

II. EXTRANJERO

LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA: UN RETORNO A LAS FUENTES CLASICAS DEL CONTRATO

(A propósito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración)

Es una experiencia común en la vida agitada de ese humilde instrumento de la verdad, que es el catedrático, que si le dejamos montar una plataforma basada en una disertación llena de problemas prácticos y de aplicaciones inmediatas, el auditorio lo echará abajo. Si, por el contrario, su divagación intelectual trata de algo como la esencia del ángel, el entendimiento del hombre, o los fundamentos del universo, el auditorio se verá arrastrado cual águila hambrienta tras la liebre: y estará impaciente por escuchar el final, pues se halla bastante lejos de ser un águila para comprender los argumentos por sí mismo.*

SUMARIO: *Questio.—Meditatio.—Sed contra.—Respondeo.*

QUESTIO

A poco que pueda indagarse sobre las nociones fundamentales que engloba ó comporta la idea de contrato, en el Derecho, se descubre que la visión que nos ha sido legada de ella, hoy día y en nuestra época, es tributaria no de construcciones teóricas nacidas exclusivamente por obra de los juristas, sino de filósofos con preocupaciones jurídicas, filósofos que vieron sus ideas acogidas por hombres de Derecho.

Y si se lleva más a fondo la indagación veremos que esas ideas filosóficas tampoco son muy antiguas, sino que datan de apenas hace doscientos a trescientos años atrás.

Alguien decía que toda ciencia del derecho reposa sobre la filosofía, y toda construcción jurídica es en último término hija de una filosofía; en el caso del contrato no parece haber duda de la veracidad de esas afirmaciones. En efecto, por poco que se aventure un jurista en la búsqueda de las fuentes de la construcción teórica contractual hoy día normalmente aceptada, da en ciertos fundamentos que son directamente dependientes de una postura filosófica: tal el nominalismo voluntarista, que partiendo de OCKHAM, enlazará a HOBBS con LOCKE y luego con ROUSSEAU, para empalmar con HEISE y SAVIGNY y terminar con la pandectística germánica, de donde se expandiera a todo el occidente continental pasando a la propia América.

* W. FARRELL: *El camino de la vida*, Morata, Madrid, 1962, p. 20.

Sus bases no son otras que el sostener que las instituciones sociales, el Estado mismo, y la ley, son el fruto del consentimiento, del acuerdo de voluntades (sea para poner fin a un «estado de naturaleza» pre o ahistórico, anárquico—caso de HOBBS—o de inocencia—caso de ROUSSEAU—y «entrar» en sociedad a través de un pacto o contrato social). Es la idea de que el Derecho es voluntad (poder) y que todo derecho es fruto de un acuerdo de voluntad. ¿Quién podría dudar entonces en esta perspectiva que el contrato es «un acuerdo de voluntades» destinado a producir efectos jurídicos tal como lo describiera HEISE a comienzos del siglo XIX y lo retomara VON SAVIGNY pasando a toda la civilística moderna? (1).

Sin embargo, la idea de que el contrato sea simple y puramente «acuerdo de voluntades» no va de suyo, ni corresponde a una noción que sea y que haya sido la única e indudablemente indiscutida; es más: el consensualismo ni ha existido siempre como explicación de la idea de contrato ni ha sido indiscutido. Al contrario, si se recurre a la historia del Derecho se nos aparece casi como un paréntesis dentro de la idea dominante hasta ahora y un paréntesis quién sabe si hasta cerrado ya.

Se ha hecho, y así se ha enseñado—no sin detractores, es cierto—hasta ahora, de la idea de la autonomía de voluntad, y del acuerdo de consentimientos, el pivote central de la construcción contractual, sea ello de corte individualista, sea ello de corte colectivista; es decir, la clave para entender el contrato. ¿Ha sido, acaso, siempre así? (2).

Si nos remontamos al Derecho griego de la Atenas clásica vemos que la construcción aristotélica del *synallagma* poco o nada tiene que ver con este consensualismo voluntarista que se nos hace pasar como algo que aparece como intrínseco a la noción misma de contrato (3).

(1) Acuerdo libre de voluntades que deviene una ley para las partes.

(2) De corte individualista, partiendo de GROCO y su construcción sistemático-racional del contrato, seguida a partir de él por todo el iusnaturalismo racionalista y su concepción del Derecho (v. gr. PUFFENDORF y LEIBNIZ), fruto de un racionalismo dogmático y antihistórico. De corte colectivista, donde la voluntad de los particulares viene a ser sustituida por la del Estado, a la que finalmente ellos se subordinan, y donde todo deviene «planificado», siendo sustituido el contrato por el plan, verdadero estatuto impuesto, que no consentido.

(3) Sobre el particular *vid.* ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, libro V, en especial, caps. II, III y IV; también, en relación, *La Política*, libro I, caps. I y III (sobre la sociabilidad intrínseca del hombre, y la necesidad de intercambios en su vida de relación) y libro III, caps. IV y VII (sobre la idea de justicia como lo debido según bases de igualdad, de equivalencia o proporcional); también trata sobre lo justo en la *Retórica* (libro I, caps. X-XV), y en la *Gran Moral* (cap. XXIII). *Vid.* también con provecho, H. J. WOLFF: *La structure de l'obligation contractuelle en droit grec*, en RHDPE, 1968 (núm. 4), pp. 569-583, donde muestra que el contrato consensual *a été de tout temps aussi inconnu du droit grec que l'était le contrat verbal solennel romain* (p. 570), y que la noción misma de contrato entre los griegos ha tenido un origen de tipo delictual o más bien en la idea de lesión o daño y la correspondiente «obligación» de reparar (pp. 574-581); sobre la idea implícita en ello, de lo justo correctivo y del *synallagma* como relación de responsabilidad, en último término; *vid.* C. DESPOTOPOULOS: *La notion de synallagma chez Aristote*, en APD, 13 (1968), pp. 115-127; en perspectiva más general, *Les concepts de juste et de justice selon Aristote*, en APD, 14 (1969), pp. 283-308.

Valga señalar aquí lo que PLATÓN discurría sobre lo justo correctivo en *Las Leyes* (p. 882 b 4-9), a saber que tenía por misión no sólo restablecer el equilibrio

Su idea básica es de «intercambio de cosas» entre los hombres, para subsistir, e intercambio justo, es decir, regulado por lo justo (o derecho, en el término griego), correctivo o reparador, que corrige o repara el desequilibrio que produce lo injusto en las relaciones humanas sociales.

