

CONSIDERACIONES MÍNIMAS SOBRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO CUBANO

Andry MATILLA CORREA *

...este Derecho no es en absoluto perfecto y presenta defectos innegables, pero a los que considero que puede ponerse remedio mediante el desarrollo de sus propios principios.

Maurice HAURIUO **

SUMARIO: I. *A modo de introducción*. II. *El contrato administrativo y el proceso de evolución del derecho administrativo*. III. *El contrato administrativo y el derecho administrativo cubano*.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Dentro del universo que abarca el derecho existen instituciones jurídicas que tienden a concentrar en sí todo el atractivo científico y práctico de la rama jurídica a la que pertenecen. Ellas reflejan a su alrededor las grandezas —y también las deficiencias— de la dinámica social en la que se enmarcan y a la que responden. Por otro lado, el acercamiento a estas instituciones permite apreciar, desde su perspectiva individualizada, la capacidad real del hombre para enfrentar la ordenación de las relaciones sociales que se derivan de la vida en los marcos de la comunidad políti-

* Profesor de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

** Prefacio de la 5a. ed., 1903. *Précis de droit administratif et de droit public général*.

camente organizada, como presupuesto necesario e insoslayable para el buen desenvolvimiento de esa vida.

Mirando el planteamiento anterior desde el prisma del derecho administrativo, podemos descubrir en él que la figura del *contrato administrativo* o *contrato público*, es una de esas instituciones jurídicas que son síntesis y expresión, en sí mismas, de toda la riqueza científica y práctica que la esfera *iusadministrativa* es capaz de traslucir. La utilidad práctica, un desarrollo histórico interesante, la polémica teórica, la vivencia en lo legal y en lo jurisprudencial, la importancia económica y política, son argumentos de inicio cada uno —aunque sobrados, además— para justificar cualquier intento de aventurarnos en el estudio de la contratación administrativa.

Mucho —y bueno— se ha escrito y polemizado sobre la contratación pública o administrativa desde el siglo XIX hasta hoy. Rica ha sido la jurisprudencia, la normativa y la experiencia práctica que al respecto se ha tenido en una parte del derecho comparado. Pero —como las viejas historias que no hacen sino consolidar sus encantos con el correr de los tiempos— a pesar de ser un tópico recurrido una y otra vez en la bibliografía especializada, su atractivo científico no se ha visto disminuido y el interés a su alrededor se mantiene vivo; sobre todo porque algunos de los aspectos medulares que involucra no alcanzan aun una definición completa, ni sobre ellos se ha cerrado el círculo de discusión científica.

La contratación pública o administrativa es una modalidad cuya existencia y papel en el tráfico jurídico de las naciones en las que se hace presente —en la vida misma de esas comunidades— dependerá indisolublemente de las concepciones políticas, económicas y sociales que en ellas imperan; fluctuando en idéntica medida que los intereses e ideas que amparan y expresan las mencionadas concepciones. El saldo real que pueda presentar finalmente su utilización estará, pues, en estrecha dependencia de los intereses que se pretendan hacer valer con su uso y del manejo que se haga de ese tipo de contratación en la práctica.

Es un lugar común, hoy, entender que la función administrativa tiene un contenido heterogéneo y que se manifiesta a través de formas jurídicas variadas; y que la administración pública, en el marco de la función administrativa, debe asumir diversos cometidos o actividades que tienden, de manera general, a satisfacer o a dar respuesta al interés público, del cual aquella entidad viene a ser garante. Tampoco se niega que el conjunto de relaciones a partir del cual la administración pública puede vincularse jurídicamente con otros sujetos de derecho, para proveer, directa e indirecta-

mente, al cumplimiento de los fines y cometidos que le son propios, no sólo está integrado por actuaciones unilaterales (cuyas concreciones típicas están ubicadas en los *reglamentos* y los *actos administrativos*); sino que, dentro de dicho conjunto de relaciones, pueden, asimismo, encontrarse vínculos obligacionales resultado de acuerdos de voluntades entre esa entidad administrativa y esos sujetos (ciudadanos, especialmente). También es posible declarar “zona de paz” la idea de que las actuaciones unilaterales de la administración pública (y con ello los actos reglamentarios y administrativos, principalmente) se someten en su ordenación a un régimen de derecho público —de derecho administrativo— y están regidas por éste.

Sin embargo, cuando se trata de entrar a valorar los acuerdos de voluntades generadores de obligaciones —es decir, de relaciones jurídicas de carácter patrimonial—, donde al menos uno de los sujetos del nexo jurídico es la administración pública, podemos vislumbrar cómo se quiebra el panorama de armonía al estilo de lo dicho en el párrafo anterior; y vemos aparecer al respecto soluciones científicas y prácticas divergentes —algunas de ellas encontradas—, que se debaten en mantener ese espacio de actuación informado y regulado por el derecho privado de manera unívoca y bajo la forma contractual clásica de esa esfera, o en aceptar la posibilidad de que un grupo de tales relaciones jurídicas puedan estar tuteladas por el derecho público (administrativo), sobre la base de una modalidad contractual que responda, en su funcionalidad y características, a las exigencias que revela el proceder administrativo sometido, en principio, a la égida reguladora del ámbito *iuspúblico* o *iusadministrativo*. Cuando se admite esa última posibilidad, se delinea entonces una figura contractual que se ha dado en llamar —en claro matiz distintivo de su paralelo en el campo del derecho privado— como: *contrato administrativo*, *contrato de derecho administrativo*, *contrato público*, *contrato de derecho público*, *contrato en la función administrativa*, *contrato del Estado* o *contrato estatal*; según las denominaciones más frecuentes, que conforman una interesante policromía nominal alrededor de esa figura.

Apoyándonos en la última idea apuntada, tendremos, entonces, que las tres categorías jurídicas fundamentales de actos a través de los cuales se manifiesta el ejercicio de la función administrativa —y mediante los cuales se ordenan jurídicamente las relaciones que se derivan del mencionado ejercicio— son: el *reglamento* (como tipo de acto normativo), el *acto administrativo* y el *contrato administrativo* (sin olvidar que pueden configurarse otras formas convencionales que no resultan propiamente contractua-

les). Cada una de esas instituciones jurídicas administrativas encierra una dinámica funcional, estructural, sustancial y formal, particular, que aporta los elementos esenciales para marcar las diferencias entre ellas. A su vez, la existencia de estas figuras descubre otro elemento de importancia nada desdeñable, al tiempo de apreciar y sostener el carácter heterogéneo de la función administrativa, tanto en su arista material, cuanto en su expresión formal.

Siempre hemos estado inclinados a pensar que es en el espacio señalado por el derecho administrativo donde se puede percibir —desde el *prima jurídico*, obviamente—, al ser humano en su completa y real dimensión como eje central de la mecánica social. No se olvide que el hombre es, a su vez, entidad individual y ser social; y que en su existencia y desarrollo pleno como ser humano deben marchar en armonía su naturaleza como individuo y su naturaleza social. El derecho administrativo —en cuanto regulador de la organización y funcionamiento de la administración pública y del ejercicio de la función administrativa— es el plano donde esas dos dimensiones del hombre (la individual y la social) pueden apreciarse de manera palpable y clara, en y desde la dinámica de relaciones sociales que dicha rama tutela jurídicamente, en un proceso de interacción de ambas perspectivas, no en enfrentamiento sino en complementación: por un lado, está la administración pública como la estructura del grupo social políticamente organizado encargada de actuar a los fines de garantizar la satisfacción del interés público (general, común, colectivo, no viene ahora al caso la precisión terminológica), de lo cual depende la subsistencia y marcha de ese grupo social en cuanto tal, y, del otro lado, está el administrado o ciudadano (cualificación del individuo), alcanzado directamente como integrante de la comunidad por el funcionamiento de la administración pública —e involucrado también en él—, pero significando, asimismo, que esa comunidad no está compuesta, así no más, por una sumatoria de individuos, sino por la coexistencia, integración e interacción de los mismos en ese marco dinámico, con la premisa de dejar a salvo su espacio vital como individuo, cuya realización es indispensable respetar y garantizar igualmente. Sin dudas, es desde esa vinculación entre la administración pública y los administrados (ciudadanos) al amparo de la función administrativa, donde se hace posible calar mejor la dinámica funcional hombre-sociedad, poder público-libertad individual, intereses públicos-intereses privados (individuales); pues en ella opera la realización del interés público (arista social), pero con la impostergable exigencia de no desproteger y desconocer la esfera

de libertad individual de los administrados (arista individual). El derecho administrativo es, pues, el campo jurídico por excelencia donde debe conciliarse, en la operatividad, la actuación de intereses públicos (poder público) con la observancia de los derechos y libertades propios del individuo (del hombre, como unidad básica de la sociedad), para, por ese medio, proveer verdaderamente a la buena marcha del grupo social y dar respuesta adecuada a sus requerimientos vitales en cuanto tal. Esta reflexión es punto de partida para entender que las diversas técnicas de actuación (en lo sustancial y en lo formal) a las que se recurran en el desenvolvimiento de la función administrativa, deben tender a garantizar la coherencia en la correlación impostergerable entre el ejercicio del poder público (y la consecución del interés público) y el respeto a los derechos individuales y a la esfera de libertad de los administrados (ciudadanos).

Presentada así la cuestión, podemos derivar que en el interior del perímetro que señala la función administrativa, el instituto contractual administrativo trasciende la simple significación como instrumento de ordenación y formalización de relaciones jurídicas individuales de contenido patrimonial, en las que tal entidad interviene como una de las partes del vínculo *iuris*; para asumir, igualmente, otros enfoques interpretativos en lo atinente a su presencia y funcionalidad dentro del tráfico jurídico administrativo.

De tal suerte, la contratación administrativa o pública se revela como una forma de la actividad administrativa; como una vía por la cual la administración pública puede proveer al cumplimiento de los fines y cometidos públicos cuya realización se la confiere, en el ámbito de actuación funcional de la que es titular; como un mecanismo para dar respuesta a la satisfacción de los intereses públicos, en cuanto fin primero y esencial que debe animar el ejercicio de la función administrativa. El contrato administrativo, a partir del intercambio de prestaciones que produce, es un medio para obtener prestaciones o recursos necesarios para soportar el desenvolvimiento de la actividad pública y de la vida de la comunidad. Es, también, un medio a través del cual los administrados (ciudadanos) pueden tener participación en el ejercicio de la función administrativa; es un recurso funcional a tenor del cual la administración pública puede obtener la colaboración de los administrados en el desarrollo de la actuación administrativa y, por ende, en la consecución de los fines e intereses públicos que determinan a la misma.

En ese orden de ideas no debe pasarse por alto la ocasión de destacar que la incidencia de una relación contractual sometida a un régimen de derecho administrativo, no queda en el plano exclusivo de lo económico; aunque, como categoría contractual que es, dentro de los ordenamientos positivos en los que cobra vigencia reviste la cualidad de instrumento por excelencia sobre el que se encausa y se produce el tráfico patrimonial o económico en el sector público. En efecto, la trascendencia de la contratación administrativa o pública remonta la arista puramente económica para proyectar su grado de incidencia también en lo social y en lo político. Por los sujetos que involucra —al menos uno de ellos es la administración pública u otra entidad en el ejercicio de la función administrativa—, por el espacio funcional en que operan sus efectos —público administrativo—, por el objeto sobre el que puede recaer, por el juego de intereses que se manifiesta en su interior, y por el fin esencial al que responde primariamente (el público), no se hace difícil intuir que el contrato administrativo, público o de derecho público, resulta una vía nada desdeñable por la cual el contratante de la administración puede alcanzar un espacio de determinación directa sobre la comunidad. De ahí que el tipo contractual público o administrativo pueda interpretarse como un instrumento de política económica, de actuación de intereses políticos, de ejercicio del poder público y de proyección social del Estado hacia la colectividad.

En definitiva, la contratación administrativa o pública deviene en terreno de conciliación de intereses diversos en función de satisfacer primariamente el interés público; en un ámbito de colaboración entre sujetos con móviles distintos, orientado básicamente a dar respuesta a determinadas exigencias sociales que no pueden desconocerse. Dicha especie de contrato, so pena de desnaturalizarse irremediablemente, no debe significar un campo de confrontación de ánimos divergentes que pugnan por ver cual de ellos prevalece, sin importar las consecuencias que de ese enfrentamiento se generen, ni el alcance que ésta pueda tener. Tampoco debe ser un medio de legitimación para sacrificar el interés colectivo frente a las ansias económicas individuales. Como figura jurídica enmarcada en el ámbito *iuspúblico*, debe ser capaz de generar, desde su dinámica funcional interior, los mecanismos requeridos para garantizar su funcionalidad como zona de conciliación y como forma de colaboración (zona que viene a estar identificada por la bilateralidad y por la voluntariedad que entraña esta figura a la que nos referimos). A su vez, también está llamado a aportar, desde la dinámica aludida, los mecanismos adecuados para salvaguardar y sostener la

finalidad esencial a la que debe su existencia en primer orden como institución jurídica. De eso dependerá su pertinencia y efectividad dentro del tráfico jurídico administrativo y, en consecuencia, su utilización y subsistencia como figura jurídica dentro de ese marco.

No ha sido nada sencillo el proceso de aceptación y consolidación de un tipo contractual perteneciente al ámbito del derecho administrativo. Sin embargo, el *via cruxis* existencial de esa modalidad puede resumirse en una simple interrogante: ¿es viable admitir para el tráfico jurídico administrativo la configuración de una especie de contrato tutelada jurídicamente por un régimen de derecho público, que difiera, así, en determinados principios, del tipo contractual que tradicionalmente se ha desarrollado en el plano *iusprivado*, para responder de manera más idónea, por ese medio, a las exigencias que impone dicho tráfico? De tal forma, la suerte de la contratación administrativa o pública, como categoría autónoma, dependerá de la respuesta que en uno u otro sentido se asuma en la solución de esa pregunta.

Mas no debe olvidarse que el contrato administrativo o contrato público no es otra cosa que una simple herramienta, un instrumento, al servicio del hombre; y, en cuanto tal, es incapaz por sí mismo de producir beneficios o desatar males. Los resultados que en una u otra dirección pueda mostrar su utilización, sólo se deberán a quienes hagan uso de él y a las intenciones que impulsan y determinan ese empleo. Pensar de otra manera es incurrir en una maniobra de evasión de la realidad; es distraer la atención de la esencia; es perderse dentro de la cubierta sin llegar al fondo de la cuestión.

II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO DE EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Una de las instituciones jurídicas cuyo proceso de formación dogmática resulta de lo más llamativo, de cuantas abarcan el espectro jurídico institucional del derecho administrativo, es la del *contrato administrativo*. No sólo porque haya provocado —aun lo hace— pasiones encontradas a su alrededor, sino porque ese proceso de formación, a pesar de que cubre más de un siglo, se nos descubre con variados matices y se revela ciertamente como inconcluso. Su *iter* vital como figura *iuspública* presenta una evolución y un desarrollo constructivo que han estado signados por la intensidad, la

diversidad y la complejidad, dejando espacio abierto a nuevas aportaciones en pos de su consolidación definitiva dentro del sistema categorial del derecho público.

