

# **El contrato administrativo en el marco general de la Doctrina del Contrato**

José Mélich Orsini

La crisis del individualismo tiene entre sus manifestaciones más relevantes la erosión del dogma de la autonomía de la voluntad como fundamento del contrato.

La contratación laboral, las exigencias nacidas de los modernos medios de transporte, de la organización de los seguros, de la racionalización de las relaciones entre productores y consumidores, de suministros masivos como los de la energía eléctrica, etc., hicieron que el postulado de que la fuerza obligatoria del contrato deriva de la libertad de los sujetos que lo celebran se viera contradicho por la introducción, cada vez más frecuente, de reglas prohibitivas o preceptivas provenientes de un reino antagónico que sólo entiende de autoridad y sumisión, como lo es el Estado. Pero con estas interferencias del intervencionismo estatal, estimuladas por las tendencias de las ciencias económicas y sociales de corregir el desbordamiento del capitalismo, se trató siempre de conciliar sólo los intereses o egoísmos particulares de los polos de la relación contractual o, a lo sumo, de que ellos no contrastaran con el interés general en una sana marcha de la Economía y de la Sociedad.

Las características de la moderna contratación para un estudioso del Derecho Privado se encuadran así dentro de los dos objetivos fundamentales del intervencionismo estatal: la protección de los llamados “débiles jurídicos” o la dirección general de la Economía.

El reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, más allá de lo que los romanos calificaban como Fisco, ha engendrado sin embargo rasgos más dramáticos a esa crisis de la doctrina del contrato tal como ella resulta elaborada a partir del Código Civil, tema este al que los iusprivatistas no hemos prestado la suficiente atención. Esa prédica de que el Estado y los entes políticos que lo componen “son personas jurídicas y, como tales, sujetos de derechos y obligaciones” —como se lee en el artículo 19 de nuestro Código Civil— genera en efecto la indeseable consecuencia de que el contrato haya sido puesto a la disposición de entes que son la personificación del autoritarismo y cuyas relaciones con los particulares se desarrollan esencialmente mediante actos unilaterales, o sea, mediante órdenes, prohibiciones, permisos, que no consultan para nada la voluntad de sus destinatarios, sino que tienen como presupuestos su sumisión.

Esto ha permitido que los entes públicos, con el pretexto de celebrar contratos, hayan generado la aparición de una nueva especie del género “contrato” que escaparía a los criterios universalmente admitidos para caracterizar esta institución, como lo es el llamado “contrato administrativo”. Se ha pretendido así que los entes públicos, al lado de contratos análogos a los que celebraría cualquier particular y que se calificarían de “contratos privados de la Administración”, celebra otra especie de contratos que serían esos llamados “contratos administrativos”.

Fue apenas en 1873, con la emanación del famoso *arrêt* Blanco, cuando el Tribunal de Conflictos francés —estatuído para dirimir las cuestiones planteadas por la regulación de la jurisdicción y de la competencia y fiel al principio tradicional en Francia de que los jueces no están facultados para inmiscuirse en los asuntos de la Administración— postuló que en un contrato celebrado entre un particular y la Administración correspondía al Consejo de Estado, y no a la jurisdicción civil, pronunciarse sobre la responsabilidad civil que pudiera derivarse del alegado incumplimiento del contrato que el particular imputaba a la Administración. Se necesitaron más de treinta años para que

