

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO GENERAL DE LA DOCTRINA DEL CONTRATO* (la perspectiva de un privatista)

*José Mélich Orsini***

* El original de este artículo fue mi contribución a un trabajo colectivo sobre la “Contratación Contemporánea”, publicado en el año 2000 coordinado por la Universidad Nacional de San Marcos, de Lima, Perú. Le he hecho algunos agregados para facilitar mejor su comprensión.

** Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO GENERAL DE LA DOCTRINA DEL CONTRATO (la perspectiva de un privatista)

La crisis del individualismo tiene entre sus manifestaciones mas 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 mas frecuente, de reglas prohibitivas o preceptivas provenientes de un **reino antagónico que solo 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 solo 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, mas allá de lo que los romanos calificaban como Fisco, ha engendrado sin embargo rasgos mas dramáticos a esa crisis de la doctrina del contrato tal como ella resulta elaborada a partir del Código Civil, tema éste al que los iusprivatistas no hemos prestado la suficiente atención. Esa predica 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”¹

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 Administración² –postuló la idea de “servicio público” como

¹ No hay duda de que Venezuela ha receptado la doctrina jurisprudencial de origen francés que califica como “contrato administrativo” los contratos celebrados por un ente público con un particular, cualquiera que fuere el objeto de ese contrato (ventas o suministros, la realización de una obra, la obtención del uso o goce de algún bien) cuando se persiga con ello la realización de un “servicio público” o, de manera mas general, la satisfacción de un “interés público”. Cfr. Caballero Ortiz, Jesús: “Consideraciones fundamentales sobre la responsabilidad administrativa en Francia y en España, y su recepción en la Constitución venezolana de 1999”, en Estudios de Derecho Público, Vol. I, Libro Homenaje a Humberto La Roche, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, p. 255 y ss. El negocio jurídico bilateral que el Código Civil disciplina bajo la denominación de “contrato”, cuando una de sus partes es el Estado o cualquier otro ente público (territorial o institucional) adquiere así un doble perfil: de una parte, habría “contratos administrativos” y de otra parte, “contratos de derecho privado”, pues esa doctrina de la tipicidad de la contratación administrativa no niega que cualquier ente público (incluido el Estado), paralelamente a su “función administrativa”, como persona jurídica que es, puede celebrar también contratos regidos plenamente por el “derecho común” (el Código Civil, el Código de Comercio, o por cualesquiera de las leyes especiales que rigen las relaciones entre simples particulares).

² La desconfianza de los revolucionarios franceses respecto de los tribunales de justicia (los llamados Parlamentos), que ellos tildaban de imbuidos del espíritu conservador y reaccionario del Ancien Regime, generó la Ley del 16-24 de agosto de 1970, título 2, art. 13, que dispone: “Las funciones judiciales son distintas y están separadas de las cuestiones administrativas. Los jueces no podrán; so pena de prevaricato, perturbar en ninguna forma las

criterio para distinguir en un conflicto entre un particular y la Administración cuándo correspondía al Consejo de Estado, y no a la jurisdicción civil, pronunciarse sobre la responsabilidad civil imputable a la Administración³. Se necesitaron mas de treinta años para que con el arrêt Terrier del 6 de febrero de 1903 consolidara, como una derivación de tal criterio, **la nueva idea de la existencia y peculiaridades del llamado “contrato administrativo”**⁴. 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 mas 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

operaciones de los cuerpos administrativos ni citar a los funcionarios para que, por motivo de sus funciones, comparezcan ante sus despachos”. Un decreto de 16 fructidor, año 3 agrega: “Reiteradamente se prohíbe a los tribunales conocer los actos de la administración, cualquiera que sea su índole”. Y el artículo 75 de la Constitución del año 8 (1797) precisó todavía: “Los agentes del gobierno, diferentes a los ministros, solo pueden ser perseguidos por hechos relativos a sus funciones en virtud de decisiones del Consejo de Estado, en ese caso el proceso que adelantará ante los Tribunales Ordinarios”. Los conflictos de competencia que generaba esta diferente competencia del Consejo de Estado (órgano de la Administración) y los Tribunales Ordinarios dieron origen a un tribunal especial que se llamó Tribunal de Conflictos.

