

REVISIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS ELEMENTALES DENTRO DE LA TEORÍA CLÁSICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DE LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS

ERNESTO SALAZAR CAMPOS^(*)

Alumno de séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO

I. Panorama: contratación administrativa y modernidad. - II. Dimensión de la administración pública y caracterización del contrato administrativo: 1. Dimensión de la Administración Pública: el denominado régimen exorbitante; 2. Criterios de diferenciación entre contratos administrativos y contratos privados. - III. Caracterización jurídica de la voluntad de los sujetos y su relación con la contratación administrativa. - IV. Presunta inexistencia de la voluntad de la administración pública. - V. Conclusiones.

"Homo homini lupus"
Thomas Hobbes

I. PANORAMA: CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y MODERNIDAD

No resulta difícil aceptar que nos encontramos en un mundo que cambia vertiginosamente, llevado por profundas transformaciones en todos los ámbitos donde se desarrolla la sociedad en su conjunto. Menos complicado aún resulta imaginar que ante estos cambios el Estado nunca se ha mantenido indiferente. Es así como verificamos que de la propia naturaleza de la Administración Pública -con lo abstracto que esto pueda sonar- parte la necesidad de permanecer en el medio mediante una adaptación continua ante las nuevas circunstancias que se presenten. Para lograrlo, el Estado asume nuevos roles a diferentes niveles, reinventándose una y otra vez al interior de una evolución cuyos límites resultan siempre imprecisos -por decir lo menos.¹

A lo largo de la historia, el Estado ha construido diversos modelos a partir de los cuales crea las herramientas que le permitirán interactuar -con una amplitud diversa, acorde con la problemática de turno- frente al sector privado. Esta capacidad de transformación le ha permitido al ente estatal mantenerse vigente a través del tiempo (en la medida de sus posibilidades), desde cuando se vio convertido en Estado Planificador hasta cuando permaneció como Estado Policía, al igual que lo hizo cuando se encontró utilizando -en alguna ocasión- el ropaje de Estado Empresario, Estado Prestacional, Estado Promotor.

En forma contraria a lo que se pueda pensar, este devenir -tal como se ha presentado-, en vez de disminuir la preocupación de los particulares -en sentido lato- por la extensión de la intervención estatal frente al espacio que los propios entes particulares han ocupado tradicionalmente, la ha venido aumentando de manera

(*) Agradecido al Dr. Christian Guzmán Aguilar por el apoyo brindado en el desarrollo de la investigación. Asimismo, al Dr. Manuel de la Puente y Lavalle por sus valiosos comentarios a la versión final del texto.

Incluso una delimitación temporal en el estudio de los antecedentes de este fenómeno resulta arbitrario en demasía. No obstante ello, es de interés anotar que autores como Ihering y Harou han extendido sus alcances hasta llegar al propio derecho romano (en lo relativo a la regulación que se posee sobre las obligaciones y las fuentes de las obligaciones, más que sobre el contenido propiamente dicho). Respecto al origen del conflicto puede consultarse IHERING, Rudolf: "Ejé en el derecho", Buenos Aires: Araya, 1946, p. 132 y HAROU, Maurice: "Principes de droit public", Toulouse: 1910, p. 200. Citado por BERCANTZ, Miguel Ángel: "Teoría General de los contratos administrativos", 2da ed. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 23. Por otra parte, resulta de sumo interés lo expuesto sobre evolución del derecho contractual por BERCANTZ en Teoría General de los contratos administrativos, p. 41-106.

considerable.² Tanto los particulares como el Estado buscan terrenos fértiles donde se puedan cosechar las soluciones más eficientes posibles dentro del ramo de posibilidades existente, bajo el entendimiento que son los propios entes individuales quienes mejor conocen y determinan el valor que tienen para ellos las cosas³, y en tanto ambas partes buscan todo el tiempo maximizar su beneficio.