Si nos atenemos al Derecho romano veremos que dada su estructura básicamente procedimental no se da una construcción general, teórica, de contrato; sólo recién con GAYO en sus *Institutiones* se verá un esbozo de tal construcción, es decir, por la época de Antonino Pío y Marco Aurelio (segunda mitad del siglo II). Y si nos dedicamos a buscar los fundamentos de la actuación convencional concluiremos que el consensualismo es prácticamente inexistente. Sea en el Derecho clásico, sea incluso en el justiniano (4), el solo acuerdo de voluntades no originaba obligaciones, pues no daba acciones, y tan cierto es que era necesario otro tipo de actividad para que ese acuerdo pudiera originar efectos en el Derecho: de allí las formalidades o la entrega de la cosa, según se tratara del tipo específico de contratos; y si el caso de los llamados *contractus consensus* difería de lo dicho era debido al hecho de que eran los únicos en los cuales se daba intercambio recíproco de bienes o prestaciones (5).

perturbado en las relaciones de los hombres entre sí, sino además tender a que las partes pudieran a través de la ley (lo justo) pasar de la disputa a la amistad: «se procurará siempre que, hecha la conciliación por medio de compensaciones entre los autores y las víctimas de cada uno de los daños, su discordia quede trocada por obras de las leyes en amistad» (trad. PABÓN-FERNÁNDEZ GALLIANO (2 vols.), IEP, Madrid, 1980, 2, 114). Recuérdese —para cuanto diremos más adelante— esta idea de que lo justo correctivo implica un tender hacia la colaboración a través del equilibrio de las prestaciones recíprocas.

(4) No es ocioso recordar que para la concepción bizantina la idea contractual reposa sobre la *conventio*, que para su perfeccionamiento puede requerir sea la forma, sea la dación de la cosa. Mientras para los romanos postclásicos la distinción cuatripartita de GAYO señalaba el elemento fuente de la obligación, para los bizantinos devendría el elemento que el contrato requeriría para su perfeccionamiento. En todo caso, conservará el carácter de tipicidad que reunía el régimen romano de los contratos. Los bizantinos, en verdad, no llegarán a desarrollar una teoría general del contrato en cuanto convención.

(5) Es sólo recién con GAYO, y en especial con sus comentaristas, como decíamos, que aparecería introducida una «categoría» de «contratos», en su devenida célebre cuatripartición de las obligaciones contractuales (*obligationes contractae re, verbis, litteris, consensus*) en sus *Institutiones*, libro III, pp. 88-89 («Las obligaciones comportan una división fundamental en dos especies: en efecto, toda obligación nace de un contrato o de un delito. Y ocupémonos para empezar de las que nacen de los contratos. De ella hay cuatro géneros: *aut re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensus*), y pp. 135-136. («Las obligaciones nacen por consentimiento mutuo en materia de compraventa, de locación, de sociedad, de mandato. Se dice que las obligaciones de este género se contraen por consentimiento mutuo, porque no exigen ni palabra, ni escritos especiales y basta que los que hacen este negocio estén de acuerdo...»).

Para el desarrollo de la idea de acuerdo de voluntad en el Derecho romano (postclásico) y justiniano, *vid.*, entre otros, G. Grosso: *Contratto* (diritto romano), en EdD, IX (1961), pp. 750-759. Para la tesis de la no existencia de un consensualismo en el Derecho romano clásico (consensualismo que aparece sólo a partir de la división de GAYO, y en especial con la escolástica de la época postclásica) *vid.* sobre todo las perspectivas maestras de A. D'ORS: *Derecho Privado Romano*, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1988, en especial párrafos 126 (pp. 338-342) y 153-171 (pp. 426-477, esp. pp. 428-434); muy brevemente, en *Elementos de Derecho privado romano*, Publ. Est. General de Navarra, Pamplona, 1960, apéndice (páginas 369-374). En el mismo sentido y con un tratamiento propiamente histórico,

Al Derecho medieval pasó tal idea romana, y célebre en la construcción teórica contractual de la época es el famoso brocardo *ex nudo pacto actio non nascitur*, y la idea del llamado «pacto vestido» (6).

Cambiará la perspectiva que hemos referido ya en el siglo XVII con la escuela denominada del Derecho natural racionalista. En efecto, aparecerá con intensidad sin igual la idea consensual como arquetípica del contrato con GROCIO, cuya influencia no sólo fue inmensa, sino que además casi inmediata en su tiempo, originando en no poca medida esa visión del Derecho como construcción teórica racional (a partir de principios deducidos de la razón), y que se desarrollará sobre todo en el ámbito germánico protestante (ALTHUSIO, THOMASIVS, PUFFENDORF,

F. SAMPER: *Derecho romano*, Edic. Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1975, páginas 283-272, y esp. pp. 328-336; vid. también G. ASTUTI: *Contratto* (diritto intermedio), en EdD, cit., pp. 759-781, esp. p. 763, más ampliamente, *I principii fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, en ASD, I (1957), páginas 13-42 y M. van OWEN: *La sententia Pedii de D.2.14.1.3 et la notion de contractus*, compte rendu en RHDFE, 1954, pp. 465 y ss.

En el Derecho romano clásico—bien lo muestra SAMPER—la idea de contrato (*contrahere* = arrastrar mutuamente) implica bilateralidad, no la genética (mero consentimiento, desconocido por aquella época), sino la funcional, esto es reciprocidad. Valga recordar la idea de *bona fides* romana a este respecto.

No debe olvidarse que en la época preclásica y clásica *contractus* designaba una de las cuatro fuentes de las obligaciones (pactos, promesas, estipulaciones y contratos); ellas se diferencian básicamente en razón de las acciones distintas que de cada una de ellas derivaba. De los contratos igualmente nacían acciones, y según fueran éstas se distinguían diversos tipos: *re*, *verbis*, *litteris*, *consensus*. Los contratos podían perfeccionarse ya por la entrega de la cosa (*re*), por la constancia escrita (*litteris*), y por las palabras, y éstos últimos, a su vez, ya según determinada forma (*verbis*), ya sin formalidad especial (*consensus*). Estos, *contractus consensus*, eran los únicos en los cuales se daba un intercambio recíproco de bienes, o prestaciones, esto es nacían de ellos «obligaciones recíprocas»: de ellos nacían (eran reconocidos por el pretor) determinadas acciones, llamadas *bona fide*, precisamente porque originaban vinculaciones recíprocas. Puede, pues, advertirse cómo ello se conecta con la idea de reciprocidad que la idea de *synallagma* griega encerraba. Ya ARISTÓN (*Digesto* 2.14.7.2) emplea el término incluso: «cuando el negocio no pasa de tener nombre de contrato, pero existe, sin embargo, una causa, respondió elegantemente ARISTÓN a CELSO que hay una obligación; por ejemplo, si te di una cosa para que me dieras otra, o bien te la di para que hagas algo; esto es un *synallagma*, y nace de aquí una obligación civil» ... «pues existe un contrato que ARISTÓN llama *synallagma*, de donde nace esta acción». Sobre los orígenes de la admisión de los *iudicia bonae fidei* y su conexión con la *fides* romana y los contratos consensuales, vid. F. PRINGSHEIM: *L'origine des contrats consensuels*, en RHDFE, 1954, pp. 475-495.

