'Etat, juge de droit commun de contentieux de l'administration publique, générale ou locale’ [...]”. Ver, entre otros, la reproducción de las conclusiones de Romieu al affaire Terrier en: Hauriou, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929, D'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou*, t. II, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929 (Nouveau tirage 1931), p. 497.

Ese movimiento de conversión –que se fue manifestando gradualmente, como toda situación de este tipo– desembocaría, hacia el último cuarto del siglo xx, aproximadamente, en cierto desplazamiento del Estado interventor por una concepción neoliberal del mismo, que se habría de presentar como respetuosa del libre mercado y de la libre competencia –por un liberalismo reciclado y adaptado a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales de finales del siglo xx y principios del xxi–; y para la rama administrativa –arrastrada por esa fuerza que son los intereses políticos– ello implicaría asumir, desde su frente, ese sentido y espíritu neoliberal,²⁶ aunque no sin encontrar una corriente de resistencia.

Desde nuestro punto de vista, esa situación abrió paso a una tercera era en el iter evolutivo del Derecho administrativo, donde para él –y para algunas de sus instituciones jurídicas– el debate (el ser o no ser, al estilo del dilema shakespeariano) no se plantearía en torno a su identidad, a su sustancialidad o al grado de funcionalidad como bloque de ordenación jurídica dentro del sistema de Derecho, sino que se revelaría, esencialmente, orientado a defender o sostener su pertinencia y operatividad como espacio de regulación –a partir de las viejas técnicas, o de nuevos instrumentos formales– más idóneo o más apropiado para tutelar jurídicamente un conjunto de relaciones sociales relativas al funcionamiento administrativo y donde se involucra la consecución del interés público, frente a una tendencia de desplazar algunas de esas situaciones para ponerlas bajo formas de regulación amparadas por un régimen de Derecho Privado²⁷ –con todas las consecuencias que genera ese cambio de prisma jurídico–,

26. Para nosotros queda claro el mensaje de estudiosos como el argentino Juan Carlos Cassagne cuando enseñaba: “El futuro del Derecho Administrativo –como alguna vez hemos dicho– pasa actualmente, más que por la Administración, por la jurisprudencia y –ahora agregamos– por el buen tino del legislador, evitando caer en las tendencias de un colectivismo o intervencionismo que bloquea el funcionamiento de las reglas básicas de la economía social del mercado y el principio de subsidiariedad”. Véase Cassagne, Juan Carlos, “Tendencias actuales y proyección futura del Derecho Administrativo argentino”, en Documentación Administrativa, Nos. 269-270, mayo-diciembre, 2004, El Derecho Administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales (II), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 429. Uno de los estudiosos más conocidos del Derecho administrativo iberoamericano, el español Jesús González Pérez, dejaba constancia indubitada de su pensar cuando afirmaba: “La abstención de toda intervención debe ser el ideal a que debe aspirar cualquier administración. La presencia de los agentes administrativos resulta perturbadora, molesta, desagradable. Va contra la esencia misma del hombre, contra lo que es su natural forma de ser. De todos los males que ha de soportar el hombre en su paso por la tierra, quizás no exista ninguno peor que la administración pública”. Y exponía inmediatamente González Pérez: “Por ello, precisamente por ello, única y exclusivamente, debe actuar la administración allí donde estrictamente sea necesario en el sentido más riguroso”; para concluir más adelante sobre la actividad industrial del Estado: “Esas mismas actividades realizadas por empresas puramente privadas prestarían al usuario un servicio infinitamente superior, sin haber costado un céntimo al contribuyente”. Véase González Pérez, Jesús, Administración Pública y libertad, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2006, pp. 17 y 19.

27. La doctrina iusadministrativista española fue una de las que prestó especial atención a este fenómeno,

a efectos de lograr mejores resultados en el discurrir y la funcionalidad de tales vínculos.

Esta nueva etapa impondría la premisa de que el Derecho administrativo no pierda terreno y significado como zona por excelencia donde se tiende a armonizar el ejercicio del poder público y la consecución del interés público con la defensa y el respeto a los derechos y libertades de las personas. Por nuestra parte, pensamos que este tercer estadio dentro del desarrollo del Derecho administrativo puede interpretarse, tal vez, como el más complejo dentro de los que ha presentado ese subsistema jurídico, por la intensidad y complejidad de la vida social y política, que ha estado in crescendo desde los últimos decenios del siglo pasado; por los nuevos códigos económicos donde se pretende exhibir al libre mercado y la individualidad del ser humano como la fórmula de solución de los retos que plantea la satisfacción de las necesidades de la colectividad y como el motor impulsor de la sociedad; por la diversidad que acompaña a la actuación administrativa, en lo sustancial y lo formal; y porque en ese marco laberíntico y de culto al mercado es muy fácil que se disperse la idea de que la clave de la vida social no viene dada por la simple suma de nuestros esfuerzos individuales y su prevalencia, sino de la armonía de una acción coral que trasciende nuestras individualidades para proyectarse hacia un objetivo superior a cualquiera de nosotros mismos: el bien común.

Sobre la base de lo anterior, y ajustándonos a la lógica de análisis que hemos querido seguir, debemos decir que la contratación administrativa no quedó al margen del cambio. La gradual quiebra del Estado interventor y la “crisis” de su soporte conceptual e ideológico –especialmente de nociones como el servicio

particularmente en la década de los noventa del siglo pasado, que calificó como “huida de la Administración Pública del Derecho Administrativo” (a nuestros ojos el fenómeno adquiere ribetes de “estampida”), con enfoques con posiciones que enfrentaban esa realidad o desde posiciones justificativas. Entre los que se han ocupado de la cuestión, sin pretender agotar la lista, cabe mencionar a: Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I – Parte General, 15ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2004, p. 27 y ss.; Saz, Silvia del, “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en Carmen Chinchilla, Blanca Lozano y Silvia del Saz, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Civitas, S.A., Madrid, 1992, p. 101 y ss.; Sala Arquer, José Manuel, “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 75, julio-septiembre, 1992, Civitas, S.A., Madrid, p. 399 y ss.; Borrajo Iniesta, Ignacio, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 78, abril-junio, 1993, Civitas, S.A., Madrid, p. 233 y ss.; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”, en *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed. ampliada (1ª en Civitas), Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 199 y ss.; Rivero Ortega, Ricardo, *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 1998, p. 13 y ss.

público-; el crecimiento estructural y funcional de la Administración Pública y la proliferación de entidades públicas descentralizadas (pluralismo estructural); la necesidad de dotar al aparato administrativo y a su funcionamiento de mayor eficacia y eficiencia; la mayor participación pública en la realización de actividades esencialmente industriales y mercantiles desde formas de organización pública o privada (Estado empresario); los procesos de integración económica y la tendencia globalizadora; el imperativo de armonizar los modelos de regulación jurídica de la actuación pública en los marcos del grado de homogenización que plantea esa integración;²⁸ las privatizaciones en el sector público; el respaldo al libre mercado y a la libre competencia como principios básicos del desarrollo económico; cierta tendencia al escape de la sujeción al régimen de Derecho administrativo hacia uno iusprivado de parte de la actividad de los entes públicos; y los requerimientos de mayor participación directa de los administrados en el ejercicio de la función administrativa, muy relacionado con el discurso democrático de los últimos tiempos; entre otros factores que se sitúan como telón de fondo; vinieron a determinar una expansión de la actuación concertada dentro del perímetro de la función administrativa²⁹ o una contractualización de la acción pública, como se

