

EN TORNO AL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Universidad Católica de Valparaíso

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Al entrar en el análisis del contrato administrativo vemos como en él se condensa la problemática del Derecho Administrativo. Exige, en primer lugar, una posición respecto de ciertos principios fundamentales de esta rama del derecho. Así por ej.: la relación que existe entre la Administración Pública con la norma jurídica, o sea, con el principio de la legalidad; la teoría de las potestades administrativas; la determinación de la existencia o no, dentro de la contratación administrativa, del principio de la igualdad jurídica de las partes; determinar la autonomía y sustantividad de el Derecho Administrativo respecto del Derecho Civil, etc.

En segundo lugar, se puede decir, como principio, que la elaboración de una teoría general del contrato administrativo proporciona una medida adecuada del grado de evolución en que se encuentran los sistemas jurídico-positivos en materia administrativa pública, ya que siempre estos dos aspectos han seguido una misma línea de evolución, desarrollo y madurez¹.

En un análisis global del ordenamiento jurídico administrativo chileno, pareciera que no existe este grado de

¹ Ver. R. ENTRENA CUESTA, *Derecho Administrativo*. Parte especial, p. 247; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Figura del Contrato Administrativo*, en *RAP*. N° 41, p. 110; S. Martín RETORTILLO, C., *La Institución Contractual en el Derecho Administrativo*, en *RAP*. N° 29, pp. 60 a 65.

concordancia. La legislación y los principios doctrinales, que aún cuando no han alcanzado un grado de desarrollo óptimo, configuran un sistema administrativo y jurídico coherente. Por ej.: La organización de los organismos públicos a través de sus leyes orgánicas; El sistema de regionalización nacional; La reglamentación del dominio público; La organización contralora y financiera, etc. Pero, por otra parte, debemos reconocer su gran deficiencia, como es la falta de tribunales administrativos, establecidos en la Constitución Política del Estado del año 1925, art. 87 y sin que jamás se haya dictado la ley reguladora de su funcionamiento y organización. La falta de estos tribunales ha impedido que con sus fallos se aporte una real doctrina nacional dentro del Derecho Administrativo. Además, aún no se ha logrado una cierta claridad en lo que respecta a la contratación administrativa. Sólo en lo que se refiere a determinados estatutos que son aplicables a ciertas actuaciones de la Administración Pública, existe tal regulación. Así, el Decreto 1.340 de 1966 del Ministerio de Obras Públicas, que aprobó el reglamento de contratos de obra pública y sus posteriores modificaciones, o, el DFL 353 de 1960 que regula las atribuciones de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, incluido el contrato de suministro a la Administración Pública. Pero existen también ciertas situaciones análogas en las cuales se desconocen los principios aplicables, o donde no existe norma reguladora, con lo que se crea una gran confusión y obscuridad en la figura del contrato administrativo. De ahí, que sea necesario a nuestro entender la elaboración de un cuerpo orgánico que condense en sus normas todo un sistema de contratación del Estado.

Esta referencia a la situación chilena es para dejar en claro que el principio señalado anteriormente no se puede sentar como regla general y tal es así, que esta problemática sigue siendo polémica en la bibliografía jurídico-administrativa de los países que más han estudiado sobre la materia ².

² Ver P. STAINOV, *La Théorie des Contrats Administratif et le Droit Socialiste*, en *Revue de Droit publique*. Marzo-abril 1966, Paris.

2. LA AUTONOMIA

A consecuencia de la intromisión del Estado en todo el sistema contractual, la actividad administrativa pública crece y absorbe una serie de funciones que para su realización se inspira, construye y desarrolla conforme a las realidades del Derecho Privado, especialmente en el campo patrimonial. Ahora bien, en la medida que aceptamos la autonomía del ordenamiento administrativo, se tiende y de hecho se produce, un proceso de singularización o de elaboración de normas propias y también peculiares, que no tienen cabida dentro del marco del Derecho Civil, y que a nuestro entender, constituirían una de las formas de diferenciación, en un grado de consecuencia y no de causa, de los contratos civiles y los contratos administrativos. Pero reconocemos que el contrato administrativo conserva el esquema tradicional del contrato, cuya elaboración, como tal, responde a los principios y presupuestos del Derecho Civil. Así, sus elementos esenciales, su técnica jurídica siguen al contrato civil, pero su régimen jurídico, su fondo, está constituido por particularidades del Derecho Administrativo³.

El Derecho Administrativo se ha constituido como un Derecho autónomo que se autointegra sin necesidad de recurrir a ningún otro ordenamiento. La Administración al emplear las técnicas jurídico-privadas les introduce una cierta singularidad, o como dice don Eduardo García de Enterría, una cierta modulación de acuerdo con el distinto juego de intereses que en la relación jurídico administrativa se ventilan, que debe estar presidida por principios propios^{4, 5}.

³ Ver A. DE LAUBADÉRE, *Traité théorique et pratique des Contrats Administratifs*, tomo I, p. 56, París (1967).

⁴ Ver Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Figura del Contrato Administrativo*, en *RAP*. Nº 41, p. 112 y ss.

⁵ Para un estudio de la relación Derecho Civil-Derecho Administrativo, ver S. MARTÍN RETORTILLO, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*. Instituto García Oviedo, Sevilla (1960).

En España, con la Ley y Reglamento General de Contratos del Estado, concebidos como un código general de contratación, se debe entender que este ordenamiento administrativo autónomo es también aplicable en materia contractual, lo que significa que si el contrato es administrativo, en caso de silencio contractual o legal, son los principios y leyes administrativas generales, los que deben actuar como supletorios. Esta solución está prevista en el art. 4 Nº 2 de la Ley de Contratos del Estado. El Derecho Civil queda como Derecho supletorio de último grado y no como supletorio inmediato de la normativa propiamente administrativa.

