

**LA “DIVISIO” PÚBLICO-PRIVADO:
UNA DICOTOMÍA CENTRAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

*Por Juan Carlos Cassagne**

**1. LAS FRONTERAS ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO: LA
“SUMMADIVISIO” COMO CATEGORÍA HISTÓRICA**

Las diferentes ramas del derecho nunca han tenido una demarcación precisa de sus límites, dado que éstos se mueven al compás de oscilaciones históricas, sociales e incluso, políticas. Repárese, sin más, en la categorización del derecho constitucional como derecho público a pesar de que su contenido comprende la regulación básica de derechos individuales de naturaleza privada, como el derecho de propiedad.

Por otra parte, la delimitación entre lo público y lo privado y la consecuente sistematización de instituciones y principios no siempre coinciden totalmente en los ordenamientos comparados. Esto obedece a que el derecho público –particularmente el derecho administrativo- constituye una categoría histórica¹, al igual que cualquier otra rama del derecho. La historicidad no es patrimonio exclusivo de determinados derechos, y más aun de los que se gestaron inicialmente como derechos especiales.

Desde una atalaya diferente, la mayoría de los juristas que se ocuparon de esta cuestión en el siglo pasado, probablemente influidos por el prejuicio positivista (KELSEN juzgaba inútil la distinción) no afrontaron la tarea de profundizar las razones y criterios que justifican la clásica “*divisio*”.

* Profesor Emérito de la UCA y Consulto de la UBA. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

¹ Como pensaba ASCARELLI con respecto al derecho mercantil.

Más extraño aún fue el hecho de que se diera por sobreentendida una “*divisio*” no basada en elementos que permitieran la determinación de los criterios fundamentales de la distinción, los cuales a la luz de cualquier observador atento y no superficial, resultaba imprescindible determinar para el encuadre de las disciplinas publicistas en los respectivos órdenes jurídicos comparados y en el derecho nacional.

En paralelo, la insuficiencia de las tres principales concepciones que pretendieron fundar la distinción (teoría de los sujetos, del interés público y de los actos de imperio), llevó a algunos autores, como GOLDSCHMIDT, a basar la “*divisio*” en un criterio que tenía como eje el reparto o distribución de los bienes, derechos o ventajas de la relación jurídica sosteniendo que la adscripción al derecho público se producía cuando el reparto se llevaba a cabo en forma autoritaria mientras que lo típico del derecho privado radicaba en la autonomía de los repartos o atribuciones.

De la simple observación de la realidad se desprende que el derecho civil abarca repartos que no son autónomos (las relaciones de familia, por caso) los cuales, cuando está en juego el orden público no son intereses o derechos libremente disponibles (ej. la obligación alimentaria).

A su vez, en el ámbito del derecho administrativo, pueden coexistir repartos autónomos y repartos autoritarios, aun en los contratos más típicos que celebra la Administración, qué hacen a su giro o tráfico normal. Por cierto que la autonomía del reparto ocupa un espacio preferente para los contratistas en los acuerdos bilaterales regidos en punto a su objeto por el derecho privado (vgr. la compra-venta).

Corresponde advertir que el derecho público y, particularmente, el derecho administrativo, constituyen categorías históricas que se nutren con elementos propios de cada país y sus circunstancias. Originada en el derecho mercantil, la idea de la categoría histórica no se proyectó a la “*divisio*”, y existe cierto desinterés teórico en la búsqueda de criterios definitorios por parte de la doctrina que suele darlos por sobreentendidos, cuando no niega la división, alegando que la globalización, junto a la

influencia del derecho anglo-sajón, han borrado prácticamente las diferencias entre derecho público y derecho privado².

Pero esa moda, como toda moda, será probablemente pasajera y habrá que ver si en el futuro desaparecen los códigos Civiles de los derechos europeos o se unifican sus instituciones con las categorías del derecho público.

Porque mientras los teóricos del positivismo kelnesiano consideraban inútil la distinción, el derecho público desarrolló un formidable sistema propio y autónomo, basado en la estructuración de grandes principios que fueron adquiriendo operatividad, interrelacionándose con el derecho privado a través de la analogía. Desde luego que no puede desconocerse la influencia que ha tenido el derecho civil en el derecho administrativo tanto en la génesis de sus instituciones (vgr. acto y contrato administrativo). Como en su desarrollo ulterior, habiéndose afirmado que creció bajo la sombra del derecho civil³.

Al respecto, puede advertirse que el contenido común del derecho público en el derecho comparado, tiene como eje la figura de la potestad pública (descrita por Santi ROMANO en Italia) como institución central del derecho administrativo, la cual por su carácter omnicomprensivo, desplaza –a nuestro juicio- a la exorbitancia como criterio que identifica al derecho público⁴.

Con todo, la potestad y las consecuentes prerrogativas, que resultan fundamentales para caracterizar categorías transcendentales como el acto administrativo, no agotan el contenido de la disciplina. Basta señalar la cantidad apreciable de meros actos administrativos o declaraciones que emite la administración, incluso desconociendo derechos adquiridos por el administrado, los

²Sobre los criterios de distinción ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Direito Administrativo e o novo Código Civil*, ed. Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 41 y ss.

³MARTÍN-RETORTILLOBAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 15 y ss, explica cómo se formaron las instituciones administrativas en torno a las categorías básicas del derecho civil.

⁴Véase: UBAUD-BERGERON, Marion, *Exorbitance et droit des contrats: quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle u contract administratif*, en la obra *L'identité du droit public (dir. Xavier BIOY)*, Presses de L'Univeristé, Toulouse, 2011, p. 229 y ss.

actos favorables o de fomento, así como las modernas técnicas de participación y consenso en el procedimiento administrativo para darnos cuenta que el universo del derecho administrativo es más complejo pues se integra con otros principios y técnicas que no implican el ejercicio de la potestad pública. Hay que recordar, por otra parte, que, como decía IHERING, no todo derecho es coactivo siendo la teoría de los actos favorables uno de los ejemplos más típicos del derecho administrativo.

Es verdad que la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los poderes públicos continúa siendo uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho, tras una conquista lograda en una batalla que difícilmente se revierta, especialmente en los derechos americanos y europeos.

No obstante, un derecho público basado exclusivamente en los principios garantísticos queda corto para cumplir, por sí mismo, con la finalidad de bien común que persigue el Estado, que tiene que procurar la satisfacción de las necesidades colectivas, con arreglo a los principios de subsidiariedad y de solidaridad, con el objeto de permitir el libre desarrollo de las personas⁵.