Cuando se observa en su conjunto la línea evolutiva que ha seguido la contratación administrativa o pública, con sus variados matices, se puede palpar claramente, sobre la base específica de una figura jurídica en concreto, el camino recorrido por el derecho administrativo en aras de consolidar su existencia científica autónoma y el desenvolvimiento de su vida como sector del ordenamiento jurídico; así como se proporciona una idea de las peripecias de sus instituciones (reducidas en este caso a una única figura, pero perfectamente representativa del subsistema administrativo) para lograr alcanzar una fisonomía propia y adquirir carta de identidad dentro del sistema jurídico.¹

El movimiento científico en torno a la construcción dogmática del contrato administrativo ha arrastrado siempre consigo de manera protagónica —quizás con un grado de intensidad más acentuado que otros tópicos dentro de los que atañen a la rama administrativa—, y como fundamentación de base, la relación entre el derecho civil y el derecho administrativo, y evoca necesariamente, al mismo tiempo, el proceso de formación autónoma de este último subsistema jurídico. La valoración de esa vinculación no sólo cobra importancia a los efectos de comprender el tracto histórico seguido en la formación dogmática del contrato administrativo, sino que tributa al entendimiento de la estructuración y operatividad actual de esa modalidad contractual. Incluso, es pertinente la consideración de esa relación derecho civil-derecho administrativo a propósito de la categoría contractual, pues esta última es claro ejemplo de cómo la administración pública

¹ Una observación como esta no es algo nuevo, pues ya ha sido apuntada por los más agudos estudiosos del derecho administrativo. Sea suficiente, pues, tomar como botón de muestra al español Meilán Gil, José Luis, “Teoría del contrato administrativo: origen, evolución histórica y situación actual”, varios autores, *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración-División Estudios Administrativos, 2000, p. 439; cuando decía sobre la categoría del contrato en derecho administrativo: “...sus vicisitudes coinciden con las del Derecho administrativo y otras de sus instituciones, singularmente el «servicio público»”. También pueden verse al respecto los pronunciamientos de: Entrena Cuesta, Rafael, “Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la administración”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, año VIII, núm. 24, septiembre-diciembre de 1957, pp. 39 y 40.

se vale, en la actuación de sus fines, de técnicas comunes a ambos sectores jurídicos, y cómo según sea la necesidad de utilizarlas a los efectos de alcanzar esos fines puede recurrir a esa técnica bajo la regulación de un régimen de derecho privado o bajo la tutela de un régimen de derecho público. En definitiva, el alumbramiento y posterior desarrollo dogmático de la contratación administrativa han estado señalados por la apoyatura y el contraste con su par en la esfera civil o *iusprivada*.

Si miramos en retrospectiva el *iter* seguido por el derecho administrativo en pos de consolidar su condición de rama independiente del derecho y, en definitiva, su desenvolvimiento como sector del ordenamiento jurídico, se puede apreciar como en un primer estadio —que básicamente cubre parte del siglo XIX, estableciendo un criterio de ubicación temporal sin mayores pretensiones de rigurosa exactitud— ese proceso de formación se realiza sobre la base de la utilización, y la consecuente adecuación impuesta por las peculiaridades del tráfico jurídico al que respondía, de determinadas categorías jurídicas fundamentales que históricamente se venían desarrollando —en una línea que ya en aquel momento abarcaba varios siglos de constante evolución— al amparo del derecho civil (primero como el viejo derecho de la *civitas* y luego como el terreno jurídico más general y común de ordenación de las relaciones entre los individuos en el marco de la comunidad políticamente organizada); y que, ante esa realidad, eran consideradas figuras pertenecientes a los dominios de ese ámbito jurídico y cargaban con el sentido esencial y unívoco que el mismo les había impregnado.² Hay

2 Jèze, Gastón, Prefacio de la segunda edición francesa, *Principios generales de derecho administrativo*, t. I: *La técnica jurídica del derecho público francés*, trad. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948, p. LXV: “...durante largo tiempo y hasta estos últimos años el derecho público ha consistido en adaptaciones de teorías civilistas. En otros términos: se creía poder resolver los problemas del derecho público por las soluciones jurídicas imaginadas para resolver las relaciones entre particulares...”.

Sobre este tema es clásico en la literatura jurídica administrativa, en español, el trabajo de Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 25 y ss. Según él (“El derecho civil en la génesis del derecho administrativo...”, pp. 47 y 48) “...podemos entresacar un punto de referencia común, que es válido en toda su amplitud: la existencia de figuras e instituciones administrativas que se han construido, primero, y más tarde se han desarrollado sobre las líneas básicas que el derecho privado les proporcionó. Se trata de un verdadero préstamo o traslado de estructuras, verdaderamente sustancial, y que no se reduce sólo, como Mayer opina, a la simple cesión de un nombre, circunstancia al fin y al cabo exterior y sin consecuencias, reducida exclusivamente a la escueta aplicación

que agregar que sobre ese panorama influyeron, igualmente, el poco desarrollo científico que entonces presentaba el derecho público³ —en contraste con la fuerza y la historia que lucía el derecho civil—⁴ y las condiciones políticas e ideológicas en las que se desenvolvía el proceder del Estado, con el más puro liberalismo como bandera, en lo teórico y en lo práctico, de la mecánica funcional de las relaciones Estado-individuo. Así las cosas, esa fue una etapa en la que el derecho administrativo se concebía como un mero desprendimiento del tronco jurídico común (el derecho civil) a los efectos de someter a regulación jurídica especial un conjunto de relaciones específicas (las jurídicas administrativas); y su posición dentro del sistema jurídico era evaluada desde esa condición de ordenamiento especial, en comparación con el orden civilista. Por esa razón, las instituciones jurídicas que se vieron replicadas en ese “desgajamiento” del derecho administrativo (entre ellas el contrato) eran aun explicadas, en línea mayoritaria, desde el enfoque civilista; y la distinción entre ambos grupos institucionales no se asumía como de esencia o de sustancia, sino más bien su esbozo inicial llevaba una orientación adjetiva, a efectos de situar —no sin seguir en ello ciertos intereses políticos— un espacio de aplicación del derecho (jurisdiccional) diferenciado, donde se radicará específicamente el conocimiento de los conflictos que se originaran a tenor de las relaciones jurídicas ordenadas bajo esos tipos *iusadministrativos*. Es decir, que esa diferen-

de una expresión verbal. El fenómeno que nos ocupa ha llegado a ser posible por una razón de precedencia histórica del derecho civil. En este sentido, el derecho administrativo fue, y es todavía —necesario es confesarlo— un derecho secundario en relación con el derecho civil; un derecho en cierto modo *hijo* del ordenamiento privado. Esta secundariedad resalta todavía más si tenemos presente que por no ofrecer el derecho administrativo un sistema jurídico completo, la corriente de intercambios de que hemos venido hablando continúa todavía efectuándose...”

³ Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. I: *Parte general*, trad. de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 182. Advertía sobre el derecho administrativo en aquel periodo: “Trátase de una ciencia relativamente joven. Estamos aún en pleno trabajo de elaboración del sistema de sus instituciones jurídicas; y el gran adversario contra el cual tenemos que luchar es nuestro pasado”.

⁴ Hauriou, André, “L’utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé”, *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, t. III: *Les sources des diverses branches du droit*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 95. Advertía: “...il conviene remarquer que le droit administratif ne s’est élaboré que tardivement, dans un milieu juridique imprégné de tendances et de traditions civiles, grâce à l’action d’administrateurs, de juges, de membres du Parlement ou d’auteurs qui avaient été eux-mêmes formés à l’école du droit civil et du droit romain”.

ciación de la que hablamos era originariamente a efectos jurisdiccionales;⁵ por supuesto, no sin adoptar planteamientos cargados de matices que, con finalidad metodológica, hemos sometido en este párrafo a una línea explicativa simplificada.

Un ejemplo bien ilustrativo de ese sentido de especialidad de que hablamos en el párrafo anterior, ya en el plano particular del contrato administrativo, lo tenemos en las siguientes palabras del francés Félix Moreau:

Bien plus, le droit administratif emploie certains contrats de droit privé les modifiant par l'intervention de la puissance publique: par exemple, l'entreprise de travaux publics est une adaptation administrative du louage d'ouvrage; dans les parties non touchées par la puissance publique, les règles du Code Civil seront applicables.⁶

5 En el supuesto particular de la contratación administrativa, esta conclusión tampoco causa impresión de novedad en estos momentos, pues ha sido ya señalada por la doctrina más perspicaz. Así, entre otros, García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 11a. ed., Madrid, Civitas, 2002, t. I, pp. 683 y 684, enseñan: "La distinción contratos administrativos-contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano procesal y que carece de toda trascendencia en el plano material o sustantivo. La distinción surge inicialmente como una excepción al esquema estructural actos de autoridad-actos de gestión, que ha sido justamente llamada la primera sistematización del derecho administrativo: en éste —y en la jurisdicción contencioso-administrativo— se integran los actos dictados imperativamente por la administración, en tanto que cuando ésta prescinde del *imperium* y se somete a los modos de gestión del derecho privado es este último quien rige su actuación, sometiéndose correlativamente a los tribunales ordinarios. El contrato se considera entonces como el tipo mismo de los actos de gestión, es decir, de aquellas actuaciones que la administración realiza despojada de *imperium*, descendiendo al mismo nivel de los particulares y en igualdad con ellos, no obstante lo cual, por razones pragmáticas, de simple utilidad (no por razones dogmáticas), se atribuye el conocimiento de alguno de los contratos que la administración celebra a la jurisdicción contencioso-administrativa. A todo lo largo del siglo XIX, tanto la Ley como la doctrina y la jurisprudencia, lo mismo en Francia que en España, serán muy conscientes de que la única singularidad de los contratos administrativos es una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afecta en ningún caso ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que siguen siendo las propias de toda cuestión civil".

6 Moreau, Félix, *Manuel de droit administratif*, París, Ancienne Librairie Thorin et Fils-Albert Fontemoing, 1909, p. 7.

Ese sentido de especialidad aparece reflejado también en el enfoque que asumen otros autores franceses del periodo decimonónico, y de los primeros momentos del siglo XX, en lo atinente a las especies contractuales —en su conjunto o individualizando alguna de ellas— que han derivado, dentro del ordenamiento jurídico de ese país, en los prototipos históricos de contratos administrativos: suministros, contrato de obras públicas

Ahora bien, esa interpretación de la relación entre el derecho civil y el derecho administrativo que acabamos de describir —con la consecuente repercusión en la concepción de la contratación administrativa—, estaba llamada a ser superada —como luego sucedería— tanto por las nuevas realidades que la vida pública iría imponiendo y frente a las cuales había que adoptar soluciones más idóneas y ajustadas a ellas, desde el punto de vista jurídico; cuanto por el ascenso científico que iría tomando el derecho administrativo, especialmente a partir del último cuarto del siglo XIX, compulsado precisamente por el ritmo de tales realidades. En efecto, el gradual declive del Estado liberal como ejercicio primario, práctico y teórico, del Estado moderno, la orientación de la actuación estatal hacia una mayor intervención e incidencia en el complejo de relaciones que se trababan en los marcos de la comunidad, y la intensificación y complejización de las necesidades colectivas, impulsaron un replanteo en la manera de concebir las técnicas de actuación pública dentro del tráfico jurídico administrativo y, al propio tiempo, en la funcionalidad del marco de ordenación genérico de dicho tráfico. Es en este periodo —finales del siglo XIX, principios del XX— donde comienza a advertirse el despunte científico del derecho público en una línea en ascenso, y particularmente del derecho administrativo como sistema científico dotado de organicidad y de principios propios (proce-

(*marché de travaux publics*) y concesiones administrativas. Así, pueden verse: Batbie, A., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 12a. ed., París, L. Larose et Forcel-Libraires-Éditeurs, 1885, t. VII, pp. 132 y ss.; Laferrière, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, París, Berger-Levrault et Cie-Libraires-Éditeurs, 1887, t. I, pp. 534 y ss., y de Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, París, Berger-Levrault et Cie-Libraires-Éditeurs, 1888, t. II, pp. 116 y ss. y 132 y ss.; Ducroq, Th., *Cours de droit administratif et de Législation Française de Finances*, t. II: *Tribunaux administratifs*, París, Ancienne Librairie Thorin et Fils-A. Fontemoing, 1897, p. 249; Berthélemy, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, 8a. ed., París, Librairie Arthur Rousseau-Rousseau & CIE, 1910, pp. 613 y ss.; Journé, Maurice, *Précis de droit administratif*, 3a. ed., París, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1925, pp. 407 y ss. Dentro del derecho administrativo español, pueden mencionarse en esta misma senda: Oliván, Alejandro, *De la administración pública en relación a España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, pp. 219 y ss.; Colmeiro, Manuel, *Derecho administrativo español*, 3a. ed., Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1865, t. II, pp. 100 y ss.; Santamaría de Paredes, Vicente, *Curso de derecho administrativo*, 3a. ed., Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fê, 1891, pp. 792 y ss.; Abella, Fermín, *Tratado de derecho administrativo español*, Madrid, 1886, t. II, p. 1240; y Caballero y Montes, José María, *Lo contencioso-administrativo*, t. I: *Naturaleza y condiciones generales del recurso contencioso-administrativo*, Zaragoza, Mariano Escar, 1902, pp. 549 y ss.

so que se encuentra ligado a nombres con connotación fundacional dentro del mismo como los de Édouard Laferrière, Paul Laband, Otto Mayer, Vittorio Emanuele Orlando, por sólo citar cuatro nombres de los que integran un importante grupo; y a la labor “pretoriana” de un órgano jurisdiccional como el Consejo de Estado Francés); lo que, a su vez, traería como implicación la progresiva cristalización de la identidad de la rama administrativa en un lugar propio dentro del sistema de derecho y no a la “sombra o tutela” del derecho civil.

De ese proceso emergería, entonces, una concepción del derecho administrativo que dejaba atrás su perspectiva de ordenamiento excepcional y especial en comparación con el derecho civil, para asumir un rol como derecho común de determinado grupo de relaciones jurídicas diferenciadas de aquellas que se sujetaban a la rama civilista. De ahí resultó el planteamiento de los dos subsistemas jurídicos con vocación troncal y de ordenamientos comunes: el derecho civil para las relaciones jurídicas entre los individuos y el derecho administrativo para la esfera del funcionamiento administrativo público.⁷ Pero, sin perderse la perspectiva de que ambos no son sectores abso-

⁷ Ya Otto Mayer (*op. cit.*, nota 3, p. 68) se mostraba bien claro al respecto cuando afirmaba: “...El derecho público no significa ya, como en el eufemismo de los antiguos doctores, una esfera en la cual, por oposición, a la del derecho civil, *no existe derecho* cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito. Tenemos ante nosotros el hecho de la existencia de un *derecho público administrativo* que se aplica a la administración, al lado de aquel que queda atribuido a las relaciones civiles. Ello produce necesariamente un cambio sobre los principios que rigen la delimitación de la competencia del derecho civil respecto del Estado. Éste deja de ser el único derecho posible, el único llamado a proporcionar sus normas en todo lugar y momento en que el Estado no se sustraiga a ellas...”. Luego decía: “Al contrario, las normas que le son propias, las del derecho público, deben considerarse respecto del Estado como el derecho común, que, en la duda, le es aplicable. Siendo el derecho civil la excepción, es menester, en cada oportunidad, justificar especialmente su aplicación”.

Por su parte, el italiano Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. de Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, 1970, t. I, pp. 14 y 15, concluía: “La contraposición entre derecho administrativo y derecho privado, no debe por otra parte entenderse en el sentido de que el derecho administrativo constituya un conjunto de normas *excepcionales*, un sistema jurídico especial, frente al *jus commune* representado por el derecho civil. por el contrario, el derecho administrativo, respecto a un determinado conjunto de relaciones (precisamente aquellas inherentes al desarrollo de la función administrativa), constituye él mismo un *jus commune*, es decir, un sistema jurídico autónomo, paralelo al derecho privado...”.