La realidad jurídica, es que la Administración contrata, y que en Derecho Administrativo, el Contrato Administrativo es una realidad. En Alemania, donde se duda de la existencia de él, Forsthoff nos dice que negar el Contrato Administrativo es negar esa realidad⁶.

A la vigencia de la figura se oponen ciertas dificultades para su construcción dogmática. Se dice que el acuerdo de voluntades con fuerza vinculante se opone al principio de la potestad administrativa, por el cual la Administración no puede vincularse como titular del poder soberano al cumplimiento rígido de sus contratos; además que coordinación de intereses, reciprocidad e igualdad de las partes, no existen en un contrato administrativo de igual manera que en Derecho Civil, sino que existe una subordinación de una de las partes que actúa con poderes exorbitantes, como es el caso de la Administración. El principio de la autonomía de la voluntad también se quiebra, pues la Administración tiene su voluntad vinculada a la ley, y el cocontratante que no participa de la elaboración del texto contractual elaborado.

Por ello, se dice, o que se trata de contratos privados que celebra la Administración como cualquier otro particular, o se trata de actos administrativos unilaterales necesi-

⁶ Ver E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 125. Traducción española, Madrid (1958).

tados de aceptación para su eficacia. Esta ha sido fundamentalmente la postura de la doctrina alemana bajo la influencia de Otto Mayer⁷. Otro sector de la Doctrina Italiana se inclina por la solución privatística y entiende que los contratos de la Administración son de naturaleza privada⁸. La antigua doctrina francesa trató de enmarcar la figura en la teoría del acto-condición, que consiste en hacer aplicable a un individuo que realiza el acto, una situación jurídica previamente establecida, lo que daría tal naturaleza al acto celebrado entre la Administración y el particular⁹.

3. EL ORIGEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La figura del contrato administrativo tiene un origen procesal¹⁰. La existencia de una jurisdicción especial administrativa determinó que cierto grupo de contratos en que participa la Administración fueran considerados como especiales en razón del fuero de ella.

Esta reserva de jurisdicción se conecta a los orígenes del Derecho Administrativo Moderno y, en concreto a la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. Esta distinción aparece formulada en Francia, con la distinción entre actos de poder público y actos de gestión. En los primeros, la Administración actúa como titular del poder pú-

⁷ Ver Otto MAYER, *Instituciones de Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, p. 127 y ss. Traducción española, Buenos Aires (1949).

⁸ Ver G. ZANOBINI, *Corso de Diritto Amministrativo*, tomo IV, p. 147 (1964); RANELLETTI, *La garanzia de la Justicia Administrativa*, p. 251, Milano 1958.

⁹ Ver G. JEZE, *Principios Generales de Derecho Administrativo*, tomo I, p. 48 y ss., Buenos Aires (1950).

¹⁰ Ver R. PARADA VÁSQUEZ, *Los Orígenes del Contrato Administrativo en el Derecho Español*, DA. N° 110; *La lucha de las jurisdicciones por la competencia sobre los contratos de la Administración*. Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas, tomo III-1, Madrid (1961).

blico, dotada de su Imperio, revestida de soberanía; en los segundos, la Administración se despoja de su poder, se pone a nivel de los particulares y actúa como simple sujeto de derecho. Los primeros, jamás engendran situaciones contractuales, son actos de poder unilateral; los segundos reflejan una situación contractual.

La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión encerraban ya un planteamiento de distinción entre acto y contrato, como las dos vías de actuación administrativa en Derecho. De los actos administrativos únicamente podía conocer la autoridad administrativa; de los actos de gestión conocerán los tribunales, asimilándose a actividades de tipo privado.

Entre las situaciones contractuales en que la Administración actúa como parte, existen tres figuras que a pesar de ser actos de gestión van a quedar excluidas de la jurisdicción ordinaria. Ellos son: Los contratos de compraventa de bienes nacionales y los contratos o concesiones de obra pública. La razón fue que en ellos se pretendía una cierta estabilidad, que se vería comprometida por revisiones judiciales.

Es así, como estos contratos se atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que implica no sólo un fuero especial, sino también la aplicación de distintas reglas de fondo. Ej.: en materia de interpretación, garantías, etc.

En relación a los contratos de obra pública, estos integran la competencia de las autoridades y tribunales administrativos. La autoridad administrativa es la única competente para decidir e interpretar los proyectos y contratos de obra pública, en todo lo que se refiere a la naturaleza y alcance de los derechos que de ellos resultan¹¹. Se declara la competencia administrativa para conocer de todos aquellos asuntos formulados por terceros que hayan sufrido daño por la ejecución de las obras, así como para conocer las reclamaciones y alcance de las obligaciones que

¹¹ R. PARADA V. (Nº 10). En estudio en Homenaje a Jordana de Pozas, p. 215.

el contratista celebre con terceros¹². La calificación de un contrato como administrativo, se hará entonces por un criterio de división de competencias y serán los Tribunales Administrativos los que vengan a determinar la naturaleza de los distintos contratos.

En un primer momento, este régimen excepcional se entendió como una excepción al Derecho Civil que regulaba toda materia contractual. Era un contrato "sui generis" al que se le aplicaban estas normas especiales, pero a falta de ellas regía el Derecho Civil.

Con la independencia que adquiere el Derecho Administrativo, se va reconociendo la existencia autónoma de esta figura. Así vemos cómo la Administración va adquiriendo una posición de privilegio en el seno del contrato, se le reconoce la posibilidad de decisión unilateral y ejecutoriedad de sus acuerdos, posibilidad de ejercitar sus propias decisiones, todo lo cual va a ir dándole al contrato administrativo una mayor sustantividad.

