

**HACIA UNA ARMONIZACIÓN DE LAS CONCEPCIONES Y PRINCIPIOS  
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

*Por Juan Carlos Cassagne*

Sumario: I. Distintos sistemas en el derecho comparado. II. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la “*summa divisio*” como categoría histórica. III. Crisis y evolución de la contratación pública. IV. Los dilemas clásicos de la contratación pública. V. La influencia de la globalización. 6. Reflexiones conclusivas.

*I. Distintos sistemas en el derecho comparado*

El análisis más elemental sobre el derecho comparado revela la existencia de distintos sistemas en los que, no obstante, sus diferencias estructurales, aparecen una serie de simetrías producto más de la evolución de las propias instituciones del derecho vernáculo que de la adhesión a fórmulas comunes provenientes del derecho externo. Sin embargo, en algunas categorías específicas, el impacto de la globalización ha impreso sus huellas. Una muestra de este proceso de mundialización se encuentra en la aparición de figuras provenientes del derecho anglo-sajón que han sido adoptadas por los derechos europeos y latinoamericanos<sup>242</sup> (las llamadas asociaciones público-privadas o los “public-private partnership”, conocidos como PPPs).

La principal diferencia estructural que exhiben los sistemas anglo-sajones con los de Europa continental y, en general, de Latinoamérica, no estriba tanto en las fuentes romanistas en las que se nutren ambos derechos sino en la clásica “*divisio*”. Esto conduce a explicar dicha problemática antes de abordar las aproximaciones

---

<sup>242</sup> Vid. CASSAGNE, Ezequiel, *Las asociaciones público-privadas en Argentina*, Revista de Derecho Administrativo N° 107, p. 647 y ss; ARAGONE RIVOIR, Ignacio y PERRINO, Pablo E., *Participación público-privada y desarrollo de infraestructuras (¿Las nuevas regulaciones solucionan los viejos problemas?*, en AA.VV *Tendencias actuales de la contratación pública* (Dir. Eloy ESPINOSA SALDAÑA BARRERA), Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 200 y ss.; DE ALVARO 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, p. 46-47, nota 35 (Alberto PALOMAR OLMEDA, Dir.).

existentes entre ambos sistemas de cara a las diferentes concepciones que imperan en Europa continental y Latinoamérica.

Ante todo, como elemento a favor de la aproximación de los sistemas hay que advertir que en el derecho norteamericano los contratos que celebra el Estado contienen un conjunto de prerrogativas y peculiaridades que los distinguen de los contratos celebrados entre particulares regidos por el derecho común<sup>243</sup>, aspecto que ha sido señalado en la doctrina comparada<sup>244</sup> y en la vernácula<sup>245</sup>.

## *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

---

<sup>243</sup> 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.

<sup>244</sup> 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 dérogatoire 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: MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo*, Parte General, Marcial Pons, 2011, p. 378 y ss, anota las aproximaciones existentes, y la tendencia al aumento de la influencia del derecho público sobre los contratos de la Administración.

<sup>245</sup> 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.

el derecho administrativo- constituye una categoría histórica<sup>246</sup>, 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<sup>247</sup>.

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 representan 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).

---

<sup>246</sup> Como pensaba ASCARELLI con respecto al derecho mercantil.

<sup>247</sup> GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 328.

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<sup>248</sup>.

Pero esa moda, como sucede casi siempre, será sustituida por otra, y nos parece improbable que, en el futuro, desaparezcan los Códigos Civiles de los derechos europeos o se unifiquen las instituciones del derecho privado 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, pues no se debe olvidar que este último creció bajo la sombra del derecho civil<sup>249</sup>.

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<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> Sobre 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.

<sup>249</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 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.

<sup>250</sup> 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, p. 229 y ss.

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<sup>251</sup> 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, se 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<sup>252</sup>.

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,

---

<sup>251</sup> MAIRAL, Héctor A., *Los meros pronunciamientos administrativos*, en la obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 651 y ss.

<sup>252</sup> Cfr. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, p. 97 y ss., especialmente p. 225.