Sobre este tema, en la literatura jurídica administrativa en español, resultan clásicos los trabajos de Ballbé, Manuel, “Derecho administrativo”, *Nueva Enciclopedia Juri-*

lutamente aislados uno del otro, ni con una existencia en paralelo sin conexión alguna entre sí; antes bien, son ramificaciones troncales de un mismo fenómeno, unitario en su esencia: el derecho.⁸ Y con ese espíritu unitario en el fondo es que se asumiría, en general, el planteamiento de la relación derecho civil-derecho administrativo; quedando graficado en conclusiones al respecto como la que hiciera Rènard:

Le droit civil et le droit administratif son “autonomes” comme les provinces d’un Etat fortement décentralisé; car les “specifications” ne sont qu’une manière de «décentralisation juridique»; la décentralisation ne brise ni l’unité nationale ni l’unité scientifique: ni confusion, ni séparation, mais communication.⁹

Como es de suponer, ese movimiento —en el cual es posible avistar un segundo estadio en el *iter* de desarrollo científico del derecho administrativo— no se dio sólo en el plano de la concepción y funcionalidad general —como subsistema— de la rama jurídica administrativa; sino que también se manifestó —en mayor o menor medida— en el nivel particularizado de las instituciones jurídicas características de esa rama. Incluso, el debate al respecto adquirió ribetes acentuados de intensidad y riqueza, cuando un sector del *iuspublicismo* reclamó, igualmente, para el tráfico jurídico administrativo, no en calidad de “extensión especial de figuras del derecho civil”, sino con carta de naturaleza en aquel tráfico, la utilización de categorías jurídicas —como el contrato— que históricamente habían devenido en baluartes —en lo jurídico— de la libertad y la igualdad de los indivi-

dica, Barcelona, Francisco Seix, 1950, t. I, pp. 55 y ss., y el de Clavero Arévalo, Manuel, “Consecuencias de la concepción del derecho administrativo como ordenamiento común y normal”, publicado originalmente en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* en 1952, y consultado por nosotros en su obra *Estudios de derecho administrativo*, Madrid, Instituto García Oviedo-Universidad de Sevilla-Civitas, 1992, pp. 27 y ss.

⁸ Cabe aquí recordar a Ludwing Spiegel, *Derecho administrativo*, trad. de Francisco J. Conde, Barcelona-Buenos Aires, Labor, 1933, p. 223, que escribió: “...La teoría general del derecho no es derecho civil ni derecho administrativo, sino ciencia del derecho a secas...”.

⁹ Rènard, Georges, “L’aide du droit administratif pour l’élaboration scientifique du droit privé”, *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Géný*, t. III: *Les sources des diverses branches du droit*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 87.

duos, y tradicionalmente habían sido “guardados celosamente” desde —y en— la “tierra santa” del derecho privado.

Factores como: el abandono de una percepción individualista de la vida social y de la manera de asumir el papel del Estado dentro del marco de relaciones intersubjetivas que se desenvuelven en la comunidad; el desplazamiento de esa percepción individualista —cultivada por el viejo liberalismo— por una visión más socializadora de esa vida, en la que el Estado debía tener un desempeño más activo e interventor dentro del conjunto de relaciones sociales que, en última instancia, se orientan hacia la satisfacción de las necesidades de la colectividad; el acortamiento de la distancia entre el Estado y el individuo en la forma de concebir y de plantear su interacción en el espacio social desde el prisma del interés público y la necesidad de proveer las técnicas jurídicas que reflejen —y ordenen— de modo más adecuado, en lo formal y lo sustancial, la mecánica de colaboración consensuada que puede establecerse entre ambos sujetos, desde sus espacios propios de actuación, en función de atender primariamente al bien común; el ensanchamiento del contenido de la función administrativa a raíz del replanteo de los fines de la administración pública; el paso de una concepción esencial del derecho como límite del poder y de la actuación del Estado, a una donde estos últimos tienen en el derecho su límite y determinantes esenciales; la fuerza ascendente del movimiento científico *iuspublicista* en general; el ejercicio de búsqueda, por una parte de la doctrina, de explicaciones jurídicas a realidades objetivas que caían bajo el manto ordenador y regulador del derecho público, con la pretensión de aportar y situar, de una vez, las construcciones jurídicas que ampararan tales supuestos desde el arsenal conceptual y de categorías propias del *iuspublicismo*, en el que, además, no faltaron quienes adoptaron una actitud negatoria de determinadas categorías ancladas históricamente en el derecho civil, para proveer las soluciones finales en ese ejercicio —baste ejemplificar aquí con la construcción alemana del acto administrativo requerido de aceptación o de sumisión del particular o interesado o del acto administrativo bilateral o del acto administrativo requerido de coadyuvante,¹⁰ como contra-

¹⁰ Entre los alemanes, ver al respecto, entre otros: Mayer, Otto, *op. cit.*, nota 3, pp. 129 y ss., y *Derecho administrativo alemán*, t. IV: *Parte especial*, trad. de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Arayú, 1954, pp. 44 y ss. y 162 y ss.; Jellinek, George, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, Società Editrice Libreria, 1912, pp. 224 y ss.; Jellinek, Walter, “Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt Unter werfung”, *Verwaltungsrechtliche Abbiandlungen (Festgabe en honor de la OVG*

posiciones a la solución contractual pública o administrativa que otros sectores preconizaban o asumían—, posición que transmitía un claro mensaje de intento de emancipación decidida del subsistema jurídico civil; la aparición de la noción de *servicio público* (con su andamiaje conceptual, impulsado fundamentalmente por la Escuela francesa del Servicio Público —Duguit, Jèze, Bonnard, Rolland, entre otros—) como criterio base para encuadrar los dominios del subsistema jurídico administrativo;¹¹ y la marcha del derecho administrativo francés, irradiando su influencia sobre ordenamientos jurídicos y sobre la doctrina de otros países; fueron elementos de fondo que dieron lugar a que se delineara científicamente una especie contractual adecuada a los principios del régimen de derecho público o de derecho administrativo, y con ello que se entendiera como diferente al tradicional contrato privado, pero sin perder su condición de *contrato*.

La concreción científica del tipo contractual administrativo, dentro de varios ordenamientos jurídicos —partiendo de su principal precursor y sostenedor: la teoría y la práctica francesas— fue una señal, entre otras en el plano jurídico, de la metamorfosis interna del Estado moderno en esa etapa —del tránsito del Estado liberal hacia el Estado de corte intervencionista—; de las transformaciones que estaba asimilando la rama jurídica administrativa en el desarrollo de su ámbito objetivo de regulación; y del avance científico del derecho administrativo.

de Prusia), 1925, pp. 84 y ss., y *Verwaltungsrecht*, 3a. ed, 1931, pp. 249 y ss.; y ForsthoFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, trad. de la 5a. ed. de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 294 y ss.

¹¹ Es oportuno evocar las conclusiones del comisario de gobierno Romieu, en el caso *Terrier*, del 6 de febrero de 1903, del Consejo de Estado Francés, que marcaron un hito importante en este tópico: “La doctrine qui se dégage de l’ensemble de ces décisions nous paraît pouvoir de formuler ainsi: «Tout ce qui concerne l’organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, —soit que l’administration agisse par voie de contrat, soit qu’elle procède par voie d’autorité—, constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative, au point de vue des litiges de toute sorte auxquels elle peut donner lieu», ou encore, sous une autre forme: «Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l’exécution, l’inexécution ou la mauvaise exécution d’un service public, son de la compétence administrative, et relèvent, à défaut d’un texte spécial, du Conseil d’Etat, juge de droit commun de contentieux de l’administration publique, générale ou locale»...”. Véase, entre otros, la reproducción de las conclusiones de Romieu al *affaire Terrier* en Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, D’après les notes d’arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou, París, Librairie du Recueil Sirey, 1929, t. II, p. 497.

En la segunda mitad del siglo XX, el derecho administrativo volvería a ser arrastrado, en su marcha evolutiva, hacia un nuevo y progresivo movimiento de transformación interna como sector del ordenamiento jurídico; justamente —y animado por ello— cuando se estaban dando atisbos de una nueva adecuación en el modo de concebir y realizar la actuación estatal, y pública en general, dentro del complejo de relaciones sociales que operaban en el seno de la comunidad (lo que no fue otra cosa que el preludio de un reacomodo en la manera de ser misma del Estado moderno), en función del cumplimiento de los fines públicos (los que, lógicamente, no estuvieron al margen del replanteo). Ese movimiento de conversión —que se fue manifestando gradualmente, como toda situación de este tipo— desembocaría hacia las dos últimas décadas del siglo XX, aproximadamente, en el abandono del Estado interventor por una concepción neoliberal del mismo, que se presenta como respetuosa del libre mercado y de la libre competencia —por un liberalismo reciclado y adaptado a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales de finales del siglo XX y principios del XXI—; y para la rama administrativa —arrastrada por esa fuerza que son los intereses políticos— ello implicaría asumir, desde su frente, ese sentido y espíritu neoliberal,¹² aunque no sin encontrar una corriente de re-

12 Para nosotros queda claro el mensaje de estudiosos como el argentino Cassagne, Juan Carlos, “Tendencias actuales y proyección futura del derecho administrativo argentino”, *Documentación administrativa*, núms. 269 y 270, mayo-diciembre del 2004; *El derecho administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales (II)*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 429, cuando enseñaba: “El futuro del derecho administrativo —como alguna vez hemos dicho— pasa actualmente, más que por la administración, por la jurisprudencia y —ahora agregamos— por el buen tino del legislador, evitando caer en las tendencias de un colectivismo o intervencionismo que bloquea el funcionamiento de las reglas básicas de la economía social del mercado y el principio de subsidiariedad”.

Uno de los estudiosos más importantes del derecho administrativo Iberoamericano, el español González Pérez, Jesús, *Administración pública y libertad*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 17, dejaba constancia indubitada de su pensar cuando afirmaba: “La abstención de toda intervención debe ser el ideal a que debe aspirar cualquier administración. La presencia de los agentes administrativos resulta perturbadora, molesta, desagradable. Va contra la esencia misma del hombre, contra lo que es su natural forma de ser. De todos los males que ha de soportar el hombre en su paso por la tierra, quizás no exista ninguno peor que la administración pública”. Y exponía inmediatamente: “Por ello, precisamente por ello, única y exclusivamente, debe actuar la administración allí donde estrictamente sea necesario en el sentido más riguroso”. Para concluir más adelante (p. 19) sobre la actividad industrial del Estado: “Esas

sistencia. Desde nuestro punto de vista, esa situación abrió paso a una tercera era en el *iter* evolutivo del derecho administrativo, donde para él —y para algunas de sus instituciones jurídicas— el debate (*el ser o no ser*, al estilo del dilema shakespeariano) no se plantearía en torno a su identidad, a su sustancialidad o al grado de funcionalidad como bloque de ordenación jurídica dentro del sistema de derecho, sino que se revelaría, esencialmente, orientado a defender o sostener su pertinencia y operatividad como espacio de regulación —a partir de las viejas técnicas, o de nuevos instrumentos formales— más idóneo o más apropiado para tutelar jurídicamente un conjunto de relaciones sociales relativas al funcionamiento administrativo y donde se involucra la consecución del interés público, frente a una tendencia de desplazar algunas de esas situaciones para ponerlas bajo formas de regulación amparadas por un régimen de derecho privado¹³ —con todas las consecuencias que genera ese cambio de prisma jurídico—, a efectos de lograr mejores resultados en el discurrir y la funcionalidad de tales vínculos. Esta nueva etapa impondría la premisa de que el derecho administrativo no pierda terreno y significado como zona por excelencia donde se tiende a armonizar el ejercicio del poder público y la consecución del interés público con la defensa y el respeto a los derechos y libertades de los administrados (ciudadanos). Por nuestra parte pensamos que este tercer estadio dentro del desarrollo del derecho administrativo puede interpretar-

las mismas actividades realizadas por empresas puramente privadas prestarían al usuario un servicio infinitamente superior, sin haber costado un céntimo al contribuyente”.

13 La doctrina *iusadministrativista* española fue una de las que prestó especial atención a este fenómeno, particularmente en la década de los noventa del siglo pasado, que calificó como “huida de la administración pública del derecho administrativo” (a nuestros ojos el fenómeno adquiere ribetes de “estampida”), con enfoques con posiciones que enfrentaban esa realidad o desde posiciones justificativas. Entre los que se han ocupado de la cuestión, sin pretender agotar la lista, cabe mencionar a: Parada, Ramón, *Derecho administrativo*, t. I: *Parte general*, 15a. ed., Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2004, pp. 27 y ss.; Saz, Silvia del, “Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional”, Chinchilla, Carmen, Lozano, Blanca y Saz, Silvia del, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia-Civitas, 1992, pp. 101 y ss.; Sala Arquer, José Manuel, “Huida al derecho privado y huida del derecho”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 75, julio-septiembre de 1992, pp. 399 y ss.; Borrajo Iniesta, Ignacio, “El intento de huir del derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 78, abril-junio del 1993, pp. 233 y ss.; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “Reflexiones sobre la «huida» del derecho administrativo”, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 199 y ss.

se, tal vez, como el más complejo dentro de los que ha presentado ese subsistema jurídico, por la intensidad y complejidad de la vida social y política, que ha estado *in crescendo* desde los últimos decenios del siglo pasado; por los nuevos códigos económicos donde se pretende exhibir al libre mercado y al individuo como la fórmula de solución de los retos que plantea la satisfacción de las necesidades de la colectividad y como el motor impulsor de la sociedad; por la diversidad que acompaña a la actuación administrativa, en lo sustancial y lo formal; y porque en ese marco laberíntico y de culto al mercado, es muy fácil que se disperse la idea de que la clave de la vida social no viene dada por la simple suma de nuestros esfuerzos individuales y su prevalencia, sino de la armonía de una acción coral que trasciende nuestras individualidades para proyectarse hacia un objetivo superior a cualquiera de nosotros mismos: el bien común.

Sobre la base de lo anterior, y ajustándonos a la lógica de análisis que hemos querido seguir en este acápite, debemos decir que la contratación administrativa no quedó al margen del cambio. La gradual quiebra del Estado interventor y la “crisis” de su soporte conceptual e ideológico —especialmente de nociones como el *servicio público*—; el crecimiento estructural y funcional de la administración pública y la proliferación de entidades públicas descentralizadas (pluralismo estructural); la necesidad de dotar al aparato administrativo y a su funcionamiento de mayor eficacia y eficiencia; la mayor participación pública en la realización de actividades esencialmente industriales y mercantiles desde formas de organización pública o privada (Estado empresario); los procesos de integración económica y la tendencia globalizadora; el imperativo de armonizar los modelos de regulación jurídica de la actuación pública en los marcos del grado de homogenización que plantea esa integración;¹⁴ las privatizaciones en el sector pú-

14 Según ha anotado tiempo atrás el español Moreno Molina, José Antonio, *Contratos públicos: derecho comunitario y derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 21 y 22: “...el derecho comunitario de la contratación pública nos proporciona un excelente ejemplo de la tendencia hacia la elaboración de un derecho común. En efecto, la normativa comunitaria sobre contratos públicos está introduciendo técnicas de derecho público para regir ámbitos de actividad no sólo de las administraciones públicas y de sus organismos instrumentales, sino también de persona jurídico-privadas. Concretamente, la Directiva 93/38/CEE, sobre contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, no sólo se aplica a los entes públicos territoriales o a los «organismos de derecho público» (los cuales entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas sobre contratos públicos de obras, suministros y servicio), sino que también obliga a las entidades que, sin ser poderes públicos ni empresas públicas, «gocen de dere-

blico; el respaldo al libre mercado y a la libre competencia como principios básicos del desarrollo económico; el escape de la sujeción al régimen de derecho administrativo hacia uno *iusprivado* de parte de la actividad de los entes públicos; y los requerimientos de mayor participación directa de los administrados en el ejercicio de la función administrativa, muy relacionado con el discurso democrático de los últimos tiempos; entre otros factores que se sitúan como telón de fondo; han determinado una expansión en el perímetro de la actuación concertada dentro de la función administrativa;¹⁵ que se diversificara el contenido y la forma de la actuación contractual de la administración pública;¹⁶ que allí donde opera la distinción entre contratación administrativa y contratación privada de la administración pública,

chos especiales o exclusivos» concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro”. Añadiendo seguidamente: “En fin, como ha observado J. Bell, el desarrollo de un sistema europeo sobre contratos públicos se mueve más en la dirección de armonizar el derecho público y el derecho privado, que en la línea de armonización de los distintos derechos administrativos nacionales”.

Cassagne, Juan Carlos, “Tendencias actuales...”, *cit.*, nota 12, p. 426, también ha expuesto: “...tanto en Argentina como en Estados Unidos y Europa, en este último ámbito a través de la influencia que el derecho comunitario ha irradiado en los derechos nacionales de los países miembros de la Unión Europea, se observa una tendencia creciente hacia la «iuspublicación» de los sistemas de contratación estatales, ...que se proyecta incluso hacia los antiguos esquemas contractuales regidos por el derecho privado”. Agregando inmediatamente: “Esa «iuspublicación» se revela nítidamente en las reglas que rigen el proceso de selección (que excluyen, en principio, la libertad negocial para elegir el contratante) y en el régimen de prerrogativas públicas que acompaña la ejecución del contrato, su extensión y los efectos que ella produce. Este proceso se ha llevado a cabo hasta en los países que no utilizaban la figura del contrato administrativo en sus sistemas jurídicos”.

