

La Contratación Pública: Fronteras, Tensiones e Interrelación con el Derecho Privado en el Nuevo Escenario Contractual

Juan Carlos Cassagne*

Resumen:

La determinación de la frontera entre el derecho privado y el derecho público siempre ha sido una situación complicada de esclarecer. Por tal motivo, el autor brinda una perspectiva sobre esta división pero enfocándola, principalmente, al escenario de la contratación pública. Así, en un primer momento explicará la división entre el derecho privado y el derecho público y cómo esta ha ido evolucionando con el devenir del tiempo; luego nos explicará qué implica el abandono de la tesis unitaria en el escenario de la contratación pública, para, finalmente, mostrarnos que la desigualdad de las partes, las prerrogativas del poder público y las garantías compensatorias se encuentran dentro de las peculiaridades que exhibe la teoría del contrato administrativo y la distinguen de un contrato entre particulares que se circunscribe en el ámbito de derecho privado.

Palabras clave:

Derecho Público – Derecho Privado – Potestad del Poder Público – Tesis Unitaria – Contrato Administrativo – Contratación Pública – Escenario contractual – Desigualdad – Prerrogativas Públicas

Abstract:

The establishment of the limits between the public law and the private law has been a hard to clarify. For that reason, the author brings a perspective about this division, focusing on the case of public procurement. Thus, in the first part he will explain the division between public law and private law, and how this division has evolved. Then, he will explain the consequences of the disruption of unitary theory on public procurement. Finally, he will show the inequality of the parts, the public prerogatives and the compensatory guarantees, all involved in the peculiarities of management contract, that distinguishes it from an private contract.

Keywords:

Public Law – Private Law – Public authority power – Unitary theory – Management contract – Public procurement – Contractual scenario – Inequality – Public prerogatives

Sumario:

1. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado – 2. Abandono de la tesis unitaria – 3. Peculiaridades que exhibe la teoría del contrato administrativo – 4. Reflexiones a modo de conclusión

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

1. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado

Las diferentes ramas del derecho nunca han tenido una demarcación precisa de sus límites, los que se mueven al compás de oscilaciones históricas, sociales e incluso, políticas. Repárese sin más en lo que acontece con la categorización del derecho constitucional como derecho público, no obstante albergar la regulación básica de derechos individuales de naturaleza privada, como el derecho de propiedad.

De otra parte, la delimitación entre lo público y lo privado, y la consecuente sistematización de instituciones y principios no siempre coinciden totalmente en los ordenamientos comparados. Esto obedece a que el derecho público – particularmente el derecho administrativo– constituye una categoría histórica¹, al igual que cualquier otra rama del derecho, porque la historicidad no es patrimonio exclusivo de determinados derechos, ni 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 en 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, resultaban imprescindibles 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.

Sin embargo, 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. Hasta en el contrato de compra-venta regulado por el Código Civil existe una norma imperativa (y, por tanto, no disponible) que impide pactar una cláusula en la que se prohíba al comprador enajenar la cosa a persona alguna (art. 1364 Código Civil).

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, que hacen a su giro o tráfico normal. Por cierto, 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).

Originada en el derecho mercantil, la idea de la categoría histórica no se proyectó a la «*divisio*», produciéndose una situación de desinterés teórico por la búsqueda de criterios definitorios, los que, salvo para algunos aspectos puntuales de nuestra disciplina, hace mucho que no resultan abordados por la ciencia jurídica en general, que los da por sobreentendidos o bien niega la división alegando que la globalización junto a la influencia del derecho anglosajón han borrado prácticamente las diferencias entre el derecho público y el derecho privado.

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

Porque mientras los teóricos del positivismo kelnesiano consideraban inútil la distinción, el derecho público desarrolló un formidable sistema propio y autónomo, basado en la estructuración de grandes principios que fueron adquiriendo operatividad, interrelacionándose con el derecho privado a través de la analogía; y no puede desconocerse la influencia que ha tenido el derecho civil en el derecho administrativo en la génesis de sus instituciones (vgr. acto y contrato administrativo). Sin embargo, actualmente, lo fundamental radica en la sistematización de los principios comunes del derecho comparado.

Al respecto, puede advertirse que el contenido común del derecho público en el derecho comparado, aun en aquéllos sistemas de cultura jurídica anglosajona, tiene como eje la figura de la potestad (desarrollada por Santi ROMANO en Italia y adoptada en España por GARCÍA de ENTERRÍA

1 Como pensaba ASCARELL con respecto al derecho mercantil.

y FERNÁNDEZ) del poder público, como la institución central del derecho administrativo (como lo expuso en su momento HAURIU).

Con todo, la potestad y sus consecuentes prerrogativas, que resultan fundamentales para caracterizar categorías transcendentales como el acto administrativo, no agotan el contenido del derecho administrativo. 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 no cumple, por sí mismo, la finalidad de bien común o de interés público que persigue el Estado que tiene que procurar la satisfacción de las necesidades colectivas con arreglo a los principios de subsidiariedad y de solidaridad, con el objeto de permitir el libre desarrollo de las personas².