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. A tono con las ideas de Hauriou se procura alcanzar el equilibrio entre la flexibilidad contractual y el cumplimiento de los fines públicos que persigue la Administración<sup>253</sup>.

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, como lo señalamos al comienzo, la clásica “*divisio*”, pese al origen romanista de muchas instituciones anglo-sajonas, no ha prevalecido en esos países y si bien se reconoce un ámbito denominado actualmente “*administrative law*”, éste no alcanza a configurar un derecho común de la Administración que se abastezca de

---

<sup>253</sup> BENAVIDES, José Luis, *Tendencias generales de la contratación pública en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 55.

principios generales propios y de reglas distintas a las del “common law” que, para nuestro pensamiento jurídico, resulta equivalente al derecho público.

Las regulaciones de derecho público no solo son las que prescriben la configuración de potestades de poder público (llamadas prerrogativas exorbitantes) sino también aquellas que dispensan su aplicación, limitan o restringen<sup>254</sup> el régimen exorbitante o bien, establecen requisitos para promover la participación de la industria nacional en las contrataciones públicas<sup>255</sup>. Un ejemplo de esas limitaciones del derecho público, en la legislación argentina se encuentra en la ley argentina 27.328, denominada Participación Pública-Privada (PPP) que ha venido a crear una nueva categoría de contrato público, atípico y flexible<sup>256</sup> sobre la base de la experiencia mundial<sup>257</sup>.

Si la trascendencia y justificación de ser del contrato administrativo radica en la satisfacción de las necesidades de las personas, la legislación y la doctrina no pueden seguir aferradas a la preservación, a toda costa, del poder exorbitante de la Administración, cuya utilización, en detrimento de los derechos de propiedad, ha causado daños irreparables a la economía de los países. El régimen contractual es siempre un instrumento y nunca un fin al servicio de un impreciso y teórico interés público. Por ese motivo, las tendencias modernas tienden a morigerar las prerrogativas de poder público en los regímenes contractuales, considerándose, actualmente, incluso en Francia, que el derecho administrativo no se encuentra fundado en el principio de la exorbitancia<sup>258</sup>.

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 administrativos de los derechos europeos continentales junto al reconocimiento de contratos de la Administración

---

<sup>254</sup> Vgr. Ley 27.328, art. 9 inc. p, art. 10 y art.31

<sup>255</sup> Ley 27.328, arts. 12 y 15.

<sup>256</sup> RIVA, Ignacio de la, *¿Es la “participación público-privada” (PPP) un nuevo contrato administrativo?*, ED, diario del suplemento administrativo de fecha 03/05/2017 y AZARRI, Juan Cruz y VEGA OLMOS, Jimena, *Los contratos de participación público-privada (A propósito del nuevo proyecto de ley)*, La Ley del 28/06/2016, p. 1 y ss.

<sup>257</sup> Véase: GUGLIELMINETTI, Ana Patricia y BENSADON, Pascual, *Algunos aspectos jurídicos de la asociación público-privada*, ED 2005-639.

<sup>258</sup> AUBY, Jean Bernard, *À propos de la notion d'exorbitance du droit administratif*, en *L'exorbitance du droit administrative en question(s)*, (Dir. Frabrice MELLERAY), Université de Poitiers, 2004, especialmente p. 21 y ss.

regidos, en punto a su objeto, por el derecho privado<sup>259</sup>. La gran diferencia que advertimos radica en la fuerza jurídica de los principios generales del derecho administrativo pero, en todos los sistemas, existen normas y cláusulas que protegen los intereses públicos con prerrogativas equilibradas y razonables que respetan los derechos de propiedad de los particulares.

Y si bien la figura del contrato administrativo no ha desaparecido del escenario del derecho público francés y europeo, se advierte una “*mayor flexibilidad de la técnica de la contratación pública y un acercamiento progresivo de los contratos administrativos a los contratos privados*”<sup>260</sup>. En rigor, los contratos que celebra la Administración pertenecen a un mismo género o supra concepto que es la figura del contrato caracterizada por una declaración que refleja el acuerdo de voluntades entre las partes, generador de obligaciones y el consecuente intercambio equilibrado de prestaciones objeto del contrato.