En la actualidad, el modelo adoptado por el Estado Peruano parece inclinarse por la figura conocida como "Estado Promotor". Ello queda reflejado en dispositivos como el artículo 58º de la Constitución Política de 1993, donde se marca el canal por donde deberá fluir la intervención estatal.⁴

Hoy en día, algunos autores proponen recurrir a fórmulas planteadas desde el Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*) para evaluar la incidencia de la intervención estatal. Así, sugieren aplicar tanto el Teorema de Ronald Coase como el Óptimo de Wilfredo Pareto para solucionar conflictos existentes al interior de esta materia. Bajo la primera de ellas se establecería que si los costos de transacción obtenidos por los particulares son cero o cercanos a cero no interesaría la intervención estatal -para fines de eficiencia social-, es decir, interesaría sólo si se presenta el caso contrario. En torno a la segunda fórmula, se comprendería una situación como eficiente socialmente cuando no resulte posible que una persona -o un conjunto de ellas- mejore de tal forma su situación sin que ninguna de las otras personas empeore la suya.⁵

No nos queda duda que, dentro del Derecho Administrativo, donde puede analizarse con mayor profundidad el conflicto planteado es en la propia contratación administrativa, donde la Administración Pública -con cierta ventaja que le es inherente- y el ente particular (no por ello desprotegido, como pretende gran parte de nuestra normativa, en este como en otros ordenes jurídicos) se encuentran frente a frente con ansia de satisfacer diversas necesidades que les son propias, sin verse afectados por agentes externos en forma directa. A su vez, la incidencia máxima desde dentro del fenómeno se orienta en torno a la propia regulación relativa a la voluntad de los sujetos del contrato administrativo.⁶

II. DIMENSIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Dimensión de la Administración Pública: el denominado régimen exorbitante

Las propias definiciones básicas de contrato administrativo y contratación administrativa no resultan pacíficas entre los diversos grupos de administrativistas. Ello en buena parte se debe a que existen teorías contradictorias entre sí sobre la

² Una revisión netamente económica de cómo se ha estructurado este devenir se encuentra en ROLL, Eric. "Historia de las doctrinas económicas", 3ra ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, 495 p. A nivel de Derecho Administrativo, puede observarse -con denominaciones diversas- en MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico*. Tomo I. Madrid, 1991 y en DRICMI, José Roberto. *Derecho administrativo económico*. Buenos Aires: Adma, 1980.

³ PASTOR, Santos. "Una introducción al análisis económico del derecho". Madrid: Universidad Complutense de Madrid, S.F. p. 158.

⁴ Artículo 58. - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de protección de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁵ GILMAN NAPURU, Christian. "Acercos de los conceptos de servicio público e interés público". En: *Normas Legales*, N° 232. Lima, 2000. Para una aplicación de estos a otras áreas pueden revisarse los conceptos referidos en COOPER, Robert y Thomas JUDN. "Derecho y economía". 2da ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. 593 p.

⁶ Por otra parte, en lo relativo a historia civil, puede encontrarse un completo análisis en DE LA FUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El contrato en persona". Comentarios a la Sección Primera del Libro VI del Código Civil. Tomo I. Lima: Palestra, 2001. p. 98-119 y sobretodo entre p. 488-490.

forma como se articula la voluntad de los sujetos al interior de los propios contratos administrativos.

Dentro del ámbito de la contratación administrativa, la teoría clásica hasta hoy dominante postula que la Administración Pública no se encuentra ubicada en el mismo plano jurídico en que se sitúa el particular.⁷ La Administración actúa ejerciendo plenamente todos los poderes de su *ius imperium* -lo que resulta más allá de la acción de su *ius gestione*-. Como consecuencia de ello, la Administración Pública arroja, en el acuerdo de voluntades que se produce, toda la fuerza de su autoridad. A nivel de doctrina, este fenómeno es aceptado en forma unívoca.⁸ La subordinación termina convirtiéndose en una nota distintiva del contrato administrativo clásico.

En un estudio referido a contratación administrativa, De la Puente y Lavalle expresa que los efectos de los contratos administrativos no son los mismos que los de los contratos civiles, en tanto que los segundos suponen dos contratantes en pie de perfecta igualdad, donde el contrato puede ser fruto tanto de la composición de intereses opuestos como de la unificación de intereses simplemente distintos. En cambio, el contrato administrativo propiamente dicho supone, en esencia, dos contratantes que se reconocen en pie de desigualdad, donde uno representa al interés general y el otro, el interés privado.⁹

Esta desigualdad se manifiesta en la adecuación expresa a cláusulas en favor de la Administración Pública que son evidenciadas en el denominado régimen exorbitante. En lo relativo al caso peruano, una muestra de cómo se constituye el régimen exorbitante (de acuerdo a las cláusulas exorbitantes o prerrogativas de poder público) se observa en las cláusulas obligatorias que los contratos administrativos deben contener sobre garantías -de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta-, cláusula de solución de controversias por arbitraje o conciliación y cláusula de resolución de contrato por incumplimiento.¹⁰

En la contratación administrativa observamos entonces cómo se crean derechos y obligaciones recíprocos de indiscutible tipo contractual¹¹, pero con características distintas de las que tipifican los contratos de derecho privado o contratos privados propiamente dichos.