- 3 El auto del Tribunal de Conflictos con ocasión de la acción intentada por el señor Blanco contra el prefecto de un departamento del Estado francés, dice: “Considerando que la responsabilidad, en que pueda incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplean en un servicio público, no puede estar regido por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular. /Considerando que esta responsabilidad no es general ni absoluta, que ella tiene sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado y los derechos de los particulares”. Cfr. “Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa”, versión castellana, publicada por Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 2000, p. 1.
- 4 Salvo en el referido arrêt Blanco que se concretó a considerar la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares en la operación de un servicio público, los fallos anteriores al caso Terrier utilizaban como criterio la distinción entre “actos de autoridad” y “actos de gestión” y si bien se había venido desarrollando una jurisdicción administrativa confiada al Consejo de Estado, transformando a éste de órgano consultivo en un verdadero órgano judicial, es en el fallo Terrier cuando se consolida la idea de que cuando se está en presencia de necesidades colectivas, aunque sean de naturaleza local o municipal, toda operación administrativa es de la competencia del Consejo de Estado.

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 ambos 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 solo 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 C.C. venez. es un requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato, cuando la 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 abstraibles 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 tales terceros 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 solo el principio del **consensualismo en la formación de los contratos**, sino el de **la relatividad de los contratos** y,

como veremos mas adelante, el llamado “*ius variandi*”, entendido 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 Page, “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 particular co-contratante del ente público quien pueda solicitar la declaratoria de la nulidad del contrato cuando su consentimiento sea el que ha 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 el error de su co-contratante; 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. venez. 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 se 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 mas 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 solo 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 mas 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 socialmen-

te deseable. Solo 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 un organismo estatal (FOGADE) 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 compradora (FOGADE), fue declarada como “contrato administrativo” por nuestra Corte Suprema de Justicia para declarar inadmisibles así la acción 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”.

Se trataba de un caso en que Inversiones Tolken, C.A. y otros accionistas mayoritarios del Banco de Venezuela (entre ellos José Álvarez Stelling), a raíz de la suspensión de garantías constitucionales decretada por el Gobierno de Rafael Caldera como secuela de la crisis financiera que se inició a comienzos de 1994 por la intervención del Banco Latino C.A., ante las amenazas de males mayores sobre los bienes de tales accionistas y sobre sus propias personas (inclusive de sanciones penales), pretextando al efecto ser ellos responsables de la pérdida del patrimonio del Banco de Venezuela comprobada tan solo por un oficio de la Superintendencia de Bancos en que, mediante la manipulación de sus estados financieros, se imponían desmesuradas “provisiones” para cubrir imaginados riesgos de créditos acordados por el Banco, se forzó a dichos accionistas a traspasar sus acciones en el Banco de Venezuela por un irrisorio precio simbólico a FOGADE, Instituto Autónomo, señalado en la correspondiente demanda de las víctimas como conocedor y cómplice en tal manipulación.

Transcurridos dos años, en junio de 1996, antes de que se venciera el lapso de prescripción de cinco años que establece el artículo 1376 del Código Civil, los indicados accionistas intentaron ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia la correspondiente acción de nulidad contra FOGADE, el Banco de Venezuela y la Superintendencia de Bancos, fundada además en

las ilegalidades en que había incurrido esta última en relación con los artículos 124⁵ y 169⁶ de la Ley de Bancos entonces vigente y en el artículo 304 del Código de Comercio⁷.

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, menospreciando los fundamentos de la acción principal de nulidad que eran el dolo (art. 1154 C. Civ.) y la violencia (art. 1150 C. Civ.) que viciaba los contratos de naturaleza estrictamente privada celebrados entre los indicados accionistas del Banco de Venezuela y FOGADE, se limitó a no admitir tales demandas con el argumento de que el artículo 134 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema establecía para los particulares la caducidad de tales acciones⁸.