La jurisdicción contencioso-administrativa supuso un régimen de excepcionalidad, de peculiaridad de estos contratos, lo que fue una mera calificación adjetiva; se convierte en una sustancia, en una figura con una regulación de fondo y con la existencia de derechos y obligaciones propios e independientes. Surge el contrato administrativo caracterizado por los poderes cuasi judiciales de una de las partes.

Se debe reconocer si, que junto a este nacimiento procesal del contrato administrativo, fueron circunstancias de oportunidad y conveniencia práctica las que dieron lugar a esa distinción de jurisdicciones¹³.

¹² Conseil d'Etat, 9 de marzo 1853, "arrêt" Gastellier.

¹³ "Si fueran jueces ordinarios —escribirá Colmeiro— los llamados por Ley a sentenciar las demandas y reclamaciones promovidas contra el interés público, entorpecerían la marcha rápida y eficaz de la Administración. Tan clara es esta doctrina que desde muy antiguo se acudió al establecimiento de Juzgados privativos como un medio de excluir a la Administración del Fuero común y librarla del yugo de los tribunales ordinarios". Cit. por VILLAR

4. DESLINDES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Respecto a la existencia misma de la figura, se debe diferenciar el contrato del acto administrativo que a veces adopta un cariz contractual. Se trata de plantear cómo se ha entendido la distinción acto-contrato.

4.1. LA DOCTRINA NEGATORIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Esta doctrina tiene su máximo defensor en la persona de Otto Mayer. Su obra está estructurada sobre la categoría del acto administrativo, como expresión de que el Estado ordena siempre unilateralmente, solo actúa por actos. El contrato va a ser una categoría que no se puede aplicar al Derecho Administrativo, pues él implica una igualdad jurídica de las partes contratantes. En cambio, la Administración siempre va a actuar en una posición de supremacía. Los contratos administrativos son actos, que para su eficacia necesitan del consentimiento del interesado. Para Mayer, la Administración no puede celebrar contratos con los particulares respecto a la realización de funciones que son atribuidas esencialmente a los entes públicos por el ordenamiento jurídico-administrativo y que se cumplen en el ejercicio de la voluntad soberana; la Administración va a actuar solo a través de actos administrativos¹⁴.

Esta teoría ha mantenido su influencia en la actual doctrina alemana, que aún hoy discute la existencia o no de la figura del contrato administrativo.

4.2. LA TEORIA DE LAS "COSAS QUE ESTAN FUERA DEL COMERCIO HUMANO"

Se acepta por esta teoría una actuación limitada de la actividad contractual de la Administración. La restringe solo, en aquellos casos en que el objeto del contrato es una

VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo*. Parte General, tomo II, p. 219, Madrid (1974).

¹⁴ Ver OTTO MAYER (Nº 7), tomo I, p. 128 y ss.

prestación valorable económicamente. Así, se acepta la figura contractual cuando la Administración actúe en una economía de mercado, pero dentro del ámbito de funciones públicas. O sea, dentro de la competencia que le es propia, no se acepta tal actuación. La razón es que constituye una cosa que está fuera del comercio humano, materia en que la Administración actúa siempre por actos administrativos.

4.3. TEORIA DEL CRITERIO DISCRECIONAL

Esta teoría está basada en el principio de la autonomía de la voluntad. Debe existir en el contrato una libertad de actuación para determinar las cláusulas de él. Ocurre, que la Administración tiene su voluntad vinculada a la ley, lo que implica que en ciertos casos no puede adaptarse a las reglas del juego contractual. Pero nada se opone que la Administración contrate en aquellas materias en que goza de una cierta libertad, o potestad discrecional.

4.4. TEORIA DEL ANALISIS PARTICULAR

Plantea esta teoría, que no pueden aplicarse conceptos ni teorías de índole general. Tanto acto como contrato, son caminos por los que se puede encauzar la actividad administrativa. Para una posible solución del problema de la calificación acto-contrato, se debe acudir al caso concreto y al momento en que se actúa. Así, el contrato surge y recibe su valor, de la voluntad de las partes y tiende a un interés establecido en su contenido; el acto surge de la actividad administrativa que ejerce una potestad y encierra un interés normativo¹⁵.

Pensamos que el contrato puede ser conceptualizado como un acuerdo de voluntades que produce determinados efectos jurídicos. Ahora bien, aquellos que niegan la existencia del contrato administrativo en razón de que no existen ciertos atributos propios de la contratación en general,

¹⁵ Para un estudio en profundidad, ver IVES MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*. Librairie General de Droit et Jurisprudence, Paris 1971.

tales como, la libertad o la igualdad de las partes, asegurando que si tales atributos no están presentes, nos encontramos con una figura distinta al contrato, se olvidan que hay que demostrar en forma previa la inexistencia de la figura del contrato y su imposibilidad de clasificación en contratos de Derecho Privado y contratos de Derecho Administrativo. El carácter esencial del contrato, es el acuerdo de voluntades tendiente a crear obligaciones entre dos partes contratantes que en un comienzo presentaban intereses contrapuestos. El contrato debe siempre tutelar dichos intereses, por eso, cuando este aspecto esencial es común, el pasar de un aspecto de la actividad contractual (privada) a otra (pública), la figura del contrato podrá transformarse, pero su carácter esencial deberá necesariamente mantenerse.

No pretendemos acá dar solución y refutar todas y cada una de las teorías negativas, trabajo que por lo demás ya ha sido realizado¹⁶. Basta señalar las principales objeciones hechas.

Respecto a la afirmación privatística, la doctrina hoy es casi unánime en rechazarla, ya sea por la naturaleza pública de los intereses en juego, como por las diferencias sustanciales con la contratación privada.