### *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<sup>261</sup>, 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.

---

<sup>259</sup> CASSAGNE, Ezequiel, *Informe sobre la contratación pública en Argentina*, en *La contratación pública en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 89, señala que este tipo de contratos no se encuentran alejados por completo del derecho administrativo (vgr. competencia y procedimientos de selección).

<sup>260</sup> MODERNE, Franck, *La contratación pública en el derecho francés contemporáneo*, en *Tratado General de Contratos Públicos* (dir. Juan Carlos CASSAGNE), Tº II, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 507-508.

<sup>261</sup> HERNÁNDEZ GONZALEZ, 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, p. 21 y ss.



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.

Ese sentido anticipatorio se revela en la doctrina francesa clásica. Al respecto, cabe recordar que hace poco tiempo se cumplieron cien años de la primera edición de los “*Principios de Derecho Público*” de Maurice Hauriou<sup>262</sup>, cuyo valor actual suele pasar inadvertido en la doctrina, que ha dedicado escaso interés al análisis de la proyección de la obra del gran constructor del derecho administrativo contemporáneo, salvo notables excepciones<sup>263</sup>.

Esa ocasión inspiró un excelente trabajo doctrinario de Jacqueline MORAND-DEVILLER<sup>264</sup>, en el que la autora desmenuza con auténtica maestría el pensamiento del célebre Decano de Toulouse y revela la raíz del pensamiento de HAURIUO 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 (en el que reinaba 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 por los principios generales y la equidad, por encima de los intereses de corto

---

<sup>262</sup> HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, Dalloz, Paris, 2009, que la obra aparecida en 1910, de la que hay una segunda edición en 1916.

<sup>263</sup> RIVERO, Jean, *Maurice Hauriou et le droit administratif*, en Pages de doctrine, LDGJ, París, 1980, p. 29.

<sup>264</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Le commerce juridique. Consensualisme et convivialisme il y a cent ans Maurice Hauriou*, REDA N° 95, Buenos Aires 2014, p. 1167 y ss. (la traducción nos pertenece)

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<sup>265</sup> 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<sup>266</sup>. 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*”<sup>267</sup>.

La 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<sup>268</sup> así como de los poderes de extinción por razones de ilegalidad<sup>269</sup> 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.

---

<sup>265</sup> Vid BEZANÇON, Xavier, DERUY, Laurent, FISZELSON, Roger y FORNACCIARRI, Marc, *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé*, ed. Le Moniteur, Paris, 2015, ps. 160-162.

<sup>266</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El Contrato Ley*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997, p. 18 y ss.

<sup>267</sup> DANOS ORDOÑEZ, Jorge, en el Prólogo al libro de ZEGARRA VALDIVIA, *El contrato...*, cit., p. 8.

<sup>268</sup> 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. HERNANDEZ GONZALEZ, p. 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.

<sup>269</sup> 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.

*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 específico o giro normal y no meramente de objeto civil o comercial; (ii) por contener un régimen típico del derecho administrativo con potestades y prerrogativas de poder público<sup>270</sup> y, (iii) por un sistema de selección fundado en los principios de publicidad, transparencia, 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 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, como el argentino, prescriben lo contrario, conforme a la política legislativa adoptada para la mayoría de las sociedades estatales creadas en la última década<sup>271</sup>.

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 que es conveniente observar aun cuando esta clase de contratos se rija, en principio, particularmente en su objeto, por el derecho privado. Hay que pensar

---

<sup>270</sup> Como lo hemos sostenido en sucesivos trabajos, la idea de régimen exorbitante reemplazó, en Francia, a la cláusula exorbitante, véase: RICHER, Laurent, *Droit Administratif*, 4ª ed., L.G.D.J., París, 2004, ps. 112-113.

<sup>271</sup> Ampliar en nuestro libro *El acto administrativo*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 429 y ss.

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 el principio de concurrencias pues con ello se incurre en una doble transgresión del principio de publicidad que consagra, en forma preceptiva, el art. 3° inc. 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuya trascendencia ha señalado la doctrina<sup>272</sup>.