28. Según ha anotado tiempo atrás el español José Antonio Moreno Molina: "... el Derecho comunitario de la contratación pública nos proporciona un excelente ejemplo de la tendencia hacia la elaboración de un Derecho común. En efecto, la normativa comunitaria sobre contratos públicos está introduciendo técnicas de Derecho público para regir ámbitos de actividad no sólo de las Administraciones públicas y de sus organismos instrumentales, sino también de persona jurídico-privadas. Concretamente, la Directiva 93/38/CEE, sobre contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, no sólo se aplica a los entes públicos territoriales o a los 'organismos de Derecho público' (los cuales entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas sobre contratos públicos de obras, suministros y servicio), sino que también obliga a las entidades que, sin ser poderes públicos ni empresas públicas, 'gozen de derechos especiales o exclusivos' concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro". Añadiendo seguidamente: "En fin, como ha observado J. Bell, el desarrollo de un sistema europeo sobre contratos públicos se mueve más en la dirección de armonizar el Derecho público y el Derecho privado, que en la línea de armonización de los distintos Derechos administrativos nacionales". Véase Moreno Molina, José Antonio, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 21 y 22. Juan Carlos Cassagne también ha expuesto: "... tanto en Argentina como en Estados Unidos y Europa, en este último ámbito a través de la influencia que el Derecho comunitario ha irradiado en los Derechos nacionales de los países miembros de la Unión Europea, se observa una tendencia creciente hacia la 'iuspublificación' de los sistemas de contratación estatales [...], que se proyecta incluso hacia los antiguos esquemas contractuales regidos por el Derecho Privado". Agregando inmediatamente: "Esa 'iuspublificación' se revela nítidamente en las reglas que rigen el proceso de selección (que excluyen, en principio, la libertad negocial para elegir el contratante) y en el régimen de prerrogativas públicas que acompaña la ejecución del contrato, su extensión y los efectos que ella produce. Este proceso se ha llevado a cabo hasta en los países que no utilizaban la figura del contrato administrativo en sus sistemas jurídicos". Véase Cassagne, Juan Carlos, "Tendencias actuales...", ob. cit., p. 426.

29. Para Ramón Parada: "De la admisión vergonzante del contrato entre el poder y el súbdito se ha pasado en los últimos tiempos (después de una fase de normal convivencia entre el contrato y el acto administrativo, pero con neto predominio de este último) a una utilización ad nauseam de la técnica contractual. En la actualidad, en efecto, parece como si la Administración se avergonzara de su condición de poder público y de la imposición unilateral de su voluntad sobre los particulares o sobre otras Administraciones inferiores y necesitara del consenso de unos y otros para cumplir, incluso, con sus funciones soberanas, produciéndose así una necesidad de compromiso que lleva a un uso generalizado e intensivo de la concertación". Véase Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, ob. cit., p. 249.

ha llamado por algunos,³⁰ en contraste con las técnicas unilaterales de actuación administrativa,³¹ que se diversificara el contenido y la forma de la actuación contractual de la Administración Pública;³² que allí donde opera la distinción entre contratación administrativa y contratación privada de la Administración Pública, la frontera entre lo Público y lo Privado no gane en nitidez o claridad, sino todo lo contrario; y que se afirmara la idea, también donde se manifiesta esa dualidad de técnicas contractuales para la Administración Pública, de una base de ordenación común –sometida al Derecho administrativo– para los contratos que esta celebre,³³ con independencia de que ese vínculo iuris sea sometido luego a un régimen iuspúblico o a uno iusprivado.

Según hubo de reconocer el Consejo de Estado francés, mirando a su contexto nacional, en su reporte anual de 2008:

“La place accrue du contrat dans le droit public français reflète les importants changements intervenus dans le contexte politique et économique des années 1970-2000: la modification des rapports entre l’État et le marché, la construction européenne qui a encadré l’exercice de leurs compétences par les États membres et totalement appréhendé la matière des contrats administratifs, l’ouverture à la concurrence mondiale et la pénétration croissante du droit anglo-saxon qui privilégie le contrat par rapport à l’acte unilatéral, la décentralisation qui a installé de nouvelles sources de légitimité concurrentes de celle de l’État, les évolutions

30. En el Derecho francés, entre otros: Ubaud-Bergeron, Marion, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, S.A., Paris, 2015, p. 6 y ss

31. Ya decía Dubreuil que: “L’époque contemporaine est marquée par une montée en puissance du contrat comme modalité d’action des personnes publiques. À tel point que l’expression contractualisation de l’action publique est dorénavant entrée dans le vocabulaire courant afin de désigner une tendance générale conduisant les pouvoirs publics à substituer l’action concertée à l’action unilatérale dans des domaines de plus en plus nombreux [...]”. Véase Dubreuil, Charles-André, *Droit des contrats administratifs*, Presses Universitaires de France / Humensis, Paris, 2018, p. 2.

32. Por ejemplo, ver lo que enseña el argentino Agustín Gordillo, en relación con el criterio de gradación de los diversos contratos de la Administración que sustenta en su *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, t. I – Parte General, 1a ed. (11ª ed. del *Tratado de Derecho Administrativo*), Fundación de Derecho de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, pp. XI-18 y ss. También lo que apuntaba, por su parte, Cassagne, Juan Carlos, “Tendencias actuales...”, ob. cit., pp. 425 y 426.

33. Es lo que se ha dado en llamar la zona común de la contratación administrativa. Ver, por ejemplo: García-Trevijano Fos, José Antonio, “Principios...”, ob. cit., pp. 303 y 309; Solas Rafecas, José María de, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, S.A., Madrid, 1990, p. 143; Martínez López-Muñiz, José Luis, “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias”, en Juan Carlos Cassagne (dir.) et al., *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1998, pp. 956 y 957; y Cassagne, Juan Carlos, “La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas”, en su obra *Estudios de Derecho Público*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 107.

de notre propre système juridique comportant notamment la reconnaissance, depuis peu, de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle.

[...]