2. Criterios de diferenciación entre contratos administrativos y contratos privados

Existen diversos criterios teóricos de diferenciación entre contratos administrativos y contratos privados (incluyendo a los contratos privados de la

⁷ La orientación más antigua entiende que todo contrato celebrado por la Administración está sometido al derecho privado, es decir, que no existe una categoría distinta de contratos además de los contratos privados. Esta solución ha sido defendida por muchos años por la doctrina alemana. Al respecto, cabe revisar GORDILLO, Agustín, *Derecho Administrativo de la Economía*, Buenos Aires: Molino, 1987, p. 303.

⁸ Este concepto unívoco es evidenciado por diversos autores como BERGATZ, Miguel Ángel, *Op. cit.*, p. 6-7.

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, "Cláusulas exorbitantes", en *Thesis - Revista de Derecho*, N° 39, Lima, 1999, p. 7.

¹⁰ Artículos 40 y 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 13 de febrero de 2001. Cabe señalar que el régimen exorbitante en lo concerniente a este dispositivo, se revoca también en otras disposiciones de la norma referida. También debe revisarse lo dispuesto en el Reglamento de la citada Ley, Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, publicado en la misma fecha. Sobre esta materia, en España se revisa la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido de 16 de junio de 2000.

¹¹ Acerca del contrato administrativo tenemos que es por definición el acto de la Administración Pública (dentro a "acto administrativo") que celebra con otro ente administrativo o con un particular para cumplir fines públicos, donde la Administración Pública hace uso de prerrogativas especiales a su favor -que conforman el denominado régimen exorbitante-. Así se determina en Perú (aunque no de manera expresa) según el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, sobretudo en los dispositivos relativos a ámbito de aplicación, principios y especialidad de la norma. También cabe revisar lo referido en el Reglamento de la norma en cuestión, Decreto Supremo N° 013-2001-PCM.

Administración) empleados a nivel doctrinal.¹² La importancia real de la distinción entre dos conceptos jurídicos radica en el hecho de que cada uno remite a un régimen jurídico diferente, por eso la trascendencia de la distinción será mayor o menor dependiendo de la distancia existente entre ambos regímenes. Corresponde precisar aquí en forma sintética los datos que pueden servir para diferenciar unos de otros.

2.1 Criterio subjetivo

Tiene en cuenta para tipificar los contratos administrativos a la participación de la Administración Pública como sujeto en la relación jurídica existente. También lo son aquellos concluidos por la Administración actuando como poder público. Conforme a esta noción, un contrato celebrado entre dos particulares no podría ser nunca un contrato administrativo.

El empleo de esta teoría no resulta satisfactorio en forma absoluta pues quedarían aún por diferenciarse los casos en que la Administración Pública actúa en ejercicio de su *ius gestione* (a un modo equivalente al que lo haría cualquier particular) y no de su *ius imperium*.

2.2 Criterio de la jurisdicción

Sostiene que son contratos administrativos aquellos que le compete conocer a la jurisdicción administrativa por disposición legal, por pacto o por su propia modalidad. En tanto que la jurisdicción que vaya a conocer las cuestiones a que dé lugar la aplicación e interpretación de los contratos sea común, estaremos ante un contrato privado.

Si bien este criterio resulta de muy útil aplicación en torno al caso español por la particularidad de su sistema procesal contencioso administrativo¹³, no sirve en la mayoría de países latinoamericanos para hacer la diferenciación entre ambos tipos. En el Perú el proceso de impugnación de actos de naturaleza administrativa es civil de acuerdo a la normativa vigente.

Por lo demás, cabe decir que también resulta impropio sujetar el tipo de contrato a un hecho posterior (el de la inejecución de las obligaciones).