con el *arrêt* Terrier del 6 de febrero de 1903 se consolidara esta idea de la existencia y peculiaridades del llamado “contrato administrativo”. Como lo han señalado los estudiosos del Derecho Administrativo, desde este último fallo del Consejo de Estado, la labor de este órgano de control de la observancia de la legalidad por parte de los órganos de la Administración Pública se concretó cada vez más en diseñar las condiciones que debían concurrir para que un contrato celebrado por una Administración pública debiera ser calificado como “contrato administrativo”, excluyéndolo así del ordenamiento general aplicable a los contratos celebrados por los particulares que establecen el Código Civil y sus códigos o leyes complementarias, régimen que continuaría aplicándose a los que, para distinguirlos de los adjetivados como “administrativos” pasaron a llamarse “contratos de derecho privado de la Administración”. De esta manera, lo que comenzó por ser una cuestión de mera distribución de jurisdicciones, fue convertido por el exclusivo trabajo del contencioso-administrativo en un coto cerrado para quienes todavía creemos en una doctrina general del contrato. Si se me pide observar en qué consiste la peculiaridad de este “contrato administrativo” diría que consiste en la posibilidad para la Administración pública –y por derivación, para los integrantes del “contencioso-administrativo– de sustraerse a la mayor parte de las consecuencias que apareja la celebración de un contrato, pero sin dejar de aprovechar las ventajas que para un ente público se derivan del espejismo que ha conducido a su co-contratante a prestar su adhesión a eso que todavía se califica como “contrato”, adhesión que sí derivaría del ejercicio de su libertad.

¿Cuáles son, en efecto, las características del contrato administrativo?

En primer lugar, cuando se examina la capacidad y la legitimación de un particular para celebrar un contrato, como derivación de esa naturaleza consensual de la institución, el ordenamiento suele tomar en cuenta, bajo la impronta del principio de la buena fe, el comportamiento de los intervinientes en dicho contrato y las apariencias que ellos han creado para decidir acerca de la validez del contrato. Así, en ausencia de incapacidad legal, la incapacidad natural sólo es causal de anulación del contrato cuando haya evidencia de la ausencia absoluta de consentimiento o cuando la naturaleza del contrato y el grave perjuicio que del mismo pueda derivarse para ese contratante privado de discernimiento demuestren la mala fe del co-contratante lúcido que pretendió aprovecharse de su transitorio estado psíquico anormal. Y en materia

de legitimación, a través de una serie de normas especiales, se protegen los intereses de aquél que de buena fe ha depositado su confianza en la aparente legitimación de su co-contratante, tal como ocurre en el caso de quien haya contratado con un heredero aparente o con un mandatario ignorando la muerte del mandante.

Cuando se trate en cambio de un contrato administrativo, la determinación de la legitimación del ente público para celebrar el contrato se concreta a un examen de la legalidad de la actuación del órgano administrativo, hasta el punto de aceptarse en esta materia la llamada Autotutela de la Administración, que permite, en aplicación de procedimientos legales *ad-hoc*, anular por decisión unilateral el contrato cuando el ente público crea apercibirse de haber actuado sin tener la competencia para hacerlo o con infracción de alguna norma constitucional o legal.

La propia formación del consentimiento, que según el artículo 1141 CC venezolano es un requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato, cuando lo referimos en cambio a la formación de la voluntad del ente público necesaria para la celebración de un contrato administrativo, deja de ser un acto libre y se transforma para su conformidad con el ordenamiento en el cumplimiento de un deber de actuar, regulado por estrictas reglas de competencia, por procedimientos concebidos como una secuencia de actos administrativos coligados que van desde el inicial propósito de contratar, pasando a menudo por actos reglados ordenados a la selección del co-contratante, al control previo de la dotación de partidas presupuestarias, etc., según sean las exigencias legales o reglamentarias del caso de especie, hasta llegar finalmente a que pueda tenerse por válido y eficaz ese consentimiento del ente público destinado a integrarse con el consentimiento libre de su co-contratante privado. Como todo este procedimiento es la secuencia de un complejo de actos administrativos, valga decir: de actos unilaterales de órganos de la Administración Pública, se comprende que su regularidad se preste al examen fraccionado de la intrínseca legalidad por separado de tales actos. Esto ha permitido a la jurisprudencia contencioso-administrativa crear la llamada doctrina de los "actos separables". Se trata de actos administrativos que, aunque conciernen a una situación que se predica ser de derecho privado, como lo sería el contrato, son abstraíbles de éste en función de su objeto para ser considerados como actos regidos por el derecho público y dependientes de la jurisdicción