En este plano, la conceptualización, que brinda la doctrina alemana del derecho administrativo, como un derecho constitucional concretizado, representa una suerte de tautología generalizada por cuanto es algo tan obvio que no se puede negar. Lo cierto es que esta definición no permite distinguir el derecho administrativo de otras ramas e instituciones del derecho conectadas también con el derecho constitucional (vgr. el régimen de la propiedad en el derecho civil).

Al propio tiempo, los principios de eficacia y de eficiencia desempeñan un papel fundamental en el campo de la organización de la Administración Pública y al permear en los diferentes procedimientos tienden a mejorar las decisiones, hacerlas, además de razonables, más eficientes, con el objeto de lograr la mayor participación posible de los ciudadanos y los consensos sociales indispensables para una buena Administración.

⁵Cfr. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, p. 97 y ss., especialmente p. 225.

De ese modo, se abren infinitas posibilidades de regulación e incluso de auto-regulación, que provienen de entidades intermedias cuyas organizaciones actúan de un modo independiente, sin subordinarse al poder político de turno.

En ese escenario, cabe poner de resalto las funciones que cumplen las llamadas autoridades regulatorias independientes, las cuales muestran un desarrollo más abierto y flexible que amplía el ámbito del principio de separación de poderes, en el marco de una realidad en la que interactúan múltiples organismos públicos de control, a los que se les impone respetar los principios de imparcialidad e independencia que han pasado a ser principios supra-nacionales (caso “*Baena*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)

En sustitución del antiguo Poder de Policía sobre el servicio público aparece la regulación económica con el objetivo central de promover la competencia. Del Estado prestador se pasa al Estado regulador y garante, en el que cobra una dimensión activa el principio de subsidiariedad, cuando la iniciativa privada no alcanza a cubrir las necesidades colectivas, sobre todo en el campo de la asistencia y de la previsión social.

Como después de una guerra, las fronteras entre lo público y lo privado se corren. Ello se opera al compás de los nuevos requerimientos de la política económica-social que impulsa el Estado moderno y los principios de selección peculiares de la contratación pública se extienden a empresas privadas en sus contratos con los particulares para promover la competencia.

2. DILEMAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y LA CATEGORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El campo de la contratación pública ha sido fértil en la producción de un conjunto inagotable de dilemas como los que plantean la elección entre un régimen contractual estatista y autoritario frente a uno de equilibrio entre prerrogativas y garantías; si

tiene o no sentido hoy día la categoría del contrato administrativo, o bien, si se admiten o no los contratos de la Administración regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, o si, de cara a una revocación del contrato por razones de oportunidad cabe indemnizar o no el lucro cesante etc.

Si se reconoce la categoría jurídica del contrato administrativo (ya sea como género de los contratos que celebra la Administración o como la especie más significativa de éstos), en la que el acuerdo de voluntades con el contratista privado se caracteriza por(i) perseguir una finalidad de inmediata de interés público propia de la función administrativa o, si se prefiere, de su tráfico o giro normal; (ii) contener un régimen típico del derecho administrativo con prerrogativas de poder público y, (iii) un sistema de selección fundado en los principios de publicidad, igualdad y concurrencia, puede captarse fácilmente, cuál es el punto de mayor tensión que se genera en el ámbito de la contratación pública.

Porque aun suponiendo las mejores intenciones en quienes propician la huida del régimen de los contratos públicos, sobre todo en materia de selección de los contratistas (en base a discutibles principios de eficacia), no se puede ignorar que la prescindencia de los principios de publicidad, igualdad y concurrencia, alienta conductas anticompetitivas y corruptelas que impiden que el Estado o sus entidades públicas y/o privadas obtengan las ofertas más ventajosas que puede proporcionar el mercado.

Como consecuencia de seguir una tendencia opuesta a la existente en el derecho comunitario europeo, que extiende el principio de concurrencia para la selección de contratistas por parte de las sociedades anónimas estatales e inclusive a contratistas privados (los llamados sectores excluidos en el derecho comunitario europeo), el ordenamiento argentino prescribe lo contrario, conforme a la política legislativa adoptada para la mayoría de las sociedades estatales creadas en la última década⁶.

⁶Ampliar en nuestro libro *El acto administrativo*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 429 y ss.

Adicionalmente, los dilemas lógicos son mucho más peligrosos en la medida que intentan probar algo sobre la base de proposiciones contradictorias de modo que negándose una de ellas se afirme lo que sustenta el contradictor. La doctrina del contrato administrativo se halla plagada de esta clase de artificios lógicos y el verdadero diálogo suele estar ausente cuando no se convierte en diálogo consigo mismo.

Una forma de escapar al diálogo doctrinario consiste en afirmar que la polémica sobre el contrato administrativo traduce una mera disputa verbal. En rigor, -como dijo ORTEGA y Gasset- las disputas sobre palabras suelen ser, en la mayoría de las veces, discusiones sobre cosas.

Lo cierto es que muchos de los antiguos dilemas (vgr. la distinción entre actos de autoridad y de gestión) fueron diluyéndose con el paso del tiempo y la fuerza de una realidad que, en el derecho administrativo, como disciplina ciertamente dinámica, termina imponiéndose por el impulso de la doctrina y de la jurisprudencia y, en definitiva, por la razón práctica que anima a los interpretes del derecho.

3. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Desde la negación del contrato administrativo en algunos países de Europa Continental (Ej. Italia y Alemania) y en el mundo anglo-sajón, se pasó al reconocimiento de una tendencia publicista que admite contratos con prerrogativas de poder público⁷, aun cuando se continuó negando la configuración autónoma y diferenciada de la categoría del contrato administrativo. Interesa destacar, asimismo que, en Colombia, se ha abierto paso una concepción que atribuye la condición de contratos administrativos a todos los contratos estatales con fundamento en que, si bien están regidos por un régimen jurídico mixto (público-privado) se rigen

⁷ Lo hemos explicado en numerosos trabajos, véase por ejemplo: En torno a la categoría del contrato administrativo (una polémica actual) en el libro *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 37, texto y nota 79 y 47, texto y nota 5.

porregulaciones especiales –distintas a las prescriptas en los contratos entre particulares así como por el hecho de que, en cualquier caso, se encuentran sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa⁸.

En el estadio actual de la evolución de la teoría del contrato administrativo, el modelo español, basado en la concepción francesa, ha alcanzado cierto predominio en la mayoría de los países de Iberoamérica. En efecto, pese a las distintas terminologías que se utilizan, se mantiene la tendencia a reconocer un conjunto de principios y prerrogativas de derecho público en los ordenamientos que rigen la contratación estatal, lo que no es óbice a que vayan surgiendo nuevas orientaciones doctrinarias que propician la eliminación de la llamada presunción de legitimidad que caracteriza a los actos administrativos⁹ o, al menos, la atenuación de los poderes exorbitantes.