⁵ El artículo 124 LGB decía que la contabilidad de los bancos y demás instituciones financieras debía sujetarse a “principios contables de aceptación general”. La Superintendencia de Bancos estableció al respecto criterios arbitrarios para imponer desmesuradas “provisiones” tendientes a crear la ficción de la pérdida del capital del Banco.

⁶ El artículo 169 LGB decía que cuando la Superintendencia de Bancos determinará la existencia de pérdidas que reduzcan el capital del banco en más de un 50%, “ordenará a los accionistas la reposición en dinero efectivo del capital social”, concediéndole al efecto un plazo no mayor de noventa días y designando un funcionario para que vigilar e hiciera el seguimiento de las medidas acordadas. La Superintendencia de Bancos no hizo nada de esto, sino que emitió el oficio que sirvió a los organismos gubernamentales para imponer el inmediato traspaso de las acciones del Banco de Venezuela de sus accionistas amenazados de FOGADE.

⁷ El artículo 309 del C. Com. establece las pautas que deben observarse para la confección de los balances de las sociedades anónimas, aplicables a los bancos, y que los administradores del Banco de Venezuela habían observado.

⁸ El artículo 134 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia rezaba así: “Las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo, pero los dirigidos a anular actos particulares de la Administración, caducarán en el término de seis meses contados a partir de su publicación al interesado, si fuere procedente y aquella no se efectuare. Sin embargo, aun en el segundo de los casos señalados la ilegalidad del acto podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales./ El interesado podrá intentar el recurso previsto en el artículo 121 de esta Ley (acción de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares), dentro del término de seis meses establecidos en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la Administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de noventa (90) días consecutivos a contar de la fecha de interposición del mismo. / Cuando el acto administrativo sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta días”.

Como se ha visto, la Superintendencia de Bancos, aun si las “provisiones” para cubrir supuestos riesgos de la cartera de créditos se hubieran justificado (supra notas 5 y 7) para declarar la pérdida del capital del Banco de Venezuela, hubiera tenido que emitir y publicar un acto administrativo ordenando la reposición de esa pérdida (supra nota 6) y la caducidad

La acción había sido deducida con fundamento en el ordinal 15 del artículo 42 de la entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁹ y según el artículo 103 LOCSJ (con abstracción de su calificación como “contrato administrativo” o como “contrato de derecho privado”) debía “sustanciarse y decidirse con arreglo a las normas del procedimiento ordinario”. El artículo 111 LOCSJ agregaba: “Se tramitarán y sustanciarán conforme a las disposiciones de esta Sección, 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 del mismo...”. Esta última norma es de carácter genérico. Se refiere a todo contrato celebrado por la Administración Pública, sin distinguir si se trata de un contrato administrativo o de un contrato de derecho privado. El Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa comenzó por calificar el contrato como “administrativo”, para referirlo al ordinal 14 del citado artículo 42 de la LOCSJ¹⁰, para afirmar que, según jurisprudencia de esa Sala, “el procedimiento a seguir para la tramitación de acciones de nulidad de contratos administrativos... es el referido a juicios de nulidad de los actos de efectos particulares”. Apelado este fallo, la Sala Político Administrativa entró a conocer sobre este acto declaratorio de la inadmisibilidad de las acciones deducidas por los accionistas del Banco de Venezuela¹¹. Comenzó por confirmar la calificación de contrato administrativo al celebrado por los accionistas de este Banco con FOGADE (que calificó de “acto bilateral de la Administración”) y, resaltando su “coligamiento” con las actuaciones de la Superintendencia de Bancos, consideró inaplicable el artículo 111 de la LOCSJ

contra ese acto administrativo de efectos particulares que nunca se efectuó ni se publicó, dejaría siempre viva la posibilidad de que la ilegalidad de tal acto administrativo pudiera ser opuesta por vía de excepción, tal como lo expresaba claramente la demanda de nulidad intentada contra FOGADE.