”La contractualisation correspond à un nouveau style et à un nouveau registre de l’action politique et administrative se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l’autorité. L’État contemporain recherche l’adhésion des acteurs de préférence à l’action unilatérale, ce que les spécialistes de la gouvernance publique désignent de manière quelque peu euphorique comme la ‘coproduction’ ou la ‘coconstruction’ de la norme publique et de l’action publique”.³⁴

De las líneas contenidas en este epígrafe, y de la descripción –apurada, imperfecta y a grandísimos rasgos– que hemos realizado en ellas, podemos resumir, en definitiva, que en los ordenamientos jurídicos donde se utiliza la técnica de la contratación administrativa o pública, esta no es más que una pieza dentro de un sistema (el Derecho administrativo) y, como tal parte, tributa al funcionamiento del todo; pero, a su vez, recibe sobre su ritmo de operación el reflejo de las vicisitudes que afectan a ese sistema. Como el Derecho administrativo mismo, el tipo contractual administrativo es un producto histórico y está impregnado del sentido y del espíritu que anima a esa rama jurídica. Su itinerario de vida ha estado señalado por un grupo de determinantes insoslayables: la ideología, la política, la cultura jurídica, las condiciones socio-histórico concretas de una comunidad dada en un determinado momento, la manera en que se asume la ordenación de la actuación pública y las necesidades objetivas de esa comunidad.³⁵

34. Conseil D’État, “Le contrat, mode d’action publique et de production de normes”, en Études et documents du Conseil d’État, 2008, p. 15, disponible en <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/rapports-publics/le-contrat-mode-d-action-publique-et-de-production-de-normes-rapport-public-2007>

35. Gaspar Ariño Ortiz concluía que “[...] el contrato administrativo no es una naturaleza esencial, sino una categorización o calificación jurídica circunstancial. Es inútil, por tanto, pretender determinar la esencia del contrato administrativo en abstracto. La calificación jurídica de un contrato será variable en su extensión y cambiaría con el tiempo, pues estará vinculada al entorno ideológico político del momento. Aquellas prestaciones u operaciones jurídicas de tipo contractual que tienen una importancia preponderante para el interés público en un momento dado (el abastecimiento nacional, la vivienda, o la investigación científica) serán calificadas como administrativas. El contrato administrativo no es una esencia, sino una ‘existencia’ histórico-jurídica. Por ello, se les rodeará de un régimen jurídico especial que garantice con mayor fuerza la pronta y eficaz realización de esos fines concretos [...]”. Véase Ariño Ortiz, Gaspar, “Contrato y poder público...”, ob. cit., p. 877. Del mismo Ariño Ortiz, ver, igualmente, su “Estudio introductorio”, en Expósito Vélez, Juan Carlos, La configuración del contrato..., ob. cit., pp. 52 y 53.

El contrato administrativo es, pues, una figura que se enmarca en una esfera jurídica (el Derecho administrativo) que, en el modo que aparece hoy ante nosotros, es un producto de la modernidad y de su marcha; y como técnica jurídica pertenece al universo de uno de los subsistemas más complejos y cambiantes (si no el más) –por su origen, por su esencia, por su función y por el ritmo con que progresa– dentro de los que se integran en ese espacio mayor que es el Derecho.

III. EN TORNO AL RECHAZO Y LA ACEPTACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: UN RÁPIDO RECUENTO

Cuando se trata a la contratación administrativa como técnica jurídica, no es dable pasar por alto la reacción de rechazo (especialmente en autores de Alemania e Italia) hacia la plena aceptación del contrato administrativo como institución jurídica con vida válida dentro del campo del Derecho administrativo –tal cual se venía operando en ordenamientos jurídicos como los de Francia y España–, durante la evolución de este en la etapa decimonónica y los primeros tiempos del siglo xx.

En el perímetro de esa reacción de rechazo, y al amparo de los finales del siglo xix y los comienzos del xx se trató de buscar a las posibles situaciones contractuales–públicas una justificación desde el Derecho administrativo o desde el Derecho público, pero que apartaba la idea del contrato. Por otro lado, el debate que a propósito se entablara –que no ha apagado absolutamente sus ecos al día de hoy– ha servido para la afirmación o para la sustanciación teórica y práctica de esa fenomenología que implica el contrato administrativo, especialmente en la realidad de las relaciones consensuadas de contenido económico entre el poder público y las personas o, en definitiva y con mejor precisión, entre la Administración Pública y estas últimas.

a) La negación o el rechazo a la figura del contrato administrativo

La proyección de un tipo contractual administrativo diferente al tradicional contrato de Derecho privado ha movido, históricamente, argumentos de diversa índole para intentar su desmontaje conceptual como recurso para tutelar jurídicamente determinadas relaciones de carácter administrativo.

Grandes voces han figurado en el concierto disidente al respecto, en una escala de diversos matices, ya más radicales o de negación absoluta, ya con un mayor viso de relativización.

No es posible pasar por alto en un ejercicio de este tipo, el hecho que dentro de la doctrina alemana del Derecho público, desde el siglo xix se desarrolló una línea argumental que negaba, en principio, la posibilidad de que la Administración Pública –fuera de los vínculos entre entidades administrativas– utilizara la técnica contractual iuspública para vincularse normalmente con los particulares en ciertos nexos jurídicos administrativos y, por extensión, rechazaba, en principio, el reconocimiento de que, junto al acto administrativo, el contrato de Derecho Público era forma básica que servía al establecimiento de relaciones específicas entre la Administración Pública y los particulares en el campo jurídico-administrativo. De esta línea pueden contarse como abanderados –aunque no en exclusiva– importantes de autores en Alemania, Austria, Suiza e Italia, fundamentalmente.

El nombre históricamente más representativo de esta tendencia, desde el siglo xix, ha sido el del alemán Otto Mayer, quien desarrolló su pensamiento al respecto en un trabajo titulado Sobre la teoría del contrato jurídico público, que data de 1888 (“Zur Lehre vom öffentlichenrechtlichen Verträge”, AÖR Bd. 3 (1888), S. 3 ff).³⁶ Mayer llegaría a decir claramente

“... que el contrato, en sentido propio, es inaplicable en el Derecho administrativo; lo que se llama ‘contratos’ son, en realidad, actos administrativos, los cuales pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado [...]”.³⁷

36. Véase Mayer, Otto, Derecho Administrativo Alemán, t. I, ob. cit., p. 128 y ss. y 182 y ss.; aunque las consideraciones que aporta este alemán sobre el tema en cuestión en su obra fundamental son muy esporádicas y no se detiene en su desarrollo. Para nosotros resulta interesante que uno de los nombres históricos principales de esa solución de negación, precisamente en el tópico de la contratación administrativa, fuera el del propio Otto Mayer, pues, dentro del iusadministrativismo alemán de su época, fue él, quizás, el mejor conocedor de la ciencia del Derecho administrativo francés de entonces –en la que ya tenían su espacio ganado ciertos tipos contractuales administrativos–, fuente de la que abrevó para levantar su visión sistémica de la rama administrativa y de la que recibió, sin dudas, importantes influencias científicas (aunque queda bien claro que no en lo relativo al tema que nos ocupa). De acuerdo con las palabras de Mayer: “... reconozco que he pasado, para edificar mi sistema, por la escuela de los jurisconsultos franceses; aprendí mucho en el estudio de su doctrina del derecho administrativo. Empero, se me ha reprochado injustamente el querer introducir puntos de vista franceses y extraños al espíritu del derecho alemán. El lector francés no dejará de reconocer, así lo espero, todo lo alemán que es mi libro, por la manera de pensar y de expresar las ideas. Si he tenido la ambición de que se vea en él algo del carácter francés, ello se debe a la claridad del estilo y la nitidez de la expresión [...]”. Véase Mayer, Otto, “Prefacio a la edición francesa”, ob. cit., t. I, pp. XXIV y XXV.