administrativa; y esto, aunque el contrato celebrado por el ente público sea clasificable como un contrato de derecho privado, en la medida en que también en esta especie de contratos la formación de la voluntad del ente público debe entenderse sometida a procedimientos regidos por el derecho público. La “doctrina de los actos separables” ha servido para que la jurisdicción contencioso-administrativa haya admitido que inclusive terceros a la relación contractual concluida entre el ente público y el particular, cuando tengan un “interés legítimo, personal y directo” en la anulación de alguno de estos actos separables, puedan solicitar ante ella la anulación de cualquiera de estos actos que han servido de soporte a la voluntad de contratar por parte del ente público, con la consecuencia de que si se declarare su nulidad por ilegalidad o por exceso de poder, se produciría como indefectible efecto la extinción del contrato.

Como es fácil de comprender, esta construcción sobre la formación de la voluntad del ente público afecta no sólo el principio del consensualismo en la formación de los contratos, sino también el de la relatividad de los contratos y como veremos más adelante, el llamado “ius variandi” como prerrogativa del ente público en los contratos administrativos que descalabra también el principio de la intangibilidad de los contratos, que conjuntamente con el de la buena fe, constituyen, según Henri De Pagé, “los cuatro principios fundamentales del derecho contractual moderno”.

La materia de los vicios del consentimiento, que todos los códigos civiles tratan con referencia a la sanidad del consentimiento que hayan prestado ambas partes en la relación contractual, es referida en la teoría del contrato administrativo exclusivamente a la regularidad de la formación de la voluntad del ente administrativo, sea para pronunciar la nulidad del contrato por “falta de base legal” cuando el sujeto que actúa por el ente público haya incurrido en un error en los motivos o error de hecho, sea para pronunciarla bajo el rubro de un “error de derecho” concebido éste como una derivación de la idea de “exceso de poder”. Lo mismo ocurre en el caso de la violencia. Pero no hallaremos en ningún tratado sobre el “contrato administrativo” un desarrollo sobre la posibilidad de que sea el co-contratante del ente público quien pueda solicitar la declaratoria de la nulidad del contrato cuando su consentimiento sea el que haya sido la consecuencia de un error o de dolo, y ni siquiera en este último caso si hubiera pruebas de que el ente público tuvo consciencia de las

maquinaciones de un tercero dirigidas a provocar su error; así como tampoco si ese consentimiento suyo le hubiera sido arrancado con violencia. La Administración resultara incólume, salvo el caso de que su co-contratante pueda ejercer contra ella un recurso por exceso de poder, caso en el cual el interés jurídico protegido resulta ser nuevamente el de la legalidad o regularidad de la actuación del ente público.

Otro elemento esencial para la existencia de un contrato según el citado artículo 1141 C.C. venezolano es que éste verse sobre una materia que puede ser objeto del mismo. Para los tratadistas de derecho privado ello tiene relación con el contenido del contrato, o si se prefiere, con la posibilidad natural o jurídica, la determinabilidad y la licitud de las prestaciones que a cargo de una o de ambas de sus partes establece el concreto contrato. Este elemento, unido a lo que ese mismo artículo llama una causa lícita y que enuncia como el tercer elemento esencial para la existencia de un contrato, es lo que ha permitido la configuración de la serie de contratos típicos o nominados que presentan los códigos civiles o comerciales, a la vez que las calificaciones que, a falta de ello, se construyen por los jueces o por la doctrina para insertar concretos intentos de contratación en un conjunto de reglas orgánicas que permitan su interpretación e integración para derivar los efectos jurídicos de tales intentos. Ahora bien, si la doctrina de los contratos administrativos usufructúa tales logros, pues ella no rechaza los conceptos de “contratos de obra”, “contratos de suministro”, “contratos de servicios”, “contratos de compraventa”, etc., esa misma doctrina ha subordinado todos estos conceptos a la idea de la concurrencia de otra especie de “causa”, consistente en la finalidad de realizar un “servicio público”, o más ampliamente, de satisfacer un “interés general o público”, perseguido por la parte sustraída en razón de ello a las solas reglas del derecho privado de los contratos. Esa “causa” se identifica con lo que con manifiesta imprecisión se llama la “función administrativa”. Esto ha permitido a la jurisdicción contencioso-administrativa, espoleada por los doctrinantes del derecho público, extender progresivamente el ámbito inicial del llamado “contrato administrativo”, de manera que este concepto arropa hoy no sólo a los “contratos de obras públicas”, de “concesiones de bienes o servicios públicos”, o de “suministros para el funcionamiento de entes de la Administración”, etc., sino inclusive contratos celebrados entre dos particulares cuando uno de ellos actúe “en función administrativa” o por “delegación de un ente público encargado de la actuación de un interés público o general”:

Si más allá de la amplitud del intervencionismo estatal en protección de los intereses de los llamados débiles jurídicos o en razón de su vocación contemporánea a dirigir la economía a través de la emisión de planes periódicos, intervencionismo que ningún jurista osa hoy declarar improcedente, se reflexiona en la ubicuidad del Estado como gestor del “interés público o interés general” resulta obvio que la jurisdicción contencioso-administrativa goza del arbitrio de extender ilimitadamente el ámbito del llamado “contrato administrativo”, en desmedro de los principios generales y tradicionales que caracterizan el derecho privado de los contratos. La interferencia del derecho público en los contratos no encuentra ni siquiera el límite que debería resultar de ser ambas partes personas jurídicas de derecho privado. Bastará, en efecto, con decir que una de ellas haya actuado “en función administrativa”, dada esa ubicuidad del Estado a que nos referimos. Los privatistas conocemos el uso de esta idea de “contrato-función” que deriva en la práctica en la atribución al juez de una gran libertad de acción que le permita atribuir al contrato efectos que no se vinculan a las reales voluntades de las partes que han celebrado el contrato, esto es, “al propósito e intención de las partes” de que habla nuestro artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, sino que derivarían de la postulada finalidad implícita y superior en todo contrato de realizar un orden económico socialmente deseable. Sólo que aquí, en el ámbito del llamado “contrato administrativo”, se trata de darle con ello al concreto contrato una interpretación que no se conoce sino “a posteriori”, cuando el tribunal, al indagar sobre la concreta situación de hecho, decida calificar como “público” el interés de una de las partes contratantes para aplicarle así las consecuencias favorables a tal parte que se derivan de ese promiscuo concepto de “contrato administrativo”.

De esta manera, la simple venta de las acciones de un banco (del Banco de Venezuela) en que unos particulares actuaron como vendedores y una empresa pública operó como comprador, en que los vendedores alegaban que su consentimiento les había sido arrancado por violencia y mediante maquinaciones dolosas de los propios representantes de la empresa estatal compradora (FOGADE), fue declarada como “contrato administrativo” por nuestra Corte Suprema de Justicia para así declarar inadmisibles las acciones de nulidad por los vicios en el consentimiento de los supuestos vendedores, con el argumento de que la causa de tal contrato debía entenderse dirigida a realizar “funciones de garantía y protección bancaria, destinadas a garantizar los depósitos del

público, restablecer la liquidez y solvencia del sistema bancario y ejercer la función del liquidador” (casos Inversiones Tolken C.A. y otros vs. FOGADE del 30-09-98, José Alvarez Stelling y otros vs. FOGADE del 30-09-98). Y esto, no obstante que la realización de la pretextada “función administrativa” está sometida por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras a un preciso procedimiento administrativo (artículo 254) que habrían tenido que cumplirse previamente a la celebración de tal contrato, si efectivamente la predicada “causa” del mismo hubiera sido la que le asignó nuestra Corte Suprema. Un examen desprejuiciado de los hechos pone de manifiesto que la calificación de “contrato administrativo” fue otorgada por la Corte con el único objeto de hacer una singular aplicación de la llamada “doctrina de los actos separables” y con la finalidad específica de declarar una caducidad que tendría por efecto desconocer los lapsos de prescripción de las acciones de nulidad aplicables según el Código Civil y el Código de Comercio.