En este plano, la conceptualización, que brinda la doctrina alemana del derecho administrativo, como un derecho constitucional concretizado, representa una suerte de tautología generalizada, siendo algo tan obvio que no se puede negar. Lo cierto es que esta definición no permite distinguir el derecho administrativo de otras ramas del derecho en las que también se concreta 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 permeando 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 cuanto a la organización estatal, no son de menor entidad, actualmente, las funciones que cumplen las llamadas autoridades regulatorias independientes que 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 (caso BAENA de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), a los que se les impone respetar los principios de imparcialidad e independencia, si bien, en buena medida, la vigencia de estos principios dependerá de la ley de creación.

En sustitución del antiguo Poder de Policía sobre el servicio público aparece la regulación económica mediante la cual instituciones estatales, mixtas e incluso privadas promueven 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 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.

En este sentido, el campo de la contratación pública ha sido fértil en la producción de un conjunto inagotable de dilemas como los que plantean la elección entre un régimen contractual estatista y autoritario frente a uno de equilibrio entre prerrogativas y garantías; si tiene o no sentido hoy día la categoría del contrato administrativo, o bien, si se admiten o no los contratos de la Administración regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, o si, de cara a una revocación del contrato por razones de oportunidad cabe indemnizar o no el lucro cesante etc.

Si se reconoce la categoría jurídica del contrato administrativo (ya sea como género de los

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

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

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), el ordenamiento argentino prescribe lo contrario, conforme a la política legislativa adoptada para la mayoría de las sociedades estatales creadas en la última década³.

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

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

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

2. Abandono de la tesis unitaria

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 público⁴, 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 cierto predominio en la mayoría de los países de Iberoamérica. En efecto, pese a las distintas terminologías que se utilizan, se mantiene la tendencia a reconocer un conjunto de principios y prerrogativas de derecho público en los ordenamientos que rigen la contratación estatal, lo que no es óbice a que vayan surgiendo nuevas orientaciones doctrinarias que propician la eliminación de la llamada presunción de legitimidad que caracteriza a los actos administrativos⁵ o, al menos, la atenuación de los poderes exorbitantes.

En lo que hay coincidencia es en la configuración de una zona común de la contratación pública, sobre todo en el derecho comunitario europeo y, particularmente, en el derecho español que, como antes se señaló, comprende también a determinadas contrataciones privadas (en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones⁶).

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

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

4 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.

5 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.; RHEINSCHIRATO, Vitor, *Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos*, en el libro *Os caminhos dos atos administrativos*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2011, ps. 125-130.

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

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 resulta un derecho superior al que emana de la ley interna para los países que han celebrado tratados internacionales que contengan normas preceptivas o vinculantes.

Últimamente, se ha pretendido sostener la existencia de un derecho global en la contratación pública⁷, dentro del cual se incluyen diferentes ordenamientos provenientes de tratados internacionales o de instituciones creadas por éstos, tales como los de: 1) la OMC; 2) la Comisión de la UN para el derecho mercantil internacional; 3) el Banco Mundial; y, 4) la OCDE, entre otros.

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

Hay, pues, una gran diversidad de regímenes jurídicos que quedan fuera de las soberanías nacionales. Aunque sin haberse configurado aún, 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 nacionales⁸, en forma gradual, quizás sin la celeridad que demanda el comercio internacional.

3. Peculiaridades que exhibe la teoría del contrato administrativo

3.1 La desigualdad de las partes

En los contratos que celebra la Administración, regidos fundamentalmente por principios y normas de derecho público, la concepción contractual se configura sobre la base de un

acuerdo de voluntades cuyo régimen refleja la distinta posición de las partes en función de los intereses que persiguen. Mientras la finalidad que persigue la Administración es la realización del bien común, que radica en la causa relevante de interés público que lo justifica, el contratista persigue; en cambio, un interés individual, de naturaleza privada, aun cuando conectado con el interés público, de un modo mediato.

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

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

La desigualdad que justifica la prerrogativa de poder público se halla siempre conectada a los fines concretos que la Administración deberá acreditar en cada caso que pretenda ejercerla, no bastando su alegación. Tampoco implica una relación de subordinación, sino de colaboración.

Al propio tiempo, si se repara en el papel que cumple la igualdad en la teoría de la justicia, la desigualdad propia de la contratación administrativa aparece como el producto de una relación de justicia conmutativa y de justicia legal sin alterar el equilibrio de la conmutación voluntaria (como es en definitiva todo contrato) en el que la igualdad se realiza de objeto a objeto, en proporción al valor de la cosa. Por lo tanto, como lo venimos sosteniendo desde nuestros primeros trabajos en la materia⁹, en el contrato administrativo conviven las tres especies clásicas de la justicia, al contener tanto derechos

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

8 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.

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

y obligaciones propios de la conmutación voluntaria como de la justicia distributiva, junto a cargas impuestas en función del bien común (justicia legal).

