

Título: Sobre la contratación pública

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY 24/06/2013, 24/06/2013, 1 - LA LEY2013-D, 647

Cita Online: AR/DOC/2369/2013

Sumario: I. Tensiones actuales y clásicos dilemas. II. La tensión entre los principios *lex inter partes* y *pacta sunt servanda* y la injerencia del Poder Legislativo sobre los contratos administrativos y la proyección de la potestad reglamentaria. III. Peculiaridades que exhibe la teoría del contrato administrativo. IV. Críticas al régimen del decreto 1023/2001. V. Reflexiones a modo de conclusión.

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 de la Administración es la realización del bien común, que radica en la causa relevante de interés público que lo justifica; el contratista persigue, en cambio, un interés individual, de naturaleza privada, aun cuando conectado con el interés público, de un modo mediato, a través del contrato que celebra.

I. Tensiones actuales y clásicos dilemas

El campo de la contratación pública se encuentra asediado por una serie de tensiones en medio de un conjunto de dilemas que giran, fundamentalmente, en torno de la teoría del contrato administrativo y, en menor medida, de los contratos de objeto privado que celebra la Administración.

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 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, con base en 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), el ordenamiento argentino prescribe lo contrario, conforme a la política legislativa adoptada para la mayoría de las sociedades estatales creadas en la última década. [\(1\)](#)

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: la del principio de defensa de la competencia prescripto por el art. 42, 2ª parte, de la Constitución Nacional y la del principio de publicidad que consagra, en forma preceptiva, el art. 3º inc. 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuya trascendencia ha señalado la doctrina. [\(2\)](#)

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 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 y algunos lo han creído así al calificar la que mantuvimos con el Profesor Mairal. 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 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 (3), 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 (4) o, al menos, la atenuación de los poderes exorbitantes, 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 (5)).

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 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 pública (6), dentro del cual se incluyen diferentes ordenamientos provenientes de tratados internacionales o de instituciones creadas por éstos, tales como los de: 1) la OMC; 2) la Comisión de la UN para el derecho mercantil internacional; 3) el Banco Mundial; y, 4) la OCDE, entre otros.

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

Hay, pues, una gran diversidad de regímenes jurídicos que quedan fuera de las soberanías nacionales. Aunque sin haberse configurado aun, en el plano internacional, un derecho global vinculante en lo que concierne al

régimen de la ejecución y extinción de los contratos, no puede negarse que la tendencia mundial hacia la globalización conduce a una suerte de "ius commune", cuyos principios van plasmándose en los ordenamientos nacionales [\(7\)](#), en forma gradual, quizás sin la celeridad que demanda el comercio internacional.

II. La tensión entre los principios *ex inter partes* pacta sunt servanda y la injerencia del Poder Legislativo sobre los contratos administrativos y la proyección de la potestad reglamentaria

La historia demuestra que la figura del contrato, en general, poseía una mayor estabilidad en el Antiguo Régimen que en el sistema que inauguró la Revolución Francesa. El respeto por los pactos, el cumplimiento de la palabra que obligaba tanto a nobles como a los ciudadanos comunes (no obstante algunas desviaciones), era la regla común que todas las personas debían observar según un conocido principio: *pacta sunt servanda*.

La Revolución vino a romper esa situación de estabilidad de los contratos como consecuencia del dogma de la soberanía del Poder Legislativo sobre las relaciones convencionales lo que implicó no sólo una modificación en el esquema de poderes sino que también colocó a la ley por encima del contrato, haciendo posible la continua alteración de la fuerza obligatoria contractual. La primacía de la ley sobre el contrato (propugnada en su momento por BENTHAM) constituía un postulado originado en la concepción rousseauiana de la ley como producto de la voluntad general, a la que se consideraba la fuente de la soberanía del pueblo, que como tal, se suponía infalible.

