

Título: La contratación pública: hacia una armonización de las concepciones y principios

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: RDA 2017-111, 339

Cita: TR LALEY AR/DOC/3610/2017

(\*)

### I. Distintos sistemas en el derecho comparado

Un análisis elemental sobre el derecho comparado muestra distintos sistemas en los que, no obstante sus diferencias estructurales, aparecen una serie de simetrías producto más de la evolución de sus propias instituciones que de la adhesión a fórmulas provenientes del derecho comparado, aunque en algunas categorías específicas, el impacto de la globalización ha impreso sus huellas. Esto último ha ocurrido, singularmente, con figuras provenientes del derecho anglo-sajón que han sido adoptadas por los derechos europeos (por ej., los "public-private partnership" conocidos como PPPs) (1).

La principal diferencia estructural que exhiben los sistemas anglo-sajones comparados con los de Europa continental y en general Latinoamérica no estriba en las fuentes romanistas en las que se nutren ambos derechos sino en la clásica "divisio". Esto nos lleva a explicar dicha problemática antes de abordar las aproximaciones existentes entre ambos sistemas así como las diferentes concepciones que imperan en Europa continental.

Sin embargo, corresponde puntualizar que en los Estados Unidos los contratos que celebra el Estado contienen un conjunto de prerrogativas y peculiaridades que los diferencian de los contratos celebrados entre particulares regidos por el derecho común (2), lo que fue señalado tanto en la doctrina comparada (3) como en la Argentina (4).

### II. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la summa divisio como categoría histórica

La delimitación entre lo público y lo privado y la consecuente sistematización de instituciones y principios no siempre coinciden totalmente en los ordenamientos europeo y latinoamericano. Esto obedece a que el derecho público —particularmente el derecho administrativo— constituye una categoría histórica (5), 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.

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 (6).

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 (v.gr. 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 privado (7).

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 kelseniano 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 (v.gr. acto y contrato administrativo), como en su desarrollo ulterior, habiéndose afirmado que creció bajo la sombra del derecho civil (8).

Al respecto, puede advertirse que el contenido común del derecho público en el derecho comparado, tiene como eje la figura de la potestad pública (desarrollada por Santi Romano en Italia) como institución central del derecho administrativo, la cual por su carácter omnicompreensivo, desplaza —a nuestro juicio— a la exorbitancia como criterio que identifica al derecho público (9).

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 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, quien tiene que procurar la satisfacción de las necesidades colectivas, con arreglo a los principios de subsidiariedad y de solidaridad, para permitir el libre desarrollo de las personas (10).

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 (v.gr. 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.

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.

Ahora bien, tal como señalamos al comienzo la clásica "divisio", pese al origen romancista de muchas

instituciones anglo-sajonas, no ha prevalecido y si bien se reconoce un ámbito denominado actualmente "administrative law", éste no alcanza a configurar un derecho común de la Administración que se abastece de principios generales propios y de reglas distintas a las del "common law" que, para nuestro pensamiento jurídico, es equivalente al derecho público.

En cualquier caso, las regulaciones estatutarias sobre materias administrativas y los pliegos de condiciones de los contratos vienen mostrando una aproximación a las fórmulas y reglas que rigen en los contratos de los derechos europeos continentales y administrativos. La gran diferencia que advertimos radica en la fuerza jurídica de los principios generales del derecho administrativo pero en todos los sistemas hay normas y cláusulas que protegen los intereses públicos con prerrogativas equilibradas y razonables que respetan los derechos de propiedad de los particulares.

### III. Crisis y evolución de la contratación pública

La contratación pública, no ha podido sustraerse, a la influencia de las tendencias que impuso la globalización, la cual provocó la modernización de las instituciones para hacer compatibles las reglas y principios de cada derecho nacional con los que rigen en los ámbitos comunitarios, regionales e, incluso, mundiales.

La crisis provocó también la necesidad de utilizar como herramienta económica (11) la institución del contrato público en línea con el objetivo de tutelar la competencia tanto en las típicas contrataciones en que es parte la Administración Pública como en aquellas en que, por su envergadura, las empresas privadas ejercen una posición dominante en los mercados, imponiéndoles el requisito de la selección de contratistas con arreglo al principio de concurrencia.