15 Para Ramón Parada (*op. cit.*, nota 13, p. 249): “De la admisión vergonzante del contrato entre el poder y el súbdito se ha pasado en los últimos tiempos (después de una fase de normal convivencia entre el contrato y el acto administrativo, pero con neto predominio de este último) a una utilización *ad nauseam* de la técnica contractual. En la actualidad, en efecto, parece como si la administración se avergonzara de su condición de poder público y de la imposición unilateral de su voluntad sobre los particulares o sobre otras administraciones inferiores y necesitara del consenso de unos y otros para cumplir, incluso, con sus funciones soberanas, produciéndose así una necesidad de compromiso que lleva a un uso generalizado e intensivo de la concertación”.

16 Por ejemplo, véase lo que enseña el argentino Agustín Gordillo, en relación con el criterio de gradación de los diversos contratos de la administración que sustenta en su *Tratado de derecho administrativo*, t. I: *Parte general*, reimpresión de la 5a. ed, Buenos Aires, Fundación de Derecho de Derecho Administrativo, 2000, pp. XI-19 y ss. También lo que apunta, por su parte, Cassagne, Juan Carlos, “Tendencias actuales...”, *cit.*, nota 12, pp. 425 y 426.

la frontera entre lo público y lo privado no gane en nitidez o claridad, sino todo lo contrario; y que se afirmara la idea, también donde se manifiesta esa dualidad de técnicas contractuales para la administración pública, de una base de ordenación común —sometida al derecho administrativo— para los contratos que la misma celebre,¹⁷ con independencia de que ese vínculo *iuris* sea sometido luego a un régimen *iuspúblico* o a uno *iusprivado*.

En suma, en este acápite hemos querido ilustrar como en los ordenamientos jurídicos donde se utiliza la técnica de la contratación administrativa o pública, ésta no es más que una pieza dentro de un sistema (el derecho administrativo); y, como tal parte, tributa al funcionamiento del todo, pero, a su vez, recibe sobre su ritmo de operación el reflejo de las vicisitudes que afectan a ese sistema. Como el derecho administrativo mismo, el tipo contractual administrativo es un producto histórico y está impregnado del sentido y del espíritu que anima a esa rama jurídica. Su itinerario de vida ha estado señalado por un grupo de determinantes insoslayables: la ideología, la política, la cultura jurídica, las condiciones socio-históricas concretas de una comunidad dada en un determinado momento, la manera en que se asume la ordenación de la actuación pública, y las necesidades objetivas de esa comunidad.¹⁸ El contrato administrativo es, pues, una fi-

¹⁷ Es lo que se ha dado en llamar *la zona común de la contratación administrativa*. Véase, por ejemplo, Solas Rafecas, José María de, *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 143; Martínez López-Muñiz, José Luis, “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Derecho administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 956 y 957; y Cassagne, Juan Carlos, “La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas”, *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 107.

¹⁸ Ariño Ortiz, Gaspar, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Derecho administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 877. Ariño Ortiz concluía que “...el contrato administrativo *no es una naturaleza esencial*, sino una categorización o calificación jurídica circunstancial. Es inútil, por tanto, pretender determinar la esencia del contrato administrativo en abstracto. La calificación jurídica de un contrato será variable en su extensión y cambiaría con el tiempo, pues estará vinculada al entorno ideológico político del momento. Aquellas prestaciones u operaciones jurídicas de tipo contractual que tienen una importancia preponderante para el interés público en un momento dado (el abastecimiento nacional, la vivienda, o la investigación científica) serán calificadas como administrativos. El contrato administrativo no es una esencia, sino una «existencia» histórico-jurídica. Por ello, se les rodeará de

gura que se enmarca en una esfera jurídica (el derecho administrativo) que, en el modo que aparece hoy ante nosotros, es un producto de la modernidad y de su marcha; y, como técnica jurídica, pertenece al universo de uno de los subsistemas más revolucionarios (si no el más) —por su origen, por su esencia, por su función y por el ritmo con que progresa— dentro de los que se integran en ese espacio mayor que es el derecho. De ahí que, para nosotros, su tratamiento científico y práctico, con miras a proveer soluciones y respuestas más adecuadas, debe hacerse desde el sentimiento de que la batalla por el derecho, en la era moderna, está planteada —y debe librarse— esencialmente, desde el derecho público; y donde la sociedad —y con ella el hombre mismo— serán la única ganadora, o la única perdedora, en esa contienda —que no es otra cosa que la dimensión social de la lucha por la vida—.

III. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO CUBANO

El desenvolvimiento histórico de Cuba en los últimos dos siglos y algo más (siglos XIX, XX y XXI) ha estado singularizado por cambios vertiginosos e interesantes, que han impregnado la vida de nuestro país de una serie de matices y experiencias vividas en lo social, político, económico, jurídico y cultural, en general; que no hacen sino reforzar la riqueza y peculiaridad del proceso de formación, desarrollo y subsistencia de la nación cubana. Todo ese proceso de vida ha tenido su lógico reflejo en los distintos planos que abarca el desenvolvimiento histórico de la sociedad cubana; y el derecho no ha escapado a la fuerza de los acontecimientos, ni al influjo de los diversos momentos por los que ha pasado la historia de Cuba dentro de ese espacio temporal que señalábamos al inicio de este párrafo.

El derecho administrativo cubano, y con él todo el universo de las instituciones jurídicas que alcanza, ha marchado también con el desarrollo de nuestra sociedad (no podría ser de otro modo); y cada una de las diferentes etapas históricas que ha vivido nuestro país, ha determinado una manera de ser y de asumir dicha rama jurídica. Si nos ajustamos sólo a la figura jurídica que nos ha servido de móvil a través de todas estas líneas —el *contrato administrati-*

un régimen jurídico especial que garantice con mayor fuerza la pronta y eficaz realización de esos fines concretos...”.

vo— veremos cómo su *iter* vital dentro del ordenamiento jurídico administrativo nacional no es nada lineal, sino todo lo contrario; y no resulta aventurado decir que, posiblemente, ha sido una de las instituciones jurídicas administrativas que más ha “sufrido” con las transformaciones que han tenido lugar en el sistema jurídico cubano, si contrastamos su situación antes y después del triunfo revolucionario de enero de 1959.

1. *El contrato administrativo y el derecho administrativo cubano prerrevolucionario*

Para Cuba, el derecho administrativo nace y comienza a desarrollarse de la mano del derecho administrativo español, habida cuenta de que hasta 1898 la “siempre fiel Isla de Cuba” —como gustaba llamarla la metrópolis— fue colonia de España, y considerada como territorio de ultramar.¹⁹ Como podrá derivarse de ello, los orígenes conceptuales y funcionales del sistema de contratación administrativa en Cuba, y el acercamiento primigenio a esa institución jurídica administrativa, hay que cifrarlos en el modelo español de ascendencia francesa. Por lo tanto, la base histórica de la contratación administrativa en nuestro país, se planteó y comenzó a desarrollarse a partir del modelo de contrato administrativo de elaboración francesa, que nos llegó a través de las disposiciones normativas que se emitían al respecto para la colonia desde la península ibérica;²⁰ así como por las ideas de la ciencia *iusadministrativa* francesa y la española que servían de referente al efecto. De la etapa colonial del derecho administrativo cubano nos quedó una producción científica muy escasa y pobre —extendiéndose esa conclusión al contrato administrativo—, básicamente obras generales —sin asomo en el periodo de ejercicios monográficos en ese or-

19 No creemos desatinado comentar aquí que el primer texto de factura nacional sobre el derecho administrativo corresponde a: Morilla, José María, *Breve tratado de derecho administrativo español general del Reino y especial de la Isla de Cuba*, La Habana, Tipográfica de don Vicente de Torres, 1847; quien era entonces el catedrático de esa asignatura en la Universidad de La Habana. Esta obra no sólo es la precursora en nuestro país, sino que, por el origen de su autor (dominicano), por su objeto de estudio (las leyes administrativas vigentes para Cuba), por el lugar donde ve la luz (La Habana) y por el año en que aparece publicada (1847), nos hace afirmar que, hasta donde conocemos, estamos en presencia de la obra pionera del derecho administrativo latinoamericano.

20 Véase, por ejemplo, Govín y Torres, Antonio, *Elementos teórico-prácticos del derecho administrativo vigente en Cuba*, La Habana, s/e, 1883-1854, t. II, pp. 296 y ss.

den—, con una clara orientación exegética y legalista al tiempo de asumir el tratamiento de las cuestiones vinculadas a la rama jurídica administrativa;²¹ donde el tópico de la contratación administrativa prácticamente no figuraba,²² o se hacía esencialmente enfocado como una mera referencia a las disposiciones normativas fundamentales al respecto, reproduciendo textualmente su contenido.²³

Ahora bien, el principal legado que para nosotros trascendió al siglo XX, en lo relativo a la contratación administrativa, fue su uso real como técnica de ordenación de relaciones jurídicas administrativas entre la administración pública y los particulares, referente básicamente a obras y servicios públicos, a través de un grupo de normas jurídicas de procedencia española; donde varias disposiciones que lo integraban prolongaron su vigencia temporal mucho más allá de la proclamación de la independencia del país (1902). Entre las normas jurídicas más representativas de ese periodo, sobre la materia que nos ocupa, podemos mencionar, sólo con fin ilustrativo mínimo, a: el Real Decreto del 27 de febrero de 1852, hecho extensivo a Cuba por Real Orden del 29 de septiembre de 1856; el Real Decreto del 19 de abril de 1883, contentivo de la Ley General de Obras Públicas de la Isla de Cuba; la Real Orden del 26 de abril de 1883, contentiva del Reglamento para la ejecución de la Ley General de Obras Públicas; la Real Orden del 27 de abril de 1888, que hacía extensivo el Pliego de condiciones generales para la contratación de las obras públicas, aprobado por el Real Decreto del 11 de junio de 1888; la Ley del 13 de septiembre de 1888, sobre el Procedimiento Contencioso-administrativo, hecha extensiva a Cuba por Real Decreto del 23 de noviembre de 1888; además, por ejemplo y entre otros campos objetivos específicos, de la normativa emitida sobre concesiones administrativas, cuya mención dilataría infructuosamente este trabajo.²⁴ Es preciso puntualizar,

21 Véase Morilla, José María, *Breve tratado...*, cit., nota 19, en su totalidad (este autor dio a conocer una segunda obra en 2 ts., en 1865, titulada *Derecho administrativo*); y Govín y Torres, Antonio, *Elementos teórico-prácticos...*, cit., nota 20, 3 ts., también en su totalidad. Estas son las obras generales sobre el derecho administrativo escritas en la Cuba del siglo XIX.

22 Véase Morilla, José María, *Breve tratado...*, cit., nota 19, en su totalidad; y Domingo Guerrero, José, *Programa de las materias correspondientes a la asignatura de derecho político y administrativo español*, La Habana, Real Universidad de La Habana, s/a.

23 Véase Govín y Torres, Antonio, *Elementos teórico-prácticos...*, cit., nota 20, t. II, pp. 296 y ss.

24 Para una constatación del marco general de evolución histórica del régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba, véase nuestro trabajo: “Panorama históri-

en relación con el diseño legal de entonces sobre la contratación administrativa, que el mismo, ajustándose a las características que al respecto imperaban en la época, presentaba un panorama de dispersión normativa, que enseñaba que más que una figura unitaria cuyo diseño legal respondía a esa exigencia de unidad categorial, lo que existían eran varios tipos contractuales administrativos individuales regulados en disposiciones jurídicas diversas; sin alcanzar aun, entre sí, una sistematización orgánica normativa, a partir de un criterio de unidad existencial, que se concretara en una disposición legal que funcionara como regulación básica y general sobre la contratación administrativa, y que permitiera apreciar la articulación y operatividad normativa de dicha especie contractual, sobre la base de un criterio de *genus* que comprendiera varios tipos de contratos en especie, homogénea, sistémica y orgánicamente considerados.

En definitiva, lo importante sobre el contrato administrativo en ese momento, es que cobró carta de naturaleza y operatividad dentro del tráfico jurídico administrativo cubano, traído de la mano de la metrópolis; y el diseño legal del mismo fijó, para Cuba, su adscripción al modelo de contratación administrativa de hechura franco-español.

El siglo XX cubano, en su primer cuarto, descubre interesantes y peculiares matices en torno a la figura del contrato administrativo. Por un lado, están las normas jurídicas —de sello español aun en apreciable número de ellas— que reconocían y articulaban en la práctica las relaciones jurídicas administrativas de índole contractual, sobre la base de la pluralidad de disposiciones legales sobre los contratos administrativos en especie, sin contar con una norma jurídica que fungiera, dentro del ordenamiento positivo cubano, como estatuto básico y general de la institución contractual administrativa; y una jurisprudencia —ya una jurisprudencia de elaboración nacional— que sigue la misma línea de la legislación, si bien dentro de la tendencia propia de la época de concebir al contrato administrativo como una especialidad de la contratación civil.²⁵ Y, por otro lado, estaba la doctrina

co de las concesiones administrativas en Cuba”, en Berizonce, Roberto O. y Mendoza Díaz, Juan (coords.), *Tendencias actuales del derecho Cuba-Argentina, Jornada Jurídica Cuba-Argentina*, La Habana-La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad de La Plata-Facultad de Derecho Universidad de La Habana, 2006, pp. 191 y ss.

25 Ilustrativa en ese orden resulta la Sentencia núm. 2, del Tribunal Supremo de Cuba, en materia contencioso-administrativa, de fecha 28 de febrero de 1902, publicada en la *Gaceta Oficial* del 29 de junio de 1902, p. 188; también en Betancourt, Ángel C., *Jurisprudencia cubana. Prontuario, por orden alfabético, de la doctrina establecida por el*

—poco abundantes en número los científicos del derecho administrativo cubano en esa etapa—, que se limitaba a incluir en las obras generales —están en falta los trabajos monográficos que se detengan en el desarrollo de este tópico—²⁶ el tratamiento de los aspectos atinentes a la contratación administrativa, siguiendo las pautas y el perímetro que sienta una obra de ese tipo, y no siempre con un saldo final lo más satisfactorio posible;²⁷ e incluso, hay que destacar que algunos de los principales administrativistas cubanos del momento, llegan a adoptar planteamientos de negación en relación con la figura del contrato administrativo —aunque no los desarrollan con la amplitud necesaria y el enfoque final que adoptan dentro de sus textos no está alejado de contener contradicciones, a nuestro entender—, lo cual deja ver, en esa línea de pensamiento, la cercanía de tales afirmaciones a las ideas que al respecto imperaban en la ciencia *iusadministrativa* alemana de la época, y de las cuales esos doctrinantes cubanos se hacían eco, en una evidente influencia de aquella ciencia sobre éstos.²⁸ Sin embar-

Tribunal Supremo de la República de Cuba. Parte civil y contencioso-administrativa, La Habana, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, 1912, t. I, p. 151. Según la mencionada sentencia: “El artículo 111 del Código Civil establece en general los efectos de los contratos ya celebrados; pero no impide que, no obstante sus preceptos, por la naturaleza de un contrato, y por las partes que en él intervienen, se apliquen preceptos de otra índole; lo cual puede suceder en los contratos administrativos, porque en éstos, para fijar las obligaciones que de ellos se derivan ha de recurrirse antes que al Código Civil, a las leyes administrativas que regulan los servicios públicos objeto del contrato”.

Sobre la jurisprudencia cubana de ese momento, en lo atinente a la contratación administrativa, es pertinente que se vea también lo apuntado por: Betancourt, Ángel C., *Procedimiento contencioso-administrativo vigente en la República*, La Habana, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, 1916, pp. 31 y ss.