37. Citado por: Fleiner, Fritz, Instituciones de Derecho Administrativo, traducción de la 8ª ed. alemana por

Entre los argumentos que han aflorado en tiempos y contextos diversos para poner en tela de juicio la existencia de la figura contractual administrativa o pública se han manejado desde el siglo XIX planteamientos –algunos sin real validez hoy– como que la figura del contrato pertenece, única y exclusivamente, al campo del Derecho privado, sosteniéndose que para que un acto jurídico fuera un contrato debía reunir los requisitos de: igualdad jurídica de las partes en la relación;³⁸ la igualdad en la naturaleza jurídica de aquellos sujetos que adquieren la condición de partes contratantes;³⁹ la libertad o voluntad de ellas en su formación, ejecución y resolución o lo que es igual, la autonomía de las partes; la no mutabilidad unilateral de sus cláusulas y la limitación de los efectos, en principio, a los sujetos intervinientes; la necesidad de la comerciabilidad del objeto del contrato.⁴⁰

De lo contrario, sería un acto diferente a un contrato. Se apuntaba, asimismo, que la Administración Pública no podía contratar actuando como “poder”, pues, una vez concertado el contenido del contrato, este se convertía en ley para las partes y no podía modificarse unilateralmente; quedando, entonces, aquella atada a una relación jurídica y sin libertad de acción para velar por el interés que está llamada a gestionar y garantizar.⁴¹

En su momento se argumentó también, en contrario, a partir de la idea de la incomerciabilidad del objeto sobre el que podía recaer el contrato administrativo o, si se quiere, de la exigencia de que el objeto de los contratos debía estar dentro del comercio, según la normativa civil al respecto como base sobre la que se apoyaba esa valoración y en ese sentido, el objeto sobre el que podía recaer la contratación a administrativa estaba fuera del comercio.⁴²

Sabino Álvarez Gendín, *Labor*, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933, p. 169

38. Ver, por ejemplo, lo planteado por: Cammeo, Federico, *Corso di Diritto Amministrativo*, ristampa con note de aggiornamento, CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1960, p. 530; Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. IV – Derecho de las obligaciones. Parte General, traducción de la 8ª ed. italiana por Santiago Santís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1955, p. 435; o Fleiner, Fritz, *Instituciones...*, ob. cit., p. 155

39. V. gr., Ranelletti, Oreste, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ª ed. riveduta e integrata, Dott. A. Giuffrè – Editore, Milano, 1945, p. 25.

40. Cammeo, Federico, *Corso...*, ob. cit., p. 531.

41. Fleiner, Fritz, *Instituciones...*, ob. cit., p. 171; Fernández de Velasco, Recaredo, “Teoría jurídica de las concesiones administrativas”, en *Revista de Derecho Privado*, No. 53, febrero, y No.54, marzo, t. V (enero-diciembre 1918), Madrid, 1918, p. 90.

42. Así, por ejemplo: Cammeo, Federico, *Corso...*, ob. cit., p. 531, en relación específica con la concesión administrativa.

Claro, del comercio civil sí, pero no del “comercio jurídico-administrativo”, en el sentido que esto puede implicar.

Igualmente se ha refutado la propia noción de contrato administrativo partiendo de la dificultad para encontrar un criterio de definición preciso.⁴³

Una voz como la de León Duguit, correspondiente al espacio jurídico francés de comienzos del siglo xx, aportaba ciertos matices a ese panorama, en tanto consideraba que la noción de contrato “[...] es una y los efectos del contrato son los mismos en derecho público que en derecho privado [...]”.⁴⁴ El maestro de Burdeos entendía que:

“... El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en derecho público que en derecho privado; o más bien, no hay distinción entre el derecho público y el derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular [...]”.⁴⁵

Desde la perspectiva de Duguit, todos los contratos que existían estaban regidos por las disposiciones del Código civil⁴⁶ y, en consecuencia, todos son contratos de Derecho privado; molde donde estaba encuadrado, entonces, el fenómeno contractual como género. Con ese tipo de planteamiento, Duguit dejaba ver su idea poco favorable a la existencia de los contratos públicos o administrativos con elementos propios y distintivos de la arquetípica contratación civil.

En la cuerda argumental que nos ocupa en este epígrafe, hay que decir que el área

43. Véase, por ejemplo, Fernández de Velasco, Recaredo, “Teoría jurídica...”, ob. cit., p. 82 y ss.

44. Duguit, León, *Las transformaciones del Derecho Público*, traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915, p. 230.

45. Duguit, León, *Las transformaciones...*, ob. cit., pp. 258 y 259. En otro de sus textos esenciales, el propio Duguit discurría: “Parler de contrat de droit privé et de contrat de droit public c’est parler de choses qui n’existent pas; [...]. Il faut donc, une fois pour toutes, bannir de la langue du droit cette expression de contrat de droit privé et de droit public et parler seulement de contrat”. Véase Duguit, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. III – *La Théorie Générale de L’Etat (suite et fin)*, 3e éd., Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, Paris, 1930, pp. 434 y 435.

46. Esta conclusión se puede extraer de lo planteado por él en *Las transformaciones...*, ob. cit., p. 216, cuando expresaba claramente que reservaba la denominación de contrato “[...] para designar la categoría jurídica definida en el Código Civil, es decir, la convención que da origen, entre dos personas determinadas, á una situación jurídica subjetiva [...]”. En este punto resultan muy ilustrativas las disquisiciones que realizaba en: Duguit, León, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, traducción de Carlos G. Posada, 2ª ed., Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1920, p. 133 y ss.

de países que en el siglo xx integraron a la otra comunidad de Estados socialistas, principalmente en Europa Oriental, con la extinta URSS a la cabeza, no estuvo de espaldas a la cuestión de la negación de la contratación administrativa o contratación pública, tal cual se venía planteando en sus diversos matices en el segmento ya aludido de la Europa Occidental. La realidad jurídica de esos antiguos países socialistas ha sido muy poco conocida fuera de los marcos de esas propias naciones y de lo que fuera su perímetro comunitario; situación que se agrava hoy ante el hecho de que ese campo socialista ya dejó de existir hace casi tres décadas, con todo lo que esa desaparición puede implicar en los órdenes teórico y práctico.

El desconocimiento, en general, del Derecho de los antiguos países socialistas por parte de la ciencia iusadministrativa europeo-occidental y latinoamericana, y en lo que aquí nos interesa el de su Derecho administrativo, no debe ser óbice para no considerar, en lo correspondiente, que allí también se negó la figura contractual administrativa según sus moldes más típicos; pues, además de que esa realidad fue en su momento Derecho vigente, una consideración de ese tipo tributa igualmente al debate y a la mejor comprensión del cosmos que ha rodeado a la categoría contractual administrativa, no importa que ahora evoquemos un contexto real y conceptual muy diferente a aquel en el que de modo más tradicional se ha desarrollado la contratación administrativa. En esa negación de la operatividad del contrato administrativo, claro está, marcaron una determinación sustancial relevante las condiciones políticas, económicas y jurídicas en que se desarrollaron esos países bajo el signo del socialismo que en ellos se practicó y durante el tiempo de vigencia de esa práctica. Ello viene a reforzar la percepción de que el Derecho todo y el Derecho público y sus técnicas jurídicas en particular, son un producto histórico, determinado por las realidades socio-históricas concretas que vive una comunidad humana políticamente organizada.