En lo que hay coincidencia es en la configuración de una zona común de la contratación pública, sobre todo en el derecho comunitario europeo y, particularmente, en el derecho español que, como antes se señaló, comprende también a determinadas contrataciones privadas (en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones¹⁰).

Ahora bien, otra de las tensiones que enfrenta la concepción francesa del contrato administrativo se origina en el proceso de globalización o mundialización que, al procurar la unificación de las instituciones jurídicas de los países, intenta suplantar a los derechos nacionales. Este fenómeno que, en algunos ámbitos, ha tenido una generalización parcial, como la operada en el derecho comunitario europeo, no ha llegado, sin embargo, a sustituir a los derechos nacionales de los países que integran la Unión. Sin embargo, podría conducir a un cambio de enfoque, particularmente en

⁸RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Temis, 15ª ed., Bogotá, 2007, ps. 408-413; un criterio similar propugna BREWER-CARIAS, Allan R., *Derecho Administrativo*, Tº 1, Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 282 y ss.

⁹DURÁN MARTÍNEZ, Augusto *La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso en Estudios de Derecho Público*, Vol. II, Mastergraf, Montevideo, 2008, p. 227 y ss.; RHEIN SCHIRATO, Vitor, *Repensando a pertinencia dos atributos dos atos administrativos*, en el libro *Os caminhos dos atos administrativos*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2011, ps. 125-130.

¹⁰ Art. 3 de la ley 48/98 de 30 de diciembre.

lo relativo a los principios de no discriminación y concurrencia. Estos principios tienen una jerarquía superior a la que posee la ley interna para los países que han celebrado tratados internacionales que contienen normas preceptivas o vinculantes.

Últimamente, se ha pretendido sostener la existencia de un derecho global en la contratación pública¹¹, dentro del cual se incluyen diferentes ordenamientos provenientes de tratados internacionales o de instituciones creadas por éstos, tales como los de: 1) la OMC; 2) la Comisión de la UN para el derecho mercantil internacional; 3) el Banco Mundial; y, 4) la OCDE, entre otros.

Sin embargo, cabe advertir que, ese derecho global tiene carácter fragmentario y que carece, por lo común, de fuerza vinculante y coexiste con el derecho emergente de los Tratados Bilaterales de Libre Comercio cuyas cláusulas vinculan a los respectivos países y, por si fuera poco, convive también con el derecho proveniente de los Acuerdos de Integración en los cuales, la fuerza del carácter vinculante es menor, salvo en materia de la responsabilidad internacional del Estado incumplidor.

Hay, pues, una gran diversidad de regímenes jurídicos que quedan fuera de las soberanías nacionales. Aunque sin haberse configurado aun, en el plano internacional, un derecho global vinculante en lo que concierne al régimen de la ejecución y extinción de los contratos, no puede negarse que la tendencia mundial hacia la globalización conduce a una suerte de “*ius commune*”, cuyos principios van plasmándose en los ordenamientos nacionales¹², en forma gradual, quizás sin la celeridad que demanda el comercio internacional.

¹¹MORENO MOLINA, Juan Antonio, *Derecho global de la Contratación Pública*, ed. Ubijos, México, 2011, p. 37 y ss.

¹²AGUILAR VALDEZ, Oscar R., *Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas*, publicado originalmente en RDA-2011-175-1 y reproducido en *Summa de Derecho Administrativo*, ed. Abeledo-Perrot, Vol. I, Buenos Aires, 2013, especialmente p. 113 y ss.

4. PECULIARIDADES QUE EXHIBE LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

4.1 *La desigualdad de las partes*

En los contratos que celebra la Administración, regidos fundamentalmente por principios y normas de derecho público, la concepción contractual se configura sobre la base de un acuerdo de voluntades cuyo régimen refleja la distinta posición de las partes en función de los intereses que persiguen. Mientras la finalidad que persigue la Administración es la realización del bien común, que radica en la causa relevante de interés público que lo justifica, el contratista persigue, en cambio, un interés individual, de naturaleza privada, aun cuando conectado con el interés público, de un modo mediato, a través del contrato que celebra.

Esa diversidad de fines se particulariza en las prerrogativas de poder público que, en el marco del principio del equilibrio contractual, exhibe, empero, una situación de desigualdad que el régimen de garantías a favor del contratista procura compensar, al menos en el campo de una buena Administración.

Es por otra parte evidente que las dificultades que existen para compensar los daños que irrogan al contratista las tendencias pro-Estado, que animan a determinados regímenes jurídicos, chocan muchas veces con los principios pro-homine, pro-libertate, y, consecuentemente, el de la interpretación más favorable al administrado, que conectados con el principio de la dignidad humana, integran el plexo garantístico de diversos tratados internacionales que fueron incorporados a la Constitución, tras la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.). Por estas razones, las tendencias actuales tienden a morigerar o atenuar los principios pro Estado (en sentido amplio) en el campo de la contratación pública.

La desigualdad que justifica la prerrogativa de poder público se halla siempre conectada a los fines concretos que la Administración deberá acreditar en cada

caso que pretenda ejercerla, no bastando su alegación. Tampoco implica una relación de subordinación sino de colaboración.

Al propio tiempo, si se repara en el papel que cumple la igualdad en la teoría de la justicia la desigualdad propia de la contratación administrativa aparece, esencialmente, como el producto de una relación de justicia conmutativa sin alterar el equilibrio de las prestaciones alcanzado en el acuerdo de voluntades en el que la igualdad se realiza de objeto a objeto, en proporción al valor de la cosa. Por lo tanto, como lo venimos sosteniendo desde nuestros primeros trabajos en la materia¹³ en el contrato administrativo conviven las tres especies clásicas de la justicia, al contener tanto derechos y obligaciones propios de la conmutación voluntaria como de la justicia distributiva, ordenadas ambas especies (conmutativa y distributiva) a la realización del bien común (justicia legal).

Lo expuesto no implica que el contratista no pueda reclamar ante la Administración por la violación del principio general de igualdad (como proyección de la igualdad ante la ley que predica el art. 16 C.N.) en las diferentes fases o etapas de la contratación pública.

Por lo demás, la desigualdad de las partes se refleja, asimismo, en el punto de partida del sinalagma contractual que es la declaración de voluntad ya que, al contrario de lo que acontece con el contratista privado (limitado solo por las reglas inherentes a la capacidad y al orden público), la Administración tiene limitada su libertad negocial en mayor medida pues ésta solo puede ejercerse dentro de los límites de la competencia (que siempre posee una naturaleza normativa u objetiva) y del ordenamiento positivo que acota la aptitud de contratación (vgr. la autorización presupuestaria que emite el Legislativo).