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 interés público cabe indemnizar o no el lucro cesante etc.<sup>273</sup>.

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 la 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 y valores.

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

---

<sup>272</sup> 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, p. 2115 y ss, especialmente, p. 2200.

<sup>273</sup> En Francia, la revocación de un contrato de “parteneriat public-privé” (PPP) obliga a indemnizar al contratista privado tanto el daño emergente como el lucro cesante; véase: BEZANÇON, Xavier y otros, *Les nouveaux contrats...*, cit., p. 166.

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.

Esa realidad es compleja y muchas veces está influida por conveniencias prácticas y el peso de la tradición jurídica que, en Francia, ha llevado a considerar que los contratos que celebran los establecimientos industriales y comerciales con usuarios, aun cuando contengan cláusulas exorbitantes del derecho común, son contratos regidos por el derecho privado<sup>274</sup>. La tendencia moderna apunta a la sustitución de la cláusula exorbitante por el régimen administrativo predeterminado con notas de derecho público que va variando al compás de los cambios producidos en la función del Estado que de la antigua policía administrativa y servicio público estatal ha pasado a convertirse en un Estado regulador, con funciones subsidiarias, para estimular actividades privadas que satisfacen las necesidades de la población<sup>275</sup>.

Ahora bien, ello no impidió que, desde la negación del contrato administrativo en algunos países de Europa Continental (Ej. Italia y Alemania) y en el mundo anglosajón, se pasó al reconocimiento de una tendencia publicista que admite contratos con prerrogativas de poder público<sup>276</sup>, aun cuando se continuó negando la configuración autónoma y diferenciada de la categoría del contrato administrativo. Tal es lo que acontece en Italia en la que se reconoce que el procedimiento de selección está regulado por el derecho administrativo, incluso con posibilidad de que el juez decida la anulación de la adjudicación mientras la faz de ejecución (en rigor, el objeto o sustancia del contrato) se regula por el Código Civil y las prerrogativas del poder público no se consideran poderes públicos sino derechos particulares que la ley le confiere a la Administración “*como excepción al Código Civil*”<sup>277</sup>.

Sin embargo, 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

---

<sup>274</sup> DEBBASCH, Charles, *Droit Administratif*, 6a ed., Económica, Paris, 2002, p. 530, con cita del caso “M. Thomas c/ Commune de Franczal, T.C. 19-2-1990, RDP 1991, ps. 279-280.

<sup>275</sup> AUBY, Jean Bernard, *À propos de la notion d'exorbitance...*, cit., p. 9 y ss.

<sup>276</sup> 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.

<sup>277</sup> TRAVI, Aldo, *La contratación pública en Italia*, en *El Tratado General de los Contratos Públicos* (dir. Juan Carlos CASSAGNE), La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 553.

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<sup>278</sup> y, sobre todo, la atenuación o dispensa de las prerrogativas públicas, criterio que venimos propiciando desde hace tiempo y que ha sido receptado actualmente por la legislación argentina<sup>279</sup>.

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<sup>280</sup>).

En definitiva, no se puede desconocer que, aun cuando se ha relativizado la distinción entre derecho público y derecho privado, la misma pertenece a la esencia del Estado de Derecho<sup>281</sup> y de sus principios inherentes que hacen a la publicidad, igualdad y transparencia de las actuaciones públicas, así como a la estabilidad y seguridad jurídica a través del principio del equilibrio económico-financiero del contrato público, pieza fundamental de la teoría del contrato administrativo<sup>282</sup>, que ha sido ampliamente reconocido en el derecho comparado y argentino<sup>283</sup>.

#### 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

---

<sup>278</sup> 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, 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.

<sup>279</sup> Criterio que ha seguido la Ley 27.328 (PPP) en varios de sus artículos (arts. 9 inc.p, 10 y 31).

<sup>280</sup> Art. 3 de la ley 48/98 del 30 de diciembre.

<sup>281</sup> Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Derecho Público y Derecho Privado*, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho, en REDA N° 105, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2016 y ss. especialmente, ps. 575-582.