A tenor de las particularidades político-económicas y de la configuración de su espacio ius público en la mencionada etapa del siglo xx, en sentido general – matices a un lado– puede decirse que en aquellos Estados socialistas de Europa

del Este –y de algún otro que tomó cierto grado de inspiración en ellos⁴⁷– no se favoreció la aceptación y aplicación de la técnica contractual administrativa como modo de actuación del Estado o como instrumento de la gestión de la Administración Pública.⁴⁸ Razones prácticas y también de

dogmática jurídica, en general, e iusadministrativa en particular, movieron al rechazo de ese tipo de contratación, en aquella zona sujeta al sino del Derecho socialista; y el espacio del contrato administrativo como técnica dentro del tráfico jurídico de dicho contexto fue ocupado en alguna medida por otras técnicas no consensuales de Derecho administrativo (el acto administrativo), o por formas contractuales de Derecho civil o por el llamado “contrato económico”⁴⁹ (Derecho económico).

47. Para el caso de Cuba, luego de su enrumbamiento por la senda del socialismo a partir de la década de 1960, como resultado de la evolución política de la Revolución cubana que triunfa en 1959, puede ser de provecho, para entender históricamente la desaparición del contrato administrativo como figura jurídica, que se vean los trabajos de nuestra autoría: Matilla Correa, Andry, “Consideraciones mínimas sobre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo cubano”, en Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez, (coords.), *Contratos administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2007, pp. 185 a 233; “Consideraciones mínimas sobre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo cubano”, en *Revista de Derecho Público*, 2006-2; *Contratistas del Estado. Procedimiento de selección (segunda parte)*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006; “Sobre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo cubano”, en José Antonio Moreno Molina y Andry Matilla Correa (coords.), *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Un estudio de Derecho comparado*, Grupo Difusión, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2008, pp. 131 a 226. Sobre el Derecho administrativo cubano luego del triunfo de la Revolución y a todo lo largo de lo que restaba del siglo XX puede verse: Garcini, Héctor y Miguel Reyes, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I – Parte General, Universidad de La Habana, La Habana, 1963, en todo; Garcini, Héctor, *Derecho Administrativo. Segunda parte*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1978, en todo; Garcini Guerra, Héctor, *Derecho Administrativo*, 2ª ed. corregida y ampliada, Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1986, en todo; Rodríguez Pérez, Homero, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo único, ed. provisional, Dirección de Capacitación, MINJUS-CETSS, La Habana, 1989, en todo; Valdivia Onega, Marisabel, María de los Ángeles Vizoso García y Armando Castanedo Abay, *Separata de Derecho Administrativo*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1989, p. 87 y ss.; y Hevia Cosculluela, Manuel, “El Derecho Administrativo en la dirección de la Economía”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 39, Año XVIII, octubre diciembre, 1989, Órgano de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, p. 5 y ss.

48. Para una visión general del Derecho administrativo de los países socialistas de Europa Oriental, entre la no muy abundante bibliografía a nuestro alcance, puede verse, por ejemplo: Vlasov, V. y S. Studenikin, “Capítulo III. Derecho Administrativo soviético”, en P. Romashkin (bajo la dirección de), *Fundamentos del Derecho Soviético*, traducido del ruso por José Echenique, Instituto de Estado y de Derecho, Academia de Ciencias de la URSS, Ediciones en Lengua Extranjera, Moscú, 1962, p. 106 y ss.; Tikhomirov, Ju. A., *Pouvoir et Administration dans la société socialiste*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1973, en todo; Lázarev, B., “Capítulo IV. Derecho Administrativo”, en V. Kudriávtsse, M. Krutogólov y V. Tumánova (redacción a cargo de), *Introducción al Derecho soviético*, Instituto de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de la URSS, traducido del ruso por Víctor Médnikov, Progreso, Moscú, 1988, p. 124 y ss.; Vasilenko, P. T. et al., *Derecho Administrativo soviético*, traducción José D. Peraza Chapeaux, Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1989, en todo.

49. Sobre la concepción de la contratación civil y los llamados “contratos económicos” en los países del antiguo campo socialista puede verse, por ejemplo: Ioffe, O. S., “El contrato en el Derecho Socialista”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, No. 29, mayo agosto, 1957, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., p. 31 y ss.; Knapp, Viktor, “Los contratos económicos en el Derecho Civil checoslovaco”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, No. 30, septiembre-diciembre, 1957, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., p. 9 y ss.; Ioffe, O. S., *Derecho Civil soviético*, traducción Miguel Lubán, Instituto de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, México, 1960, p. 247 y ss.; Serebrovski, V. y R. Jálfina, “Capítulo IV. El Derecho Civil soviético”, en P. Romashkin

En este orden de cosas téngase en cuenta que nos estamos refiriendo a un espacio comunitario socio-político-económico que, a pesar de su gran diversidad y complejidad, se presentaba con ciertos rasgos distintivos, como son: un sistema de economía fuertemente estatizado o publicado;⁵⁰ centralizado; gravitando en torno a la planificación económica como eje estructural y funcional esa actividad;⁵¹ con la presencia de formas organizativas estatales o públicas como el elemento básico que asumía las relaciones en el tráfico jurídico-económico en lo que a la satisfacción directa de los intereses generales se refería; y, por ende, se proyectaba una exclusión, o un importante grado de exclusión, de los sujetos de carácter privado de ese tráfico con tales miras públicas. De ahí que pueda ser comprensible que, dentro de ese perímetro de realidad, se marcara un rechazo a una figura como la contractual administrativa o pública, según se había estado desarrollando en países del occidente de Europa, en un contexto capitalista, bien alejado del trazado socialista que se había asumido por aquellos países del otrora “bloque socialista” europeo oriental del siglo xx.

Bajo premisas prácticas y teóricas de esa índole, es posible entender que se llegaron a conclusiones como la del soviético Stoudenikine, al sostener que “En

(bajo la redacción de), Fundamentos del Derecho Soviético, traducido del ruso por José Echenique, Instituto de Estado y de Derecho, Academia de Ciencias de la URSS, Ediciones en Lengua Extranjera, Moscú, 1962, p. 232 y ss.; Vlahoff, Ivan Stefanov, “Le régime des contrats des organisations socialiste en Bulgarie”, en *Revue internationale de droit comparé*, Année 1965, vol. 17, No. 2, París, p. 442 y ss.; Ionasco, Trajan y Eugène A. Barash, “Les contrats économiques dans le droit de la République Socialiste de Roumanie. Quelques précisions sur certains de leurs aspects”, en *Revue internationale de droit comparé*, Année 1965, vol. 17, No. 4, París, p. 887 y ss.; Ionasco, Trajan, “Les contrats économiques dans les pays socialistes”, en *Revue internationale de droit comparé*, Année 1968, vol. 20, No. 3, París, p. 531 y ss.; Gribanov, V. P. y S. M. Korneev (redactores responsables) et al., *Derecho Civil soviético*, t. I, traducido del ruso por P. Boiko, Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1987, p. 330 y ss.; Suchoza, Josef, *Los contratos económicos en la economía checoslovaca*, Colección de Estudios Jurídicos, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, s/a, en todo; Láptev, V. (redactor responsable) et al., *Derecho Económico*, traducido del ruso por Lic. René Gómez Manzano, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, Progreso, Moscú, 1988, p. 173 y ss.; Bikov, Anatoli y Piotr Lajný, *El derecho y el mecanismo económico en la URSS*, traducido del ruso por Aurelio Villa, Progreso, Moscú, 1989, p. 109 y ss.