Esa evolución ha sido lenta pero el hecho de asentarse en fuertes pilares jurídicos y adaptarse a la realidad que exhibía el tiempo histórico explica, de algún modo, su permanencia a pesar de los embates del proceso de mundialización y de los derechos supranacionales que, no obstante su limitación territorial, no dejan de ser globales en sus respectivos ámbitos (comunitario europeo e inter-americano). La paradoja es que muchas de las cosas que han sucedido fueron, en cierta manera, anticipadas hace un siglo.

En tal sentido, no hay que olvidar que hace relativamente poco tiempo se cumplieron cien años de la primera edición de los "Principios de Derecho Público" de Maurice Hauriou (12) cuya vigencia actual suele pasar inadvertida, incluso en la doctrina francesa, que ha dedicado poco espacio a la proyección de la obra del creador del derecho administrativo contemporáneo (13).

Esa ocasión inspiró un excelente trabajo doctrinario de Jacqueline Morand-Deville (14), en el que la autora desmenuza con auténtica maestría el pensamiento del célebre Decano de Toulouse y revela la raíz del pensamiento de Hauriou mostrando su actual vitalidad para enfrentar la problemática que plantea el contrato administrativo relacionándolo con la teoría del Estado y de la institución.

En la actualidad, buena parte de las relaciones contractuales de cierta duración y, particularmente, los contratos de asociación pública privada se han institucionalizado. A su vez, en el sistema de las fuentes del derecho (a la prédica del positivismo jurídico de raíz kelseniana) se han producido radicales transformaciones y aparecen múltiples y complejas relaciones entre los particulares y el Estado que limitan el ejercicio de las prerrogativas estatales, que, como es sabido, se ejercen en forma unilateral. Si el intercambio de prestaciones no es contemporáneo sino permanente y de cierta duración es evidente que más que ante un contrato conmutativo, en su esencia, estamos frente a una relación institucional regida más por los principios generales y la equidad, que por los intereses de corto plazo del poder de turno, aunque las potestades públicas se ejerzan para mantener el equilibrio de las prestaciones durante la vida del contrato. Esta clase de contratos públicos se transforman así en verdaderas instituciones de base asociativa y el principal desafío que enfrentan los juristas y los jueces estriba en descubrir los principios que las nutren, las nuevas soluciones que demanda el fenómeno a luz de las necesidades socio-económicas y cuál es el mejor sistema para la resolución de los conflictos.

¿Quién podría pensar décadas atrás que en la concesión de servicios públicos tuviera cabida la idea de una tarifa social? Actualmente, los sistemas y la interpretación se orientan a la búsqueda de la mayor estabilidad jurídica con el objetivo de atraer inversiones en infraestructura y servicios que mejoren las condiciones económico-sociales de cada comunidad (bien común) y en esa línea cabe situar a la figura de los llamados contratos-ley o de estabilidad jurídica que instituyó el ordenamiento constitucional peruano (15). Esta clase de contratos procuran que la convergencia voluntaria de los particulares con la Administración "descanse en principios de certeza, confianza, autorización, previsión y legalidad (16)".

Esta estabilidad jurídica que precisan los contratos públicos para sustraerse de la influencia de los cambios políticos ( y evitar así el aumento del riesgo contractual) conduce a corregir el uso y abuso de la potestad

modificatoria (17) así como de los poderes de extinción por razones de ilegalidad (18) o de oportunidad, sin efectuar el pago efectivo de los daños que los actos de la Administración provocan en el patrimonio del contratista privado, circunstancia que en Latinoamérica destiñe cuando no aniquila la figura contractual y hace que la misma no ofrezca garantías suficientes para las inversiones que necesita el desarrollo económico de la región.

#### IV. Los dilemas clásicos de la contratación pública

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 (i) por perseguir una finalidad de inmediata de interés público propia de la función administrativa o, si se prefiere, de su tráfico o giro normal; (ii) por contener un régimen típico del derecho administrativo con potestades y prerrogativas de poder público y, (iii) por un sistema de selección fundado en los principios de publicidad, igualdad y concurrencia, puede captarse fácilmente, al menos en nuestro país, cuál es el punto de mayor tensión que se genera en el ámbito de la contratación pública.

Porque aun suponiendo que les asiste razón a 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.

No obstante, en una tendencia opuesta a la seguida por el derecho comparado, que extiende los principios de la selección pública a las sociedades anónimas estatales e inclusive a contratistas privados (los llamados sectores excluidos en el derecho comunitario europeo), algunos ordenamientos es como el argentino prescribe lo contrario, conforme a la política legislativa adoptada para la mayoría de las sociedades estatales creadas en la última década (19).