²⁶ En 1918 se publicó en La Habana el trabajo de Segura Cabrera, Andrés, *Contratos y subastas administrativas*.

²⁷ Véase Govín y Torres, Antonio, *Elementos de derecho administrativo*, La Habana, 1904, t. I, pp. 21 y ss.; e *ibidem*, t. II, pp. 279 y ss.; Núñez y Núñez, Eduardo R., *Tratado de derecho administrativo*, 3a. ed., La Habana, “Casa Girón”, 1920, t. II, pp. 426 y ss.; Lancís y Sánchez, Antonio y Martínez Sáenz, Joaquín, *Ensayos de derecho administrativo*, La Habana, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, 1922, t. I, pp. 36 y 147 y ss. También, aunque es una obra menor en lo sustancial, Segura Cabrera, Andrés, “Derecho administrativo”, *Programa para los ejercicios teóricos y prácticos en las oposiciones para la provisión de notarias*, La Habana, “La Moderna Poesía”, 1924, pp. 558 y ss.

²⁸ Así, Govín y Torres, Antonio, *Elementos...*, *cit.*, nota 27, t. I, p. 21, afirmaba: “...falsa es la teoría de los llamados «contratos de derecho público», que sólo difieren de los civiles por razón de sus formas y de su ejecución. ...Considerando el Estado como persona dotada de la soberanía, según la doctrina reinante, se hace hartó difícil admitir y explicar el carácter obligatorio de los contratos con el Estado. ¿No conserva siempre el

go, justo es decir, para no inducir a equívocos, que, en sentido general, la teoría cubana de ese periodo no rechazó de plano la figura del contrato administrativo como institución jurídica —aun aquellos autores que dieron cabida a algún planteamiento de negación sobre ella—, pues la misma tuvo su sitio —con referencias desiguales en lo sustancial y con inclinación a considerarle desde la perspectiva de especialidad de la contratación civil, particularizada por el sujeto, objeto o el fin, básicamente— dentro de los estudios que, con vocación de visión sistémica, se hicieron en el primer cuarto del siglo XX, sobre el derecho administrativo, por parte de los más avanzados de la ciencia *iusadministrativa* cubana de ese entonces;²⁹ lo cual

carácter de poder público soberano? El contrato será, pues, una relación de superior a inferior...”. Más adelante *ibidem*, t. I, p. 22, al referirse a la posición de Jellinek en *Gesetz und Verordnung*, sobre el contrato y el Estado, Govín y Torres llega a preguntarse: “...¿Por qué no declarar francamente con Gerber que el contrato no es de derecho público?...”.

Por su parte, Lancís y Sánchez, Antonio y Martínez Sáenz, Joaquín, *op. cit.*, nota 27, p. 36, al analizar la teoría del contrato de derecho público como justificativa de la naturaleza jurídica de la relación entre el funcionario y el Estado, sostuvieron: “La doctrina francesa que sigue esta teoría, le llama contrato de derecho público porque se lleva a cabo por el Estado”. Y seguidamente precisan: “Aparte de la impropiedad con que se califica esta relación, utilizando un tecnicismo propio del derecho civil, no existe tal contrato pues no hay igualdad alguna entre las partes contratantes. Únicamente puede hablarse con alguna propiedad de contratos de derecho público, cuando se trata de los celebrados entre Estados (tratados)”.

²⁹ Véase Govín y Torres, Antonio, *Elementos...*, *cit.*, nota 28, t. II, pp. 279 y ss. En definitiva, este autor, a pesar de no mostrarse favorable inicialmente a la teoría del contrato de derecho público, (véase Govín y Torres, *Elementos...*, *cit.*, nota 27, t. I, pp. 21 y ss.), plantea luego (Govín y Torres, *Elementos...*, *cit.*, nota 27, t. II, p. 279): “El derecho administrativo toma del civil la institución del contrato adaptándolo a las condiciones que reclama la buena gestión de los intereses públicos...”.

Núñez y Núñez, Eduardo R., *op. cit.*, nota 27, pp. 426 y ss. Recoge este escritor “¿Cuál será pues el concepto de contrato administrativo? El mismo desde su origen. El contrato administrativo es el civil, supone la intervención de dos o más voluntades que se conciertan para la realización de las obras o servicios, pero que supone también prestaciones recíprocas, una prestación que tiene una finalidad, y una ventaja que otorga a la colectividad, representada por la administración al particular. Desde ese punto de vista no tiene ninguna diferencia el contrato, ya se le examine en el derecho público, ya se le examine en el derecho privado”. Inmediatamente (*idem*, p. 427) agregaría: “Se han establecido sin embargo ciertas características atendiendo a las personas que intervienen en ellos, otros las han establecido atendiendo al objeto que se persigue, y por último hay quien las fija, teniendo en consideración las solemnidades que reviste”.

Lancís y Sánchez, Antonio y Sáenz, Joaquín, *op. cit.*, nota 27, pp. 147 y ss., y Segura Cabrera, Andrés, *Programa...*, *cit.*, nota 26, p. 559.

significaba, a su vez, que lo que en la práctica acontecía al respecto no podía desconocerse por la teoría, más allá de apreciaciones personales abstractas, pues, de lo contrario, se estaría dibujando una visión distorsionada e incompleta de la realidad jurídica administrativa cubana de ese principio de siglo.

La superación del primer cuarto del siglo XX, y el avance dentro de esa centuria hasta el triunfo revolucionario de enero de 1959, marcan un ascenso gradual en el estado de madurez de la ciencia del derecho administrativo cubano; y para la figura del contrato administrativo implicó la continuidad en su operatividad y su desarrollo teórico-práctico dentro del modelo histórico recibido al respecto.

En la legislación relativa a la contratación administrativa sobre suministros, obras y servicios públicos —que representaban en nuestro ordenamiento positivo los objetos típicos sobre los que la misma recaía—, se mantuvo vigente un núcleo importante de regulaciones jurídicas proveniente del periodo colonial español, aunque con ciertas modificaciones inevitables derivadas de las exigencias reveladas por la vida republicana postcolonial y prerrevolucionaria; en ese núcleo aludido resaltan la Ley de Obras Públicas del 19 de abril de 1883, el Reglamento para su ejecución del 26 de abril de 1883 y la Ley sobre el Procedimiento Contencioso-adminis-

También debe verse, Betancourt, Ángel C., *Procedimiento contencioso-administrativo...*, cit., nota 25, pp. 31 y 32. Según sus palabras: “Mucho se ha discutido teóricamente acerca de si existe ó no “contratos administrativos”, sosteniéndose que la contratación, por su naturaleza, es materia del derecho civil; pero tales cuestiones carecen en absoluto de interés práctico. La Ley no somete á la jurisdicción contencioso administrativa los “contratos administrativos”, ni califica en modo alguno la naturaleza de esa fuente de obligaciones; antes, por el contrario, dando á entender que el cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos (sin calificativo) no es materia propia y peculiar del derecho administrativo, por excepción y en razón á lo que sea objeto del contrato, somete á la vía, jurisdicción si se quiere, contencioso administrativa, aquellas convenciones celebradas por la *administración* y que versen sobre obras y servicios públicos. Para cumplir, pues, el precepto que anotamos, no es necesario entrar en el terreno de las nomenclaturas: basta conocer el objeto del contrato; y si requiere una regla general, es suficiente tener presente la distinción entre el Estado, como persona jurídica, y la administración. Cuando el Estado ó las entidades públicas obran como personas jurídicas y contratan en asuntos del interés personal privado de que todo individuo es susceptible en sociedad —tomando esta palabra en su amplio sentido—, a la convención se aplican las reglas los procedimientos del derecho civil, pero cuando el poder público, en nombre del Estado y al objeto de llenar uno de los fines de éste, contrata sobre materias que afectan el interés común, entonces la contratación está sometida a las reglas y á los procedimientos del derecho administrativo...”.

trativo del 13 de septiembre de 1888. Además, en esa etapa republicana también se emitieron al respecto una serie de disposiciones de importancia, entre las que cabe citar a: la Ley Orgánica de las Provincias, de 1908; la Ley Orgánica de los Municipios, de 1908; la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, de 1909; el Pliego de Condiciones Generales, promulgado por el Decreto 1180 del 27 de abril de 1936; así como una gran cantidad de normas que convirtieron en abundantes las regulaciones jurídicas relativas a esta materia.³⁰ Nuevamente salta a la vista aquí, en lo tocante a la estructura del diseño legal que ordenaba las relaciones jurídicas administrativas de naturaleza contractual, la persistencia de una dispersión normativa en su interior, a partir de regulaciones relativas a esas relaciones en específico, y la ausencia de un cuerpo legal que aportara la sistematización normativa del contrato administrativo como institución jurídica genéricamente considerada. Lo cual apuntaba a que la percepción normativa que regía aun era la de asumir la ordenación legal de la contratación administrativa desde los vínculos contractuales específicos y plurales, y no desde su configuración y articulación como técnica jurídica que comportaba un género con aplicaciones concretas según el objeto. Eso era una muestra también de que no se había llegado a un nivel de necesidad objetiva y de madurez conceptual que planteara la impostergable realidad de generar una disposición legal con vocación de regulación básica, general y común, para la contratación administrativa, en el plano nacional.

Un momento a destacar en la Cuba prerrevolucionaria, que tocó también a la ordenación jurídica de las relaciones administrativas de carácter contractual, lo constituyó la promulgación de la Constitución de 1940, pues, en su vocación democrática y social, ese cuerpo legal hacía declaraciones —genéricas— formales y expresas —luego repetidamente burladas y traicionadas—, sobre que la explotación de bienes públicos y la gestión de obras y servicios públicos (sin aclarar la vía ni la técnica de ordenación que se empleara al efecto, aunque tampoco importaba esa aclaración) debían propender al bienestar social; ello presuponía, ante la condición suprema de esa norma y al verse involucrada y alcanzada implícitamente la contra-

³⁰ Buena parte de esa legislación puede verse compilada en Sánchez Roca, Mariano, *Legislación de contratos de obras y servicios públicos*, La Habana, Lex-Librería, 1942; Sánchez Roca, Mariano, *Leyes administrativas de la República de Cuba y su jurisprudencia*, La Habana, Lex, La Habana, 1942, vol. I; Sánchez Roca, Mariano, *Legislación municipal y provincial de Cuba*, 3a. ed., La Habana, Lex, 1955, vols. I y II; y Lancís y Sánchez, Antonio, *Legislación orgánica del Poder Ejecutivo*, La Habana, Lex, 1947.

tación administrativa en esas formulaciones, la tendencia a impregnar de un sentido más social y colectivista —al menos en el plano formal, otra cosa fue la realidad— al orden positivo regulador del contrato administrativo, y se pretendía reforzar —igualmente en el plano formal— la garantía del interés público, al que dicha figura debía servir como instrumento jurídico administrativo.³¹

Por su parte, la jurisprudencia cubana de aquella época no hizo sino continuar y consolidar su respaldo a la figura del contrato administrativo, y siguió moviéndose dentro de los causes tradicionales al respecto que habían tomado virtualidad en nuestro país desde tiempo atrás.³²

³¹ De la Constitución de 1940 pueden verse los artículos: 88; 134, incisos a), h) e i); artículos 142; 213, incisos b) y g); artículos, 215; 242, incisos b) y c); artículos 251; 255; 264; 272; 276; y 277.

³² Baste ejemplificar esa situación con una Sentencia ilustrativa como la 499, del 28 de junio de 1946, del Tribunal Supremo de Cuba, resolviendo en materia contencioso-administrativa. A pesar de su extensión, nos permitiremos reproducir un fragmento de la misma, con el refuerzo de que dicha sentencia ha sido objeto de referencia anteriormente por más de un autor de la época, al aludir a los pronunciamientos jurisprudenciales del alto órgano de justicia sobre este punto de los contratos administrativos; v. gr. Ramírez Olivella, Gustavo, *Diccionario de jurisprudencia contencioso-administrativa*, Montero, Jesús (ed.), La Habana, 1949, t. IV, pp. 67 y 68; y Álvarez Tabío, Fernando, *El proceso contencioso-administrativo (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, La Habana, Librería Martí, 1954, pp. 525 y 526. Dice el fragmento de la sentencia: “Según el artículo quinto de la Ley de lo Contencioso-administrativo, es indudable que revisten caracteres administrativos los contratos cuando en ellos concurren los requisitos esenciales de ser una de las partes contratantes, la administración, con facultades para ello, y de tener por finalidad y objeto realizar un servicio o satisfacer una necesidad de carácter público; y el efecto conviene dejar sentado la distinción existente cuando el Estado contrata como persona jurídica, o cuando lo hace como entidad administrativa a objeto de llenar una necesidad procomunal, pues en el primer caso, a la convención son aplicables las reglas y procedimientos del derecho civil; pero en el otro supuesto, en que aquél contrata actuando en defensa de un interés general o público, lo son las reglas y los procedimientos del derecho administrativo. Esta distinción se destaca en las sentencias dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo del 30 de septiembre de 1913 y 6 de octubre del mismo año, declarándose en la primera que no son de carácter civil, sino administrativo, dados su origen y objeto, las obligaciones que se contraen mediante un expediente administrativo para organizar y realizar un servicio público; y en la otra, que es constante la diferencia existente en nuestro derecho positivo, desde época remota, entre contratos civiles y administrativos, y entre obligaciones de uno y otro orden, y que pertenecen a la primera clase los que nacen de actos o contratos que se realizan o producen efecto en el terreno puramente privado y en los cuales, el Estado, cuando de él se trata, procede como persona jurídica; y a la segunda las que se deriven de actos o contratos regidos principalmente por el derecho público y en los que interviniendo el Estado como parte, por medio de cualquiera de las en-

En cuanto a la doctrina, hay que decir que definitivamente no cuajó un estudio particularizado —ni siquiera a nivel de artículo— que tuviera como centro de análisis la categoría contractual administrativa, como sí venía ocurriendo en otros países del entorno iberoamericano; lo cual se vincula al hecho de que nuestros autores de derecho administrativo prestaron más atención a otros tópicos dentro de ese subsistema y fuera de él.³³ Sin embargo, el estudio del contrato administrativo ocupó mayores espacios dentro de las obras de corte general que se produjeron en el periodo,³⁴ y se puede avistar en ellas una mayor homogeneidad y coherencia en el tratamiento de esa cuestión por parte de los autores, con desarrollos, sobre el debate al respecto, más sustanciales que los que mostraban los estudiosos de las etapas anteriores ya esbozadas —signo sin dudas de la mayor madurez y avance de la ciencia *iusadministrativa* nacional—.³⁵ Ello puede ser

tidades que lo representan, lo hace en el concepto de poder público, exteriorizando no su personalidad jurídica, sino la potestad que le corresponde para los fines públicos que está llamado a realizar...”.

33 No es ocioso señalar que sí se produjeron estudios monográficos —más o menos amplios— sobre servicios públicos en particular y sobre concesiones administrativas, fundamentalmente, que se relacionaron con el tópico de la contratación administrativa e incluyeron en su interior planteamientos tangenciales —también en mayor o menor medida— sobre esta cuestión, aunque sin hacer de ella el eje central del análisis. Entre tales estudios pueden enunciarse: Alfonso y Caballero, Mario, *La legislación sobre servicios telefónicos públicos y la concesión a la “Cuban Telephone Company”*. (*Estudio de interpretación legal*), La Habana, Albino Rodríguez, 1941; Lazcano y Mazón, Andrés María, *Servicio público de acueducto*, La Habana, Cultural, S.A., 1943; Carmona y Romay, Adriano G., *El tiempo de vigencia de la Concesión del Acueducto de Santiago de las Vegas*. (*Un acto administrativo jurídicamente inexistente*), Informe, La Habana, Montero, 1944; Carmona y Romay, Adriano G., *Dictamen sobre la situación legal del expediente de concesión del servicio de Acueducto para la Ciudad de Colón*, La Habana, 1948, y López Blanco, Marino, *Servicio público de teléfonos*, La Habana, Lex, 1950.