50. En las palabras de un estudioso soviético de entonces: “En la U. R. S. S. todos los medios de producción pertenecen al Estado, es decir, forman el patrimonio del pueblo. La propiedad del Estado es un fondo único que pertenece al Estado soviético. La unidad de la propiedad del Estado forma la base de la planificación de la vida económica, del Presupuesto unificado del Estado, del monopolio del comercio exterior y de la Administración en el camino económico y cultural [...]. De esta forma, en la U.R.S.S., en donde la economía se encuentra en manos del Estado, la Administración asegura la unidad de la dirección económica y política basada sobre un plan estatal único para el desarrollo de la economía nacional”. Véase Stoudenikine, S., “La enseñanza de las cuestiones de organización administrativa y de Derecho Administrativo en la U.R.S.S.”, en *Revista de Administración Pública*, Año VII, No. 21, septiembre-diciembre, 1956, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 538 y 539.

51. Según dejaba sentado Stoudenikine: “El régimen social soviético tiene como peculiaridad el carácter planificado del desarrollo de la economía, la subordinación de todas sus ramas a un plan único de la economía nacional”; y añadía luego: “La actividad de todos los establecimientos públicos y del Estado, de todas las organizaciones y empresas, está basada en la ejecución de los planes. La modificación no autorizada de los planes, la oposición a su realización, la inacción de los funcionarios responsables de la ejecución del plan, están castigadas por la ley”. Véase Stoudenikine, S., “La enseñanza...”, ob. cit, p. 538.

las condiciones de la economía planificada soviética, las relaciones contractuales en el terreno de las obras de carácter público, no surgen más que sobre la base del plan del Estado y de las tareas de él derivadas, y solamente entre las organizaciones y empresas socialistas”.⁵²

Un buen compendio para comprender los argumentos, y en el que –a su vez– se muestra parte de los argumentos en sí mismos, sobre la negación del contrato administrativo en el Derecho de los antiguos países socialistas de Europa del Este, aparece en un interesante y explicativo trabajo –publicado en Francia– del búlgaro Stainov,⁵³ donde se concluía precisamente que la existencia de los contratos administrativos, en verdad no tenía lugar en esos Estados socialistas.⁵⁴ Stainov explicaba que los contratos administrativos tal como se practicaban en Francia o en (la desaparecida) Alemania Federal (contratos públicos) suponían una estructura económica, también social y política, completamente diferente a la que presentaban los Estados socialistas, y sobre todo la existencia de la propiedad privada sobre los medios fundamentales de producción; lo que suponía, a su vez, una organización muy diferente del funcionamiento en general de las instituciones del Estado.⁵⁵ Aunque no quedaba limitado solo a estos argumentos para explicar el sentido negatorio,⁵⁶ Stainov aportaba como otra razón por la cual la teoría del contrato administrativo, ni en la acepción francesa ni en la acepción alemana, podía ser admitida en el sistema jurídico de los “Estados del Este” (de Europa), que

“... en el derecho de esos Estados es un principio unánimemente admitido por todos los juristas, que el contrato supone partes contratantes iguales [...]. El principio de la igualdad de las partes contratantes es por así decirlo un dogma para el derecho socialista. Es, en consecuencia, el derecho civil quien suele regir todos los contratos”.⁵⁷

52. Stoudenikine, S., “Aspectos fundamentales del trabajo administrativo en la U.R.S.S (Comunicación al Tema III)”, en *Revista de Administración Pública*, Año VII, No. 21, septiembrediciembre, 1956, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 492.

53. Stainov, Petko, “La théorie des contrats administratifs et le droit socialiste”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Quatre-vingt-deuxième année, t. LXXXII, 1966, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, p. 229 y ss.

54. 3 Stainov, Petko, “La théorie des contrats administratifs...”, ob. cit., p. 259.

55. 4 Ibidem, p. 259

56. Ver, por ejemplo, lo que analizaba Stainov, Petko, “La théorie des contrats administratifs...”, ob. cit., en p. 238 y ss.

57. Stainov, Petko, “La théorie des contrats administratifs...”, ob. cit., p. 259.

Alejándonos geográficamente de Europa y recalando en América Latina, en tiempo más cercano a los días que corren, hay que ver que el venezolano Gonzalo Pérez Luciani hubo de esbozar:

“De manera que la noción de contrato administrativo verdaderamente estaba y está en crisis, no solamente porque no hay un criterio sino porque los criterios no son absolutamente definidos y totales, sino que están llenos de excepciones, inclusive en los aspectos que pueden llamarse de carácter fundamental”.⁵⁸

Agregando en otro momento, después de reproducir algunas definiciones de contrato administrativo:

“Como ven ustedes, con razón me quejo de la noción de ‘contrato administrativo’, porque los teóricos del Derecho Administrativo prácticamente no están de acuerdo en esa noción, discrepan sobre cuestiones elementales y el resultado es que tal noción es poco útil [...]”.⁵⁹

Por su lado, el argentino Héctor Mairal escribió con convicción –en lo que luego derivaría en una interesante polémica sobre la figura del contrato administrativo, que tuvo a su compatriota Juan Carlos Cassagne como su contraparte más visible–:

“... la figura del contrato administrativo es otra de nuestras importaciones del derecho francés que se apoya en una importante corriente doctrinaria y una jurisprudencia pacífica, pero que no cuenta con base normativa propia ni viene constitucionalmente impuesta. Por ello, hemos venido sosteniendo desde hace varios años, en cursos universitarios de postgrado, la tesis de la peligrosidad o

58. Pérez Luciani, Gonzalo, “Los contratos administrativos en Venezuela”, en Instituto de Derecho Público, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, vol. VII, 1984- 1985 – El Derecho Público en Venezuela y Colombia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, p. 260

59. Pérez Luciani, Gonzalo, “Los contratos...”, ob. cit., p. 260. En el caso venezolano, véase también cómo se expresaba: Mèlich Orsini, José, “La Noción de Contrato de Interés Público”, en Revista de Derecho Público, No. 7, 1981, Caracas, p. 33 y ss.; del propio Mèlich Orsini, “El contrato administrativo en el marco general de la Doctrina del Contrato”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, No. 16, 2000, Caracas, p. 65 y ss. También, puede ser de interés el trabajo de: Caballero Ortiz, Jesús, “¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”, en Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero Ortiz (coords.), El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías, t. II – Tercera parte: Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas, S.A., Madrid, 2003, p. 1765 y ss.

inutilidad, en el derecho argentino, de la teoría del contrato administrativo con el alcance que corrientemente se le ha dado entre nosotros. Dado el sistema jurisdiccional argentino y dadas las características de nuestra administración pública, consideramos que la teoría tradicional del contrato administrativo es no sólo innecesaria, sino también inconveniente, tanto para quienes contratan con el Estado como para los mismos intereses públicos y, por lo tanto, debe ser abandonada o, cuando menos, significativamente acotada”.⁶⁰

Más adelante, Mairal señalaba:

“La peligrosidad de la teoría del contrato administrativo resulta, primeramente, de su imprecisión, tanto en lo que hace al alcance difuso de la categoría, que permite subsumir dentro de ella prácticamente a cualquier contrato que celebre el Estado, como a la indeterminación de sus consecuencias, que impide predecir las reglas que resultarán de tal subsunción.