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

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

3.2 Las prerrogativas de poder público y las garantías compensatorias

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

Estas prerrogativas pueden provenir tanto del ordenamiento general, en cuyo caso constituyen verdaderas potestades, como del pliego de bases y condiciones que, «a posteriori», pasan a integrar el contrato, pero también pueden surgir del clausulado expreso del acuerdo de voluntades. Las prerrogativas no pueden ser implícitas –en cuanto violan la prohibición de arbitrariedad–, ya que el contratista privado no las pudo prever al celebrar el contrato¹⁰. Si bien no vamos a efectuar aquí el análisis pormenorizado de toda la problemática que gira en torno a ellas, las mismas se circunscriben, en su efectividad práctica, a la «*potestas variandi*» y a la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Frente a estas potestades se ha generalizado la tendencia a garantizar la intangibilidad de la ecuación económica financiera del contrato mediante una adecuada compensación o indemnización comprensiva del daño emergente

y del lucro cesante, con el objeto de mantener el equilibrio contractual alterado o los perjuicios provocados por la ruptura anticipada del contrato administrativo por razones de interés público (que a nuestro juicio, al igual que la expropiación, requiere ley declarativa y previa indemnización para mantener incólume la garantía de la propiedad prescripta en el art. 17 de la C.N.).

En lo que concierne a la posibilidad de la autotutela ejecutiva (el llamado privilegio de decisión unilateral y ejecutiva) el sistema argentino prevé, incluso para el acto administrativo, que la ejecutoriedad no lleva consigo el uso de la coacción que, en principio y por su naturaleza, compete a los jueces (principio del art. 12 LNPA recogido también en el precepto que lleva el número homónimo en la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires). En otras palabras, en nuestro país la autotutela es, por principio de carácter declarativo y solo de un modo excepcional se admite la llamada autotutela ejecutiva, al contrario de lo que acontece en el ordenamiento español. De ese modo, el sistema argentino se aproxima al francés¹¹.

4. Reflexiones a modo de conclusión

En la materia de la contratación pública, la tendencia prevaeciente, en una considerable porción del derecho comparado, continúa afiliada a la construcción administrativista de base francesa y española, al considerar, como especie principal de la contratación de las Administraciones Públicas, la figura del contrato administrativo en razón de su objeto, caracterizado por un fin público relevante, su pertenencia al llamado giro o tráfico común de la Administración y un régimen jurídico dotado de prerrogativas de poder público que se integra también por las garantías que tienen 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 reflexiones surge otra conclusión que se impone en razón de la naturaleza de ciertos contratos. Así, resulta razonable que la compra-venta y el arrendamiento o locación de cosas ajenas al tráfico administrativo se rijan por el derecho privado en punto a su objeto, careciendo, en tales casos, de sentido las prerrogativas de

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

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

poder público que deben reservarse para los contratos en los que se halle interesado, en forma directa e inmediata, el interés público o bien común, excluyendo los que resultan meramente instrumentales a tales fines.

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


La segunda tensión que enfrenta la contratación pública se traduce en los nuevos enfoques que pugnan por incorporarse a nuestra legislación y jurisprudencia a raíz del llamado derecho global de las contrataciones públicas¹² (aunque en gran parte no sea vinculante) y de últimas, por la aplicación de los principios generales que contienen los tratados internacionales que se extienden a toda la actividad administrativa que tendrá que incorporar los nuevos paradigmas y sus principios operativos, aunque esta operatividad sea, en algunos casos derivada en el sentido de que precisa ser complementada por los poderes Legislativo y/o Ejecutivo de cada Estado Nacional.

En el escenario descrito afloran también nuevas formas y tipos contractuales, como las asociaciones público-privadas, los fideicomisos públicos etc., planteando una problemática interdisciplinaria en

la que surge necesidad de abordar la armonización entre los distintos intereses en juego junto a la utilización racional y eficiente de los bienes públicos, el grado de intervención y financiación estatal y, sobre todo, la medida de los riesgos que asumirá en cada operación el contratista privado.

Y aunque nos parece que aún falta mucho tiempo para que la 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. El dinamismo de la contratación pública no basta y resulta necesario encontrar soluciones compatibles con la seguridad jurídica que contribuyan a favorecer la radicación de las inversiones necesarias para el crecimiento económico social de nuestros países.

Tampoco debemos fiarnos solo en el derecho positivo y menos en la doctrina que encarna el positivismo que como decía IHERING «es la huida del propio pensamiento, el dejarse abandonarse en la ley como una herramienta sin voluntad(...)»¹³, pero sí podemos pensar que cada avance cultural supone afirmar la necesidad de que en nuestras sociedades y desgastadas repúblicas triunfen el derecho y la justicia sobre la corrupción y la pobreza.

En lograrlo estriba la misión fundamental del derecho público, manteniendo siempre una interrelación armónica y de equilibrio con el derecho privado, relación de analogía¹⁴ y no de subsidiariedad, relación de complementación y no de subordinación. 

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

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

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