Frente a la doctrina del acto administrativo, diremos que el Estado posee la potestad administrativa, el poder de actuar limitado solo por la ley, pero cuenta con un gran grado de discrecionalidad lo que le faculta para interpretar e imponer directamente lo querido, poder al que el particular no puede sustraerse. En una relación bilateral, si bien el Estado tiene una superioridad jurídica, la fuente de sus obligaciones y derechos radica en la concordancia de su voluntad con la del particular. Es lo que Jellinek califica al decir que "cuando un acto administrativo no atribuye ningún nuevo derecho al Estado, recae dicho acto sobre su competencia normal. Pero si en el acto el Estado

¹⁶ Ver Ives MADIOT (Nº 15), p. 81 y ss.

adquiere un nuevo derecho conjuntamente con una obligación, allí existe un contrato público”¹⁷.

Respecto a la doctrina del acto-condición, es cierto que a través de él pueden surgir relaciones recíprocas administración-administrado, pero dicho acto-condición, no es el que constituye y configura tal situación jurídica. El acto-condición aplica a un supuesto concreto una normativa concreta con carácter general y previo, mientras que el contrato en sí, constituye una relación jurídica bilateral con todo lo que ella representa¹⁸.

Por último, debemos señalar que existen una serie de situaciones de carácter intermedio, en las que se mezcla el contenido contractual con el contenido del acto administrativo. De ahí, que sea fundamental, la calificación que de ese acto haga la propia legislación vigente. Será ella la que en definitiva resuelva prácticamente (pues puede ser errónea, pero es ley) el problema¹⁹.

5. EL CARACTER AUTONOMO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La corriente doctrinal que afirma la existencia autónoma de la figura se ha impuesto en países como España y Francia. Aceptamos tal doctrina, pues creemos que el contrato es una composición de voluntades: la de la Administración y la del particular o co-contratante. Esta composición de voluntades hace nacer y regula unos efectos jurídicos pecu-

¹⁷ Ver G. JELLINEK, *Sistema de Derecho Público Subjetivo*, p. 240, Buenos Aires (1951).

¹⁸ Ver F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, p. 35, Madrid (1966).

¹⁹ Hoy día se produce un acercamiento entre el contrato y el acto administrativo. En España existe un tratamiento común al acto y al contrato en puntos como: competencia, procedimiento del gasto, responsabilidad y derechos adquiridos. Arts. 40 y 41 de la LRJAE. En Alemania aún se mantiene la diferenciación, tal es así que los actos declarativos de derecho son irrevocables en principio; a diferencia de la contratación donde existe un poder de modificación en favor de la Administración.

liares y recíprocos y es sólo la unión, el acuerdo, la causa del nacimiento de los derechos y obligaciones que emanan de dicho acto contractual.

Además, supongamos que el Estado al perseguir ciertos fines públicos no pueda vincularse contractualmente, por poner en peligro un fundamento básico del Derecho Público, "*La Soberanía*", entendida como poder supremo en el orden interno (incluida la potestad administrativa), y como factor de independencia en el orden internacional, gracias a la cual el Estado se constituye y se organiza. Pero una vez que el Estado se ha constituido y ha creado los órganos que han de expresar su voluntad según ciertas normas, creemos que él podrá entrar en relaciones jurídicas con los particulares a través de la colaboración que estos últimos le pueden prestar para la satisfacción de ciertas necesidades públicas, lo que implica, en cierto modo, respeto a ciertas normas en virtud de las cuales, ambos, el Estado y el particular, asumen y se comprometen a cumplir ciertas obligaciones. Estas obligaciones originan derechos o facultades y también ciertos deberes, que mirados desde el punto de vista de la Administración, pueden hacerse efectivos, ya sea a través de actos unilaterales, cuando tenga tal atribución, o podrá la Administración vincularse jurídicamente por actos legales de naturaleza contractual, ambos emanados de las autoridades públicas bajo el régimen legal de Derecho Administrativo.

El Estado al contratar crea una relación jurídica, mediante el acuerdo celebrado con una persona que podrá no querer ser sujeto de esa relación, pero que en su momento fue libre de aceptarla o no. Poco importará que las cláusulas del contrato estén establecidas en forma unilateral, sin la participación del co-contratante en la elaboración de ellas, o estén imperativamente establecidas por la ley, pues ellas se entienden dentro de los factores y formas imperantes hoy en día en el contrato moderno. La Administración no actúa en el contrato administrativo regulando su contenido o imponiendo cláusulas, aquí es parte interesada de él. La relación jurídica, como se ha señalado, nace en el contrato

administrativo del encuentro de voluntades, acuerdo libre sobre un objeto determinado de carácter público y ninguno de los sujetos considerará constituida la relación sin que se verifique primeramente el mutuo acuerdo.

En definitiva, a la Administración nada le prohíbe la posibilidad de celebrar estos contratos, al contrario es una fórmula de cooperación del particular a la satisfacción de necesidades públicas, compatible con el Derecho Público general y con el Estado de Derecho ^{19 bis}.

6. LA DISTINCION ENTRE CONTRATO PRIVADO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO

Se plantea este problema cuando se debe distinguir entre un contrato privado y contrato administrativo, ambos en la que es parte la Administración. ¿Qué es lo que hace de un acuerdo de voluntades un contrato administrativo? ¿Cómo se le reconoce y distingue del Derecho Privado?

Tras la solución de estos interrogantes se han pronunciado la doctrina y la jurisprudencia. Las teorías y las sentencias se han multiplicado y contradicho unas a otras. En todo caso, han surgido ciertos criterios de diferenciación.

6.1. LA PRESENCIA DE CLAUSULAS EXORBITANTES

Desde el origen del Derecho Público, la norma pública se ha caracterizado por ser exorbitante al Derecho Común, lo que en cierta medida viene a justificar los privilegios, primero del príncipe y luego del propio Estado.

Ahora bien, esta realidad tuvo su influencia en el criterio de diferenciación entre el contrato privado y el contrato administrativo.