Además, las peligrosas consecuencias que derivan de esas imprecisiones se ven agravadas por la exageración que la teoría sufrió al ser transportada al derecho argentino”.⁶¹

Por otro lado, se ha atacado la figura del contrato administrativo, apoyándose en la inseguridad jurídica que provoca el cúmulo de potestades unilaterales que tiene la Administración Pública en el vínculo contractual administrativo, ante un posible ejercicio inconsecuente de las mismas.⁶²

Las ideas anteriormente esbozadas no son más que un rápido recuento o incompleta ilustración, para que se tenga una atropellada idea del pulseo

60. Mairal, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, en revista *El Derecho-Administrativo*, Serie especial, Boletín del 18 de septiembre de 1998, t. 179, Buenos Aires, p. 655 y ss.

61. Mairal, Héctor A., “De la peligrosidad...”, ob. cit., p. 655 y sigs. Asimismo, Marial reafirmaba su línea en: “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo”, en revista *El Derecho-Administrativo*, Serie especial, Boletín del 22 de diciembre de 1998, Tomo 180, Buenos Aires, p. 849 y sigs.; “La teoría del contrato administrativo”, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División de Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, pp. 209 y sigs.; y en “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”, en Gordillo, Agustín (Director) et al., “El Contrato Administrativo en la Actualidad”, Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, La Ley, Buenos Aires, Mayo 2004, pp. 3 y sigs.

62. Por ejemplo: Ver como se expresaba Héctor Mairal, en sus trabajos: *De la peligrosidad...*, ob. cit., p. 655 y sigs. Asimismo, Marial reafirmaba su línea en: “El aporte...”, ob. cit., p. 849 y sigs.; “La teoría del contrato administrativo”, ob. cit., pp. 212 y sigs.; “La teoría del contrato administrativo a la luz...”, ob. cit., pp. 3 y sigs.

teórico planteado por los críticos de la categoría contractual administrativa, en tanto técnica jurídica a partir de la cual puede establecerse un vínculo entre la Administración Pública y los particulares en el perímetro del ejercicio de la función administrativa. Ciertamente, ha sido ese un pulseo atenuado ya con el paso del tiempo y el asentamiento de la figura del contrato administrativo entre los ordenamientos jurídicos que, a ambos lados del Atlántico (y cuestiones de nomenclatura a un lado), le han dado acogida, a partir de modelos como el francés y el español.

b) La aceptación del contrato administrativo

A pesar de las adversidades y reticencias en su recepción, el contrato administrativo se logró imponer como figura jurídico-administrativa en Francia y otros países que recibieron con más fuerza su influencia en este sentido.

No fueron pocos los obstáculos que tuvo que sortear la doctrina favorable –sobre todo la francesa, por ser quien sostuvo e impulsó con más fuerza en sus inicios al contrato administrativo– para hacer valer en el campo iuspublicista una especie contractual diferente, en algunos aspectos, al tradicional contrato privado.

Frente al pulseo científico planteado por los detractores de la categoría contractual iuspública, en tanto técnica jurídica a partir de la cual puede establecerse un vínculo entre la Administración Pública y los particulares en el perímetro del ejercicio de la función administrativa, los que han estado a favor de concebir al contrato administrativo, público o de Derecho público, han defendido sus planteamientos partiendo de que la categoría contrato no pertenece exclusivamente a la “tierra santa” del Derecho privado. Se apoyan en que el contrato es una categoría genérica, y no solo un acuerdo libre de voluntades en igualdad de condiciones dirigido a producir efectos jurídicos patrimoniales entre las partes contratantes.⁶³ Esto último es solamente la especie iusprivada dentro del género contrato. Se parte así de un concepto

63. Para Maurice Hauriou: “... En derecho no es indispensable que dos contratantes estén en pie de igualdad; el precario concluido entre el hombre poderoso y el humilde que se encomendaba, era un contrato. Las situaciones contractuales pueden tender hacia la igualdad, pero no la implican necesariamente en su base. El contrato se funda en el consentimiento, pero se puede consentir en ser inferior y desigual [...]”. Véase Hauriou, Maurice, “La gestión administrativa”, en *Obra escogida*, traducción de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 192.

amplio de esta última figura,⁶⁴ y se considera que a ese concepto no se le podía encasillar únicamente en el Derecho civil porque en ese Derecho se hayan desenvuelto las líneas científicas de la categoría contractual. De acuerdo con esos autores, en el Derecho privado se habían desarrollado, por razones históricas y tradicionales, instituciones y principios jurídicos que no le pertenecían exclusivamente, sino que trascendían al campo del Derecho en general, por ser aplicables también al Derecho público. Es importante en esta línea argumental, no perder la perspectiva de que el efecto fundamental y característico del contrato como figura jurídica –a la que no escapa la contratación administrativa– es la generación de relaciones de carácter obligacional (económico o patrimonial).

En las consideraciones vertidas durante las primeras décadas del siglo xx por un autor de la talla de Gastón Jèze –ciertamente un tratadista antiguo ya, pero que sigue siendo imprescindible referencia cuando de contratos administrativos se trata, pues fue la primera pluma francesa que intenta trazar una teoría de los contratos administrativos–:

“Existe una teoría especial del derecho administrativo, que el Consejo de Estado francés ha renovado completamente: es la de los contratos administrativos. Durante mucho tiempo, los juristas les han aplicado las reglas del derecho civil. Según ellos, no había ninguna razón para no someter estos contratos al derecho civil. Poco a poco se ha ido estudiando más detenidamente los contratos celebrados por la administración.”⁶⁵

64. Ver, por ejemplo: Jèze, Gastón, Principios Generales del Derecho Administrativo, t. IV – Teoría general de los contratos de la Administración, Primera parte – Formación, ejecución de los contratos, traducción directa de la 3ª ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 3; Rouvière, Jean, “A quels signes reconnaître les contrats administratifs”, Thèse pour le doctorat, Imprimerie Alençonnaise, Alençon, 1930, p. 11 y ss.; Pèquignot, Georges, Théorie générale du contrat administratif, Éditions A. Pédone, Paris, 1945, p. 15 y ss.; De Laubadère, André, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, p. 7; Berçaitz, Miguel Ángel, Teoría general de los contratos administrativos, 2ª ed., corregida y actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 133 y ss.; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “La institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, en su obra El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones, 2ª ed. Ampliada (1ª en Civitas), Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 110 y ss.