(6) Sobre esta materia—tan poco estudiada por nuestros privatistas—puede verse, entre otros, G. ASTUTI, ob. cit., p. 770, quien señala claramente cómo la doctrina civilista medieval permanece vinculada a la concepción romano-justiniana, y aun cuando desarrolle algunas innovaciones ellas no permiten, de modo alguno, sostener un pretendido consensualismo. De allí es que aparezca la distinción entre *pacta vestita* (contratos) y *pacta nuda* (pactos), con la consecuencia de que *nudum pactum obligationem actionem non parit*. (La Glosa de ACURCIO dirá gráficamente *pactum nudum parere actionem tale sit ac si prorsus sterilis mulier generaret vel virgo pariat*.) La idea venía ya de un texto de ULPIANO (D.2.14.7.4 *igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*). Vid. también E. BUSSI: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Cedam, Padova, 1937, caps. XII y XIII (pp. 217-271) con un interesante desarrollo de la idea de causa como elemento esencial del acuerdo de voluntad, y las influencias canónicas a este respecto; y la importante obra de F. CALASSO: *Il negozio giuridico*, 2.ª ed. (rist.), Giuffrè, Milano, 1987, sobre múltiples aspectos de esta materia en el mundo medieval, espec. Lez. 9 a 13, 15 a 18 y epílogo; para la influencia notarial, vid. R. NÚÑEZ LAGOS: *El documento medieval y Rolandino*, Impr. Góngora, Madrid, 1951.

WOLFF), y que pasando a KANT llenará toda la corriente del idealismo alemán, incluso hasta nuestros días (7).

Sin temor a errar pudiera decirse que incluso toda la construcción grociana del Derecho internacional descansa en buena parte sobre la idea contractual y la vinculación concorde de voluntades, y su idea base de que *pacta sunt servanda*, lo que nos demuestra la fundamentación específicamente consensualista de la actividad contractual, que incluso pasaría siglos después (a través de DOMAT y POTHIER) al propio Código Civil francés (8).

(7) Incluso la visión normativa de la autodenominada «teoría pura del Derecho» (como si las demás fuesen impuras) es tributaria de la misma corriente.

(8) Sin ser propiamente un filósofo del Derecho, sino, por el contrario, un jurista, GROCIO (1583-1645) elaboró *De iure belli ac pacis*, París, 1625, tomando no poco de la escolástica a través de VICTORIA, toda una construcción de las relaciones entre los pueblos basada en el Derecho, dando las bases para un futuro Derecho internacional; quizá si inspirado por CICERÓN (quien en sus *Los deberes* (libro I, cap. 7) plantea que «la base de toda justicia es la lealtad», entendiéndolo por tal «una inviolable sinceridad y constancia en las palabras, en las promesas, en los contratos y en los compromisos») y con el afán de aportar solución a un período tan convulsionado por constantes guerras, cree GROCIO que el respeto a los pactos (*pacta sunt servanda*) es el principio fundamental para arribar a una paz. No debe olvidarse que los *pacta* y las *obligationes* eran ya desde los romanos considerados como instituciones de *ius gentium* (v. gr. D.2.14.5 y 6 y 7), el cual obligaba incluso a los príncipes (vid. sobre el particular y más ampliamente M. VILLEY: *Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité*, en RHDDE 31 (1953), pp. 475-497, esp. pp. 493 y ss.; U. NICOLINI: *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 115-151, espec. pp. 143-150 y también 6-12). Por ello que GROCIO vea en el contrato o pacto un medio privilegiado para obligar incluso a los príncipes a respetar sus pactos. Aun cuando la base de las relaciones entre las naciones estaba ya desde la antigüedad fundamentada en la moral que no el Derecho, GROCIO verá en este principio del respeto a los pactos contraídos—junto con el reparar los daños cometidos, de que también hablaba CICERÓN—los principios fundantes de este nuevo derecho que habría de regir a las naciones. De principios básicos morales—y así lo entendían los griegos y luego CICERÓN y los estoicos—pasaban al campo del Derecho con GROCIO, y a un Derecho que lograría sólo tras largos siglos el imponerse entre las naciones, como Derecho internacional, aún si todavía imperfectamente.

A esto habrá que agregar que el mismo GROCIO—cuya influencia fue ciertamente enorme en su época y en el siglo xviii—haciendo del contrato su idea central, construye una verdadera teoría del consentimiento, de sus vicios, y de su interpretación, que pasaría—sin que ello sea aventurado afirmarlo—a través de DOMAT y POTHIER al propio código civil francés. Y la idea contractual, que GROCIO desarrolla en su *De iure belli ac pacis*, basada en la promesa voluntaria y libremente consentida, lo cual por esos hechos, obliga.

La obra de GROCIO: *De iure belli ac pacis*, trad. J. Torrubiano R. (4 vols.), Reus, Madrid, 1925, particularmente interesantes para nuestro tema son los prolegómenos, y el libro II, caps. XI a XVI.

Sobre el tema, que es amplísimo, baste aquí señalar y para una mera aproximación, M. VILLEY: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, París, 1962, páginas 51-67 (con bibl.), y *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, París, 1975, pp. 597-634; también *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en APD 3 (1957), pp. 87-98; *Contre l'humanisme juridique*, en APD 13, cit. 199-208; H. WELZEL: *Introducción a la filosofía del Derecho*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 126-133; A. FEENSTRA: *Grocio y el Derecho privado europeo*, en AHDE 45 (1975), pp. 605-621; I. Ph. ANDRÉ-VINCENT: *La notion moderne de droit naturel et le volontarisme*, en APD 8 (1963), pp. 237-259; R. LABROUSSE: *Il problema dell'originalità di Grozio*, en RIFD 28 (1951), pp. 1-20; F. WIEACKER: *Historia del Derecho privado en la edad moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, pp. 197-292, especialmente pp. 244-261; G. AUGÉ: *Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, en APD 13, cit. pp. 99-114; F. CALASSO: *Il negozio*, cit., epílogo, pp. 329-346, espec. pp. 335-338; E. CASSIRER: *Filosofía de la ilustración*, FCE, México, 1975, pá-

No en vano el siglo XVIII erigirá a la voluntad como el fundamento propio del mismísimo Derecho, lo que recogería ciertamente toda la doctrina—casi sin excepciones—en el siglo XIX, en el cual uno de los problemas teóricos más quemantes fue precisamente el papel de la voluntad en el acto jurídico (9).