Como se sabe, esa doctrina de los actos separados ha sido una creación del Consejo de Estado francés. En efecto, a fines del siglo XIX se adoptó la idea de que los actos administrativos unilaterales (actos administrativos de efectos particulares, se los llama entre nosotros) que han servido de base al ente público que ha celebrado un contrato deben reputarse indisolublemente incorporados al mismo como partes de un todo y, con apoyo en ello, se juzgaba que estos actos no podían ser objeto de un recurso de anulación por exceso de poder, dada la existencia de un recurso paralelo ante el juez del contrato. Esta concepción fue abandonada a comienzos del siglo XX, en que, atendiendo primero a la situación del tercero que, por no poder invocar un derecho subjetivo no tenía acceso al recurso contencioso de plena jurisdicción y contra el cual no se podría invocar la existencia de un recurso paralelo, se creó la doctrina de los actos separables para permitirle a los terceros que no podían invocar un derecho subjetivo por no ser parte en el contrato administrativo, sino un mero interés en su anulación, ejercer el recurso por exceso de poder ante el contencioso de anulación contra los actos administrativos decisorios o de trámite que han determinado la concurrencia de la voluntad del ente público de celebrar el contrato o de su ejecución. Más tarde, se desechó esta técnica llamada de actos “subjetivamente separables”, para admitir que no había razón de distinguir entre los terceros y las partes en cuanto a la admisibilidad de impugnar con un recurso por exceso de poder esos actos “subjetivamente separables”.



La doctrina de los actos separables permite, pues, un recurso de nulidad dirigido contra los actos administrativos de efectos particulares que han determinado la conclusión del contrato o que se refieren a su ejecución, lo cual en caso de dar lugar a una sentencia que, al declarar la nulidad por ilegalidad del acto administrativo así anulado con efectos de cosa juzgada, tendrá como consecuencia la nulidad del contrato. Como el sistema venezolano del contencioso-administrativo no es idéntico al francés, sino que distingue entre “demandas contra los entes públicos” y “juicios de nulidad contra actos de efectos generales (leyes, reglamentos, ordenanzas, etc.) y contra actos de efectos particulares” (actos administrativos unilaterales), a nuestra Corte Suprema de Justicia le ha parecido obvio incluir en esta última normativa procesal la doctrina de los actos separables, aun si el legislador ha decidido que se sustancien por el procedimiento de las demandas contra los entes públicos, “las demandas de nulidad, por ilegalidad o inconstitucionalidad, de contratos o convenciones celebradas por la Administración Pública, intentada por personas extrañas a la relación contractual, pero que tengan un interés legítimo personal y directo en la anulación de los mismos” (art. 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). De esta manera, nuestra Corte Suprema de Justicia, en los aludidos casos de las demandas de nulidad de los contratos de venta de las acciones del Banco de Venezuela a FOGADE, luego de atribuirle a tal contrato la calificación de “contrato administrativo”, ha utilizado la “doctrina de los actos separables” para decidir que, por haber sido tal contrato, en lo que se refiere a FOGADE (entidad de la Administración Pública Descentralizada), producto de actos administrativos separables, como lo serían los que concurrieron para la formación de la voluntad contractual de tal ente público, para la admisibilidad de la acción de nulidad por el error, dolo o violencia invocadas por esos co-contratantes privados (sometida por nuestro Código Civil a un lapso de prescripción de cinco años) o inclusive de la acción de nulidad por ilicitud de la causa que también invocaran esos co-contratantes privados (que nuestra jurisprudencia civil considera sometidos como toda acción personal que no tenga un especial lapso de prescripción diferente a una prescripción de diez años) habría sido necesario que tales co-contratantes de FOGADE hubieran impugnado previamente la nulidad de esos actos administrativos separables que concurrieron a la formación de la voluntad de FOGADE, los cuales tendrían que reputarse investidos de la presunción de legalidad sólo desvirtuable –según rezan estas sentencias– “por la declaratoria de nulidad absoluta de tales actos que haga la propia Administración o por la sentencia de un juez competente