Esa regresión institucional no es buena ya que puede, en sí misma, estimular la corrupción y el favoritismo en la selección. También resulta contraria al principio de transparencia. Hay que pensar que, en el fondo, se trata de recursos que pertenecen a la comunidad y que aun cuando se considerara conveniente acudir a formas orgánicas privadas no resulta jurídicamente válido, desde el ángulo de los principios constitucionales, que se obvie la licitación pública o procedimientos similares, porque con ello se incurre en una doble transgresión del principio de publicidad que consagra, en forma preceptiva, el art. 3º, inc. 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuya trascendencia ha señalado la doctrina (20).

A su vez, 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 un régimen 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.

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 afirma 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.

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

Lo cierto es que muchos de los antiguos dilemas (v.gr. 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 intérpretes del derecho.

Así, 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 público (21), aun cuando se continuó negando la configuración autónoma y diferenciada de la categoría del contrato administrativo.

En el estadio actual de la evolución de la teoría del contrato administrativo, el modelo español, basado en la concepción francesa, ha alcanzado una gran difusión en la mayoría de los países de Iberoamérica. En efecto, pese a las distintas terminologías que se utilizan, existe una tendencia creciente a reconocer una serie de

principios y prerrogativas del 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 administrativos (22) o, al menos, la atenuación de las prerrogativas públicas, como lo venimos propiciando desde hace tiempo.

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 telecomunicaciones (23)—.

En definitiva, no se puede desconocer que, aun cuando se ha relativizado la distinción entre derecho público y derecho privado, la misma hace a la esencia del Estado de Derecho (24).

#### V. La influencia de la globalización

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, aunque podría conducir a un cambio de enfoque, particularmente, en lo relativo a los principios de no discriminación y concurrencia, que conforman un derecho superior al que emana de la ley interna para los países que han celebrado tratados internacionales que contienen normas preceptivas o vinculantes o principios de esa índole.

Últimamente, se ha pretendido sostener la existencia de un derecho global en la contratación pública (25), 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 coexistiendo 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 los ordenamientos 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 nacionales (26), en forma gradual, quizás sin la celeridad que demanda el comercio internacional.

#### VI. Conclusiones

En la materia de la contratación pública la tendencia prevaleciente, en una considerable parcela del derecho europeo y latinoamericano, continúa afiliada a la construcción administrativista, de base francesa y española, al considerar, como especie 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.

La categoría del contrato resulta común a los derechos privado y público, 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 consideraciones surge otra conclusión que se impone en razón de la naturaleza de ciertos contratos. En efecto, 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 en nuestro derecho 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 en algunos ordenamientos 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 la legislación y jurisprudencia a raíz del llamado derecho global de las contrataciones públicas (27) (aunque en gran parte no sea vinculante) y de últimas, por la aplicación de los principios generales que contienen los tratados internacionales que en Argentina han sido incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22, CN) 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. Otra tendencia que asume el derecho comunitario europeo provocada por la crisis se orienta a la centralización de de las compras y a su estandarización y si bien se consigue un ahorro de recursos financieros del Estado se ha objetado que ello es a expensas de los niveles de calidad de los bienes que se adquieren (28).

En el escenario descrito afloran también nuevas formas y tipos contractuales, como las asociaciones público-privadas, los fideicomisos públicos etc. planteando nuevos problemas como son, en general, la armonización entre el interés público con el privado 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 globalización de los regímenes 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, lo cual podrá superarse gracias al dinamismo propio de la contratación pública, en cuanto ello sea compatible con la seguridad jurídica interna e internacional y contribuya a favorecer la consecuente radicación de las inversiones tan necesarias para el crecimiento económico social de nuestros países.

Con todo, puede concluirse en el sentido de que la aproximación entre los derechos anglo-sajones y el sistema continental europeo (incluido los derechos latinoamericanos) se manifiesta en los procedimientos de selección (la licitación pública o similares) y en punto a reconocer una esfera de actuación de la Administración regida por el derecho privado (29) o por el "common law", en su caso. Hay pues una zona común de la contratación pública que no se limita a los procedimientos de selección y que, incluye, en todos los países, regulaciones tendientes a combatir la corrupción mediante mecanismos preventivos y represivos.