- ⁹ Artículo 42: “Es de la competencia de la Corte como mas alto Tribunal de la República: ... 15. Conocer de las acciones que se propongan contra la República, o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga una participación decisiva, si su cuantía excede de cinco millones de bolívares y su conocimiento no estuviere atribuido a otra autoridad”.
- ¹⁰ Este ordinal decía: “Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”. No hablaba en forma explícita de la Administración Descentralizada.
- ¹¹ Cfr. la sentencia de la Sala Político Administrativa en “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Oscar R. Pierre Tapia, Año XXV, N° 9, septiembre de 1998, pp. 60 a 81. Actuó como Ponente el Magistrado Suplente Manuel R. Rachadell.

por cuanto según el criterio de la mayoría sentenciadora ese artículo solo contemplaría excepcionalmente la posibilidad de aplicar el procedimiento ordinario para conocer de las demandas de nulidad por ilegalidad o inconstitucionalidad de contratos o convenciones celebradas por la Administración Pública cuando tales demandas fueran intentadas “por personas extrañas a la relación contractual”, pero en el caso sentenciado se trataba de los mismos contratantes con la Administración que habían acumulado a su acción de nulidad por dolo y violencia, la impugnación por su ilegalidad o inconstitucionalidad de la actuación de la Superintendencia de Bancos, lo que, según la citada sentencia, hacía aplicable el artículo 134 de la LOCSJ y, de conformidad con la doctrina de los actos separables, implicaba la caducidad de esta acción de nulidad¹².

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

¹² Cfr. supra en la nota 8 el aludido artículo 134 LOCSJ y en nuestro texto principal la redacción de artículo 111 LOCSJ que esta sentencia consideró inaplicable al caso. Esta sentencia contiene el voto salvado de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó, quien le objetó: 1°) la calificación de contrato administrativo por carecer de un fundamento legal serio, ya que el criterio circunstancial de los sentenciadores “haría que se concentrase en la esfera de contencioso administrativo la mayoría de los contratos bancarios”; 2°) por rechazar la aplicación del artículo 134 previsto para la impugnación de los actos unilaterales al procedimiento de impugnación de los contratos o actos bilaterales y considerar que el reenvío hecho por el artículo 111 por limitarse a una cuestión procesal y no apoyar la declaratoria de caducidad que rige exclusivamente para los actos unilaterales, no puede afectar el elemento sustantivo de la sobrevivencia de la acción civil regulada por los lapsos de prescripción; y 3°) por considerar ajustado el planteamiento de la parte actora en cuanto la aplicación del artículo 103 del LOCSJ y rechazar que la excepción de ilegalidad o de inconstitucionalidad que el artículo 134 de la LOCSJ permite oponer a las personas extrañas a la relación contractual, pueda entenderse limitada a los terceros y no amparar también al propio cocontratante. Este último argumento ya había sido esgrimido por los accionistas demandantes, quienes al sostener la legitimidad de la acumulación en un mismo y único procedimiento ordinario de la acción de nulidad por dolo y violencia contra FOGADE con su derecho a oponer la excepción de ilegalidad o inconstitucionalidad de las actuaciones de la Superintendencia, como partes directamente interesadas, escribían: “si los artículos 103 y 111 someten esta singular acción de nulidad por ilegalidad o inconstitucionalidad, intentada por personas extrañas a la relación contractual, al mismo procedimiento ordinario a que el ordinal 14 del artículo 42 y el artículo 103 de LOCSJ somete la acción de nulidad por dolo y violencia contra FOGADE, con el solo requisito de que se tenga un interés legítimo, personal y directo ... ¿tiene algún sentido que cuando se trate de la acción de nulidad intentada no por un extraño a la relación contractual, sino por el propio contratante de la Administración, tal acción no se rija por el procedimiento ordinario...?”.