Es así que SAVIGNY, y en general toda la pléyade de juristas germánicos del siglo XIX—sean partidarios de la teoría de la voluntad psicológica (como el mismo SAVIGNY) o de la declaración (como VON BÜLOW)—parecen haber convenido en asignar como carácter esencial del contrato—al cual miran como una especie del género acto jurídico—el acuerdo de voluntad de dos o más personas destinado a producir efectos jurídicos regulando las relaciones nacidas de dicho acuerdo. Y a la autonomía de la voluntad el rasgo fundamental del propio Derecho civil (10).

Tal concepción poco que ver tiene con lo que anteriormente a los siglos XVII y XVIII se entendía por contrato y sus ideas centrales; y es que la postura del consensualismo individualista es hijo directo del individualismo, voluntarismo nominalista que trastocara las raíces mismas del Derecho, dando origen a una teoría general del Derecho que lleva marcada los signos de un iusnaturalismo racionalista de cuño protestante, donde puede llegarse con igual facilidad sea a un liberalismo insensible a lo humano (allí donde predomine la voluntad del

ginas 261-303; G. SOLARI: *Filosofía del Derecho privado* (2 vols.), Depalma, Buenos Aires, 1 (1946), pp. 18-27, más ampliamente pp. 3-80.

Sobre PUFFENDORF (1631-1694), que sería propiamente quien desarrollaría en una perspectiva jurídica las bases contractuales grocianas (*De iure naturae et gentium*, publicada en Lund., 1672) sobre el principio de que *solus consensus obligat*, puede verse en general WELZEL, *ob. cit.*, pp. 133-149. De allí que el contrato pasara a ser el fundamento primordial en el siglo XVIII para asentar no sólo el Estado (ROUSSEAU), sino los propios derechos naturales del individuo; *vid. a* este respecto CASSIRER, *ob. cit.*

Sobre el paso al Código civil francés *vid. espec.* A. J. ARNAUD: *Les origines doctrinales du code civil français*, LGDJ, París, 1969, obra notable; SOLARI, *ob. cit.*, 1, páginas 117-265; R. MASPÉTIOL: *Jean Domat, une doctrine de la loi et du droit public*, en Estudios en homenaje a L. Legaz Lacambra, 1960, pp. 707 y ss., y las luminosas páginas de Ph. I. ANDRÉ-VINCENT: *Les révolutions et le droit*, LGDJ, París, 1974, pp. 59-74 y 125-128, sobre las ideas jurídicas de los hombres de 1789 y 1793.

Para el paso al Código civil chileno (BELLO) *vid.* A. GUZMÁN BRITO: *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República (actos y declaraciones de voluntad)*, en REHJ 2 (1977), pp. 101-130.

(9) Valga recordar que tanto la idea de Derecho hoy usualmente aceptada y enseñada, de los derechos subjetivos, y del acto jurídico mismo (incluido en este último el contrato), son expresiones de la concepción voluntarista, que descansa en el individuo, cuya característica típica es su voluntad libre; de allí nace también el llamado «principio de la autonomía de la voluntad», que fuera erigido como pilar del propio derecho privado, derecho de los particulares. Puede verse con provecho para lo referente a la aparición y desarrollo de la idea y noción de derecho subjetivo—pivote central del voluntarismo jurídico—las aportaciones fundamentales de M. VILLEY reunidas en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Edic. Univ. de Valparaíso, Valparaíso, 1976.

(10) *Vid.* para una primera aproximación A. RIEG: *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle*, en APD 3 (1957), pp. 125-133, y *Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle*, en APD 13, *cit.*, pp. 31-49.

individuo), sea a un colectivismo totalitario (allí donde predomine la voluntad del Estado).

Y esta visión del contrato como acuerdo de voluntades que crea efectos jurídicos, fundamentada en la idea, elevada a principio, de la autonomía de la voluntad privada, ha originado una crisis bastante aguda, ya que ¿cómo conciliar la figura del contrato—que en esta postura consensualista se fundamenta en la voluntad individual, en el interés privado—con el interés general, con los intereses de la propia comunidad, es decir, con el bien común?

Porque cada vez más ocurre que esa pretendida autonomía privada se ve limitada, e incluso cercenada, por parte de la legislación (ordenación racional destinada a la regulación social para obtener el bien común) para satisfacer el bien general; así, irá naciendo por obra de la doctrina la idea del «contrato» de adhesión, del «contrato» dirigido, del «contrato» forzado, del «contrato» tipo, del «contrato» colectivo, del «contrato» autorizado, del «contrato» ficticio, etc. ¿Queda algo en estas teorías del «contrato»? Sí, se dice, la posibilidad de decir sí o no, al menos (11).

En otros términos, por la intervención de la ley pública (estatal) en la regulación del tráfico privado (12), la ley privada (del contrato) ha sido en gran medida arrinconada y condicionada hasta casi desaparecer; se dice entonces que el contrato está en crisis o que el principio de la autonomía privada cae en crisis. Y curiosamente se pasa por el intervencionismo estatal al otro extremo, ya que la voluntad privada viene a ser sustituida por la voluntad estatal (ley), que determina lo que es contrato, sus efectos, sus condiciones, etc. Pero tanto aquél como éste, ambos son tributarios de la misma idea consensual. ¿No será, más bien, que la visión consensualista es la que es inadecuada para definir propiamente el contrato?

Y ¿qué nos puede decir el Derecho administrativo a este respecto? (13). Yo diría que el verdadero aporte de esta nuestra disciplina en este campo es el hacernos ver un retorno a la idea originaria de contrato, en cuanto intercambio de bienes basado en lo justo, y que se manifiesta en toda la vida del contrato. Veámoslo.

(11) Sobre este punto, cuya literatura es sobreabundante baste citar aquí, G. GONELLA: *La crisi del contrattualismo*, Giuffrè, Milano, 1959; R. SAVATIER: *L'éclatement de la notion traditionnelle de contrat*, en *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* (1ère. série, Panorama des mutations), 3e. éd., Dalloz, Paris, 1964, pp. 21-151. Para una aproximación iusadministrativa, Y. MADIOT: *Aux frontières du contrat et de l'act administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, Paris, 1971, páginas 2-23.

(12) Vid. sobre esto A. GUZMÁN BRITO: *Notas sobre el Derecho público*, en «RDP», 19/20 (1976), pp. 385-393.

(13) No me parece inútil recordar aquí que la mayor parte de nuestros juristas o doctrinarios olvidan muy a menudo lo que es el Derecho y los métodos que le son connaturales. No debe olvidarse que cada ciencia posee un método propio para el conocimiento y explicación de la realidad que debe estudiar y describir, y ello dependerá del fin de cada ciencia. No es, pues, indiferente el método que se utilice; de allí que pueda advertirse una incongruencia a veces muy notable entre los postulados que se afirman y los métodos usados, métodos que son

MEDITATIO

Somos como enanos sentados en los hombros de gigantes. Vemos más cantidad de cosas y cosas aún más lejanas que las que alcanzaban a ver los antiguos, no porque nuestra vista sea muy penetrante, sino porque ellos nos han ayudado a elevarnos y nos alzan con toda su gigantesca estatura (14).