<sup>282</sup> RODRÍGUEZ, Libardo, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis y Editorial Jurídica, Venezolana, Caracas, 2015, p. 15 y ss.

<sup>283</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 100 y ss.

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 sostenido la existencia de un derecho global en la contratación pública<sup>284</sup>, 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.

Este derecho global exhibe una serie de principios jurídicos<sup>285</sup> aunque todavía tiene carácter fragmentario y 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

---

<sup>284</sup> MORENO MOLINA, Juan Antonio, *Derecho global de la Contratación Pública*, ed. Ubijos, México, 2011, p. 37 y ss.

<sup>285</sup> Véase: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Principios jurídicos y contratación pública global*, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Mayo, 2014-Nº 3, Buenos Aires, 2014, p. 11 y ss.

plasmándose en los ordenamientos nacionales<sup>286</sup>, en forma gradual, quizás sin la celeridad que demanda el comercio internacional<sup>287</sup>.

#### VI. Reflexiones conclusivas.

En materia de 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<sup>288</sup>, 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, que se relaciona con el llamado giro o tráfico común de la Administración y la presencia de prerrogativas de poder público que se integra también con las garantías que tienden a mantener el equilibrio contractual (el “pacta sunt servanda” y la buena fe), junto a los principios generales del Derecho Público y los específicos de la contratación administrativa (p.e. el equilibrio económico-financiero del contrato administrativo).

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 producto de la política estatal aplicable a las 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 ajenos al giro o tráfico de la Administración, se rijan por el derecho privado en punto a su objeto, careciendo, en tales casos, de sentido las prerrogativas de poder público<sup>289</sup>, las que deben reservarse para los contratos en los que se halle interesado, en forma directa e inmediata, el interés

---

<sup>286</sup> 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*, ed. Abeledo-Perrot, Vol. I, Buenos Aires, 2013, especialmente p. 113 y ss.

<sup>287</sup> Vid: CASSAGNE, Ezequiel, *Informe sobre la contratación pública en Argentina*, en la obra *La contratación pública en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia..., cit., ps. 89-94.

<sup>288</sup> Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T° IV, Iustel, Madrid, 2011, p. 302 y ss.

<sup>289</sup> GALLI BASUALDO, Martín, *La buena administración y la ejecución de contratos en Argentina*, REDA N° 111, Buenos Aires, 2017, p. 498.



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 total 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. Esto no implica, empero, desconocer que, en estos casos, el derecho privado se aplica en forma directa, en todo el régimen contractual, excepto en cuanto al procedimiento de selección del contratista y al control por parte de auditorías 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<sup>290</sup> (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 C.N.). Dichos principios 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 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<sup>291</sup>.

En el escenario descrito afloran también nuevas formas contractuales, con figuras atípicas como las asociaciones público-privadas o provenientes del derecho mercantil (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

---

<sup>290</sup> Ver: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., op. cit., p. 97 y ss.

<sup>291</sup> 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. HERNANDEZ GONZALEZ, Francisco L.) p. 397 y ss.

estatal y, particularmente, 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, 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<sup>292</sup> o por el “common law”, en su caso. De tal modo surge, en ese sentido, 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. Otra característica que se advierte en el proceso de confluencia que venimos describiendo consiste en la generalización en la contratación estatal de los principios de no discriminación y concurrencia que, con diferentes denominaciones según los países, traducen ideas similares, como el art. 209 de la Constitución Política de Colombia, que habla de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, como principios generales de la función administrativa<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> En Argentina, en este aspecto, se observa un retroceso producto de la prevalencia de ideas estatistas 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, p. 3 y ss y nuestra coincidencia en el Curso de Derecho Administrativo, Tº II, 11ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 389 y ss, especialmente p. 483 y nota 32.

<sup>293</sup> RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, 19ª ed. Temis, Bogotá, 2015, p. 552, sostiene que aún los contratos del Estado especiales con régimen preponderante del derecho privado son contratos administrativos, ya que, por imperio del art. 13 de la ley 1150 de 2017, se les aplican los principios generales de la función administrativa prescriptos en el art. 209 de la Constitución Política de Colombia.