2.3 Criterio de las cláusulas exorbitantes

Como hemos manifestado, el contrato administrativo -a diferencia del contrato privado- se caracteriza por contener cláusulas demostrativas del carácter de poder público con que participa la Administración Pública en los contratos administrativos. Las mismas en caso de estar incluidas en un contrato privado resultarían ilícitas.

Para autores como García de Enterría, Fernández, Jiménez-Blanco y Vázquez, entre las prerrogativas de la Administración Pública se encuentra incluso la ventaja de interpretar unilateralmente el contrato. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta debe practicarse como una primera interpretación de los textos contractuales frente a un conflicto de intereses con el contratista particular y sobre la base de ese análisis unilateral, continuar con la ejecución del contrato, dejándose a salvo el derecho

¹² BERCAITZ, Miguel Ángel. *OP. cit.* p. 199-216. Puede hallarse un extracto en CRDVI, José Roberto. "La doctrina pública". 3da ed. Buenos Aires: Jelska, 1980. p. 13-15. También BARBA, Rosalvo y otros. *Contratos administrativos*. Tomo I. Buenos Aires: Jelska, 1982. p. 30-36.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. "Curso de Derecho Administrativo". 10ma ed. Tomo I. Buenos Aires: Cívica, 2000. p. 501-695.

del ente particular de hacer valer su propia visión del conflicto.¹⁴

Las críticas a este criterio parten del hecho de que el contrato será administrativo o no según lo deseen las partes y que siempre podrían existir contratos administrativos que no contengan entre sus cláusulas ninguna que sea exorbitante.

2.4 Criterio del servicio público

De acuerdo a la jurisprudencia francesa¹⁵, se caracteriza a los contratos administrativos -a diferencia de los contratos privados- como los que se realizan con objeto de funcionamiento de servicios públicos. No obstante, sostenemos al igual que otros autores¹⁶ que el servicio público cuya satisfacción se persigue con la ejecución de un contrato no basta para calificarlo como administrativo, ni su ausencia es suficiente para excluirlo.

2.5 Criterio de la calificación legislativa

Debemos decir que en la actualidad -al igual que en las teorías sobre la definición de servicio público- el concepto de contrato administrativo se presenta como meramente instrumental. En torno a ello, será contrato administrativo aquél que el legislador a través de una norma jurídica determine que deberá ser contrato de acuerdo a su materia. Esta sería la posición por la que se inclina la legislación administrativa en el Perú hoy en día.

Es entonces cuando queda como tarea para el legislador, el desarrollo de un análisis previo donde se vean involucradas fórmulas relativas a eficiencia y utilidad social, más que referencias a lineamientos subjetivos de interés público, que no siempre involucran soluciones que se orienten a un menor coste para la sociedad.¹⁷ Así, la contratación administrativa está llamada a convertirse en una de las áreas tradicionales del Derecho donde se aplique la metodología propuesta por la Escuela del Análisis Económico del Derecho con mayor éxito.

La visión que han aportado los economistas al Análisis Económico del Derecho nos permite entender -a diferencia de como lo expresan otras ciencias sociales- cómo afectan las leyes la distribución entre los grupos. Los economistas recomiendan efectuar transformaciones que incrementen la eficiencia, pero tratan de mantener su distancia y no tomar partido en estas disputas sobre distribución, dejando a los gobernantes y a los votantes las decisiones a tomar al respecto.

III. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS Y SU RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El contrato administrativo -por regla general, en la práctica- se presenta como un acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento de adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración Pública.¹⁸

En la contratación administrativa se verían involucradas entonces declaraciones de voluntad común en el sentido que se requiere de la voluntad concurrente de la

¹⁴ FARRIANDÓ, Ismael y Patricia MARTÍNEZ. "Manual de Derecho Administrativo". Buenos Aires: Depalma, 1996. p. 329.

¹⁵ Que se iniciara con el célebre fallo del caso Blanco en 1873.

¹⁶ BERCAZT, Miguel Ángel. Op. cit. p. 204.

¹⁷ GLZMAN NAPURÉ, Christian. Op. Cit. p. 102.

¹⁸ Esto se desprende de lo expuesto en FIORINI, Bartolomé. "Manual de Derecho Administrativo", Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 1965. p. 409-410.