La desgracia es que muchos piensan que la historia comienza con ellos, ¡cuánta vanidad! Con mayor humildad, pienso que es necesario siempre escrutar los signos de los tiempos y comprender que lo perenne de lo humano puede ayudarnos, y mucho, en esta tarea.

SED CONTRA

Misión y fin del Estado es promover el bien común (15).

La relación en la cual se inserta el Estado será, pues, siempre finalizada a dicho bien común (16).

obviamente inidóneos por su naturaleza: el método depende del objeto. Y el objeto del Derecho es precisamente lo que Aristóteles denominaba *to dikaiion* y los romanos *suum (ius) cuiusque tribuere* (D. 1.1.10; Inst. 1.1), atribuir a cada cual lo suyo, lo debido (en el reparto (atribución) o intercambio de bienes (*res exteriores*) que pueden ser repartidos (atribuidos) o intercambiados), esto es la cosa justa (*ipsa res iusta*), esa armónica relación de igualdad (de proporción o equivalencia) entre las cosas, y bienes, y cargas, que son repartidas o intercambiadas por los hombres en las relaciones de su vida social. Y el método adecuado, entonces, no podrá ser ni el exegético (propio de la teología, que trabaja sobre el «dato» revelado) ni el llamado (con demasiada suficiencia, tal vez) científico, propio de las ciencias sociales o ciencias exactas o de la naturaleza física, ya que el Derecho no es ni religión, ni moral, ni sociología, ni física, ni matemática: habrá, entonces, de ser un método dialéctico, argumentativo, y realista. De aquí la importancia primordial del Juez, que será quien dará a cada cual lo suyo, esto es «dirá» el derecho (lo justo) en el caso concreto; variadas veces hemos llamado la atención sobre ello, dada la posición tan estrechamente positivista que predomina aún en nuestra América sobre la función del juez como «mero aplicador de leyes»; vid. espec. nuestros *Amparo Judicial y Recurso de Protección*, en RDP 19/20 (1976), pp. 155-189; *Consideraciones sobre la posición de los juristas frente al Derecho en la época actual*, en id., pp. 379-384; *La responsabilidad extracontractual del Estado administrador, un principio general del Derecho chileno*, en «RDP» 21/22 (1977), pp. 149-156; *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia*, en id., pp. 233-250, etc.

(14) Según diría Juan de SALISBURY (siglo XIII) refiriéndose a Bernardo de CHARTRES, en *Metalogican*, III, 4, en *Pathologie Latine* (Migne), vols. 199 y 900 c.; cit. también en L. GÉNICOT: *El espíritu de la Edad Media*, Noguer, Barcelona, 1963, página 10, y en E. GILSON: *La filosofía de la Edad Media* (2 vols.), Gredos, Madrid, 1958, I, p. 323.

(15) Así lo expresa textualmente el AC 2 (art. 2), y es que su misma razón de ser y de existir, en tanto asociación natural (la más perfecta en el orden temporal), es tender a permitir la plena perfección de todos y de cada uno de sus miembros, a través de un conjunto de condiciones de vida que sean conducentes a la obtención de dicha perfección; es decir, ese *bien común*, que es el bien de esas personas no en cuanto bien propio o individual, sino en cuanto viven en una sociedad históricamente concreta, bien de sus vidas integrando esa comunidad que es el Estado, aun cuando sólo en cuanto miembros de esa comunidad política, pues el hombre —ser trascendente— no se ordena al Estado (sociedad meramente temporal) según todo él o según todo lo suyo, sino sólo a Dios, su Creador y su Señor.

(16) Pues en dicho fin es que «es, existe y se mueve» (parafraseando a S. PABLO en su discurso a los atenienses en el areópago, *Hechos*, 17.28).

Si esa relación es jurídica, esto es de Derecho, ha de estar basada en la justicia, pues que el objeto del Derecho es lo justo (17).

Puesto que el Estado debe promover el bien general, común, como fin propio y exclusivo en una comunidad política, está dotado de poder, y en una posición jurídica supraordenadora, directiva y distribuidora: se dice entonces que la relación jurídica en que el Estado es parte está regida por la justicia distributiva (18).

El Derecho que rige las relaciones entre Estado y particulares, basado en principios de la justicia distributiva, es el Derecho público, cuya finalidad es atender a la concreción de lo justo común (19).

El Estado, al actuar en Derecho —y toda su actuación está informada por éste, ya directa, ya indirectamente— para alcanzar su fin primordial y específico, esto es, el bien común temporal, puede utilizar o la técnica unilateral (de imposición) o la técnica contractual (de concertación).

Sea que utilice la una, sea que utilice la otra, el Estado siempre está actuando para conseguir el bien común (satisfacer las necesidades públicas) y, por tanto, bajo relaciones jurídicas de distribución (ya mediata, ya inmediatamente).

Si utiliza la técnica contractual, el contrato que celebre estará igualmente marcado por esa finalidad pública del interés colectivo, del bien común, pero no por eso dejará de ser contrato, es decir, intercambio de bienes, intercambio de prestaciones, acordado voluntariamente por ambas partes y sobre bases de justicia (20).

No porque se utilice por parte del Estado la vía contractual dejará de ser Estado, ni se despoja de su posición intrínseca supraordenadora, que persigue como finalidad esencial el interés general, el bien común (21).

(17) Sobre esta idea tan elemental, y sin embargo tan olvidada (especialmente hoy en que el jurista moderno parece haber olvidado a los clásicos), *vid.* ARISTÓTELES: *Ética*, cit., libro V, y el comentario de Santo Tomás de Aquino. *La justicia* (trad. y notas RAFFO). Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1946. Para una explicación moderna *vid.* las espléndidas páginas de M. VILLEY: *Précis de philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1975, pp. 49-133, y de ANDRÉ-VINCENT, cit., pp. 118-132.

(18) Al Estado le está confiada la distribución del bien común, para lo cual obvio es que debe promoverlo y realizar todo lo necesario para su obtención en la comunidad política.

(19) La utilidad común dirá ULPIANO (*Digesto* 1.1.1.1).

(20) Y salvaguardando su equilibrio prestacional por lo justo correctivo.