para pronunciarse sobre la validez de tales actos, dentro del procedimiento de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares”. Como el artículo 134 de la citada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece un lapso de caducidad de seis meses a partir de su publicación para el ejercicio de ese recurso de nulidad contra los llamados “actos de efectos particulares”, y a pesar de que esa misma norma establece que la excepción de ilegalidad de tales actos es siempre oponible, esas mismas sentencias, mediante esta sutil referencia a la doctrina de los actos separables, consideraron caducadas las acciones civiles de nulidad contra los calificados por ella “contratos administrativos”, reduciendo así a un lapso de caducidad de seis meses los lapsos de prescripción de cinco y de diez años que habrían sido los aplicables a un contrato celebrado entre dos particulares. Cabe observar todavía que, aun si la Corte hubiera calificado esos contratos como “contratos de derecho privado celebrados por un ente público” (calificación que en rigor habría cabido por las circunstancias específicas del caso), la manipulación de la doctrina de los actos separables le habría permitido llegar a un resultado similar. La doctrina de los vicios del consentimiento y de las acciones de nulidad a que ellos dan lugar, en protección a quien haya prestado su consentimiento bajo el influjo de alguno de tales vicios, debe considerarse así, radicalmente excluida según estos fallos de nuestra Corte Suprema en lo que respecta a cualquier género de contrato administrativo o no, que celebre un ente público.

Pero de la calificación del contrato como “administrativo” se derivan todavía, según un laborioso proceso de marchas y contramarchas que no cabe resumir aquí, ciertas conclusiones que es necesario tener presente. La “función administrativa” asignada al contrato, mero reflejo de la irrenunciable posición de soberanía que el Estado ejercería a través del ente en quien haya delegado el ejercicio de tal función, lleva a que tal ente tenga la potestad de extinguir anticipadamente el contrato cuando considere haber cesado el interés público que lo motivó para celebrar el contrato; que pueda modificar las cláusulas del mismo (*ius variandi*) para adaptarlo a los vaivenes de ese “interés público”, que le correspondan como prerrogativas derivadas de ese mismo “interés público”, la potestad de interpretación del contrato, el control y dirección de la gestión de la que ha encargado a su co-contratante privado, etc. De hecho, todas estas prerrogativas son ejercidas mediante actos unilaterales que configuran en sí mismos actos administrativos que causan “estado”, o sea, una

situación jurídica de aparente legalidad frente a la cual al co-contratante privado no le queda más remedio que esperar lo que decida la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando esté inconforme con ello y siempre que ejerza oportunamente el recurso por ilegalidad o exceso de poder.

Como se ve, no se trata en todo eso de simples excepciones al principio **pacta sunt servanda** que rige en materia de contratos entre particulares –como las que el dirigismo contractual ha establecido en nuestros días para mitigar las desigualdades de hecho entre contratantes privados o para impulsar a éstos a armonizar sus intentos prácticos con los intereses de la economía que el Estado reputa deseables socialmente– sino de algo mucho más profundo: de la idea de que la soberanía estatal no puede entenderse en absoluto subordinada a los intereses puramente privados del co-contratante. Se comprende por eso mismo que no quepa considerar en estos contratos una acción de resolución del co-contratante por imputación al ente que actúa en esta llamada “función administrativa” de una falta o incumplimiento a sus deberes contractuales, ni pueda excusarse tampoco de cumplir sus propias obligaciones mediante la oposición de una excepción **non adimpleti contractus**.