34 Véase Jiménez y Fernández, Rafael Santos, *Derecho administrativo (segundo curso)*, La Habana, Facultad de Derecho-Departamento de Publicaciones-Universidad de La Habana, s/a, pp. 224 y ss.; Lancís y Sánchez, Antonio, *Derecho administrativo. La actividad administrativa y sus manifestaciones*, 3a. ed., La Habana, Cultural, S.A., 1952, pp. 419 y ss., y Álvarez Tabío, Fernando, *op. cit.*, nota 32, pp. 507 y ss. También, aunque con menor alcance y acabado en el tópico que nos ocupa, que los otros escritores citados: Vivanco Hernández, José Clemente, *El juicio contencioso-administrativo*, Montero, Jesús (ed.), 2a. ed., La Habana, 1944, pp. 94 y ss.

35 Es de destacar que en la antigua Escuela de Ciencias Sociales y Derecho Público, en el espacio de tiempo que aquí no ocupa, existía, dentro de la organización docente, la denominada “Cátedra G: Derecho Administrativo, Segundo Curso”, que comprendía tres asignaturas y una de ellas era formalmente llamada “Concesiones y Contratos Adminis-

interpretado, a partir de lo escrito entonces sobre la cuestión, como una decantación clara de nuestra teoría, en su generalidad, por acoger —en armonía indubitada con la legislación y la jurisprudencia— la figura *contractual administrativa* como una institución jurídica integrada dentro del universo categorial del derecho administrativo cubano,³⁶ y como un espal-

trativos”. Esto último es una muestra evidente de la importancia que se le atribuía al estudio del tema de la contratación administrativa, dentro del espectro de alcance del derecho administrativo cubano de entonces, para la formación de los futuros profesionales del derecho público; así como de la relevancia científica y práctica que el mismo adquiría dentro del tráfico jurídico administrativo nacional. Para constatar lo primeramente dicho, así como el programa de esa asignatura en la última etapa prerrevolucionaria, puede verse, entre otros, el *Anuario de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público*, La Habana, Universidad de La Habana, 1950, pp. 209 y 219 y 220.

³⁶ Explicaba Rafael Santos Jiménez y Fernández (*ibidem*, pp. 226 y 227): “De modo que el contrato privado no puede estar en la misma situación que este contrato especial determinado por un fin que afecta a un servicio público, a su funcionamiento ininterrumpido, normal y eficiente... Luego, si esto es así, no puede estimarse que no haya diferencia en cuanto al carácter y naturaleza de estos contratos; por eso es necesario convenir en que el contrato administrativo tiene caracteres propios, que es un concierto de voluntades que está determinado por un fin de interés general o de servicio público, pero, desde luego, que ambas partes se someten a un régimen jurídico especial; ese régimen jurídico especial hace referencia, fundamentalmente, a las formas del contrato como medio de garantía, hace referencia a la rescisión, a la interpretación del contrato que no puede realizarse en la propia forma que el Contrato Privado. En cuanto a la interpretación del mismo, en cuanto a su cumplimiento, que no puede dejarse a la resolución, en su día, de los tribunales ni a la forma en que éstos determinen, y en cuanto también a medidas de carácter especial, de que pueden valerse los propios concesionarios o particulares contratantes a los fines de facilitar el cumplimiento del contrato y consiguientemente la realización de la obra pública o del funcionamiento del servicio público de que se trate”. Para añadir a continuación (*ibidem*, p. 227): “Se ve por tanto que hay características especiales y que esas características determinan un régimen jurídico que va a aplicarse a los contratos de derecho público distinto del régimen aplicable a los contratos de derecho privado, pero desde luego indudablemente en uno y otro caso tenemos como básicos los propios caracteres del contrato general. De manera que así como vimos en cuanto a las instituciones de la propiedad que los elementos básicos de las mismas, se consideraban, pero que después el derecho público establecía las modificaciones necesarias determinadas por el interés general, de la propia manera nosotros tenemos el contrato privado en sus elementos esenciales y después se modifica por virtud de que el contrato se adapte a las necesidades que lo determinan; el funcionamiento de los servicios públicos o la realización de una obra pública”.

Enseñaba Antonio Lancís y Sánchez (*Derecho administrativo...*, *cit.*, nota 24, p. 425) sobre el contraste entre el contrato civil y el administrativo: “En resumen: si bien no puede afirmarse que el criterio diferencial entre una y otra categoría de contratos sea siempre el mismo, la administración cuando contrata lo hace en forma bien diferenciada, estando sometida a reglas especiales diversas: de capacidad, como en la enajenación y

darazo muy importante a la consolidación en Cuba —en lo práctico y en lo científico— del diseño de contratación administrativa (de base franco-española) incorporado al ordenamiento jurídico administrativo desde sus fuentes primigenias decimonónicas.

A la altura de estas líneas, es procedente ya hacer un cierre relativo a lo que aconteció con la categoría del *contrato administrativo* en esa primera gran etapa del derecho administrativo nacional —es decir, la etapa prerrevolucionaria del mismo (siglo XIX y primeros cincuenta y nueve años del siglo XX)— En esa dirección tenemos que apuntar que ese fue el periodo de anclaje en el ordenamiento jurídico cubano de la figura contractual administrativa, desde las tres dimensiones jurídicas fundamentales en que puede manifestarse: la normativa, la jurisprudencial y la doctrinal; fue también el periodo de mayor desarrollo práctico —normativo, jurisprudencial y desde el desenvolvimiento en específico de las relaciones jurídicas que ordena— de esa especie contractual y marcaba un ascenso gradual —que luego quedaría trunco, como veremos— de su evolución dentro del

adquisición de bienes, antes expuestas; de procedimiento, como los que rigen su celebración y otorgamiento; de jurisdicción, puesto que existe una especial competencia para conocer de los administrativos; en cuanto a sus efectos, ya que, en los públicos, la administración está investida siempre de poderes de excepción, cuando menos en lo que a su interpretación y rescisión se contrae, que no se manifiestan en los de carácter privado, y, también, en consideración a su objeto, puesto que con ellos, directa o indirectamente, se mira a la satisfacción de una necesidad general”.

En palabras de Fernando Álvarez Tabío (*op. cit.*, nota 32, p. 510): “Entre nosotros, aunque la Ley reconoce el carácter civil de los contratos celebrados por la administración, lo hace en tal forma que ha forzado a la jurisprudencia a reconocer al contrato administrativo propiamente dicho su índole especial, no sólo por razón de que en los mismos siempre interviene aquélla, sino por su objeto, sus efectos y por la competencia especial que sustancia y decide las contiendas que surgen en torno a ellos”. Después de referirse a los artículos 4o. y 5o. de la entonces vigente ley sobre el contencioso-administrativo, concluía (Álvarez Tabío, *op. cit.*, nota 32, p. 510): “De estos preceptos, si bien se desprende el reconocimiento en principio del carácter civil de los contratos celebrados por la administración, real y efectivamente se acepta la condición de administrativos de los que tengan por objeto obras y servicios públicos. Y no se diga que para fijar la diferencia entre ellos sólo se atiende a la competencia especial que conoce y decide las cuestiones que puedan surgir del cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los celebrados por la administración, pues para determinar la competencia resulta indispensable decidir previamente sobre la índole del acto, de manera que es ésta la que determina la competencia del Tribunal y no viceversa. Además, no todo contrato celebrado por la administración tiene el carácter de administrativo, sino que es el objeto perseguido por él lo que dará el elemento diferencial característico...”.

pensamiento *iusadministrativo* criollo. El *contrato administrativo* tuvo en ese tiempo un espacio de identidad propio y de funcionalidad real —bien extendido en su utilización durante la época señalada—, como técnica de ordenación de relaciones jurídicas administrativas individualizadas, consensuadas voluntariamente, entre la administración pública y los particulares (esencialmente), cuyo objeto se inserta dentro del tráfico patrimonial del sector público enmarcado dentro del ejercicio de la función administrativa. Aunque, no se concretó un cuerpo de ordenación legal que asumiera de forma orgánica, sistémica y unitaria, la regulación normativa de la contratación administrativa; y con ello, que no apareciera, dentro del ordenamiento positivo cubano, una norma jurídica que operara como disposición básica, general y común, para la contratación administrativa, más allá de la normativa que ya se refería particularmente a los típicos vínculos contractuales de naturaleza *iusadministrativa*, específicamente considerados. Fue también un instrumento clave de política económica y de acción social, desde los cánones característicos del capitalismo subdesarrollado, que sirvió al enfoque imperante de responder a los fines públicos sobre la base de concepciones más o menos liberales, pero donde la actuación directa de particulares en esa esfera era tenida ciertamente siempre como un elemento constitutivo —con más o menos protagonismo— de la acción pública orientada a proveer la satisfacción de las necesidades colectivas.

No nos cabe duda de que, en aquél periodo, el *contrato administrativo* fue una técnica jurídica estrechamente vinculada al progreso social —con las limitaciones y lastres que revelaba una sociedad como la cubana de entonces— en importantes sectores de la vida pública del país: ferrocarriles, transportes en general,³⁷ teléfonos, electricidad, comunicaciones, acueductos, obras públicas, por sólo mencionar las más visibles al efecto. Pero, asimismo, y debido a lo que la contratación administrativa significaba para la mecánica funcional y existencial de la nación —en lo económico, lo político y lo social—, el *contrato administrativo* vio empañada y demeritada su existencia en la Cuba prerrevolucionaria —especialmente durante la República, y en una situación que se extendió a través de ella por todo el tiempo y los momentos que ésta vivió—, pues estuvo involucrado —como una triste constante— en el vórtice de actuaciones fraudulentas, corruptas e inconse-

³⁷ Véase al respecto, por ejemplo, el breve, pero ilustrador trabajo de Carrera Jústiz, Pablo, “Los transportes en Cuba republicana”, *Anuario de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público*, La Habana, Universidad de La Habana, 1952, pp. 115 y ss.

cuentes, que desnaturalizaron su esencia y función; al pretenderse hacer valer, mediante el mismo, los intereses particulares y mezquinos de personas y grupos específicos y minoritarios de la clase dominante, en franco olvido y desconocimiento de la verdadera finalidad que debe animar a la contratación administrativa, y, lo que es peor, en claro ejercicio de irrespeto a la colectividad y a la solución efectiva de sus necesidades generales —situación esa que repercutiría en su vida posterior como institución jurídica—. De esa manera, el contrato administrativo se asoció a fuente de irregularidades en el proceder jurídico administrativo, de corrupción, de enriquecimiento de unos pocos, de opresión social y de manejos turbios en perjuicio de la colectividad cubana de entonces.³⁸ De igual forma, el *contrato administrativo* fue una técnica de ordenación formal de vínculos jurídicos administrativos que estuvo subsumida de modo indubitado en el proceso de penetración y dominación económica y política sobre nuestro país, tanto en lo que respecta a las potencias extranjeras —especialmente los Estados Unidos, en la primera parte del siglo XX—, como en lo atinente a la oligarquía na-

³⁸ Para ilustrar esa realidad, especialmente durante los diversos momentos que cubrió la República prerrevolucionaria, sea suficiente leer lo que ha recogido un grupo de autores —básicamente historiadores— tan heterogéneo entre sí, como: Martínez Ortiz, Rafael, *Cuba. Los primeros años de independencia, Segunda parte*, 3a. ed., París, “Le Livre Libre”, 1929, p. 486; Jenks, Leland H., *Nuestra colonia de Cuba*, trad. de Ignacio López Valencia, La Habana, Edición Revolucionaria, 1966, pp. 122 y ss., 131 y ss. y 234 y ss.; Carone Dede, Francisco, *Informe contra el Canal Vía Cuba*, La Habana, s/e, 1955, publicado además como “Informe del doctor Francisco Carone Dede en el recurso de inconstitucionalidad contra el Canal Vía-Cuba”, La Habana, núms. 118 al 123, enero-diciembre de 1955, pp. 360 y ss.; Riverend, Julio Le, *La República. Dependencia y revolución*, 4a. ed., La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1975, pp. 94, 99 y ss., 186, 248 y ss.; y Callaba Torres, Juana Rosa, capítulo VI: “La alternativa oligárquico-imperialista: Machado”, varios autores, *Historia de Cuba*, t. III: *La neocolonia. Organización y crisis desde 1899 hasta 1940*, La Habana, Instituto de Historia de Cuba-Editora Política, 1998, pp. 247 y ss.

Esa situación apuntada puede contarse entre los motivos de que en la Ley Fundamental de 1959 apareciera regulado en la Sección Primera de las Disposiciones Transitorias al Título Decimotercero, como Disposición Única, que el Consejo de Ministros, por medio de una Ley, podría declarar la nulidad de las concesiones para la prestación de servicios públicos que habían sido otorgadas por los Municipios a partir del 10 de marzo de 1952 y hasta el 31 de septiembre de 1958 (espacio de tiempo en que se enmarca el régimen de facto y tiránico de Fulgencio Batista). Dentro de esa línea pueden verse otros ejemplos claros como: la Ley 17 del 16 de enero de 1959; la Ley 78 del 13 de febrero de 1959, Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Malversados; la Ley 98 del 23 de febrero de 1959, y la Ley 438 del 7 de julio de 1959.

cional. Dicha técnica sirvió para colocar en manos del capital extranjero —tanto en la era colonial como en la republicana— y de exclusivos sectores del capital interno, objetivos de trascendental importancia para la vida cubana (léase obras y servicios públicos, fundamentalmente), que se relacionaban incluso con la soberanía del país; concretando y operándose así una arista de la dominación sobre el país y de la dependencia nacional hacia grupos exclusivos y minoritarios de poder y de una potencia extranjera como los Estados Unidos. Es por ello que, además, la contratación administrativa de ese momento se ha asociado con la idea de menoscabo de la soberanía nacional y de espacio de determinación extranjera y oligárquica sobre la sufrida nación cubana.³⁹

2. *Breves anotaciones sobre el contrato administrativo y el derecho administrativo cubano después de enero de 1959*

El 1.º de enero de 1959 señala para Cuba el triunfo de la Revolución y el inicio de una nueva etapa histórica en la vida de la nación cubana, signada por un proceso de cambio radical en relación con la realidad que se había vivido antes de esta fecha. La Revolución triunfante trajo consigo un movimiento de transformación de la sociedad cubana con un nuevo proyecto de vida, que fue desplegándose gradualmente, y que alcanzó a todas las manifestaciones de nuestra vida social.

Bajo la premisa anterior, es lógico derivar que el sistema jurídico cubano no escapó a los cambios estructurales y funcionales que comenzaron a generarse desde los primeros momentos en que se instauró el gobierno revolucionario; y que dicho sistema de derecho estuvo en el centro de tal subversión, ya amparando ese movimiento de cambios, ya determinado por el proceso revolucionario. Igualmente, es perfectamente entendible asumir que la rama *iusadministrativa* haya sido una de las que más ha sentido en

³⁹ Véase, entre otros, lo escrito por: Jenks, Leland H., *op. cit.*, nota 38, pp. 60 y ss., 149 y ss. y 231 y ss.; Riverend, Julio le, *op. cit.*, nota 38, pp. 29 y ss., 63 y ss., 149 y ss., y 339 y ss.; Planos Viñals, Concepción, capítulo I: “La primera ocupación norteamericana: objetivos y resultados”, en varios autores, *Historia de Cuba*, t. III: *La neocolonia. Organización y crisis desde 1899 hasta 1940*, La Habana, Instituto de Historia de Cuba-Editora Política, 1998, pp. 11 y ss.; e Ibarra Cuesta, Jorge y Collazo Pérez, Gregorio E., capítulo IV: “La sociedad cubana en las tres primeras décadas del siglo XX”, varios autores, *Historia de Cuba*, t. III: *La neocolonia. Organización y crisis desde 1899 hasta 1940*, La Habana, Instituto de Historia de Cuba-Editora Política, 1998, pp. 143 y ss.

su interior —no sólo en lo formal, sino también en lo sustancial— la fuerza de las transformaciones de la Revolución cubana, a través de las distintas etapas por las que ha pasado, en su casi medio siglo de existencia, el proyecto revolucionario.