¹³ Véase nuestro libro *Cuestiones de Derecho Administrativo*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, Cap. VIII, *La igualdad en la contratación administrativa*, p. 93 y ss., y Revista E.D., Tº 100, p. 899.

4.2 Las prerrogativas de poder público y las garantías compensatorias

El rasgo característico del contrato administrativo, prevaleciente en el sistema jurídico argentino, como en el modelo franco-español y, en general, en Iberoamérica, radica en la presencia de prerrogativas públicas.

Estas prerrogativas pueden provenir tanto del ordenamiento general, en cuyo caso constituyen verdaderas potestades, como del pliego de bases y condiciones que, “a posteriori”, pasa a integrar el contrato, pero también pueden surgir del clausulado expreso del acuerdo de voluntades. Las prerrogativas no pueden ser implícitas –en cuanto violan la prohibición de arbitrariedad, ya que el contratista privado no las pudo prever al celebrar el contrato¹⁴. Si bien no vamos a efectuar aquí el análisis pormenorizado de toda la problemática que gira en torno a ellas, las más destacables en su efectividad práctica, son la “potestasvariandi” y la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Frente a estas potestades se ha generalizado la tendencia a garantizar la intangibilidad de la ecuación económica financiera del contrato mediante una adecuada compensación o indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, con el objeto de mantener el equilibrio contractual alterado o los perjuicios provocados por la ruptura anticipada del contrato administrativo por razones de interés público (que a nuestro juicio, al igual que la expropiación, requiere ley declarativa y previa indemnización para mantener incólume la garantía de la propiedad prescripta en el art. 17 de la C.N.).

En lo que concierne a la posibilidad de la autotutela ejecutiva (el llamado privilegio de decisión unilateral y ejecutiva) el sistema argentino se ha interpretado, con respecto al acto administrativo, que la ejecutoriedad no lleva consigo el uso de la coacción la cual, en principio y por su naturaleza, compete a los jueces (principio del art. 12 LNPA recogido también en el precepto que lleva

¹⁴JEANNERET de PÉREZ CORTES, María, *Acto Administrativo y Contrato Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral de la Facultad de Derecho, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 144 y ss.

el número homónimo en la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires). En otras palabras, en nuestro país la autotutela, la más de las veces, es de carácter declarativo y solo de un modo excepcional se admite la llamada autotutela ejecutiva, al contrario de lo que acontece en el ordenamiento español. De ese modo, el sistema argentino se aproxima al francés¹⁵.

5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REGIDOS PARCIALMENTE POR EL DERECHO PRIVADO

La existencia de contratos de la Administración parcialmente reglados por el derecho privado es, por lo general, propugnada por la doctrina nacional¹⁶ y extranjera¹⁷, aun por los sostenedores de la concepción unitaria en materia de actos y contratos administrativos¹⁸.

La discrepancia surge en punto al reconocimiento de este tipo de contratos como categoría jurídica diferenciada, ya sea que se los llame contratos mixtos o contratos privados de la Administración, donde la competencia y, en principio, la forma se hallan regidas por el derecho administrativo, y el objeto, por el derecho civil o comercial.

¹⁵Vid: CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 733 y ss.

¹⁶BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Tº II, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964-1966, p. 175; BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1952, y 2ª ed., 1980, ps. 240-241; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 414; DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, Tº II, 1ª ed., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, ps. 440 y ss; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº III-A, 2ª ed., act., 1978, ps. 85 y ss; señala al respecto Bielsa que la necesidad de distinguir los contratos civiles o comerciales, que celebra la Administración, de los contratos administrativos, es tan evidente e incuestionable que toda discusión sobre ello es obvia y que “La circunstancia de que el régimen interno (financiero, contable, etc.) sea uno para todos los contratos, administrativos o no, tiene su explicación en el principio de que todos los bienes del Estado están sujetos a un sistema patrimonial uniforme y responsable” (BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, cit., T II, p. 175, nota 24).

¹⁷LAUBADÈRE, André de, *Traité de droit administratif*, Tº I, 9ª ed., act., por Jean-Claude Venezia e Ives Gaudemet, LGDJ, París, 1984, p. 29 y ss; BENOIT, Francis P., *Le droit administratif français*, Salloz, París, 1968 y su traducción: *El derecho administrativo francés*, Instituto de Estudios Administrativos, p. 595 y ss; SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, 10ª ed., Jovene, Nápoles, 1979; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº II, 4ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 37 y ss.

¹⁸GORDILLO, Agustín A., *Empresas del Estado*, Macchi, Buenos Aires, 1966, ps. 84-86.

En general, en nuestro país, la Administración Pública solía acudir a esta clase de contrataciones cuando realizaba una actividad industrial o comercial, tal como sucedía con las denominadas empresas del Estado en cuya legislación se establecía que la respectiva actividad se hallaba sometida al derecho privado en todo lo relativo a sus actividades específicas¹⁹.

Así, cuando estas empresas actuaban en el mercado utilizando las técnicas de la contratación privada, se aplicaba el derecho civil o comercial para reglar al menos el objeto del acto, toda vez que la competencia resultaba siempre encuadrada en el derecho administrativo. En tal caso, la aplicación del derecho privado se realizaba en forma directa o bien subsidiaria, y no por analogía, como en el caso de un contrato administrativo en sentido estricto.

La característica distintiva de este tipo de contrato es la ausencia de un régimen jurídico exorbitante de derecho común, no procediendo la ejecutoriedad, la aplicación y la ejecución de multas en sede administrativa así como la sustitución directa del contratista, entre otros supuestos.

Pero ¿qué acontece si en un contrato parcialmente reglado por el derecho privado se introduce una cláusula exorbitante por voluntad de las partes contratantes (aunque en definitiva se trate de la adhesión del particular a ella)? En tal caso es evidente que habrá una injerencia parcial del derecho administrativo, pero su inserción no convierte de por sí a todo el contrato en administrativo²⁰.

Su régimen es, pues, de una naturaleza muy peculiar y la competencia para entender en las causas relativas a este tipo de contratos mixtos –en los que prevalece el derecho privado- es la civil y comercial, y no la contencioso-administrativa²¹. Esta particular naturaleza justifica el interés jurídico de la distinción que supera aun a los

¹⁹ Art. 1º, Ley 13.653, t.o. por dec. 4053/55, modificado por la ley 15.023. Ver también sobre esta cuestión: ESCOLA, Héctor J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 252 y ss., concluye aceptando los contratos privados de la Administración.