65. Jèze, Gastón, “Prefacio del autor a la edición argentina”, en Principios Generales de Derecho Administrativo, t. I – La técnica jurídica del Derecho Público francés, traducción directa de la 3ª ed. francesa por Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. XLI y XLIII.

En líneas posteriores, el otrora profesor parisino agregaba: “Paulatinamente, el Consejo de Estado ha elaborado el régimen jurídico de los contratos administrativos”.⁶⁶

En el sentir de Jèze, el contrato era una operación jurídica bien determinada, cuyos elementos esenciales habrían de ser cuatro: 1) acuerdo de voluntades; 2) acuerdo bilateral de voluntades; 3) propósito de crear una situación jurídica; 4) la situación jurídica creada es individual y no general.⁶⁷

Para Jèze, quien desarrollara su obra fundamental bajo el influjo de los postulados de la Escuela del Servicio Público –con lo que ello implicaba, y las limitaciones que impuso el paso del tiempo hasta hoy–, se llegaba a afirmar que había contrato administrativo propiamente dicho, cuando se reunían las siguientes condiciones: 1^a) es preciso un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular; 2^a) el acuerdo de voluntades tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicio personales, mediante una remuneración (en dinero o de otro modo); 3^a) la prestación que suministrará el individuo está destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público; 4^a) las partes, por una cláusula expresa, por la misma forma dada al contrato, por el género de cooperación solicitada al contratante, o por cualquier otra manifestación de voluntad, han entendido someterse al régimen especial del derecho público.⁶⁸

En la opinión de un viejo maestro argentino, Rafael Bielsa:

“... el contrato en general no es una institución exclusiva de los códigos de derecho privado. La forma contractual es siempre de derecho, ya interno (contratos administrativos), ya internacional (tratados, etc.). Los contratos y otras instituciones que regla el Código Civil no son instituciones exclusivas del derecho civil. El Código civil las ha codificado para reglar relaciones con los sujetos de derecho privado (personas), pero por el solo hecho de incluirlas en su sistema

66. Jèze, Gastón, “Prefacio del autor a la edición argentina”, ob. cit., pp. XLIII.

67. Jèze, Gastón, Principios..., t. IV, ob. cit., p. 3.

68. Jèze, Gastón, Principios Generales del Derecho Administrativo, t. III – El funcionamiento de los servicios públicos, traducción directa de la 3^a edición francesa por Julio N. San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1949, pp. 322 y 323.

no puede decirse que el derecho privado las haya ‘creado’. Tiene razón LABAND cuando dice que se trata solamente de una prioridad de tiempo en la adaptación o aprovechamiento de instituciones. Esto es que esas instituciones aparecen como civilistas, porque el derecho civil, formado antes que el derecho administrativo, se apropió de ellas, siendo así que los principios jurídicos tradicionales a veces se aplican mejor a las instituciones nuevas que a las antiguas”.⁶⁹

A partir de ideas como las que se expresan en lo anterior, y del desmontaje razonado de los diversos argumentos que se habían ido exponiendo para negar la posibilidad de la contratación administrativa como técnica jurídica, se logró imponer, en ciertos ordenamientos jurídicos, la existencia del contrato administrativo como una categoría con diferencias en relación con el tradicional contrato civil. Cobraba, entonces, identidad definitiva esa figura contractual administrativa, lográndose despojar su percepción, como

fenómeno jurídico, de la vetusta visión de que dicha contratación administrativa, jurídicamente, no era sino una especialidad de la contratación civil o de Derecho privado.

Recordemos cómo hacia 1918, en sus conclusiones en el caso *Société d'éclairage de Poissy*, del Consejo de Estado francés, de 8 de febrero de ese año, el comisario de gobierno Louis Corneille, ya apreciaba:

“... Dans tout contrat intéressant le fonctionnement même des services publics, l'Etat ne contracte pas comme un simple particulier. Il ne cherche pas à gérer des intérêts tout restreints, des intérêts d'individualité, des intérêts individuels. Il Contracte pour une collectivité; pour le public, pour les usagers du service public, pour l'intérêt collectif et général. Et alors, toutes les fois qu'il passé véritablement un marché de service public, il fait quelque chose d'autre que ce que fait un contractant ordinaire, un contractant du Code civil ou du Code de commerce. Puisqu'il fait quelque chose d'autre que ce contractant ordinaire, il ne faut pas appliquer à ce quelque chose les mêmes règles qu'aux contrats de droit commun; c'est la logique, et, par suite, c'est le droit. ”De là est née l'idée, qui est la base de

⁶⁹. Bielsa, Rafael, “Algunos principios de Derecho sobre concesiones de servicios públicos”, en Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Público*, t. I - Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 614.

tout le droit administratif moderne, qu'il y a, dans le contrat de service public, une situation juridique différente de celles qui font l'objet du titre des obligations du Code civil, situation qui doit se traduire par des différences de principes".⁷⁰

Ahora bien, más allá de planteamientos a favor o en contra de la sustantividad del contrato administrativo como técnica jurídica, algo que actualmente sigue moviendo a discusiones, en una escala menor –ciertamente–, la evolución hasta hoy del Derecho todo ha ido dejando algo cada vez más en claro, y es que no puede afirmarse que ambas especies contractuales (la civil y la administrativa, o si se quiere la de Derecho privado y de Derecho público) son diametralmente opuestas, por la sencilla razón de que, como fenómenos jurídicos, se estructuran sobre la base de la identidad en ciertas líneas generales, por lo que vienen a ser variaciones de una figura mayor o *genus*: el contrato.

En un sentido actual, el portugués Costa Gonçalves resume un argumento conclusivo, trenzado y asentado hoy en relación con la figura del contrato y su proyección en el ámbito del Derecho administrativo: "O contrato apresenta-se, assim, como uma categoria geral do direito, impõe-se como um conceito ou instituto central da ordem jurídica no seu conjunto, revelando-se um mecanismo suscetível de ser utilizado com vista à produção de qualquer efeito jurídico: assume-se, pois, como um instrumento idóneo para constituir e disciplinar relações jurídicas de natureza muito diferente, quer na área do direito privado (civil, comercial, laboral), quer no campo do direito público (constitucional, fiscal, económico e administrativo); além disso, o contrato encontra aplicação na esfera do direito nacional e europeu, mas também, e aliás em larga escala, na arena do direito internacional. "Enquanto categoria geral do direito, o contrato também pertence ao direito público, e, em particular, ao Direito Administrativo. De resto, a ideia de contrato acabou mesmo por vir a ocupar o centro do universo jurídico-público".⁷¹

70. Hemos consultado las conclusiones de Corneille en el *arrêt Société d'éclairage de Poissy*, del Consejo de Estado francés, de 8 de febrero de 1918, en la reproducción de estas que aparece en: *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger*, tome trentecinquième, XXVe année, 1918, M. Giard & E. Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, especialmente p. 246.

71. Costa Gonçalves, Pedro, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. 1, Com a colaboração de Carla Machado e José Azevedo Moreira, 3ª ed., Edições Almedina, S.A., Coimbra, 2018, p. 12.