No pocas de las instituciones jurídicas administrativas se vieron afectadas y reflejaron sobre sí el cambio que supuso el triunfo de la Revolución cubana. Pero, es el *contrato administrativo*, probablemente, una de las instituciones sobre las que de modo más marcado insidió el viraje revolucionario, hasta el punto de verse alcanzado por éste en su existencia misma; descubriendo así una situación totalmente opuesta y distinta a la que enseñaba antes del advenimiento al poder de las nuevas fuerzas. En otras palabras, que de técnica jurídica administrativa con presencia cotidiana en el orden normativo *iusadministrativo* criollo y en el quehacer de la jurisprudencia patria, antes de 1959, pasó a ser, a partir de esa fecha, una realidad en liquidación que vería desaparecer su espacio existencial y vital, hasta convertirse en el recuerdo de una etapa superada y en la evocación de una “técnica jurídica capitalista” que ha sido vista, además, con desconfianza —infundada, creemos nosotros— por no avenirse con los rumbos socio-políticos —y las ideas que los soportaban— que adoptó el país bajo la guía del gobierno revolucionario.

No nos es posible en este marco, ni siquiera en apretada síntesis, detenernos adecuadamente en las particularidades que rodearon el proceso de declinación y crisis del *contrato administrativo* en nuestro país luego de enero de 1959 —tampoco es ese nuestro objetivo aquí—, pues, de por sí, es un aspecto complejo en el que se entrecruzan muchas cuestiones, de diversa naturaleza, a tener en cuenta;⁴⁰ y que, ciertamente, debería cobrar cuerpo propio individualizado en un trabajo de envergadura mayor, que en algún momento deberá acometerse en Cuba, como parte del proceso de esclarecimiento y entendimiento del camino recorrido por las instituciones jurídicas que han tenido o tienen presencia en que nuestro derecho administrativo —tema éste sobre el cual existe un gran vacío—. Por lo pronto, baste entonces ahora esbozar algunas ideas generales que marcan insoslayablemente puntos de referencia en la consideración de ese camino.

⁴⁰ En el entendimiento de este proceso podría ayudar la aplicación, en su esencia, de las ideas que expusimos en nuestro trabajo “Panorama histórico de las concesiones administrativas en Cuba”, *cit.*, nota 24, pp. 198 y ss.; aunque debemos hacer la salvedad de que tales planteamientos fueron desarrollados sobre la arista particularizada de la concesión administrativa, y en una perspectiva global de esa figura.

La primera etapa de vida de la Revolución cubana —que de ordinario se enmarca, aproximadamente, entre enero de 1959 y abril de 1961, y que se singulariza política y socialmente por su carácter popular, agrario y antiimperialista— es el espacio temporal donde ubicamos el punto de inicio del giro transformador que sufriría sobre sí la técnica contractual administrativa dentro de la realidad y el ordenamiento jurídico administrativo nacionales. Respectivamente, ese periodo resultó ser de transición —como también lo fue en todos los órdenes de la sociedad cubana—, hacia el replanteo, según las nuevas circunstancias que se iban revelando, del valor, uso y existencia, dentro del ordenamiento jurídico cubano, del *contrato administrativo* como institución jurídica.

Desde un enfoque global y monocromático, hay que decir que en ese momento inicial del gobierno revolucionario provisional, se mantuvo la vigencia del instituto contractual administrativo, como técnica formal que respondía al tráfico jurídico público. Vigencia que puede ser constatada, especialmente, tanto en el plano práctico (de la subsistencia objetiva de relaciones contractuales *iusadministrativas*), como en el terreno de la dimensión normativa relativa a esa institución.⁴¹ Sobre esta última dimensión, en ese primer momento histórico, hay que decir que el núcleo esencial de las regulaciones normativas vigentes al respecto provenían, o tenían su base directa, en disposiciones emitidas en el periodo anterior al triunfo revolucionario.⁴²

⁴¹ Baste aquí, sin mayores pretensiones, referir dos artículos de la Ley Fundamental de 1959. Según el artículo 191, inciso a), de esa norma superior: “Corresponde especialmente al Gobierno Municipal: a) Suministrar todos los servicios públicos locales; comprar, construir y operar empresas de servicios públicos, o prestar dichos servicios mediante concesión o contrato, con todas las garantías que establezca la Ley; y adquirir, por expropiación o por compra, para los propósitos indicados, las propiedades necesarias. También podrán operar empresas de carácter económico”. Por su lado, el artículo 215 del aludido cuerpo normativo superior —que merced a las reformas posteriores de esa carta magna pasaría a ser el artículo 213— establecía: “El Estado, sin perjuicio de los demás medios a su alcance, regulará el fomento de la riqueza nacional mediante la ejecución de obras públicas pagaderas en todo o en parte, por los directamente beneficiados. La ley determinará la forma y el procedimiento adecuado para que el Estado, la Provincia o el Municipio, por iniciativa propia o acogiendo la privada, promuevan la ejecución de tales obras, otorguen las concesiones pertinentes, autoricen la fijación, el repartimiento y la cobranza de impuestos para esos fines”.

⁴² Sea suficiente apreciar esta situación en relación con los artículos de la Ley Fundamental del 7 de febrero de 1959 mencionados en la nota anterior, que no fueron mas que una fiel reproducción en ese texto constitucional de los artículos 213, inciso a), y 264, respectivamente, de la Constitución Cubana de 1940. Véase, por ejemplo: D’Estéfa-

Ahora bien, esa lectura de subsistencia es válida desde la apreciación del marco general; pero, cuando constatamos las acciones particularizadas que se integran dentro de ese marco, y nos detenemos en la carga de matices que subyacen en las mismas, podemos vislumbrar que era otro el objetivo que se perfilaba en su interior y que pronto aflorarían definitivamente. En la adopción de la orientación que al respecto se iría revelando, determinaron tanto los objetivos políticos, económicos y sociales que el nuevo gobierno se proponía, como la situación política en general que, en lo interno y lo externo, rodeó el desempeño del mismo.

En ese periodo, en torno a la contratación administrativa se manifestaron varias situaciones que resultaban de lo dicho al final del párrafo anterior: la revisión y, en su caso, la nulidad y la extinción —con el consecuente paso del contrato a otro contratista o de la ejecución de su objeto a entidades públicas— de contratos administrativos concluidos en la etapa prerrevolucionaria que estaban viciados o los contratistas habían incurrido —desde ese tiempo— en enriquecimiento ilícito, en incumplimiento de las obligaciones contraídas o en responsabilidades políticas durante el régimen tiránico de Fulgencio Batista (1952-1958),⁴³ y la realización de determinadas acciones del gobierno provisional en busca de obtener directamente fuentes de recursos materiales —en momentos difíciles desde el punto de vista económico—, con los cuales enfrentar parte de la reconstrucción del país y de impulsar ciertas medidas en aras del mejoramiento de la calidad de vida de los cubanos, pues a través de ellas se atacó la paralización de algunas actividades de trascendencia pública, se intentó mejorar las condiciones de ejecución o realización de las mismas y se trató de buscar una gestión más consecuente, eficaz, eficiente y ajustada a los intereses y necesidades de la colectividad de entonces y que no favorecieran sólo a un sector minoritario privilegiado.⁴⁴

no Pisani, Miguel A., *Ley fundamental, de 7 de febrero de 1959, anotada y concordada con la Constitución de 1940, sus leyes complementarias y jurisprudencia fundamental*, 2a. ed., Montero, Jesús, (ed.), La Habana, 1960, pp. 71 y ss. y 84 y ss.

⁴³ Véanse, entre otros ejemplos y sin interés de agotarlos: la Ley 17 del 16 de enero de 1959; la Ley 78 del 13 de febrero de 1959; la Ley 112 del 27 de febrero de 1959; la Ley 151 del 17 de marzo de 1959; la Ley 437 del 7 de julio de 1959; la Ley 438 del 7 de julio de 1959, y la Ley 688 del 23 de diciembre de 1959.

⁴⁴ Véanse, entre otros ejemplos y sin interés de agotarlos: la Ley 17 del 16 de enero de 1959; la Ley 168 del 20 de marzo de 1959; la Ley 441 del 7 de julio de 1959; la Ley 605 del 16 de octubre de 1959, y la Ley 791 del 25 de abril de 1960.

Hay que destacar, como elemento medular en la proyección en relación con la contratación administrativa, que la Revolución de 1959 traía un proyecto de gobierno con objetivos políticos, económicos y sociales, diferentes a los que hasta ese momento se habían ensayado en Cuba por los gobiernos anteriores. Ese proyecto social no sólo pretendía cambios en la superestructura política del país, sino que, en una vocación más radical, se proponía una transformación sustancial de la vida cubana; transformación que necesariamente afectaba, además de lo político, a la base económica y social de la nación e impondría —como se verá posteriormente al cabo de un corto periodo— el replanteamiento de los principios sobre los cuales se venía asentando y fundamentando la actuación del Estado, la proyección del funcionamiento administrativo, y la utilización de las técnicas jurídicas de ordenación de las relaciones *iuspúblicas* conectadas con el desarrollo económico y social de la nación cubana de entonces. La proyección económica y social del gobierno provisional se perfilaba así, y se iría basando, en mecanismos de actuación con orientación menos individualista y más socializadora; y donde el Estado y las entidades públicas, tuvieran un papel más activo y directo en la realización de las actividades económicas. Esta concepción —que comenzó a implantarse mediante acciones cautelosas, evitando violentar su puesta en práctica, porque, por las condiciones históricas reales del momento, una acción de este tipo hubiera dado al traste con su materialización—, planteaba abrir un espacio preferencial, y cada vez más extendido y absorbente, a la estatización de las actividades económicas; y desplazar, así, a un papel cada vez menos vital, la actuación de los particulares y su intervención dentro del tráfico económico del sector público a través de la contratación pública.⁴⁵

Otra situación que se manifestaría en la primera etapa revolucionaria, que influiría en el futuro existencial de varios vínculos contractuales administrativos hasta ese tiempo vigentes, la podemos situar en las respuestas que dio el gobierno revolucionario a la posición de enfrentamiento abierto

45 En este sentido resulta ilustrativo el testimonio de Osmany Cienfuegos Gorriarán, nombrado Ministro de Obras Públicas del Gobierno Revolucionario a finales de 1959, cuando afirmaba: “Una de las tareas que yo llevo era ponerle fin a la política de dar muchas subcontratas de obras a particulares. La política sería comenzar a hacer obras por la administración. Había que defenestrar muchos de aquellos negocios, de aquellas licitaciones para particulares”. Este testimonio aparece recogido en “Gobierno revolucionario cubano. Otros pasos”, en Busch, Luis M. y Suárez, Reinaldo, *Gobierno revolucionario cubano. Primeros pasos*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2004, p. 325.

a la revolución que adoptaron algunos nacionales y, en especial, el gobierno de los Estados Unidos. Ello motivó, como respuesta a esas acciones opositoras, que el gobierno provisional adoptara un grupo de decisiones sobre la confiscación, nacionalización o expropiación, en su caso, de bienes y empresas cuyos titulares eran extranjeros o cubanos involucrados en actividades contrarias a la Revolución.⁴⁶ Esa medida política repercutió sobre la vigencia de ciertas relaciones administrativas de índole contractual, provocando su extinción.⁴⁷ Aprovechando la referencia precedente, es oportuno precisar que una constante durante la vida de la Revolución cubana ha sido la posición hostil del gobierno de Estados Unidos, y de grupos de poder de cubanos radicados en el exterior contrarios a ella, a los fines de destruir el proyecto social cubano que se puso en práctica desde enero de 1959; quizás, el ejemplo más ineludible de esa realidad ha sido el bloqueo económico impuesto a Cuba por los Estados Unidos desde inicios de la década de 1960, y que ha repercutido de manera acentuada y desfavorable, desde entonces, en el normal desarrollo de las relaciones económicas del Estado cubano en el plano internacional, con su lógico eco en el desenvolvimiento de la economía a lo interno del país. Tal cuestión debe llevarnos a considerar que la evolución política de la Revolución cubana, hasta hoy, no debe verse divorciada de la situación anterior, pues no pocas de las decisiones y acciones que se han adoptado en relación con los intereses públicos han llevado el sello de la necesidad de supervivencia política como ejercicio de poder y como realidad que se extiende ya por casi medio siglo de existencia.

⁴⁶ Véanse, entre otros ejemplos y sin interés de agotarlos: la Ley 664 del 23 de diciembre de 1959; la Ley 851 del 6 de julio de 1960, y la Ley 890 del 13 de octubre de 1960.

⁴⁷ Las medidas que, de una forma u otra, afectaron la vigencia de las relaciones contractuales de derecho administrativo con particulares, fueron, asimismo, una vía para eliminar el poder económico y la posibilidad de influencia política interna de los elementos que se oponían al proceso revolucionario cubano; y un medio para fortalecer y consolidar la posición, a lo interno, del gobierno provisional. El proceso de eliminación de manos privadas de ciertos objetos de naturaleza pública contratados con ellas vía el contrato administrativo, configuró un proceder en la que se puede apreciar el interés y la acción del gobierno cubano para disminuir cada vez más —hasta su eliminación— el poder del capital privado y de las fuerzas que lo representaban en nuestro país, y para evitar que pudiera existir o surgir un sector que tuviera o alcanzara alguna preeminencia económica que llegara adquirir, de alguna manera, una importancia política como para intentar disputar el poder político a las nuevas fuerzas que emergieron como conductoras del Estado cubano a partir de enero de 1959.

El año 1961 marca formalmente la orientación abierta de la Revolución cubana por el camino de la construcción del sistema socialista de la sociedad, contando con el respaldo político, económico e ideológico de la entonces comunidad de países socialistas (cuyo núcleo fundamental se ubicaba geográficamente en Europa Oriental) que lideraba la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Ello significaría, a su vez, que, en esa construcción, Cuba se adscribiría a un sistema social cuya base ideológica, filosófica y conceptual se sustentaba, esencialmente, sobre las concepciones marxistas-leninistas; y su referente real inmediato al respecto era el ejercicio práctico de ese tipo de sistema que se llevaba a cabo en el bloque de naciones socialistas europeorientales.

Para el Estado cubano, este camino hacia el socialismo implicaría también un cambio teórico y práctico en las concepciones jurídicas que fundamentaban toda la actuación estatal, en las finalidades que un Estado de nuevo tipo (léase Estado socialista) debía cumplir, y en las formas para alcanzar esas finalidades. Por supuesto que ello representó para la administración pública cubana la asunción de un nuevo enfoque jurídico integral de su actividad, de las necesidades que la administración pública socialista debe satisfacer, y de los medios jurídicos a utilizar para responder a esas necesidades. Demás está decir que esta situación no sólo hizo eco en las normas jurídicas administrativas, sino, especialmente, en la concepción y papel a desempeñar por muchas de las instituciones jurídicas administrativas. En un plano más general, ello conllevó el inicio de un cambio en la manera de concebir y de ser de nuestro derecho administrativo, pues comenzaron, rápidamente, a ser abandonadas las tradicionales ideas que, con su aplicación a la realidad cubana, habían imperado en nuestro ordenamiento jurídico administrativo en su desarrollo desde el siglo XIX y la primera mitad y algo más del XX, y que nos habían llegado o conectaban directamente con el pensamiento jurídico, básicamente, de Francia, España, Alemania (antes de la división a raíz de la Segunda Guerra Mundial), Italia y de algunos países de Latinoamérica (es decir, ideas forjadas, abonadas y propias de lo que a partir de entonces sería llamado entre nosotros, en tono de contraste, como “el derecho administrativo burgués” o “el derecho administrativo capitalista”); para abrazar de lleno, y aplicar en la práctica, la construcción conceptual sistémica que, sobre el derecho administrativo, se desarrolló bajo el sistema socialista de Europa del Este, y que hasta ese momento era ajena —como soporte teórico y experiencia real,

posibles puntos de contacto— a nuestro sistema jurídico, según se planteaba y se desarrollaba antes de la era socialista.