²⁰ ENTRENA CUESTA, Rafael, *Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración*, Revista de Administración Pública, N° 42, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 64, cita en su apoyo las opiniones de García de Enterría, Pequignot, García TrevijanoFos y Laubadère (nota 72)

²¹ Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit. Tº III-A, p. 124 y ss.

argumentos que le atribuyen vinculación con la arcaica doctrina de la doble personalidad del Estado, ya que la circunstancia de que una persona jurídica pública estatal tenga capacidad para celebrar tanto contratos administrativos como contratos parcialmente reglados pro el derecho privado, no provoca un desdoblamiento en la personalidad del ente (que siempre tendrá carácter público), al igual que lo que sucede en relación con las personas jurídicas privadas, que pueden realizar tanto contratos civiles y comerciales como administrativos, sin que ello implique fraccionar su personalidad.

Por otro lado, la concepción unitaria de los contratos que celebran las personas públicas estatales (que les atribuye condición pública por el sujeto), además de contrariar la realidad (como lo comprueba el hecho de que cualquier persona jurídica privada posee aptitud para celebrar contratos de derecho público), no tiene cabida en el ordenamiento nacional que rige las contrataciones²².

La jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha recogido la distinción apuntada al atribuir, en forma reiterada, carácter civil²³ a determinados contratos celebrados por la Administración Pública, como el de compraventa y el de arrendamiento de tierras fiscales.

6. LOS CONTRATOS SOBRE ACTOS Y POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Una figura contractual regida por el derecho público a la que la doctrina española viene prestándole últimamente una especial atención²⁴ es la de los llamados “*contratos públicos*” del derecho alemán²⁵. El objeto de estos contratos, es sustancialmente, la regulación, por vía bilateral, de actos y potestades administrativas que, aun cuando podrían serle impuestas unilateralmente al particular por la Administración, se considera conveniente para ambas partes, muchas veces por

²²CASSAGNE, Juan Carlos, *Reflexiones sobre los contratos de las empresas públicas*, EDA, 2007-548.

²³Vgr. Horteloup, Andrés c. Provincia de Santa Cruz, Fallos 259:343 (1964).

²⁴HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998, p. 23 y ss.

²⁵KREBS, Walter, *Contratos y convenios entre la Administración y los particulares*, trad. Por Julio Nieto König, *Documentación Administrativa*, nos. 235-236, Madrid, 1993, p. 55 y ss.

economía procedimental o eficiencia administrativa y privada, establecerlas en un marco contractual. Este tipo de contrato puede determinar no sólo el alcance del ejercicio de las prerrogativas estatales (sobre todo cuando éste opera en la zona de la discrecionalidad), sino también, aunque no sea imprescindible la presencia de la relación sinalagmática del contenido del acto administrativo, con las prestaciones del contrato²⁶, una serie de cargas y obligaciones para el contratista (vgr. construcción de un puente en un proyecto de urbanización) – que de otro modo estarían a cargo del Estado- como el otorgamiento de ventajas fiscales o promocionales.

En la Argentina, un antecedente acerca de esta clase de contratos, aun cuando no fueron objeto de sistematización ni de tratamiento doctrinario o jurisprudencial como una figura distinta al contrato administrativo clásico, se encuentra en los contratos de promoción industrial de la ley 20.560.

La problemática que plantea la celebración de esta clase de contratos se vincula fundamentalmente con la protección de los terceros interesados en obtener un contrato similar (principio de igualdad) y en la participación de los ciudadanos eventualmente afectados. Pero, en todo caso, producida que fuera su incorporación al plano jurídico real de nuestro derecho, resulta evidente que –como se ha sostenido– *“la celebración de un convenio no permite a la Administración liberarse de ninguno de los límites a que está sometida cuando actúa unilateralmente”*, aplicándoseles, en forma supletoria, los principios que regulan los contratos administrativos²⁷.

7. CONSECUENCIAS DE LA CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La adopción de las dos categorías de contratos de la Administración que venimos postulando –enrolados en la posición que afirma una concepción finalista²⁸ acerca

²⁶HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos...*, cit., p. 252 y ss.

²⁷HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos...*, cit., ps. 437-438.

²⁸ En España, la denominada sustantividad del contrato administrativo y la admisión correlativa del contrato de la administración regido por el derecho privado viene siendo sostenida por distintos autores: VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1969; MONEDERO GIL, Oscar, *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977; ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, *Contrato del Estado y CommonLaw*, en el estudio prólogo hecho al libro de Monedero Gil antes citado, y SOLAS RAFECAS,

del contrato administrativo- genera una serie de consecuencias en punto a las obligaciones que nacen del acuerdo de voluntades que difieren del régimen establecido en la ley civil, donde las prestaciones son, en principio, equivalentes y deben interpretarse con arreglo a criterios comunes y uniformes para ambas partes. En cambio, en el contrato administrativo, al incorporarse la causa fin o finalidad al contrato se introduce el interés público relevante e inmediato como elemento esencial durante las diferentes etapas de la ejecución contractual²⁹, proyectándose al campo interpretativo y especialmente al plano de la igualdad de los contratistas que resulta una nota típica (la desigualdad proveniente de la posición jurídica de la Administración)³⁰ de los contratos administrativos. De todo ello volveremos a ocuparnos más adelante al tratar lo concerniente a la ejecución contractual.

a) *La interpretación del contrato administrativo*

En materia de hermenéutica, sin descartar la aplicación analógica de las normas civiles y comerciales, una de las principales diferencias con los contratos de la Administración regidos por el derecho privado radica en la circunstancia de que el interés público relevante e inmediato, incorporado al contrato administrativo, juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación³¹. Para otro sector, en cambio, el interés público no permite configurar un criterio interpretativo autónomo y solo se lo tiene en cuenta al formalizar el contrato o al investigar “*la voluntad negocial*”³², no obstante lo cual se reconoce la configuración de una prerrogativa de interpretación unilateral del contrato³³.

José María de, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, p. 22 y ss, especialmente p. 41, nota 46 *in fine*.

²⁹ Ver SOLAS RAFECAS, José María de, *Contratos...*, cit., ps. 32-33.

³⁰ MARTÍN-RETORTILLOBAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, p. 108 y ss.

³¹ SOLAS RAFECAS, José María de, *Contratos...*, cit., ps. 37-38.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tº 1, 1ª Ed., (1974); 5ª ed. (1989); 7ª ed. (1995); 9ª ed., (1999); 10ª ed., (2000); Civitas, Madrid, p. 505 y ss.

³³ En este sentido, los autores mencionados en la nota precedente (op. y lugar cit.) expresan que “*no se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o suministro contratado sin interrupciones perjudiciales para el interés general*”.

En cualquier caso, es evidente que cuando la interpretación no afecta a la causa final o finalidad del contrato administrativo, sino al particular contratista (vgr. prestaciones pecuniarias a cargo de la Administración), el interés público no juega como criterio interpretativo, debiendo acudirse a las normas de la legislación civil o comercial³⁴.