Al propio tiempo, en cuanto al régimen jurídico, la concepción sustantivadora del contrato guarda armonía con la doctrina que postula la unidad o la misma naturaleza entre el contrato privado y el administrativo asignando a este último una especial modulación (30) (que no es otra cosa que el conjunto de prerrogativas producto de potestades expresas). Las coincidencias entre dichas posturas está en que ambas rechazan la configuración de potestades o de cláusulas exorbitantes implícitas y ambas son también firmes defensoras de la posibilidad de celebrar contratos de la Administración regidos, en forma prevaleciente por el derecho civil o comercial (v.gr. el contrato de compra-venta de inmuebles), en los que el derecho administrativo interviene solo para regular la competencia, la autorización presupuestaria y el procedimiento de selección del contratista. Sin perjuicio de los excepcionales supuestos de aplicación directa, el derecho civil se aplica por analogía, en la mayoría de los casos, para suplir cualquier carencia normativa. Pretender que las lagunas jurídicas sean completadas con el poder interpretativo discrecional de los jueces implica un absurdo jurídico que abre paso a la arbitrariedad en un ámbito, como el de la contratación pública, que tanto precisa de la seguridad.

(A) Con este trabajo, cumplimos en adherirnos a este homenaje, merecido como pocos, que la Revista que dirigimos tributa en éste número al eximio jurista español Tomás Ramón Fernández, querido y entrañable amigo, a quien tanto la debe el derecho administrativo argentino.

(1) Vid De Álvaro Montero, Ángel y Borja Acha, Besga, Análisis diacrónico de las formas de colaboración entre los Estados y el Sector Privado y, en particular, la colaboración público-privada en el ámbito de Defensa, en la obra colectiva La colaboración público-privada: análisis avanzado de esta modalidad contractual, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2011, ps. 46-47, nota 35 (Alberto Palomar Olmeda, dir.).

(2) Sobre el punto puede verse: Ariño Ortiz, Gaspar, Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo, Cassagne, Juan Carlos (dir.), Derecho administrativo. Obra Colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 867-901, especialmente ps. 870-876; y del mismo autor, con particular referencia al proceso de publicación de los contratos del Estado en EE.UU. e Inglaterra, véanse las reflexiones expuestas en su Contratos del Estado y common law, prólogo a Monedero Gil, José I., Doctrina del contrato del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

(3) Resulta ineludible remitirse a Turpin, Colin C., Public Contracts, en Von Mehren, arthur (chief ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII Contracts in General, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen y Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Boston, Londres, 1982, cap. 4. P. 33, quien concluye

señalando, en punto a la individualización de la categoría *government contract*, que "probablemente sea más cercano a la verdad caracterizar al *government contract*, tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos, como una figura contractual híbrida: en su estructura teórica y principios fundamentales, es el contrato del derecho civil o privado, pero desde el ámbito público en el cual se desenvuelve, ha originado muchas características especiales y distintivas". En similar tesitura, ha señalado la doctrina francesa: "Aux États-Unis les contrats de l'État fédéral son soumis au droit commun, mais Il n'en présentent pas moins un incontestable particularisme (...). Le contentieux des contrats avec l'État fédéral est attribué à une juridiction particulière qui a progressivement développé un véritable droit des contrats administratifs dérogeant au droit commun», conf. Richer, Laurant, *Droit des contrats administratifs*, 2ª ed., LGDJ, París, 1999, p. 29. Sobre las diferencias en el derecho alemán, véase: Hartmut, Maurer, *Derecho Administrativo, Parte General*, Marcial Pons, 2011, ps. 378 y ss., anota las aproximaciones existentes, y la tendencia al aumento de la influencia del derecho público sobre los contratos de la Administración.

(4) Véase al respecto: Coviello, Pedro J.J., *El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, AA.VV., Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000*, ps 83/96, especialmente p. 96, y Bianchi, Alberto B., *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)*, ED 184-900 (primera parte) y ED, 185-714 (segunda parte), especialmente ps. 715-732.

(5) Como pensaba Ascarelli con respecto al derecho mercantil.

(6) Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 328.

(7) Sobre los criterios de distinción ver: Bacellar Filho, Romeu Felipe, *Direito Administrativo e o novo Código Civil*, Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 41 y ss.

(8) Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996, ps. 15 y ss., explica cómo se formaron las instituciones administrativas en torno a las categorías básicas del derecho civil.