Administración (manifestada a través de un órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por otra.¹⁹ En tanto se cumplan los requisitos establecidos por el Derecho Administrativo, siempre que las partes se pongan de acuerdo en crear la relación jurídica, existirá contrato.

Cabe analizar esta relación en términos de una fusión de voluntades que configura la contratación administrativa propiamente dicha. La fusión de voluntades importa en efecto que dos o más querer, perdiendo su individualidad, den vida a una manifestación de voluntad que no puede identificarse con ellos o con su suma, en modo alguno.²⁰

El contrato administrativo se presenta como un eficaz instrumento jurídico para el desenvolvimiento de la acción estatal en el orden interno e internacional. Es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos (atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos y de manera individual para cada una de las partes) entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.²¹

En torno a la relación con la voluntad propiamente dicha, Dromi refiere que el contrato administrativo es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En tanto es una declaración volitiva, no una actuación material, difiere del hecho de la Administración, y en cuanto importa una concurrencia bilateral de voluntades se distingue del acto administrativo, que por esencia es unilateral.²²

Entonces, si bien algunos autores utilizan indistintamente "consentimiento" y "voluntad" empleándolos como sinónimos, en estricto es evidente que no significan lo mismo. La voluntad es la facultad que gobierna y controla las acciones y operaciones de la actividad de un ente (cualquiera que éste sea). El consentimiento -que contribuye a la formación del contrato- es la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada una de las partes del contrato administrativo. La conjunción de ambos en un mismo sentido conforman aquello que denominamos "declaración de voluntad común".²³

Uno de los requisitos para que haya contrato administrativo es la existencia de dos voluntades válidas y opuestas de los sujetos que concurren a su formación (Administración Pública y ente particular).

A su vez, sabemos que tanto la capacidad jurídica como la competencia son presupuestos de validez del contrato administrativo y atañen de manera directa a los sujetos del mismo. Tanto si la entidad que ejerce la función administrativa no resulta competente como si el particular no tiene la capacidad requerida de acuerdo al ordenamiento vigente, el contrato administrativo resulta gravemente afectado.

¹⁹ Se aplica en un sentido equivalente a este, DROMI, José Roberto. "Manual de Derecho Administrativo", Tomo I. Buenos Aires: Atril, 1987, p. 236. Este autor, en este y otros estudios, lo denomina indistintamente "contrato público" o "negocio jurídico de Derecho Público".

²⁰ TRENTIN, Silvio. "L'atto amministrativo". Roma, 1915, p. 159 (Traducción libre del italiano. Citado por: BERCAITZ, Miguel Ángel. Op. cit. p. 10).

²¹ DROMI, José Roberto. "Instituciones de Derecho Administrativo". Buenos Aires: Atril, 1973, p. 366-373.

²² DROMI, José Roberto. "Manual de Derecho Administrativo", Tomo I. Op. cit. p. 237.

²³ La voluntad es la potencia o facultad de sínc que lleva a obrar o a abstenerse -admisivo o repelente-, de modo que se permite el ejercicio de la capacidad de mantener o imponer el propio criterio y la resolución adoptada frente a la oposición y los obstáculos.

Se suele distinguir entre condiciones de existencia y de validez del contrato administrativo (donde si falta una condición de existencia el contrato administrativo no se formará, en tanto que donde falte una condición de validez, el contrato adolecerá de nulidad) y se determina que el consentimiento de ambas partes es "recaudo existencial del acto".²⁴

Cretella advierte que la formación de la voluntad contractual se produce una vez que las partes otorgan su consentimiento a través del procedimiento legal preestablecido, ya que la voluntad de la Administración Pública (a la cual tal autor denomina "voluntad estatal") debe expresarse obligatoriamente de acuerdo a las formas especiales creadas en el Derecho Público para este fin.