En ese sentido parece orientarse la jurisprudencia del Alto Tribunal, al establecer la aplicación del principio según el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, a los contratos administrativos³⁵; así como el principio de buena fe informa y fundamenta todo el ordenamiento jurídico, tanto público como privado³⁶.

b) *Un supuesto especial: la procedencia de la **exceptio non adimpleticontractus** y la rescisión o resolución del contrato administrativo ante el incumplimiento de la Administración*

Como se verá más adelante, el funcionamiento de la *exceptio non adimpleticontractus* en determinados contratos administrativos —como la concesión o licencia de servicio público— difiere del establecido para los contratos regidos por el derecho civil o comercial habida cuenta de que la finalidad pública o causa fin que preside el acuerdo de voluntades viene a colocar, en un primer plano, el cumplimiento de la finalidad pública inmediata cuando esta finalidad se encuentra directamente vinculada a la prestación de un servicio público.

Se ha sostenido que esta peculiaridad, típica de la concesión o licencia de

³⁴ Conf.SOLAS RAFECAS, José María de, *Contratos...*, cit., ps. 39-40.

³⁵ Del dictamen del procurador General de la Nación que la Corte hace suyo *in re*: “Sebastián Maronese e Hijos SA c. Instituto Provincial de la Vivienda”, S.3.XXXVII, sent. del 16/11/2004.

³⁶ Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo *in re*: “Aguas Argentinas SA c. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/proceso de conocimiento”, A. 1561.XL y A.1339.XL., sent. del 17/4/2007.

servicios públicos, limita las facultades del contratista para ejercer la *exceptio non adimpleticontractus*³⁷ y, consecuentemente, para suspender la ejecución del contrato administrativo, a los supuestos en que exista una razonable imposibilidad de cumplirlo en las condiciones convenidas.

Desde luego que un atraso en los pagos a cargo de la Administración de cierta magnitud habilita al concesionario o licenciatario para suspender la ejecución y pedir la rescisión o resolución del contrato en sede judicial, en tanto el hecho de la Administración (v.gr., mora en los pagos) provoque una razonable imposibilidad de continuar la ejecución contractual³⁸ o una mayor onerosidad de significativa importancia. La procedencia de la citada *exceptio* constituye la regla general y se sustenta en un principio de justicia³⁹, pero, sobre todo, en el principio general de la buena fe que exige, como se ha dicho⁴⁰, no sólo que los contratos deben celebrarse con arreglo a dicho principio y para ser cumplidos, sino que también han de interpretarse y ejecutarse de buena fe, conforme a lo que las partes entendieron o pudieron entender actuando con cuidado y previsión (art. 1198, CCiv.).

c) *El poder modificadorio de la Administración en los contratos administrativos*

Otra de las diferencias fundamentales estriba en la potestad que el ordenamiento puede atribuir, de un modo expreso, a la Administración para introducir modificaciones, en forma unilateral, a lo pactado en los contratos administrativos, poder que puede razonablemente ejercer dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial (v.gr., obras públicas) y a condición

³⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 376 y ss.

³⁸ Ésta es la doctrina que fluye del caso “Cinplast IAPSA v. ENTel. s/ordinario”, Fallos 316:212 (1993); en ese fallo, el Alto Tribunal adoptó la tesis sustantiva para considerar que un contrato de suministro celebrado con la ex ENTel. revestía carácter administrativo en virtud de su objeto que consistía “en la prestación de un servicio destinado a cumplir el fin público de las telecomunicaciones”. En rigor, no se trataba en el caso de un servicio, sino de un suministro y el atraso en los pagos fue de bastante magnitud, pero esto no cambia el razonamiento jurídico que consideramos correcto, no obstante la injusticia de la sentencia en lo que concierne a los hechos de la causa y su interpretación.

³⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 377, nro. 730.

⁴⁰ MERTEHIKIAN, Eduardo, “La excepción de incumplimiento contractual y su aplicación al contrato de obra pública”, LL 1994-D, 311.

de que no se altere el fin del contrato⁴¹ ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato⁴².

Ahora bien, el *iusvariandi* puede relacionarse con dos principios fundamentales del contrato administrativo⁴³: a) el de la *lexcontractus* articulado en el art. 1197, CCiv., aplicable al derecho administrativo⁴⁴ con las peculiaridades de esta disciplina⁴⁵, y b) el principio de la inalterabilidad del contrato que tiende a preservar la igualdad de los terceros de cara a los beneficios públicos.

En el primer supuesto, el *pacta sunt servanda* impide que el poder modificatorio altere la ecuación económico-financiera del contrato administrativo mientras que, en el segundo, el *iusvariandi* no se ejerce como una excepción al principio de inalterabilidad del contrato, sino que juega como un supuesto de articulación entre la finalidad y el contenido de las obligaciones concretamente asumidas por ambas partes⁴⁶.

En ese sentido, la Corte tiene dicho reiteradamente que, por una parte, los contratos administrativos constituyen una ley para las partes⁴⁷; en ellos el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado y la modificación unilateral llevada a cabo por la Administración con independencia del contratista no puede

⁴¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, ps. 399-403. Algunos autores como Benoit en Francia y Durán Martínez en Uruguay han negado la configuración, en principio y como regla general, de la *potestasvariandi*; véase DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Ejecución de los contratos administrativos", en *Contratación administrativa*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1968, p. 64. El principio de la mutabilidad unilateral del contrato administrativo también ha sido sostenido en la doctrina brasileña: BANDEIRA DE MELLO, Celso A., *Curso de direito administrativo*, 24ª ed., Malheiros Editores, San Pablo, 2007, p. 611 y ss., y OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *Contratos administrativos*, Saraiva, San Pablo, 1981, ps. 50-51.

⁴² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 248 y ss.

⁴³ Distinción que, según Solas Rafecas, no siempre ha sido puesta de manifiesto con nitidez (SOLAS RAFECAS, José María de, *Contratos...*, cit., p. 41).

⁴⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, ps. 334, 451-452.

⁴⁵ Véase sobre el punto BREWER CARÍAS, Allan R., *Contratos administrativos*, cit., ps. 160-161.

⁴⁶ SOLAS RAFECAS, José María de, *Contratos...*, cit., ps. 40-43.

⁴⁷ Fallos 313:376 (1990); Fallos 315:1760 (1992).

ser justificada a la luz de lo dispuesto por el art. 1197, CCiv.⁴⁸.

Esta compatibilidad entre la potestad modificatoria (ya sea el caso de una modificación unilateral prevista, en forma expresa, en el ordenamiento o pactada entre las partes) y el principio de inalterabilidad es la que permite que la Administración introduzca modificaciones a los contratos ante el cambio de circunstancias para cumplir con la finalidad perseguida, lo cual será lícito y justo en cuanto las modificaciones fueran objetivamente necesarias, esto es, cualquiera hubiera sido el contratista seleccionado en condiciones normales y en la medida en que no se suprima el riesgo empresario⁴⁹.