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. Mas 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 pareció ocasionalmente 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 con-

venciones 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 hoy extinta Corte Suprema de Justicia)¹³. 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”, utilizó la “doctrina de los actos separables” para decidir que, por haber sido tal contrato, en lo que se refiere a FOGADE, 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 acciones 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 solo 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

¹³ Sansó, Hildegard Rondon de : “La acción de nulidad contractual prevista en el artículo 111 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos, Fundación de la Procuraduría General de la República, Caracas, 1991. La actora considera la acción ex art. 111 LOCSJ como la acción de un tercero ajeno como tal a la relación contractual y, por tanto, caracteriza la situación procesal a que el ejercicio de esta acción por el tercero genera para los co-contratantes (el ente público y en particular) como la de litis consortes pasivos necesarios; pero hace hincapié en que lo debatible en este procedimiento ordinario son los vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad que pudieran afectar el negocio jurídico bilateral celebrado por las partes y al que el tercero impugnante es ajeno. No se plantea por lo mismo la coordinación de este artículo 111 LOCSJ con los lapsos de prescripción o de caducidad que establece el Código Civil para las distintas acciones posibles entre co-contratantes.

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 público¹⁴.

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 dele-

¹⁴ Como producto de la manipulación de conceptos jurídicos, esta doctrina del supremo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa duró poco. Es un proceso posterior entre la empresa privada Inversora Mael, C.A. y la empresa pública Corporación Venezolana de Guayana, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (nuevo nombre con que la Constitución de 1999 bautizó a la antes llamada Corte Suprema de Justicia), luego de resaltar que “los actos separables – que se refieren a la preparación, competencia y adjudicación de un contrato – no tienen que ser, necesariamente, impugnados en forma separada”, agrega que a diferencia del contencioso-administrativo español, en nuestro ordenamiento positivo son distintos los procedimientos para las demandas de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares (artículo 121 LOCSJ y las demandas de nulidad de los contratos celebrados por la República u otros entes públicos (art. 103 LOCSJ) y, consecuentemente, que no le son aplicables a estas últimas el lapso de caducidad que establece el artículo 134 LOCSJ para el recurso de nulidad contra los actos administrativos de efectos particulares, sino directamente la prescripción decenal establecida por el artículo 1977 C.C. para las acciones personales si lo invocado fuera la nulidad absoluta del contrato o el lapso de prescripción de cinco años establecido por el artículo 1346 C.C. si lo invocado fuere la nulidad relativa del mismo. Cfr. sent. del 3 de mayo de 2000, con ponencia de Carlos Escarrá Malavé, en Ramírez & Garay, Jurisprudencia Venezolana, Tomo CLXV, N° 1084-00, p. 473 a 485.

gado 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 mas 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 nuestro días para mitigar las desigualdades de hecho entre contratantes privados o para impulsar a estos a armonizar sus intentos prácticos con los intereses de la economía que el Estado reputa deseables socialmente— sino de algo mucho mas profundo: de **la idea de que la soberanía estatal no puede entenderse en absoluto subordinada a los intereses puramente privados del co-contratante**¹⁵. Se argu-

¹⁵ En los contratos celebrados entre proveedores y consumidores, sobre cuya naturaleza de contratos de derecho privado no cabe duda, tanto la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario como la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia han desarrollado las ideas de libre concurrencia y de abuso de la posición dominante. Cuando en función de estas ideas, el juez anula o modifica los efectos o los alcances de alguna de las cláusulas de un contrato entre particulares, potestad que hoy le reconocen un gran número de ordenamientos positivos (Cfr. mi artículo sobre “La Revisión del contrato por onerosidad excesiva”, en Revista de la Facultad de Derecho, de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 54, Caracas, 1999) ¿no podrá denunciarse que tampoco en el ámbito de la contratación privada no es aceptable para el Derecho la subordinación de uno de los contratantes a la posición de dominio ejercida por su co-contratante, porque ello atentaría contra la libertad del primero? La diferencia de la situación así contemplada con la del contrato administrativo es que en el primer caso es el juez a quien se le confía el restablecimiento de la ruptura del equilibrio contractual, mientras que el segundo caso solo actúa el arbitrio del ente público. La aparición del derecho comunitario entre los Estados parece haber restituido a los contratos que celebran entre sí entes públicos de los diferentes Estados sometidos a ese derecho comunitario las peculiaridades de la contratación entre privados. Cfr. Clamens, Sthépanie, “La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard de dualisme juridictionnel”, <http://www.rajf.org/articles/100042001.php>.