En este mismo orden de ideas, autores como Bercaitz disponen que los elementos esenciales del contrato administrativo -aquellos sin los cuales el contrato administrativo no existe como tal- son: los sujetos, el consentimiento ("como expresión de voluntad"²⁵), el objeto, la causa, la finalidad y la forma. Constituirían, entonces, elementos no esenciales -aquellos que son propios de su naturaleza, es decir, que integran los contratos administrativos por lo general, pero cuya ausencia no es óbice para que el contrato administrativo exista- el plazo, la licitación propiamente dicha y las garantías y sanciones (en tanto formalidad).²⁶

Como el lector podrá prever, no resulta pacífica esta distribución de elementos del contrato a nivel doctrinal (a pesar de su carácter meramente instrumental) en torno a la diferenciación entre los elementos esenciales del contrato administrativo y aquellos que no lo son. Ante lo indicado, existen algunos autores, entre quienes destaca Dromi, que postulan que debe distinguirse como elementos esenciales que atañen a la existencia y validez del contrato administrativo a los sujetos, voluntad, objeto y forma.²⁷

Nos inclinamos -por fines didácticos- a una clasificación de elementos del contrato administrativo a modo enunciativo en tres ítems, según el tipo a considerar: elementos subjetivos (en alusión a las entidades que participan en forma directa en el proceso de contratación administrativa), elementos objetivos (aquellos que le dan forma, existencia, razón de ser al contrato administrativo, ya sea: causa o finalidad práctica, finalidad propiamente dicha o finalidad pública y objeto) y elementos formales (es decir, en relación a la forma y formalidad del contrato administrativo).

Una vez inmersos en esta clasificación, vemos como el consentimiento de la Administración Pública, como expresión de su voluntad, está sometido a formas especiales propias del Derecho Público -entendiendo este término en sentido lato-. Así, toda la actividad jurídica de la Administración Pública estaría presentada como actividad formal.²⁸

IV. PRESUNTA INEXISTENCIA DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como último punto a tratar, resulta de suma importancia señalar que a lo largo de los últimos años ha venido cobrando fuerza en parte de Europa una corriente

²⁴ CRETILLA, José. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo II. Buenos Aires: 1977. p. 280.

²⁵ BERCAITZ, Miguel Ángel. Op. cit. p. 288.

²⁶ En el mismo sentido se pronuncia ESCOLA, Heider. "Tratado Integral de los Contratos Administrativos". Buenos Aires: Depalma. 1977. p. 115-118.

²⁷ DROMI, José Roberto. "Manual de Derecho Administrativo". Tomo I. Op. cit. p. 237-242.

²⁸ BELSA, Rafael. "Derecho Administrativo". 6ta ed. Tomo I. Buenos Aires: 1964. p. 226-237.

doctrinaria²⁶ -con incidencia directa en esquemas administrativos latinoamericanos como el sistema peruano, de acuerdo a la profunda influencia que guarda históricamente- que remarca la inaplicabilidad de la noción de voluntad con respecto a la función que desempeña la Administración Pública en la contratación administrativa.²⁶ Esta teoría manifiesta que la decisión de la Administración Pública estaría basada en el resultado de un acto cognoscitivo o cognitivo y no en un acto volitivo propiamente dicho. Ello se reflejaría, en principio, en la carencia de voluntad de la Administración Pública y en la inexistencia fáctica de un acuerdo de voluntades, de acuerdo a lo hasta aquí expuesto.²⁷ A nivel procedimental, no creemos que exista en la práctica mayor diferencia en relación a lo que se ha venido planteando hasta ahora.

Lo expuesto por la doctrina que analiza la cognoscibilidad del acto de la Administración Pública no determina en manera alguna que el contrato administrativo -tal como lo entendemos en sentido estricto- sea un acto unilateral (tal como lo exponen algunos autores).²⁷ Incluso de acuerdo a la doctrina que niega la existencia de la voluntad de la Administración Pública nos encontraríamos en el contrato administrativo frente a un acto bilateral. El contrato administrativo es un negocio bilateral, la "resultante negocial unitaria de manifestaciones provenientes de dos o más partes".²⁸

V. CONCLUSIONES

a) En la actualidad, la contratación administrativa se presenta como uno de los ejes fundamentales de colaboración e interacción de los particulares con la Administración Pública, donde cada entidad tiene intereses y reclama satisfacer necesidades que le son propias. Es la Administración Pública la que posibilita la contratación mediante la creación de dispositivos jurídicos que regulan los procedimientos que se emplearán en la contratación administrativa.

b) Entre las posiciones que asumen la Administración Pública y el particular en la contratación Administrativa existe una evidente desigualdad, reflejada en el régimen exorbitante, la cual resulta justificada por la naturaleza misma del vínculo

²⁶ La experiencia de integración comunitaria de la Unión Europea ha conseguido el desarrollo de diversas tendencias en este sentido, destacadas por autores como HJERGO LORA, Alejandro: "La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones desde el Derecho español", Tomo I, p. 1841-1878. En: SOSA, Francisco (ed): "El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. O. Ramón Martín Mateo, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001. El autor revisa el nuevo régimen propuesto por la ley alemana denominada Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge del 25 de agosto de 1998, la cual se refiere a contratos de la Administración Pública.