(21) Y el instrumento contractual de que dispone el Estado administrador estará marcado por esa posición jurídica supraordenadora, tanto en sus aspectos directivos como en sus aspectos distribuidores. Ello se verá en las diversas etapas o fases del procedimiento contractual: en la etapa de celebración, por medio de las sujeciones tendentes a asegurar la igual participación de los oferentes interesados; en la etapa de la ejecución, por medio de las potestades que el ordenamiento ha conferido a la Administración para asegurar el equilibrio financiero del contrato, es decir, la reciprocidad del intercambio, por una parte, sea que ocurran actos, hechos o circunstancias imprevistos, y por la otra, para asegurar el debido cumplimiento del contrato celebrado en vista precisamente del fin de interés general, público, común; en la etapa de ejecución también en cuanto a la terminación del contrato, otorgándose al administrador la potestad de rescisión unilateral si media el interés público, debidamente acreditado, pero reconociéndose ciertamente el adecuado resarcimiento al contratista afectado.

El carácter que presentará entonces el contrato administrativo será el de ser un contrato en que hay desigualdad de intereses (y más precisamente diversidad en desigualdad de fines), pero no contrapuestos, pues si fueran contrapuestos no habría posibilidad alguna de acuerdo para alcanzar u obtener el intercambio recíproco de bienes, en que consiste básicamente el contrato. La desigualdad se refiere a que mientras la Administración persigue necesariamente un interés público, comunitario, el contratante particular persigue directamente un interés privado, particular (si bien indirectamente persigue también con su actividad negocial un interés público, colectivo).

En que hay, además, una posición supraordenadora en uno de los sujetos contratantes, que se manifestará, *verbi gracia*, en la dirección del contrato, dado el fin público que éste persigue y que es su razón de ser y existir. En que hay, por otra parte, en la base de este contrato administrativo un intercambio fundado en lo justo, manifestado fundamentalmente, *verbi gracia*, en el aseguramiento de condiciones financieras justas para las partes; en que hay, por lo tanto, un régimen de Derecho público dinámico que va a permitir que el contrato sea más un procedimiento contractual que un contrato que es, fijado en el momento de su celebración. Y en que hay, en consecuencia, tanto prerrogativas de poder público respecto de la Administración contratante como sujeciones de poder público a su respecto, todo ello fundado en la finalidad intrínseca de toda la actuación del Estado, que no es otra cosa que el bien común (22).

No adoptemos, pues, la posición del veterinario cuando diseña un gato. ¿Piensa, acaso, en el gato concreto que tiene bajo sus manos? ¿Piensa el jurista al estudiar los problemas jurídicos en el hombre y la mujer concretos a quienes va a afectar «su» solución?

No descendamos tan abajo que nos quedemos en el puro aspecto «tecnológico» del problema, olvidando el problema humano que el Derecho viene a resolver y olvidando que los contratos que celebra la Administración es un aspecto del Derecho administrativo y que éste es sólo una parte del Derecho, y a su vez que éste es un fenómeno sólo humano. Es en esta perspectiva—de lo humano, del hombre, y del hombre que vive en sociedad—que debemos también analizar el problema de lo contractual administrativo (23). Sólo así lo entenderemos en su exacta dimensión y como instrumento de bien común.

(22) Si admitimos estos planteamientos, resulta que aparece como necesario admitir igualmente que el contrato que celebra la Administración está marcado por características que le harán diferenciarse de manera más o menos clara frente a toda otra categoría contractual que no sea de aquella en que participa la Administración.

(23) Cuánta razón tenía G. RENARD, «Systèmes, législations et contrats, ce sont les oeuvres hommes; il me feut plus en ... des fétiches», *Le Droit, la justice et la volonté*, Sirey, París, 124, 69.

RESPONDEO

El Derecho existe y se da para regular las conductas de los hombres; él es necesario dada su naturaleza social, que los mueve naturalmente a vivir en la multitud.

Esa regulación tiene por misión el que los hombres vivan en paz, esto es, no se hagan daño unos a otros; para ello es que se regula sobre bases de justicia esa relación humana, ya que no hay posibilidad alguna de paz en una sociedad—cualquiera sea ella—si no hay justicia: la paz es obra de la justicia (24).

Las relaciones que se originan en la vida social de los hombres son básicamente de dos tipos: una, entre los hombres entre sí; otra, entre los hombres y la autoridad.

Puesto que estas relaciones son de diverso tipo, a saber, entre partes de un todo y entre el todo y las partes, su regulación ha de ser diferente. En efecto, entre las partes se da un intercambio de bienes y prestaciones, dados sus intereses particulares, sobre bases de conmutación; entre el todo y las partes—por el contrario—, dados sus intereses diversos fundamentados en fines desiguales, se da una regulación sobre bases de distribución. Las primeras relaciones tienen en vista y persiguen el interés individual; las segundas tienen por misión básica y primordialmente el bien común (25).

Ahora bien, recordábamos que el fin del Estado como sociedad política—la mayor en el plano temporal—es el bien común temporal de todos y cada uno de los miembros de la comunidad.

(24) Ya lo advertía Isaías, cap. 32. y lo recordará bellamente Santo Tomás, *Suma Teológica*, 2-2,29, y más ampliamente 2-2,57.1. No es ocioso recordar que mientras el Derecho sólo nos exige no hacer daño a nuestro prójimo, la religión nos enseña a amar a nuestro prójimo: mientras aquél se contenta con que adoptemos cierta pasividad no perturbadora, ésta nos incita y estimula a una actividad bienhechora; y es que no hacer mal a nadie no es algo que en sí y de suyo nos perfeccione, en cambio hacer el bien a nuestros semejantes sí que nos hace mejores: la distancia inmensa que separa nada menos la indiferencia del amor.

(25) Debe rechazarse la idea tan difundida de que el interés individual y el interés común son contrapuestos o contradictorios; ello emana de perspectivas o individualistas o colectivistas, ambas extremistas: no en vano ARISTÓTELES (*Ética*, cit., libro II, cap. VI) enseñaba ya hace tantos siglos que la virtud es un justo medio. Y es que la bondad de una parte se aprecia en orden al todo; en efecto, siendo el hombre parte de la ciudad es imposible que un individuo pueda obtener su bien si no guarda la debida proporción con el bien del todo, es decir, el bien de la ciudad, el bien común. De allí que es imposible que dicho bien común pueda resplandecer en la ciudad si sus miembros—y sobre todo los encargados de gobernar—no son virtuosos. Por otra parte, y en cuanto al que busca el bien común de la multitud también busca él de modo consecuencial su propio bien particular, y ello por dos razones: la primera, porque el bien particular no puede subsistir el bien común de la familia, de la ciudad o de la patria; y la segunda, porque siendo el hombre parte de una casa y de una ciudad, debe buscar lo que es bueno para él por el prudente cuidado en torno al bien de la multitud, ya que la recta disposición de las partes depende de su relación con el todo (Santo Tomás, *ob. cit.*, 1-2,92.1 ad 3 y 2-2,47.10 ad 2). Como bien dice recientemente ANDRÉ-VINCENT, *Les révolutions*, cit. 114 s., bien público y bien privado son dos polos complementarios en el todo social, y ellos son englobados en el bien común; éste comprende aquéllos, armonizando sus diferencias en razón de su carácter esencial de fin último de la sociedad: es a este título que él trasciende las oposiciones, y viene a ser «el polo de esta dialéctica entre la justicia y la prudencia que discierne, de en medio de las posibilidades, lo justo».