menta por eso mismo que no cabe considerar en estos contratos una acción de resolución del co-contratante por la 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 podrían hacerlo. Cuando el ente público acude a la técnica contractual aspira a sonsacar la libre adhesión de la voluntad de su co-contratante, enmascarando 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?¹⁶.

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 mas 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 mas 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

¹⁶ Me parece que cabría discernir dos situaciones diferentes:

La primera sería aquella en que el ente público imputa a su co-contratante el incumplimiento del contrato. Es obvio que entonces, de ser fundada tal imputación, su co-contratante, tal como sucede en cualquier contrato privado, no podría reclamar indemnización alguna. Pero si la imputación que hace el ente público o su co-contratante fuere infundada ¿cómo no reconocer a este último el derecho a impugnar tal calificación de su conducta por parte del ente público, para conservar su derecho a accionar contra el ente público?. Que para ello tenga que proceder a impugnar también el acto administrativo en que el ente público haya establecido tal apreciación injustificada de su conducta es cosa diferente. Cfr. en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos, arriba citado, en la nota 13, mi relación sobre “La Responsabilidad Contractual de la Administración”, N° 7, p. 236.

La segunda situación se producirá cuando la actuación del ente público se funda directamente en su potestad autoritaria. Solo en este supuesto cabe con propiedad invocar el ejercicio de ese llamado *ius variandi*. En tal caso, como lo he sostenido en esa misma citada relación sobre la responsabilidad contractual, y la responsabilidad del ente derivada del ejercicio de su potestad de imperio solo puede calificarse de “extracontractual”.

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 exigiría 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?¹⁷.

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 mas 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

¹⁷ La doctrina del Consejo de Estado francés no ha ignorado la supremacía de ese principio. Al comentar el fallo Couitéas (30-11-1923, op. cit., p. 167) los comentaristas escriben: “El principio de legalidad entre las cargas públicas no solo se aplica en el caso de las actuaciones u omisiones de la administración, sino también sirve de fundamento a cualquier jurisprudencia sobre la responsabilidad por hechos de las leyes, de las decisiones legales y de las convenciones internacionales”. Cfr. la sentencia Sociedad Anónima de Productos Lácteos-La Florecilla (14-01-1938, op. cit. p. 217).

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 prejuicio. 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.**¹⁸

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 prejuicios 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.

¹⁸ Relata un profesor norteamericano (E. Allan Farnsworth: “Derechos Contractuales y de Propiedad en las Economías de Mercado: Marco Contractual”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Año III, N° 3, Mayo-Junio de 2001, Buenos Aires): “Durante buena parte del siglo XIX, el gobierno de los Estados Unidos no estaba obligado por sus promesas en virtud de la doctrina de inmunidad soberana. No podía celebrar contratos que fueran jurídicamente exigibles (Si el gobierno no cumplía su promesa, la parte agraviada debía acudir al Congreso y lograr la sanción de una ley especial). La situación era tan desventajosa para el gobierno que éste solicitó del Congreso la sanción de una ley por la cual sus promesas fueran exigibles a pesar de la doctrina de la inmunidad soberana, disponiendo a la vez la creación de un juzgado especial que entendiera ese tipo de causas ... La existencia de un derecho de los contratos, por lo tanto, es un elemento esencial que permite constituirse en un actor significativo en una economía de mercado”.