Es cierto que los teorizantes del contrato administrativo no han ignorado totalmente la protección de ese otro contratante subordinado. No podría hacerlo, si cuando el ente público acude a la técnica contractual aspira a sonsacar la libre adhesión de la voluntad de su co-contratante, enmascarando así por un momento la técnica autoritaria que caracteriza las actuaciones del Derecho Público. Se le reconoce pues al co-contratante bajo ciertas condiciones la posibilidad de obtener una indemnización por los daños que le causen esas actuaciones unilaterales del ente que actúa en “función administrativa”, pero ese derecho a ser indemnizado ¿tienen realmente su origen en una responsabilidad contractual?

La naturaleza de este derecho del particular perjudicado, por no poder exigir el cumplimiento del ente público no obstante la supuesta vinculación contractual de éste a tal deber de cumplimiento y tener que resignarse a un resarcimiento del perjuicio que le causa la conducta fáctica de tal ente, parece más bien ser de naturaleza estrictamente extracontractual. En efecto, cuando la conducta del ente se ajusta plenamente a la legalidad por derivar del deber de éste de realizar el interés general, ¿no será más bien un principio inspirado en

el mismo sentimiento de justicia conmutativa que ha dado lugar al reconocimiento del enriquecimiento sin causa, tendiente a corregir la desigualdad de hecho que se produciría entre los integrantes de la sociedad cuando se sacrifica el interés particular del co-contratante en aras del interés general, generando así una situación de desigualdad en la distribución de las cargas públicas si la Administración no indemnizara a su co-contratante que se ha visto forzado a soportar el incumplimiento del ente, lo que ha llevado al reconocimiento de ese llamado principio del equilibrio o intangibilidad de la ecuación económica del contrato” por causa de una ruptura unilateral del contrato o del ejercicio del **ius variandi**?

Cuando en cambio la conducta del ente pueda calificarse como contraria al principio de la legalidad administrativa, la exclusión de la posibilidad para fundar en ello una acción de resolución del contrato o la excepción **non adimpleti contractus** por parte de su co-contratante no es igualmente algo que deriva de ese mismo principio constitucional de todo Estado moderno que impone la igualdad ante las cargas públicas, lo que exigía que la condena a la reparación del daño así causado al co-contratante sea distribuida luego a través del sistema tributario entre todos los integrantes del cuerpo social, como lo exige el principio de la justicia distributiva?

Como se evidencia de lo dicho hasta aquí, no hay en este llamado “contrato administrativo” casi nada de lo que suele evocar para un civilista la expresión contrato. El desarrollo de la idea de soberanía, inherente a la personificación de los intereses generales de la sociedad en el Estado, y una serie de accidentes de índole puramente procesal han bastado así para atentar contra el núcleo mismo de lo que debe llamarse con propiedad un contrato. Este concepto, que alcanzó su mayor perfección a través del trabajo que los civilistas hicieron a partir de los grandes filósofos iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII y, sobre todo, como consecuencia de la promulgación del **Code Civil**, es verdad que ha venido experimentando una constante crisis desde finales del siglo XIX hasta nuestros días como consecuencia de las relaciones entre trabajadores y patronos y entre productores y consumidores, pero me atrevería a decir que ninguna manifestación de tal crisis merece más atención que ésta derivada de las relaciones de los particulares con los entes públicos. Ante la incesante presión que ejerce la moderna economía de mercado sobre la propia Administración Pública, ésta se ha visto en la necesidad de buscar cada vez con mayor

frecuencia un consenso entre el interés público, del que asume ser única depositaria, y contingentes intereses privados.