A partir de 1903, la doctrina francesa replantea esta teoría aplicándola a los contratos administrativos ²⁰. En-

¹⁹ (bis) Ver J. M. ARROYO, *Carácter jurídico de los contratos que celebra la Administración*, REVL. N^o 33, p. 409 y ss.

²⁰ Ver El "arrét" Terrier del Conseil d'Etat de 1903. Y el "arrét" de la Société des Granites de Vosges del Conseil d'Etat de 1912.

tienden al contrato administrativo como aquel en que una de las partes es el Estado que actúa a través del funcionario competente y en el que se establece la presencia de estas cláusulas exorbitantes. Son cláusulas exorbitantes aquellas presentes en un contrato que escapan a la órbita del Derecho Privado y colocan a la Administración no sólo en una situación de privilegio, que es lo usual, sino que en virtud de ellas puede también la Administración sacrificarse en aras del interés público y pactar condiciones tan desventajosas que serían inconcebibles encontrar en un particular que contrata. Estas cláusulas exorbitantes también restringen y limitan la posición contractual de la Administración, en comparación con la que un sujeto de Derecho Privado pueda tener²¹. Son cláusulas que no se encuentran en un contrato de Derecho Privado, no serían permitidas, pues atentan contra la igualdad o equivalencia de las prestaciones, causal de rescisión del contrato (Lesión).

La Jurisprudencia Comparada también ha aceptado este criterio de diferenciación y ha declarado como característica de los contratos administrativos, las cláusulas exorbitantes al Derecho Privado, las que por no hallar equivalencia en dicha rama del Derecho, sólo pertenece al dominio de los poderes estatales que las imponen en virtud de imperio²².

Pues bien, si encontramos un contrato celebrado entre el Estado y un particular o co-contratante y en el cual están presentes estas cláusulas exorbitantes, diremos que estamos ante la presencia de un contrato administrativo. Se puede presentar el problema de que si en ese contrato no se señalan, o no están presentes las cláusulas exorbitantes, ¿le van a ser aplicables las condiciones especiales de la contratación administrativa? El Conseil d'Etat en Francia, en el "arrêt" de la Société des Granites de Vosges de 1912, señaló: "pa-

²¹ Ver S. MARTIN RETORDILLO, N^o 1), p. 93; G. VEDEL, *Remarques sur la notion de clause exorbitante*, p. 55 y ss. París (1959).

²² Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 20 de abril de 1936 y de 9 de octubre de 1957.

ra que el juez administrativo sea competente, no es suficiente que la previsión objeto del contrato deba utilizarse de inmediato en un servicio público; el servicio público no basta para calificar al contrato como Administrativo. Es necesario que ese contrato sea de aquellos que sólo puede concluir una persona pública, lo cual se da si están presentes las cláusulas exorbitantes". O sea, se consideró que el requisito de concesión del servicio público no era suficiente para calificar el contrato; se debe agregar necesariamente el criterio de las cláusulas exorbitantes, por lo tanto su presencia sería fundamental para calificarlo como contrato administrativo ²³.

La teoría de las cláusulas exorbitantes se justifica en virtud de la situación de poder y de prerrogativa que la Administración detenta en la gestión pública y por supuesto en la gestión del servicio público ²⁴.

Este criterio de las cláusulas exorbitantes pierde vigencia por el propio principio que encierra, ya que si se aplica a la determinación a priori de la naturaleza del contrato, dichas cláusulas, manifestaciones de las prerrogativas de la Administración, son consecuencia y no causa de la naturaleza administrativa de él. Además, estas cláusulas pueden omitirse en el texto mismo del contrato, pero serán aplicables porque su origen no está en el pacto, sino en el mandato jurídico que por ley o reglamento se otorgan a la Administración.

Las cláusulas exorbitantes, como elementos de diferenciación, serán pues, dejadas de lado y sólo van a ser apreciadas a falta de otros elementos considerados como más

²³ Ver P. WAIL, M. LONG y otros, *Les grands arrêts de la Jurisprudence Administrative*, p. 33, Paris (1965); M. LONG, *Les critères du contrat administratif*, L'Actualité Juridique, N° 7, julio, 1957, Paris.

²⁴ Ver *Apuntes de Derecho Administrativo*. Cátedra de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, vol. 1, tomo VI, p. 13. Redactado por Tomás FERNÁNDEZ, Madrid (1973 - 1974).

importantes, los que de alguna forma colaboran a tipificar la figura del contrato administrativo²⁵.

6.2. EL OBJETO DEL CONTRATO A TRAVES DEL SERVICIO PUBLICO

Por otra parte, la Administración y Jurisprudencia han ampliado la calificación de contrato administrativo a todos aquellos que tienden de alguna manera a la satisfacción de una necesidad pública. El Conseil d'Etat Francés, en el "arrét" Epoux Bertrin, consideró como administrativo un contrato en el que se encargaba la ejecución de un servicio público²⁶. Se coloca en boga la noción vaga e imprecisa de servicio público como elemento delimitador del contrato. Este es un criterio difícil de aplicar, porque no todos los

²⁵ El Conseil d'Etat, en el "arrét" Epoux Bertrin, consideró que las cláusulas exorbitantes constituyen elementos significadores, pero no el principal (20 de abril de 1956). Otro fallo del Conseil d'Etat, "arrét" Société Anonyme Nimiere de 26 de enero de 1951, y también el "arrét" Grosy de 17 de diciembre de 1954, resolvieron: "Que los contratos celebrados por la Administración relativos a la gestión de su dominio privado son Contratos de Derecho Privado, aun cuando contengan cláusulas exorbitantes del Derecho Común". Esta conclusión demuestra lo siguiente: Que el criterio de las cláusulas exorbitantes es insuficiente como noción distintiva del contrato administrativo, puesto que los contratos que las contenían eran considerados como de Derecho Privado; y además que la solución adoptada no resulta extraña para el Derecho Civil, puesto que éste conoce los llamados contratos de adhesión donde se pueden encontrar estas cláusulas, sin que ellas atenten contra el orden público y sin que el contrato pase a ser de aquellos denominados contratos administrativos.