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<sup>294</sup> (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 en que las dos son también partidarias de la posibilidad de celebrar contratos de la Administración regidos, en forma prevaleciente por el derecho civil o comercial (vgr. el contrato de compra-venta de inmuebles), en los que el derecho público interviene para regular la competencia, la autorización presupuestaria, el procedimiento de selección del contratista y la jurisdicción aplicable en caso de conflicto. 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 abre paso a la arbitrariedad en un ámbito, como el de la contratación pública, que tanto precisa de la seguridad jurídica.

Una situación peculiar, con rasgos semejantes, en cuanto a la aproximación teórica con la concepción sustantiva, exhibe el derecho colombiano, en el que se admite la categoría del contrato estatal o administrativo regido preponderadamente por el derecho privado<sup>295</sup>, aunque para alguna doctrina constituyan contratos privados de la Administración al estilo del clásico derecho francés<sup>296</sup>. En cualquier caso, el derecho colombiano excluye del régimen del Estatuto Contractual Público a los contratos celebrados por las instituciones financieras del Estado<sup>297</sup>, tal como ocurre en los regímenes que regulan la actividad de los Bancos estatales en la mayor parte de los países de Latinoamérica (vgr. Argentina).

Las aproximaciones descritas en la teoría y regulación legal de los contratos de la Administración no desvirtúan el postulado según el cual, lo que verdaderamente

---

<sup>294</sup> Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, 13ª ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 691 y ss.

<sup>295</sup> RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo General...*, cit., ps. 550-553.

<sup>296</sup> GUECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto, *Contratos Administrativos*, 3ª. Ed., Universidad de Santo Tomás, ed. Ibañez, Bogotá, 2015, ps. 349-354; ver también: DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la ley 80 de 1993*, ed. Legis, Bogotá, 2001, p. 769.

<sup>297</sup> RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo General...*, cit., ps. 553-554.

importa es el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra el Estado con los particulares, con independencia de si el mismo surge de la ley o de la jurisprudencia.

En resumidas cuentas, abrigamos la creencia de que las notas definitivas del derecho público que presenta un contrato que celebra el Estado o sus entidades en ejercicio de la función administrativa, merecen ser calificados con el nombre que cobija nuestra disciplina, es decir, como contratos administrativos, sin perjuicio de admitirse la celebración de contratos regidos por el derecho privado en punto a su objeto o también, por su forma, cuando no se trate del tráfico o giro normal de la Administración sino de una típica actividad civil o comercial.

Finalmente, la línea de coincidencias doctrinarias y legislativas que exhibe el derecho comparado se extiende incluso para sostener que aún en los contratos de la Administración (o Estado) cuyo objeto se encuentra regido por el derecho privado, hay que observar no solo las reglas de la competencia sino las relativas a la forma<sup>298</sup> sin traspasar los límites que enmarcan la voluntad de los órganos de la Administración<sup>299</sup>, habida cuenta la carencia de plena libertad negocial puesto que cualquiera fuera el derecho aplicable la voluntad del órgano administrativo está siempre vinculada a la ley y no a los intereses autónomos que persiguen las partes en los contratos privados, regidos por el ordenamiento civil o comercial<sup>300</sup>.

En definitiva, la hora actual nos impone no solo armonizar principios que rigen en la contratación pública, sino también modernizar sus instituciones y régimen jurídico, haciéndolo más razonable y flexible. Porque el interés público no consiste en la promoción y defensa del estatismo sino en la realización del bien común teniendo en cuenta que el Estado no es un fin en sí mismo, sino que una institución al servicio de la comunidad.

---

<sup>298</sup> SARRIA OLCOS, Consuelo, *Forma, perfeccionamiento y ejecución de los contratos estatales en Colombia*, en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, ed. Cameron May, Londres, 2008, p. 227 y ss.

<sup>299</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime, *El contrato de obra pública*, en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica...*, cit., p. 291.

<sup>300</sup> En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).