Dada la diversidad de fines que el Estado y el individuo persiguen, cada uno en su esfera, hay intereses dentro de ese plano temporal que adquieren mayor relevancia, luego su regulación jurídica ha de ser diferente y originarán un régimen jurídico especial diferente.

Dado que la justicia que se da en las relaciones entre particulares, y entre el Estado y particulares, es diferente, sus regímenes han de ser, y lo son, distintos. Es problema, pues, de justicia (que lo justo es precisamente el objeto del Derecho lo advertíamos hace sólo un instante); por tanto, es problema de régimen jurídico distinto, ya que los intereses son diversos y el fin a perseguir en esas relaciones es distinto. No es problema, en consecuencia, de naturaleza, sino de régimen jurídico —que incide en los fines— y que se deriva de un problema de justicia y en último término de paz, paz social.

Y lo distinto habrá de ser en que el régimen aplicable a la contratación en que participa el Estado-Administración no puede hacer caso omiso del fin esencial que persigue la actividad de la autoridad estatal (que es su razón de ser mismo); por ello es que se admite que la Administración pueda hacer uso de las potestades propias conferidas a ella por la posición jurídica general en que se encuentra, dado aquel fin de bien común que le ha sido encargado. Es decir, puede afectar el contrato de que es parte, con potestades que le son propias, sea que se encuentren en el acuerdo mismo de modo expreso (y serán, pues, cláusulas contractuales) o no (y será ejercicio de potestades extracontractuales), pero todo esto informado por el intercambio justo de prestaciones, que hará compensar el desajuste originado a raíz de la primacía del interés colectivo común.

De acuerdo a todo lo expuesto hasta aquí, nos permitimos postular:

— La existencia de la actividad contractual del Estado-Administrador, pues que es inconcusa, y la práctica lo demuestra a diario y la aconseja por sus efectos de bien común.

— La necesaria existencia de un régimen jurídico especial que regule dicha actividad contractual administrativa, atendido el fin que persigue el Estado al realizar y desarrollar tal contratación, que no es otro que un fin público.

— Si el dicho fin es la consecución del bien común, y tal fin le ha sido encargado al Estado en tanto razón de su existencia misma, no nos cabe duda que su misión es supraordenadora y directiva y, por lo tanto, tal régimen especial no puede ser otro que un régimen de derecho público, que es el que mira a la utilidad común.

— Esa utilidad común existe sea directamente, sea indirectamente, en toda la actividad del Estado Administrador, ya que todo su obrar —dado el principio de la juridicidad de su ser y de su actuar (principio de legalidad administrativa, previa habilitación jurídica) está finalizado por ese interés colectivo, general, comunitario, que persigue y ha de obtener, cual es, v. gr., la satisfacción concreta de las necesidades públicas.

— Dado esto, resulta que la existencia misma de la Administración (servicios, organismos, o entes administrativos) ha sido conferida u otorgada por el Derecho (la ley, normalmente), y su forma de actuar igualmente ha sido determinada, y es regulada por el Derecho y el Derecho público. De allí que siempre la «capacidad» de la Administración para actuar en el comercio jurídico esté regida por este Derecho público, que ha estructurado el ser del organismo administrativo, y su modo de actuación; modo de actuación y existencia misma finalizadas ambas a ese fin público, por ese Derecho público.

— Dado esto, resulta también que el procedimiento de celebración del contrato está regulado de tal modo que puede decirse que todo dicho procedimiento tiende por una parte a asegurar del mejor modo posible la obtención de la finalidad pública del bien común, y por la otra a asegurar la igualdad de trato (igualdad ante la ley) de todos los oferentes para obtener así una justa distribución o repartimiento de los beneficios entre los ciudadanos, y una adecuada participación en la obra común.

— Dado esto, resulta asimismo que todo el procedimiento de ejecución del contrato mismo está presidido por la idea esencial de que se obtenga en el contrato administrativo el cumplimiento exacto de las prestaciones acordadas, pero sobre la base de un intercambio recíproco, que permita un trato justo en el equilibrio financiero de ellas. De aquí precisamente que haya surgido—y en el afán de permitir el debido cumplimiento de este contrato— toda una serie de temperamentos (impensable en el derecho privado dado el sentido estático atribuido al principio *lex inter privatos*) para solucionar los supuestos de hecho o circunstancias imprevistas, y que permiten hacer realidad esa idea de intercambio justo de prestaciones, que está en la base misma del instrumento contractual público administrativo.

— Dado esto, resulta igualmente que la fase de terminación de contrato administrativo está caracterizada por la posibilidad que la Administración ponga fin al contrato si ello es lo debido en atención al interés público involucrado: esto es, por razones de fin público, debidamente acreditadas (26). Es decir, se da como causal de terminación o rescisión del contrato administrativo la existencia de un interés público concreto, y debidamente existente en la realidad (27) que haga no aconsejable ni adecuado al bien común la continuación de dicho

(26) Todo ello bajo el control del juez.

(27) Puede advertirse que en el régimen jurídico privado puede ponerse término al contrato, sea o por mutuo acuerdo de las partes o por causa legal. En el primer caso las propias partes convendrán en lo que estimen adecuado como prestaciones cancelatorias; en el segundo, no cabrá—en principio y como norma general—reparación entre las partes. En el régimen jurídico público, la causa legal (sea de un tercero, sea de la propia administración contratante ya por sus facultades contractuales ya por sus potestades extracontractuales) da nacimiento a la obligación de indemnizar al cocontratante. Es una muestra más de la idea de intercambio justo que va insita en la contratación administrativa (idea que, como hemos tratado de mostrar, ha sido el fundamento durante más de un milenio de la técnica contractual y que, por la vía de esta contratación administrativa, ha vuelto a aparecer de modo manifiesto en este siglo).

contrato, «causa legal» de extinción del contrato administrativo, que por el régimen jurídico público que lo rige (y estando involucrado en ello la propia parte del contrato: Estado-Administración), lleva anexa la obligación de indemnizar al cocontratante, por el daño que tal terminación le produce. En otras palabras, en atención al fin que está involucrado en la contratación administrativa pública—fin que es el bien común, en definitiva—el ordenamiento ha atribuido a la Administración para realizar ese fin de interés general la atribución de ponerle término al contrato si hay un interés o fin público comprometido que haga no aconsejable continuar en ese contrato. Pero este «poder jurídico» va acompañado del correspondiente «deber jurídico» de reparar el daño que produzca a! cocontratante, a quien se le otorga, o mejor dicho, reconoce (al menos en nuestro ordenamiento) el derecho a la correspondiente indemnización de los perjuicios sufridos.