²⁶ En el caso concreto al que se alude, los esposos Bertrin fueron encargados por la Administración Pública, mediante contrato verbal, de asegurar de alimento a los súbditos soviéticos agrupados en un centro de repatriación organizado después de la guerra. La disputa sobrevino por el monto a pagar. Los cónyuges Bertrin, reclamaron que se les pagase una mayor cantidad de dinero a causa del alto costo de la vida experimentado. El reclamo fue rechazado. Pero el caso es importante, porque en razón del servicio público realizado el caso hubo de ser decidido por un Tribunal Administrativo.

países ni legislaciones tienen una visión similar de lo que constituye la noción de servicio público.

Existen ciertas actividades que están insertas dentro de la noción de servicio público y que en algunos países son llevadas a cabo por el Estado y en otros por empresas privadas, sin intervención del Estado, o con una muy clara reglamentación de parte de las autoridades públicas, lo que hace variar el régimen jurídico aplicable.

En la Administración Pública moderna se presenta el problema de las empresas industriales y comerciales que en muchos casos actúan por el Estado. ¿Podríamos catalogar a las posibles relaciones contractuales de ellas como contratos administrativos, o son materias que deben ser dirimidas por el Derecho Privado?

Este criterio de tipificación entiende la noción de servicio público en su sentido más amplio posible, como la realización de una actividad que implica la satisfacción directa de un interés común o público concreto²⁷. Esta idea de interés público constituye una excepción dentro del Derecho Privado. En la contratación administrativa constituye la regla general y este elemento es el que se debe tomar en consideración, antes que ningún otro factor, para determinar las obligaciones y derechos que emanan del contrato, puesto que constituye el fin primario del mismo.

El servicio público se va a plantear así, como cualquier actividad que la Administración decide asumir, por considerar su realización como necesaria para el interés general y en atención a lo cual la tiene atribuida como competencia propia. Es en atención a ese fin de la Administración por el que se le conceden protecciones especiales que se manifiestan en privilegios y prerrogativas en el seno de la relación.

²⁷ Ver F. GARRIDO FALLA (Nº 18), tomo II, p. 43.

A. de LAUBADERE, (Nº 3), tomo II, p. 219.

H. ZWAHLEN, *Le contrat de Droit Administratif*. Revue de Droit Suisse. Basel, 1958.

La noción de servicio público tradicional se caracteriza por la indeterminación de su contenido, como ya señalábamos; la delimitación del concepto es conflictiva y se encuentra en un franco proceso de revalorización. Existe una noción de servicio público generalizada, amplia, como base en el cual se sustenta el Derecho Administrativo. Autores como Duguit piensan que la noción de servicio público debe reemplazar al concepto de soberanía²⁸. Harrison, Rolland, Romano hablan del sentido amplio del servicio público, como la institución que está destinada a la satisfacción de las necesidades colectivas del país²⁹. Existe, igualmente, una noción más restringida de él y que lo visualiza como una actividad administrativa que existe o se refleja cuando la iniciativa privada no provee convenientemente a una carga de necesidad pública y el Estado ha decidido proveerla por medio de una empresa de gestión, bajo su control y regulación, o inserta en la propia esfera de la organización administrativa pública. Esta doctrina ve la necesidad de darle al servicio público un contenido más estricto. Así, A. de Valles se pronuncia acerca del significado del concepto de "público" dentro de la noción, y se refiere a él como el destinatario del servicio, la comunidad de individuos que en forma indeterminada y fluctuante lo recibe de un ente público³⁰. Zanobini limita el concepto a las actividades materiales, técnicas y de producción industrial puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines³¹. Alessi cree que el servicio público es la actividad dirigida a procurar utilidad a los particulares, sea de orden jurídico o de orden económico o social³². Garrido Falla, Jordana de Poza, Alvarez Gendin entienden el ser-

²⁸ Ver L. DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho Privado*, p. 117, Madrid.

²⁹ Ver S. ROMANO, *Diritto Amministrativo*, p. 165, Roma (1902).

³⁰ Ver A. DE VALLES, *Primo Trattato de Diritto Amministrativo*, vol. VI, parte 1^a, p. 379, Milano 1943.

³¹ Ver G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, p. 385, Milano 1958.

³² Ver R. ALESSI, *Diritto Amministrativo*, p. 329 y ss. (1958).

vicio público como una actividad de prestación dirigida a proporcionar utilidad a los particulares y que viene impuesta cabalmente por razones de interés público³³. Ahora bien, el problema es delimitar cuándo se dan esos intereses públicos. Creemos que dependerá de la voluntad de la ley y de los gobernantes, pues este asunto es de índole más política que jurídica y tal es así, que actividades que en su tiempo se consideraron como privadas, hoy son consideradas públicas y quizás en el futuro puedan variar de sus actuales situaciones jurídicas. Villar Palasí, García de Enterría, Garrido Falla han planteado la crisis de la noción de servicio público³⁴. Esta, dicen, se presenta desde el momento que la Administración escapa de sus funciones preponderantes que constituyen el ejercicio de la potestad pública y se convierte en gestora de empresas y actividades de carácter mercantil e industrial. Esta nueva actividad administrativa surge conjuntamente con la actividad particular —no viene a suplantarlo ni a restringir a esta última—, o sea, no se constituye esencialmente como una actividad pública. Aparece, en este sentido, una doble actuación del Estado. Por un lado la actividad dirigida a satisfacer una necesidad pública, a través del servicio público, y otra en la competencia de mercado, en una actividad industrial y mercantil. Pero el Estado al participar y asumir esta actividad industrial y mercantil no busca solamente el lucro, sino

³³ Ver F. GARRIDO FALLA (Nº 18), tomo II, p. 156 y ss.; S. ALVAREZ GENDIN, *El servicio público: su teoría jurídico-administrativa*. L. Jordana de Pozas, *Ensayo de una teoría del fomento en Derecho Administrativo*, en Revista de Estudios Políticos, Nº 48, p. 41, Madrid.