(9) Véase: 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, ps. 229 y ss.

(10) Cfr. Rodríguez Arana, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, ps. 97 y ss., especialmente p. 225.

(11) Hernández González, Francisco L., "La problemática de la contratación pública de la crisis", en la obra colectiva dirigida por citado autor: *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Thomson Reuters. Aranzadi, Pamplona 2016, ps. 21 y ss.

(12) Hauriou, Maurice, *Principes de droit public*, Dalloz, París, 2009, que la obra aparecida en 1910, de la que hay una segunda edición en 1916.

(13) Rivero, Jean, Maurice Hauriou et le droit administratif, en *Pages de doctrine*, LDGJ, París, 1980, p. 29.

(14) Morand-Deville, Jacqueline, *Le commerce juridique. Consensualisme et convivialisme il y a cent ans* Maurice Hauriou, REDA nro. 95, Buenos Aires 2014, ps. 1167 y ss. (la traducción nos pertenece)

(15) Zegarra Valdivia, Diego, *El Contrato Ley*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997, p. 18 y ss.

(16) Danos Ordoñez, Jorge, en el Prólogo al libro de Zegarra Valdivia, *El contrato...*, cit., p. 8.

(17) Véase: Villar Rojas, Francisco José, "La resiliencia del contrato de gestión de servicio público frente a las normas europeas de contratación pública", en la obra colectiva, *El impacto...* cit. (dir. Francisco L. Hernández González, ps. 292 y ss., analiza la retracción de la potestad modificatoria por razones de interés público en España a raíz de la adaptación de la legislación interna al derecho comunitario.

(18) En efecto, no todo contrato ilegal conduce a la invalidez pues para declarar ésta última el vicio ha de ser trascendente: Cfr. Baca Oneto Víctor Sebastián *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, ed. Cameron May-Junta de Castilla y León, Londres, 2008, p. 674.

(19) Ampliar en nuestro libro *El acto administrativo*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 429 y ss.

(20) Gordillo, Agustín, *La contratación administrativa en la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (Ley 25.319) y en la Convención Interamericana contra la Corrupción*, publicado en JA-2000-IV-1268 y reproducido en *Summa de Derecho Administrativo* (Juan Carlos Cassagne director), t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 2115 y ss., especialmente, p. 2200.

(21) 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, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000*, p. 37, texto y nota 79 y 47, texto y nota 5.

(22) Durán Martínez, Augusto *La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y*

pernicioso en Estudios de Derecho Público, vol. II, Mastergraf, Montevideo, 2008, ps. 227 y ss.; Rhein Schirato, Vitor, Repensando a pertinencia dos atributos dos atos administrativos, en el libro Os caminos dos atos administrativos, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2011, ps. 125-130.

(23) Art. 3º de la ley 48/98 del 30 de diciembre.

(24) Cfr. Martínez López-Muñiz, José Luis, "Derecho Público y Derecho Privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho", en REDA nro. 105, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2016, especialmente, ps. 575-582.

(25) Véase: Moreno Molina, Juan Antonio, Derecho global de la Contratación Pública, Ubijos, México, 2011, ps. 37 y ss.

(26) Véase: Aguilar 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, Abeledo-Perrot, vol. I, Buenos Aires, 2013, especialmente ps. 113 y ss.

(27) Ver: Aguilar Valdez, Oscar R., op. cit., ps. 97 y ss.

(28) Pappano, Danilo, Las compras centralizadas de la Administración Pública entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis en la obra colectiva El impacto de las crisis..., cit. (dir. Hernández González, Francisco L.) ps. 397 y ss.

(29) En Argentina, en este aspecto, se observa un retroceso producto de la prevalencia de ideas estatistas, por ej. de la última década, habiéndose criticado el régimen del decreto 1023/2001, que prescribe fórmulas abusivas a favor del Estado no surgidas por los ordenamientos comparados modernos, véase especialmente: Mairal, Héctor A, El contrato administrativo a la luz de recientes normativas, en el libro El Contrato Administrativo en la actualidad (dir. Agustín Gordillo), La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 3 y ss. y nuestra coincidencia en el Curso de Derecho Administrativo, t. II, 11ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 389 y ss., especialmente p. 483 y nota 32.

(30) Véase: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, t. I, 13ª ed., Civitas, Madrid, 2006, ps. 691 y ss.