Si se observa lo que ha acontecido en el plano de la realidad, éste ha sido el sentido con que se ha venido ejerciendo la *potestasvariandi* en aquellos contratos de cierta duración y trascendencia, como la concesión de servicios públicos, donde el particular mantiene un vínculo asociativo con la Administración, sin perjuicio de sus poderes de control y de los derechos contractuales del concesionario.

8. LOS CONTRATOS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS: EN PARTICULAR LOS QUE CELEBRAN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEL ESTADO

Aunque pueda parecer una herejía que el Estado dicte actos y celebre contratos de objeto civil o mercantil, la realidad que exhiben todos los países indica que no existió ni existe un régimen unitario de derecho público (administrativo en la especie) para regir la actuación “*ad extra*” del Estado, que se vale también del derecho privado para la realización del interés público. Todo dependerá de la estructura organizativa y de los fines que persiga la actuación estatal en cada caso.

⁴⁸ Fallos 312:84 (1989), citado *in re* “Pradera del Sol v. Municipalidad de General Pueyrredón”, sent. del 2/12/2004.

⁴⁹ Véase UGOLINI, Daniela B., “*El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos*”, ED 148-870.

La otra cara de esa realidad (desde luego que también cuestionable para los que parten de presupuestos absolutos) radica en la influencia que la estructura organizativa adoptada tiene, en punto, a la calificación de los actos y contratos que celebre la entidad.

Si la entidad es una persona pública estatal que, como tal, pertenece a la Administración Pública orgánicamente considerada, los actos y contratos que celebre, por más que su objeto se regule por el derecho privado, deberán respetar las reglas sobre competencia de la LNPA y regirse por ellas, así como la regla de la licitación pública en el procedimiento de contrataciones. Se trata, en definitiva, de actos o contratos mixtos, de objeto privado⁵⁰ (o privados de la Administración en la terminología antigua) que, como tales, admiten su impugnación en sede administrativa a través del llamado control de tutela (recurso de alzada).

Al respecto, COVIELLO acierta cuando señala, que ésta clase de contratos han sido poco estudiados por la doctrina⁵¹. La causa de ello es doble. Por una parte, aunque su reconocimiento por la doctrina clásica del derecho administrativo argentino fue explícito, con apoyo en la jurisprudencia de la corte Suprema⁵², se entendía que las construcciones elaboradas en torno a los actos y contratos del derecho privado constituían suficiente garantía para los particulares y que, al propio tiempo la renuncia a las prerrogativas de poder público o su inaplicabilidad no se reputaban disvaliosas ni violatorias del orden jurídico. La otra causa responde más a la ideología que a la justicia y viene a confundir el interés público con el derecho público, sin reparar en el grado de inmediatez o mediatez de su consecución, como si el bien común sólo lo pudiera encarnar o realizar el Estado. En tal sentido, se ha

⁵⁰Vid nuestro *Derecho Administrativo*, 8ª ed., t. II, ps. 133-138 y *El contrato administrativo*, 2ª ed., LexisNexisAbeledoPerrot, Buenos Aires 2005, ps. 38-40.

⁵¹ Entre nosotros, se ha reconocido la existencia de esta categoría contractual en la jurisprudencia de la Corte; véase: COVIELLO, Pedro J. J., “El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en AA.VV., *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 88, con cita de Fallos 306:1236 (“Deutsch”) de 1984 y 310:464 (“Zacarías”) de 1987 y sus respectivas citas.

⁵²MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 117 y ss., BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, El Ateneo, Buenos Aires, 1947, p. 244.

propugnado la posibilidad de que una sociedad anónima estatal pueda dictar actos o celebrar contratos administrativos⁵³.

Y, en una línea parecida, se encuentra la doctrina que admite el sometimiento al derecho privado de las relaciones jurídicas de las empresas públicas con terceros ajenos a la Administración “*en todo aquello que no afecte la relación sustancial de Derecho Público que siempre está presente*” en las mismas (lo que ocurre cuando se está en presencia de derechos públicos distributivos de los particulares y la finalidad pública de la empresa)⁵⁴.

Otro argumento que se esgrimido para justificar la aplicación, en general, del derecho administrativo a las empresas públicas radica en sostener que el apartamiento de las reglas más severas del derecho público, al evitar los controles de la Administración, favorece la corrupción. Pero este punto de vista, si bien en algunos casos, puede llegar a ser cierto, no es susceptible de generalización. Porque la corrupción, más que en los sistemas, se enraiza en las personas que llevan a cabo la gestión empresarial y en quienes las designan.

En definitiva, como lo prescriben los regímenes de la mayoría de las sociedades anónimas de propiedad estatal, ha prevalecido la tendencia de no aplicar a las mismas ni la ley de procedimientos administrativos ni la de obras públicas, como tampoco el reglamento de contrataciones de la Administración Pública Nacional. Sus contratos, pues, en todos sus elementos, se hallarán regidos por el derecho civil o mercantil, según sea el caso y conforme a las reglas y principios del derecho privado, como cualquier empresa comercial, excepto en sus relaciones con la Administración Pública y siempre que no se utilizaran prerrogativas de poder público que, como es obvio, estarán regidas por el derecho administrativo, aplicándose por analogía, en tal caso, las prescripciones de la LNPA⁵⁵.

⁵³ Así, LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 294 y ss; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, ed. Machi, Buenos Aires, 1979, p. I-24.

⁵⁴ BARRA, Rodolfo Carlos, “Las privatizaciones de la década del 90 y su influencia en el Derecho Administrativo Argentino” en *Documentación Administrativa*, nros. 269-270, INAP, Madrid 2004, p. 380.

⁵⁵ Cfr. MAIRAL, Héctor A., “*Las sociedades del Estado o los límites del Derecho Administrativo*”, LL 1981-A, 805.

El modelo mixto que rigió en épocas anteriores o prevalecientemente público en muchos aspectos del control judicial de los actos y contratos de las sociedades anónimas de propiedad estatal ha sido actualmente sustituido por un régimen de Derecho Privado que excluye de un “*modo claro y expreso los principios, reglas y normas del Derecho Administrativo*”... con excepción del régimen de control de la ley 24.156⁵⁶.

Con todo, no se puede prescindir, en esta materia, del criterio que sentó el Alto Tribunal, en el caso “La Buenos Aires Compañía de Seguros SA”, en el que sostuvo que del conjunto de disposiciones que rigen las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria se desprende un sistema complejo presidido por disposiciones de derecho privado en lo que hace al objeto específico de su actuación... pero influido por normas de derecho público, en especial procedimentales, derivadas de la estatalidad del ente y de su carácter instrumental y vicarial, en todo aquello que no interfiera con el destino industrial o comercial de la actividad⁵⁷.