³⁴ Ver VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en RAP Nº 3; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, en RAP. Nº 17; F. GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del Régimen Administrativo*, p. 141 y ss. Madrid (1962); J. L. DE CORAIL, *La crise de la notion de Service Public en Droit Administratif Français*, Paris (1954).

que en ella va implícita también una satisfacción de una necesidad pública. Lo que ocurre es que los medios para conseguirla son aquellos utilizados por los particulares. Así, la actividad de servicio público va a estar sometida al Derecho Público y la actividad industrial y mercantil, a pesar de la finalidad pública, va a estar sometida al Derecho Privado.

Al servicio público, en su expresión jurídica, se le ha estudiado desde dos puntos de vista: centrandó su actuación desde un punto de vista orgánico, en que la actividad de servicio público debe ser ejercida, asegurada, reglada y controlada por los gobernantes. El servicio público lo va a ejecutar el Estado a través de sus órganos de administración enmarcados dentro de la pirámide jerárquica administrativa y, desde un aspecto funcional, donde el servicio público va a ser toda actividad que persigue un interés general, bien que ella sea realizada por una entidad o cuerpo administrativo estatal, o por personas privadas, sean jurídicas o naturales.

El aceptar una u otra posición trae consecuencias como:

- a) El estatuto jurídico aplicable. Si aceptamos el criterio funcional debe aplicarse la normativa de Derecho Público al particular que realiza el servicio público.
- b) En relación al control. Una persona privada que ejerce actividades primordialmente públicas deberá someterse al control a que está sujeta la Administración.
- c) En relación al tribunal competente para conocer los conflictos que se susciten en la ejecución del servicio público, deberán someterse a los tribunales administrativos.

Pensamos que la crisis que se produce en la noción de servicio público se plantea por su concepto orgánico. El punto de vista funcional podría dar solución a los problemas que presenta la noción en la contratación administrativa. Se debe buscar la justa medida que determine hasta dónde actúa el Estado como tal, en la satisfacción de una necesidad pública y será la función la que nos señale la presencia de un servicio público. Así, toda actividad que cum-

pla una satisfacción de un interés colectivo podría catalogarse como posible ejecutora de contratos administrativos puesto que están ejecutando un servicio público, y éste constituiría el elemento tipificador de estos contratos. La primera limitación que inmediatamente surge es que el contrato administrativo requiere que una de las partes de la relación sea el Estado, lo que reduce en gran medida el campo contractual administrativo. Pero el Estado se encuentra presente, ya sea de una u otra forma, en una gran cantidad de instituciones y actividades, como ya lo hemos señalado. El Estado se encuentra presente en la administración central, en la administración local, en la administración institucional, en sociedades de economía mixta, en organismos a los que financia para su normal funcionamiento, etc.

De este abanico de instituciones, ¿cuál será la medida que nos indique el organismo que pueda ejecutar un contrato administrativo? Creemos que al trazar dicha medida podemos ser arbitrarios, pero se debe hacer para delimitar, si no específicamente, en forma lo más clara posible el concepto de contrato administrativo. Creemos que aquella medida está dada por la participación de aquellos organismos de la Administración en general que se encuentren subordinados a las políticas de actuación que les delegan las autoridades públicas o la ley y no aquellos otros, en que el Estado sólo coopera para su normal funcionamiento, o que no participa en su estrategia de actuación. Entendemos por autoridad pública aquella responsable del gobierno interior y exterior del Estado. Así, aquellos organismos administrativos que se encuadran dentro de esta medida pueden celebrar contratos de carácter administrativo; los otros, a pesar de su finalidad pública, deberán someterse a la normativa de Derecho Privado.

A partir de la posición doctrinal de servicio público, se ha planteado una teoría que califica como contrato administrativo a todos los contratos que celebra la Administración debido a que el Estado debe actuar siempre en razón del fin público, incluso cuando contrata como particular, puesto que

es el interés público el motivo fundamental de toda la actividad de la Administración ³⁵.

6.3. EL GIRO O TRAFICO PROPIO DE LA ADMINISTRACION ³⁶

La idea inicial de este planteamiento dice relación con las instituciones jurídicas que no tienen por qué ser diferentes al estudiarlas desde el punto de vista del Derecho Administrativo, o desde el punto de vista del Derecho Civil o de cualquier rama del Derecho. Lo que sí será propio de cada rama es la adecuación de las instituciones jurídicas generales según las exigencias de desarrollo propia de los sujetos particulares que integran cada rama del Derecho. Y así es posible encontrar una adaptación de la figura contractual que hace la Administración, ya sea desde la contratación privada de la Administración, o la estrictamente administrativa. Por ello, van a surgir ciertos contratos de especiales características que deben ser analizados por tribunales administrativos, pues ellos se han especializado en Derecho Administrativo, pero que sin que para ello exista una razón sustantiva, sino una razón de carácter empírica.

Los contratos administrativos adquieren su propio carácter por una doble exigencia; la especial finalidad de la Administración como organización colectiva, y su giro o tráfico propio. La primera determina las reglas especiales para la formación del contrato, y que son aplicables a todos los contratos en que la Administración es parte. La segunda explica la singularidad específica de ciertos contratos que celebra la Administración, es lo que determina a los contratos administrativos propiamente tales; esta especialidad se manifestará en reglas de ejecución, cumplimiento, y rescisión de los contratos.