Acercas del arte particular, este autor señala que "... la Ley asume que las normas sobre contratos públicos que tutelan los intereses de los particulares, les atribuyen auténticos derechos subjetivos en sentido alemán lo que implica la posibilidad de obtener la tutela judicial y no simples disposiciones subjetivas tuteladas exclusivamente con los mecanismos previstos en las Directivas de recursos".

Asimismo, cabe revisar la introducción del libro de GIMENO FERRI (J), José María, "Excepción por incumplimiento en el contrato de gestión entre Administraciones Públicas", Tomo II, p. 1267-1279. En: SOSA, Francisco (ed): Op. cit.

Probablemente, un antecedente de ésta puede encontrarse en la diferenciación realizada entre regulación directa, indirecta, residual y técnica (también denominada discrecionalidad técnica) en GORRILLÓ, Agustín: "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, Buenos Aires: Macchi, 1984, p. VII-17 - VIII-25.

²⁷ Ello convalidaría lo expuesto por algunos autores con anterioridad, entre los que resulta de interés revisar SAYAGUES LAGO, Enrique: "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, Montevideo: 1958, p. 542-547 y ESCOJA, Héctor: Op. cit. p. 115-118. También véase BELLSA, Rafael: Op. cit. p. 230-240.

²⁸ Martenhoff analiza en su Tratado de Derecho Administrativo la unilateralidad y bilateralidad de los actos administrativos, manifestando que -en estricto- nos encontraríamos ante actos administrativos bilaterales y no ante contratos administrativos propiamente dichos. Señala que no existe cuestión respecto a los "actos administrativos unilaterales", pero sí respecto a los "actos administrativos bilaterales" -lo que resulta aceptado así en forma puntal por un reducido grupo de doctrinarios en la actualidad y opuesto a todo lo expuesto al respecto hasta aquí-. MARENHOFF, Miguel: "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II, Buenos Aires: 1965, p. 229-240 y p. 383-387. La opinión de Martenhoff ha sido expresamente contestada por algunos administrativistas, entre quienes destacan DIEZ, Manuel María: "Derecho administrativo", 2da ed. 1987 y BERGATZ, Miguel Ángel: Op. cit. p. 11-21, quien responde a través del análisis de las diferencias existentes entre acto administrativo y contrato administrativo, acto administrativo y acto jurídico de derecho privado, acto administrativo a petición del interesado y contrato de adhesión y analizando el fundamento de los derechos y obligaciones en el acto administrativo dictado a pedido de un particular.

²⁹ DÍAZ, José Roberto: "Manual de Derecho Administrativo", Tomo I Op. cit. p. 242.

jurídico creado.

c) La doctrina ha desarrollado diversos criterios de diferenciación entre contratos administrativos y contratos privados. El contrato administrativo se presenta como un concepto meramente instrumental y será contrato administrativo aquel que el legislador a través de una norma determine que lo es de acuerdo a su naturaleza, conforme lo postula el criterio de la calificación legislativa. En su análisis previo el legislador debe aplicar fórmulas originadas en el Análisis Económico del Derecho que involucren eficiencia y utilidad social.

d) La voluntad expresada en el consentimiento se presenta como uno de los elementos esenciales del contrato administrativo, sin el cual el contrato no existe como tal.

e) Si bien inicialmente concebimos que en la contratación administrativa se verían involucradas declaraciones de voluntad común (en el sentido que se requiere de voluntad concurrente para tener por celebrado el contrato administrativo), vemos que hoy cobran fuerza corrientes que niegan la existencia de voluntad del ente administrativo, en tanto que la voluntad sólo se circunscribiría al ámbito de los particulares.

Los problemas quedan planteados y sin duda no se ha dicho aún la última palabra. No obstante, como bien sabemos, en el Derecho Administrativo -y más aún, en la contratación administrativa como en tantas otras materias, a decir de un reconocido autor peruano- quizás esa última palabra ni existe, ni existirá.