Así las cosas, el Estado cubano se orientaría, desde el punto de vista económico, hacia una mecánica funcional caracterizada por la propiedad socialista sobre los medios de producción, la centralización, la estatización, la dirección y planificación estatal de la economía, entre otros rasgos; es decir, donde el Estado —en abstracto— se convertía en el principal agente económico y con un elevado grado de intervención en la gestión económica, al asumirla como parte del contenido de sus funciones. Ese panorama alcanzó su mayor respaldo jurídico en la Constitución cubana de 1976, particularmente en sus artículos 14, 15, 16, 17 y 18.⁴⁸

48 Esos artículos regulaban:

Artículo 14: “En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre”.

Artículo 15: “La propiedad estatal socialista, que es la propiedad de todo el pueblo, se establece irreversiblemente sobre las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por los mismos; sobre el subsuelo, las minas, los recursos marítimos naturales y vivos dentro de la zona de su soberanía, los bosques, las aguas, las vías de comunicación; sobre los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos, instalaciones y bienes han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como sobre las granjas del pueblo, fábricas e instalaciones económicas, sociales, culturales y deportivas construidas, fomentadas o adquiridas por el Estado y las que en el futuro construya, fomenta o adquiera”.

Artículo 16: “El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional de acuerdo con el Plan Único de Desarrollo Económico Social, en cuya elaboración y ejecución participan activa y conscientemente los trabajadores de todas las ramas de la economía y de las demás esferas de la vida social.

El desarrollo de la economía sirve a los fines de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos, promover el desenvolvimiento de la personalidad humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país y de la capacidad nacional para cumplir los deberes internacionalista, de nuestro pueblo”.

Artículo 17: “Para la administración de la propiedad socialista de todo el pueblo, el Estado organiza empresas y otras entidades económicas.

La estructura, atribuciones y funciones de las empresas y entidades estatales de producción y servicio y el régimen de sus relaciones son regulados por la ley”.

Artículo 18: “El comercio exterior es función exclusiva del Estado. La ley determina las instituciones y autoridades estatales facultadas para crear empresas de comercio exterior y para normas y regular las operaciones de exportación e importación, así como las investidas de personalidad jurídica para concertar convenios comerciales”.

Esa concepción, en principio, planteaba la premisa de prescindir de la participación de privados como un elemento típico o a considerar dentro de la gestión económica desarrollada por el Estado en el perímetro del ejercicio de su función administrativa. Lo cual condujo a que las relaciones consensuadas entre la administración pública y los particulares perdieran virtualidad dentro del conjunto de vínculos jurídicos que se integraba en el espacio funcional donde se desarrollaba el tráfico económico del sector público (sector que vio ensanchado sus límites en buena medida), y que otrora estuvieron sometidos, esos vínculos, a ordenación jurídica a partir de formas características del derecho administrativo (entiéndase, específicamente, la *contratación administrativa*). Igualmente, ese telón de fondo objetivo determinaría, en nuestro país, la decadencia —al punto de su eliminación— de la utilidad —y utilización—, según los criterios de conveniencia que juegan en una valoración de ese tipo, de la técnica contractual *iusadministrativa*, para ordenar determinadas relaciones de contenido patrimonial y de carácter consensuado entre la administración pública y los particulares, vinculadas objetivamente con el ejercicio de la función administrativa de la primera.

En este sentido, y para la mejor comprensión de lo dicho, es oportuno recordar lo escrito por Héctor Garcini y Miguel Reyes a inicios de la década de 1960, en clara recepción de la teoría socialista europeoriente del derecho administrativo y en evidente expresión de las nuevas tendencias político-económicas que animaban el funcionamiento de la administración pública cubana:

...un Estado socialista constituye un todo homogéneo con la sociedad, conformada según las nuevas relaciones de producción y ambos, Estado y sociedad, poseen todos los medios de producción y los bienes materiales obtenidos se destinan en su totalidad a satisfacer el pleno de los intereses colectivos. No existe, pues, aspecto alguno de las múltiples necesidades que al ser humano afectan, que sea indiferente a la administración pública y a su cargo está la acción organizativa y dispositiva para que todas esas necesidades sean satisfechas. Al desaparecer el capital, la empresa privada se extingue y la atención por ella de un interés social se hace imposible.⁴⁹

⁴⁹ Garcini, Héctor y Reyes, Miguel, *Manual de derecho administrativo*, t. I: *Parte general*, La Habana, Escuela de Ciencias Jurídicas-Facultad de Humanidades-Universidad de La Habana, 1963, pp. 49 y 50.

Además, agregaban: “Por tanto, denominar «público» a un servicio de clase es un dislate jurídico y el clásico «Servicio Público» hay que sustituirla por el «Servicio Estatal»”.⁵⁰ También añadían:

Como categoría jurídica el “Servicio Estatal” es objeto de estudio del derecho administrativo. Su integración se desprende de las relaciones sociales que se forman en el proceso del ejercicio de la administración del Estado y como ésta se extiende a todos los ámbitos de la vida social en la forma más ampliada de la actividad del Estado, su expresión es, en gran parte, “Servicio Estatal”.⁵¹

Y continuaban:

De lo expuesto se desprende su primera nota conceptual: su gestión por parte de la administración del Estado, ya directamente, esto es, por los órganos a cargo de alguna de sus ramas o por un organismo estatal dotado de personalidad jurídica propia para la atención del servicio. Delimitan también el concepto finalidad: la satisfacción de un interés general y su régimen jurídico organizado por la técnica jurídico-administrativa para cumplir las exigencias de la prestación del servicio.⁵²

En definitiva, la reconsideración y el replanteo —tanto en su alcance objetivo, cuanto en su percepción conceptual, no sin estar determinadas por consideraciones de índole política e ideológica—, que, a partir de la década de 1960 y como consecuencia de la construcción del socialismo, se produjo en lo atinente al contenido y alcance de la función administrativa en Cuba, así como las formas jurídicas a partir de las cuales la administración pública cubana respondería al cumplimiento de sus fines, provocó el “escape” o la “huida” de la técnica contractual del derecho administrativo cubano. De esa manera, la contratación administrativa, como institución jurídica, dejaría de tener presencia y vida —más allá de la subsistencia de alguna regulación normativa en desuso originada en el periodo prosocialista— dentro del tráfico *iusadministrativo* nacional —situación ésta que se mantiene hasta los momentos actuales—; y perdería su espacio real y formal dentro del sistema científico del derecho administrativo criollo.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 50.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

Esto último quiere decir, que a lo largo de lo que restaba del siglo XX, la ciencia del derecho administrativo cubano excluyó por completo de su atención al *contrato administrativo*, completando así su destierro efectivo del conjunto de instituciones jurídicas que conformaban el ámbito objetivo de estudio de dicha ciencia.⁵³

Frente a los comentarios anteriores, pudieran surgir, quizás, dos preguntas: ¿hacia donde se produjo el “escape” o “huida” de la regulación jurídica de la actuación contractual de la administración pública cubana, que antes se realizaba bajo el manto formal del *contrato administrativo*? y ¿qué pasa hoy en Cuba —si es que algo ocurre al respecto— en relación con el contrato administrativo como categoría jurídica, más allá de su inaplicación objetiva y formal, dentro del derecho administrativo nacional? Mas, las respuestas a esas interrogantes configuran, de por sí, otra “historia” a la que habrá que referirse en otro momento, pues está cargada de matices y de una complejidad que es imposible resumir consecuentemente en el corto espacio que ya nos queda.

Baste decir, en relación con la primera pregunta —en lo que no toca a los vínculos jurídico contractuales entre las entidades administrativas y los particulares, pues estos se eliminaron de la práctica o quedaron bajo la técnica contractual privada fundamentalmente en aquellos casos en que no había conexión directa con el interés público— que, en el derecho socialista cubano, tomaría operatividad la interpretación —también nos llegaría por la vía del antiguo bloque socialista, sobre todo de la URSS y la República Democrática Alemana (RDA); dato este que hay que tener en cuenta en lo atinente al tema que nos mueve aquí, por la posición histórica que respecto a la contratación pública había imperado en el ordenamiento jurídico alemán desde antes de la división en las dos Alemanias— de que las relaciones económicas derivadas directamente del funcionamiento administrativo del Estado eran objeto del derecho económico, rama jurídica enten-

53 Véase Garcini, Héctor y Reyes, Miguel, *op. cit.*, nota 49; Garcini, Héctor, *Derecho administrativo. Segunda parte*, La Habana, Facultad de Derecho-Universidad de La Habana, 1978; Garcini Guerra, Héctor, *Derecho administrativo*, 2a. ed., La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1986; Rodríguez Pérez, Homero, *Manual de derecho administrativo*, La Habana, MINJUS-CETSS, 1989, t. único; Valdivia Anega, Marisabel *et al.*, *Separata de derecho administrativo*, La Habana, Facultad de Derecho-Universidad de La Habana, 1989, pp. 87 y ss., y Hevia Cosculluela, Manuel, “El derecho administrativo en la dirección de la economía”, *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, núm. 39, año XVIII, octubre-diciembre de 1989, pp. 5 y ss.

dida —no sin polémica— como distinta del derecho administrativo,⁵⁴ y que fue referida, entre otras definiciones, de la siguiente manera:

...el derecho económico regula las relaciones que se establecen entre las organizaciones socialistas y sus subdivisiones con ocasión de la dirección de la actividad económica y de la realización de la misma. Estas relaciones se denominan relaciones económicas, y las mismas surgen en el proceso de la reproducción socialista. No obstante, en el proceso de la reproducción socialista se establecen no sólo relaciones económicas, sino también relaciones laborales y relaciones dirigidas a la satisfacción de las necesidades materiales de los ciudadanos. El objeto del derecho económico está formado no por todas las relaciones vinculadas a la reproducción socialista, sino solamente por una parte de las mismas: las relaciones económicas.⁵⁵

De tal suerte, surge a la luz la categoría del *contrato económico* (propia del derecho económico) que, entre otras formas, ha sido referido como “acuerdo de carácter planificado entre organizaciones socialistas, orienta-

54 En Cuba se llegó a afirmar —véase Rodríguez Grillo, Luisa *et al*, *Apuntes de derecho económico*, La Habana, Facultad de Derecho-Universidad de La Habana-Ministerio de Educación Superior, 1984, p. 16— que: “El derecho administrativo regula las relaciones administrativas, es decir, a las relaciones de dirección y no a las patrimoniales”. Agregándose: “El derecho económico regula las relaciones económicas en las que los elementos organizativos y de planificación se combinan con los elementos patrimoniales. Además de las diferencias de carácter entre las relaciones reguladas por el derecho económico y el derecho administrativo, existe la diferencia entre los sujetos, ya que en las relaciones económicas participan fundamentalmente las organizaciones socialistas y sus unidades estructurales, mientras que los sujetos de las relaciones administrativas pueden ser ciudadanos individuales”.

55 Láptev, V. *et al*, *Derecho económico*, trad. de René Gómez Manzano, Moscú, Editorial de Ciencias Sociales-Editorial Progreso, 1988, p. 32.

En la literatura jurídica del antiguo campo socialista europeo, que se tradujo en español, puede verse, entre otros: Colectivo de autores de la Cátedra de Derecho Económico de la Academia de Ciencias de la RDA, “El derecho económico como rama del derecho socialista”, *Elementos de derecho económico*, Berlín, Editorial Estatal de la RDA, 1978, reproducido en la revista *Divulgación Jurídica*, La Habana, núm. 33, año 5, septiembre de 1987, pp. 30 y ss.; y Láptev, V., Capítulo VI “Derecho económico”, en Kudriávtssev, V. *et al*, *Introducción al derecho soviético*, trad. de Víctor Médnikov, Moscú, Instituto de Estado y Derecho de la Academia de Ciencias de la URSS-Progreso, 1988, pp. 184 y ss.

En la literatura jurídica cubana puede verse, entre otros: Rodríguez Grillo, Luisa *et al*, *op. cit.*, nota 54, pp. 4 y ss., y Colectivo de autores, *Derecho económico. Temas complementarios*, La Habana, Facultad de Derecho-Universidad de La Habana, 1989, pp. 5 y ss.

do a fijar sus derechos y deberes económicos”.⁵⁶ La principal recepción normativa, en Cuba, de esa categoría tuvo lugar a través del —hoy obsoleto, pero vigente— Decreto-Ley 15 de 1978, “Normas básicas para los contratos económicos”; donde su Sección Tercera se denomina “Del contrato de suministros”, la Sección Quinta “Del contrato de ejecución de obras” y la Sección Séptima “Del contrato de servicio”. Por lo pronto, y a partir de las circunstancias vividas por el país a partir de los años noventa, nos limitaremos a decir que, para nosotros, queda al descubierto la artificialidad del *contrato económico* —que parte desde su nombre mismo, pues, al menos cabe cuestionarse: qué contrato no es económico— y su disfuncionalidad como técnica jurídica para ordenar relaciones bilaterales voluntarias vinculadas directamente con la actividad administrativa y con el interés público.

En relación con la segunda interrogante esbozada líneas arriba, igualmente nos limitaremos a comentar que hoy en el ámbito académico cubano —aunque los esfuerzos al respecto sólo quedan en ese ámbito, sin trascendencia efectiva a otros, y sin un alcance numéricamente extendido— se está considerando y preconizando, por un sector, la posibilidad de una *vuelta al contrato administrativo*;⁵⁷ a partir de la realidad que nuestro

⁵⁶ Láptev, V., capítulo VI: “Derecho económico”, *cit.*, nota 55, p. 212. Esclarecía en su momento ese autor —reproducimos aquí sus palabras— que el contrato económico tenía importante incidencia en la organización de los vínculos económicos entre las empresas y agrupaciones. Se caracteriza por tres rasgos fundamentales: 1) sólo las organizaciones socialistas (estatales, cooperativas y sociales) pueden constituir sus partes; 2) persigue objetivos económicos, 3) tiene naturaleza planificada. Esta naturaleza del contrato económico consiste en que concreta las tareas del plan de las organizaciones que lo celebran y traza su programa de producción. La tarea del plan no determina todos los indicadores de la actividad económica, sino los fundamentales. Las propias empresas y agrupaciones fijan indicadores más detallados. Pero, cuando ellos afectan los intereses de los consumidores, se coordinan con éstos mediante contratos económicos. De tal modo, el contrato económico representa un acuerdo coordinado y un instrumento de planificación de la actividad económica.

⁵⁷ En este sentido pueden verse: Castanedo Abay, Armando, “Ideas acerca del contrato de gestión de servicio público”, en varios autores, *Estudios de derecho administrativo cubano*, La Habana, Félix Varela, 2002, pp. 184 y ss.; del mismo autor, “Volvamos sobre el contrato de gestión de servicio público”, en varios autores, *Temas de derecho administrativo*, La Habana, Félix Varela, 2004, t. II, pp. 330 y ss.; Lanza López, María Teresa, “La concesión administrativa de servicio público”, en varios autores, *Estudios de derecho administrativo cubano*, La Habana, Félix Varela, 2002, pp. 140 y ss., publicado también en varios autores, *Temas de derecho administrativo*, La Habana, Félix Varela, 2004, t. II, pp. 390 y ss., y los trabajos de nuestra autoría “El sistema concesional cuba-

país ha estado viviendo desde la última década del siglo XX, y que ha planteado ciertos cambios dentro del funcionamiento de la administración pública cubana y en los modos de dar respuesta al cumplimiento de sus fines, en relación con el periodo histórico anterior a esa fecha.

En resumidas cuentas, cuando miramos en retrospectiva el *via cruxis* seguido en Cuba por el *contrato administrativo* como institución jurídica, particularmente luego de enero de 1959, no podemos dejar de percatarnos que se nos refuerza en la mente una percepción ya observada por los más agudos científicos del derecho administrativo: que la técnica contractual *iusadministrativa* es un producto histórico, pues su existencia y desarrollo como instrumento de ordenación de relaciones jurídicas administrativas, están condicionados por las circunstancias históricas que determinan el ejercicio de la función administrativa por parte de la administración pública en un momento y en un espacio dados.

no”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, núm. 3, año 2, julio-diciembre de 2001, p. 155; “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, *Jurisprudencia argentina, Suplemento de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, núm. 1, 4 de abril de 2002, p. 30; y “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, en Carello, Luis Armando (dir.), *Derecho constitucional y administrativo* 3, Rosario, JURIS, 2002, p. 208.