— No significa en modo alguno cuanto venimos postulando, el que el régimen jurídico especial—de Derecho público—que ha de regir la contratación administrativa pública (28), deba excluir forzosa y necesariamente toda aplicación al contrato en referencia de normas de Derecho privado; pero debemos aclarar de inmediato que ello será sólo—creemos—en lo que pueda referirse al objeto del contrato (esto es, la regulación de las prestaciones mismas a que se obligan las partes) y sólo en la medida que ese contrato—el específico de que se trate—no tenga su regulación específica administrativa, en cuanto al objeto, y que, en cambio, la tenga en el ámbito privado, caso en el cual podrá ella serle aplicable en cuanto sea compatible con el fin público del contrato que haya celebrado la Administración (29).

¿Contratos administrativos y contratos civiles de la Administración?
¿Dos categorías diferentes? No creemos que racionalmente ello sea posible de sostener, si queremos ser consecuentes con las bases primordiales del orden político y la idea de bien común que ello conlleva, por una parte, y con la idea misma de contrato, por la otra, idea que en el campo público ha venido a reencontrarse con sus fuentes originarias

(28) Y que como hemos visto especifica la actividad contractual del Estado administrador.

(29) Debe advertirse de inmediato que ello no implica en caso alguno que pueda sostenerse el error garrafal que suele escucharse en orden a afirmar que el Estado puede actuar como un particular más—en determinados casos—y someterse al Derecho privado, error que lleva a afirmar la llamada «doble personalidad del Estado»; esto no deja de ser un resabio decimonónico que lleva envuelto posiciones tales como la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, que ha servido—especialmente en Chile—para concluir en la exclusión de los primeros del control jurisdiccional (anulación) y luego excluirlos después como fuente de responsabilidad estatal si producen daño. El hecho que pueda aplicársele al Estado el Derecho privado no le hace perder su calidad de Estado, calidad que le es irrenunciable, pues no puede ser otra cosa que lo que es, y lo que es el Derecho quien se lo ha atribuido, otorgado o conferido. Tal aplicación privatista no cabrá sino en cuanto sea compatible con su *status* jurídico, público y, en general no será sino meramente residual, dada la existencia cada vez más numerosa de regulaciones administrativas específicas para todo cuanto se refiere al Estado.

y fundantes, perdidas por una civilística teñida desde hace algunos siglos de racionalismo individualista.

En efecto, si toda la actuación de la Administración está finalizada por el Derecho a la obtención del bien de la comunidad, también lo está su actividad jurídica, y no sólo unilateral (donde nadie duda), sino obviamente su actividad jurídica contractual. Si esta actuación contractual es un medio de obtener el bien común, en cuanto concreta satisfacción de necesidades públicas (directa o indirectamente), resulta que se traduce en un medio de ejecución o funcionamiento (la ejecución misma o una modalidad, el funcionamiento mismo o una modalidad) de un servicio público (cualquiera sea su régimen jurídico administrativo); y ello está directamente ligado, vinculado a la utilidad común, la cual es regulada directamente por el Derecho público.

Sea que la vinculación a la ejecución o funcionamiento mismo del servicio público (cualquiera sea su régimen) sea directa o meramente indirecta, en cada uno de esos casos la actividad contractual no tiene otra misión, otro destino, otro sentido y otro fin, que cumplir con la finalidad misma del dicho servicio, y que no es otra que una finalidad pública. Y tal finalidad pública no mira, ni puede mirar a la utilidad privada o particular de los individuos, sino a la utilidad común, al bien común, cuya misión de reparto y distribución está regulada por el Derecho público.

No se nos escapa que lo contractual reposa sobre la idea de intercambio de bienes y prestaciones, y que lo justo en los intercambios es un asunto primariamente de conmutación: si se tratare de una conmutación entre sujetos con intereses privados o particulares, no cabe duda que se regirá por el derecho aplicable a dichos particulares entre sí, esto es el Derecho privado. Pero como en la contratación administrativa se trata de un intercambio finalizado en sí al bien no privado sino público, común y no particular, pues que una de las partes es el Estado-Administración, cuya razón de ser y de existir y de obrar es esa utilidad común, pública, resulta que dicho intercambio—que no deja de ser tal porque una de las partes sea el Estado-Administración—ha de estar regido por lo justo correctivo, pero igualmente, finalizado, a dicho bien común, esto es, por lo justo que regula a dicho bien común, y ello es el Derecho público (supraordenador, directivo, distribuidor).

De allí que creamos que la tal distinción no tenga justificación muy racional, por cuanto las relaciones en que participa el Estado, si se mira a su verdadera configuración (que la da la perspectiva de los fines), son relaciones supraordenadoras, de bien común, de reparto y distribución, y para ello existe una regulación jurídica específica, adecuada a esa naturaleza, que no es otra que el Derecho público. Y aun cuando actúe para cumplir sus fines a través de la vía contractual, esto es, sobre la base de intercambios, se trata de intercambios finalizados, lo cual hace que también el fin que ordena tal contratación

sea un fin público, colectivo, de bien común, y, por tanto, dichos intercambios sean regulados por el Derecho público (30). Pretender aplicar, entonces, una regulación diferente es tratar a desiguales en forma igual, y ello es injusto.

¿Es posible sostener, entonces, que el Estado, que la Administración pueda, en verdad, estar sometido al derecho de los privados? ¿No parece, más bien, una vía hacia la iniquidad? Porque ¿cómo tratar igual a desiguales? ¿No será, acaso, una cuña política en el corazón del Derecho para favorecer a ciertos intereses particulares privados?

Eduardo Soro Kloss

Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
Universidad de Chile.

ABREVIATURAS USADAS

AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español (España); ASD = Annali di Storia del Diritto (Italia); APD = Archives de Philosophie du Droit (Francia); D = Digesto; EdD = Enciclopedia del Diritto (Italia); Inst. = Instituciones; RDP = Revista de Derecho Público (Chile); REHJ = Revista de Estudios Histórico-jurídicos (Chile); RHDFF = Revue Historique du Droit Français et Etranger (Francia); RIFD = Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto (Italia); FCE = Fondo de Cultura Económica (México); LGDJ = Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Paris); IEP = Instituto de Estudios Políticos (Madrid).

(30) Pretender que la actividad del Estado, como actividad, pueda ser regulada por los principios de la justicia conmutativa viene a contradecir los fundamentos mismos de la idea de Estado.