La expresión giro o tráfico de la Administración viene a señalar la esfera de actuación propia de la Administración en

³⁵ Ver R. ENTRENA CUESTA, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, en RAP, N^o 24.

³⁶ Planteamiento defendido por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Ver en (N^o 1), pp. 99 y ss.

la que ejerce sus funciones peculiares o propias, ámbito que se usa para designar la esfera de contratación de obras y servicios públicos.

Este concepto de giro o tráfico de la Administración se manifiesta normalmente en los contratos de tracto sucesivo o cumplimiento prolongado en el tiempo, lo que viene a dar una característica importante al contrato administrativo. Los contratos de ejecución instantánea no presentan, generalmente, el carácter de administrativos.

En conclusión, la Administración, al celebrar contratos que digan relación con la gestión de su dominio privado, o patrimonial y mercantil, deberá ajustarse a las normas del Derecho Privado. En todo aquello referente a la actuación propia y cumpliendo sus funciones peculiares, la Administración podrá contratar, pero según las normas y técnicas de la contratación administrativa y del Derecho Administrativo.

6.4. EL SERVICIO PUBLICO DENTRO DE LA COMPETENCIA DEL ORGANO

En el análisis de delimitar el concepto o figura del contrato administrativo han aparecido ciertos elementos que no se pueden perder de vista. El primero, es la necesaria presencia de la Administración como parte de la relación. El segundo, es la realización de un servicio público como objeto del contrato, y el giro o tráfico propio de la Administración.

Estos elementos, con todas sus posibles variables que se han planteado, no nos enmarcan en forma específica la noción de contrato administrativo. La delimitación se podría encontrar dentro del concepto de unidad administrativa, entendida como la finalidad que la esfera de actuación de cada órgano de la Administración se determine de tal manera que se evite la interferencia de competencia entre cada uno de ellos. Se expresa por la necesidad de que exista una coordinación armónica en las atribuciones de dirección de cada organismo público. Este principio engloba además aquel otro de la especialidad de la competencia, por el cual cada organismo del Estado tiene un ámbito peculiar

de atribuciones para lograr ciertos fines concretos que se le han encomendado, para lo cual el ordenamiento jurídico entrega a cada órgano una serie de potestades que especifican los medios jurídicos necesarios para actuar —dentro de su competencia— sea por medio de acto o por vía de contrato.

Siempre que un órgano de la Administración contrate en el radio específico de su competencia, se estará ante un contrato administrativo. Pero no serán las funciones generales de la administración las que determinen el carácter contractual, sino la competencia específica del órgano que al ser realizada por la vía contractual le otorgan el carácter de contrato administrativo³⁷.

6.5. OTRAS POSICIONES

Una posición que ha contribuido a aumentar más la polémica sobre la contratación administrativa es aquella que condensa toda esta problemática en un asunto de carácter jurisdiccional³⁸. Aquí se está ante un error. La naturaleza del contrato no viene dada por su atribución jurisdiccional. Dicha atribución viene a ser una consecuencia y no una causa de la naturaleza de la relación.

Lo que sí hay que tener presente es que por mandato legal puede existir un contrato administrativo que se someta desde luego a las normas de Derecho Administrativo. Este mandato legal debe ser acatado, puesto que es la ley la que asume la tipificación de él. En los casos que la ley no se pronuncia acerca de la naturaleza de un contrato celebrado por la Administración, se deberá estar a los criterios señalados para tipificar como administrativo ese contrato.

³⁷ Ver J. M. AUBY, *Droit Administratif Special*, p. 143, Paris (1966); M. A. BERCAITZ, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, p. 86, Buenos Aires (1952); J. RIVERO, *Droit Administratif*, p. 107, Paris 1965.

³⁸ Ver L. MARTIN RETORTILLO, *Unidad de Jurisdicción para la Administración Pública*, en RAP. N° 49, p. 183.

Este hecho de que la ley no se pronuncie sobre la naturaleza de los contratos que celebra la Administración y que en definitiva van a ser contratos administrativos, trae como consecuencia el dejar establecida una calificación de tales contratos. Así, existirán los contratos administrativos nominados o típicos y los contratos administrativos innominados o atípicos, según exista o no una enumeración taxativa legal concreta de las posibilidades de este tipo de contratación, puesto que ellas cada día aumentan más por el papel que juega la Administración en el Estado moderno³⁹.

Al establecer el requisito fundamental para tipificar al contrato administrativo, como es la actuación en el contrato de la Administración como parte interesada de él, no se puede eliminar la posibilidad de que ambas partes sean representadas por organismos estatales; será necesario que por lo menos uno de ellos actúe dentro de la esfera de competencia y atribuciones que le es propia y que tenga como fin la ejecución de un servicio público.

7. CONCLUSION

Estos puntos que se han analizado se encuentran en un franco proceso de replanteamiento. Todas y cada una de las teorías tratadas nos aportan elementos importantes para determinar cuándo nos encontramos ante la figura del contrato administrativo. Pero a nuestro entender, son dos los factores necesarios para averiguar la naturaleza de estos contratos: Por una parte, la finalidad de servicio público, que mueve a la actuación del Estado, y por la otra, la absoluta obligatoriedad de que el órgano que contrata actúe dentro de su competencia propia.

Para terminar, diremos que, en definitiva, el concepto de contrato administrativo se condensa en la siguiente noción: Es aquel contrato celebrado entre un organismo de la

³⁹ Ver M. MONTERO P., *Contratos Administrativos Atípicos*, en Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública de España, 1969.

Administración Pública que sea ejecutor directo de las políticas y directrices de las autoridades públicas y que además actúe dentro de las atribuciones y esfera de competencia específica dadas por la ley, y un particular u otro ente público, con el objeto de satisfacer una necesidad colectiva en que esté presente el interés general.