Esta adjetivación de ciertos intereses como “privados” deriva de una expresión latina que significa algo “propio” o “particular”, y la tendencia dominante, sobre todo a partir del auge de ideologías solidaristas, han sido identificarlos con manifestaciones puramente egoístas. Las realidades sociales contemporáneas han ido matizando sin embargo tal perjuicio. Intereses privados, en relación con el interés general por antonomasia cuya representación ejerce el Estado Soberano, son también, en relación con este último, otros intereses colectivos, como lo pone de relieve la necesidad de que el primero busque a menudo el consenso de otros entes públicos territoriales o no, que, con respecto al Estado gozan de autonomía, pero que estarían subordinados a su soberanía. Ello ha dado origen a unos nuevos tipos de contratos que los administrativistas caracterizan como “contratos interadministrativos”, en algunos de los cuales ambas partes persiguen intereses colectivos de igual índole y en otros de ellos tan solo una de tales partes sería el titular del interés público y la otra actuaría como un mero cooperador, contratos estos en los cuales la interferencia de las normas del Derecho Público se hace todavía más palpable en función de la contingente jerarquía de los intereses que se adjetivan como “generales” o como “privados” (en cuanto “propios”; pero si se prefiere decirlo así: “menos generales”) de los entes que en el concreto contrato intervienen.

En presencia de la matización a que ha lugar la solicitud del consenso de “intereses privados”, así ampliamente entendidos por parte del órgano encargado de la realización del “interés público” del caso, se nos hace nuevamente necesario revisar lo que tradicionalmente hemos considerado como la función del contrato. Tal función, como se resume en el concepto de “causa del contrato”, ha sido entendida hasta ahora por nosotros como **actividad de control social ejercida por el Estado** —único depositario de la potestad de imponer sanciones, sin lo cual no existiría orden jurídico— para armonizar y conferirle estabilidad social a los contrapuestos intereses de las partes que realizan un intento positivo de crear entre ellas un orden jurídico privado.

Si nos atuviéramos en cambio a la experiencia de todos los sujetos económicos comprobaríamos que solo la lealtad a los comportamientos recíprocamente asumidos por tales sujetos les trae en la práctica ventajas, pues la violación a

tal deber de lealtad haría que se frustraren sus sucesivos intentos de obtener la cooperación de aquellos a quienes vaya dirigida su necesidad de solicitud de consenso. Es fácil comprender entonces que —excluyendo el ámbito de las relaciones sociales en las que el Estado puede actuar eficazmente para realizar intereses públicos a través de actos unilaterales autoritarios— la espontánea actuación de los agentes reales que en la economía conforman lo que se ha llamado “la mano invisible del mercado” y a los que la sociología condiciona los efectivos logros de una conducta guiada por intereses exclusivos de su agente, es lo que determina cada vez con mayor frecuencia la tentación de los órganos del Poder Público de acudir al contrato como instrumento de realización de la “función administrativa”. La utilización de la técnica contractual por los entes públicos se nos muestra, pues, no como un medio de control social de los intentos prácticos, a fin de armonizar y dar estabilidad a esos intereses en juego; pero tampoco como un acto de mera condescendencia hacia el sujeto privado cuyas conductas se requieren, sino como **una urgencia emanada de la realidad socio-económica contemporánea internacionalizada**, que frecuentemente no puede manejarse con puros criterios de autoridad.

Por todo esto, sin pretender con ello llegar al otro extremo de la concepción iuspublicista que tiende a desnaturalizar la idea de contrato, arrojando al contratante de un ente público en el reino de las incertidumbres que emerge de las arbitrarias construcciones del contencioso administrativo, guiadas tan solo por perjuicios emanados de una simplista identificación de los intereses generales con los apetitos de los agentes reales de la Administración Pública, creo llegada la hora de que también los juristas con vocación al derecho privado reflexionemos sobre la **necesidad de reelaborar un derecho común de los contratos**. La recuperación del papel que le corresponde al contrato en la preservación de la identidad de la sociedad civil frente al autoritarismo del Estado hace de ello una tarea urgente para todo jurista, cualquiera que sea la disciplina de su preferencia.