No hay que olvidar tampoco, que se encuentra vigente el art. 4° del Decreto 1883/91 que prescribe “Los actos administrativos definitivos o asimilables que emanaban de un órgano superior de empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Nacional serán recurribles mediante el recurso de alzada previsto en el art. 94 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1759 de fecha 3 de abril de 1972. Este recurso no procederá contra los actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión”.

Y aunque la aplicación de la mencionada norma en el escenario actual sea discutible no se puede desconocer que ella podría tener cabida en el futuro si la interpretación jurisprudencial circunscribiera el alcance de las prescripciones especiales que vedan la aplicación de la LNPA a los contratos privados puros, quedando sometidas al derecho público, las contrataciones en que se utilizaran prerrogativas de derecho público.

⁵⁶BALBIN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 953.

⁵⁷ Fallos 311:750 (1988).

De todas maneras, no debe descartarse, en línea con lo que se sostiene en el derecho colombiano⁵⁸ y en el uruguayo⁵⁹ la aplicación en el campo contractual privado en que actúan las empresas públicas de principios rectores de la contratación estatal que tienden a erradicar la arbitrariedad y asegurar la publicidad y transparencia de sus actos aun cuando siempre habrá que estar, en principio, a la normativa que regula las contrataciones en el ámbito de cada empresa.

Cabe preguntarse, por último, cuál es la jurisdicción competente (en los supuestos en que hubiera una división en el orden federal entre la competencia contenciosa-administrativa y la civil y comercial) para entender en los conflictos relativos a la interpretación y ejecución de los contratos que celebran las sociedades anónimas de propiedad estatal. Si el criterio básico para fundar la competencia de los tribunales federales mencionados radica en el derecho aplicable, no pueden caber dudas en el sentido de que, la competencia para conocer en esa clase de litigios corresponde a la justicia en lo civil y comercial federal.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la materia de la contratación pública la tendencia prevaleciente, en una considerable porción del derecho comparado, continúa afiliada a la construcción administrativista, de base francesa y española, al considerar, como especie principal de la contratación de las Administraciones Públicas, la figura del contrato administrativo en razón de su objeto, caracterizado por un fin público relevante, su pertenencia al llamado giro o tráfico común de la Administración y un régimen jurídico dotado de prerrogativas de poder público que se integra también por las garantías que tienden a mantener el equilibrio contractual, el “*pacta sunt servanda*” y la buena fe.

⁵⁸SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 51.

⁵⁹CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, t. II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, ps. 405-411.

La categoría del contrato resulta común a los derechos privado y público⁶⁰, si bien la regulación positiva del primero es mucho más detallada y completa, gozando de mayor estabilidad al no estar sujeta a los continuos cambios de la política estatal en materia de contrataciones públicas.

En estas reflexiones surge otra conclusión que se impone en razón de la naturaleza de ciertos contratos. Así, resulta razonable que la compra-venta y el arrendamiento o locación de cosas ajenas al tráfico administrativo, se rijan por el derecho privado en punto a su objeto, careciendo, en tales casos, de sentido las prerrogativas de poder público que deben reservarse para los contratos en los que se halle interesado, en forma directa e inmediata, el interés público o bien común, excluyendo los que resultan meramente instrumentales a tales fines.

Por otra parte, las tensiones que soporta la teoría del contrato administrativo provienen de fuentes distintas. Una de ellas consiste en la regresión que implica la huida hacia el derecho privado de las llamadas empresas públicas a las que se las sustrae de los procedimientos de selección y consecuentes controles que deberían regir para toda la Administración, afectando los principios de publicidad, concurrencia e igualdad, y, al menos, la transparencia en el obrar de las empresas estatales.

La segunda tensión que enfrenta la contratación pública se traduce en los nuevos enfoques que pugnan por incorporarse a nuestra legislación y jurisprudencia a raíz del llamado derecho global de las contrataciones públicas⁶¹ (aunque en gran parte no sea vinculante) y de últimas, por la aplicación de los principios generales que contienen los tratados internacionales que se extienden a toda la actividad administrativa que tendrá que incorporar los nuevos paradigmas y sus principios operativos, aunque esta operatividad sea en algunos casos derivada, en el sentido de que precisa ser complementada por los poderes Legislativo y/o Ejecutivo de cada Estado Nacional.

⁶⁰MARTÍN-RETORTILLOBAQUER, Sebastián, *El derecho civil...*, cit. p. 54 y ss.

⁶¹Ver: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., op. cit., p. 97 y ss.

En el escenario descrito afloran también nuevas formas y tipos contractuales, como las asociaciones público-privadas, los fideicomisos públicos etc. planteando una problemática inter-disciplinaria en la que surge necesidad de abordar la armonización entre los distintos intereses en juego junto a la utilización racional y eficiente de los bienes públicos, el grado de intervención y financiación estatal y, sobre todo, la medida de los riesgos que asumirá en cada operación el contratista privado.

Y aunque nos parece que aún falta mucho tiempo para que la regulación de los regímenes internacionales que prescriben los procedimientos de contratación de las Administraciones Públicas sea vinculante y generalizada, la recepción por los ordenamientos nacionales de principios y reglas comunes implicará una tarea difícil y compleja. El dinamismo de la contratación pública no basta y resulta necesario encontrar soluciones compatibles con la seguridad jurídica que contribuyan a favorecer la radicación de las inversiones necesarias para el crecimiento económico social de nuestros países.

Tampoco debemos confiar solo en el derecho positivo y menos en la doctrina que encarna el positivismo que como decía IHERING “*es la huida del propio pensamiento, el dejarse abandonarse en la ley como una herramienta sin voluntad...*”⁶² pero si podemos pensar que cada avance cultural y supone afirmar la necesidad de que en nuestras sociedades y desgastadas repúblicas triunfen el derecho y la justicia sobre la corrupción y la pobreza.

En lograrlo estriba la misión fundamental del derecho público manteniendo siempre una interrelación armónica y de equilibrio con el derecho privado, relación

⁶²IHERING, Rudolf V., *¿Es el derecho una ciencia?*, traducido del alemán, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 56. Este libro que recoge sus últimas conferencias pronunciadas en Viena permaneció inédito durante la vida de Ihering, publicándose recién en 1998.

de analogía⁶³ y no de subsidiariedad, relación de complementación y no de subordinación.

⁶³ Vid VERGARA BLANCO, Alejandro, *El Derecho Administrativo como sistema Autónomo. El mito del Código Civil como Derecho Común*, Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2010, especialmente p. 29 y ss.