Si bien no es éste el lugar para hacer el análisis de las complejas relaciones que existen entre la estabilidad y la revolución, así como de sus efectos, en el plano contractual, resulta evidente que el Código Napoleón, al encapsular la soberanía legislativa en un Código Civil —orgánico, sistemático y destinado a perdurar en el tiempo— trató de crear un nuevo escenario de estabilidad contractual y, por ende, de seguridad jurídica. De ese modo, quedaron sentadas las bases para generalizar el desarrollo del capitalismo en el siglo XIX, al menos en Europa continental, puesto que tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, los pactos gozaron, siempre, de una gran estabilidad. Pero el artículo 1197 de nuestro Código Civil contiene algo más que la regla del *pacta sunt servanda* ya que al prescribir que "convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma" (en forma similar al artículo 1134 del Código Civil Francés) consagra el principio de "*lex inter partes*" que asignándole a los pactos el valor de las leyes protegiéndoles, en cierto modo, de las leyes generales posteriores. [\(8\)](#)

Sin embargo, nuevas situaciones económicas y sociales llevaron al legislador a dictar leyes que afectaron los contratos aun con obligaciones en curso de ejecución, ya fuera en forma retroactiva o sólo para el futuro. A su vez, el auge que asumió el desarrollo de la potestad reglamentaria, sobre el contratista público durante el siglo XX, planteó la necesidad de establecer unos límites razonables a su ejercicio y una compensación por los sacrificios especiales que tienen que soportar los co-contratantes privados. No hay que olvidar que tanto la ley como el reglamento provienen del Estado, el que, a su vez, es la contraparte en el contrato administrativo. Ello da lugar a una compleja relación jurídica que, aunque bilateral en su estructura, difiere de los contratos entre particulares en los que la potestad estatal está fuera del marco contractual y no emana de una de las partes del contrato.

Dicho proceso dio nacimiento, en el campo de la contratación administrativa, a una serie de teorías y de principios que procuraron paliar los desequilibrios producidos en la economía de los contratos por actos generales o medidas de alcance individual del poder público. Así, después de imponerse la teoría del "hecho del príncipe" [\(9\)](#), se produjo el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y, finalmente, empezaron a vislumbrarse los problemas que plantea la incidencia de la potestad reglamentaria respecto de los contratos administrativos, hecho señalado por la doctrina clásica sobre la concesión de los servicios públicos (que la dividió en una faz reglamentaria y otra contractual) [\(10\)](#) pero no suficientemente estudiado en la evolución posterior de la teoría del contrato administrativo. A todo lo expuesto, cabe adicionar la teoría de las relaciones de especial sujeción, nacida en la doctrina alemana, que, en España, no ha tenido mayor recepción por parte de los autores.

Lo cierto es que el ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra siempre subordinado a la Constitución y a la ley que le marcan sus límites, no pudiendo, por tanto, afectar los derechos fundamentales ni sus garantías.

En tal sentido, se fue conformando un conjunto de principios jurídicos que actúan como límites del poder (tales como el de no alterar la esencia de los contratos, la garantía de no expropiar derechos contractuales sin

previa declaración de la utilidad pública [art. 17 CN] y el de no afectar la ecuación económico-financiera de los contratos sin compensación, el derecho a rescisión por parte del contratista, la irretroactividad, etc. que vinieron a brindar seguridad jurídica contribuyendo a la estabilidad contractual y, aunque no todos se encuentren actualmente recogidos por el derecho positivo, resulta evidente que, de pretender mayores inversiones y crecimiento económico, ellos deberían incorporarse a cualquier ordenamiento futuro que persiga los objetivos del bien común.

III. Peculiaridades que exhibe la teoría del contrato administrativo

III.1 La desigualdad de las partes

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

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

Es por otra parte evidente que las dificultades que existen para compensar los daños que irrogan al contratista las tendencias pro-Estado que animan a determinados regímenes jurídicos —como el nuestro— chocan muchas veces con los principios pro-homine, pro-libertate, y, consecuentemente, el de la interpretación más favorable al administrado, que conectados con el principio de la dignidad humana, integran el plexo garantístico de diversos tratados intervencionales 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 estatales (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 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 materia (11) en el contrato administrativo conviven las tres especies clásicas de la justicia, al contener tanto derechos y obligaciones propios de la conmutación voluntaria como de la justicia distributiva, 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 sólo por las reglas inherentes a la capacidad y al orden público), la Administración tiene limitada su libertad negocial en mayor medida pues ésta sólo 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).

III.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", pasa a integrar el contrato, pero también pueden surgir del clausulado expreso del acuerdo de voluntades. Las prerrogativas no pueden ser implícitas, en cuanto violan la prohibición de arbitrariedad, ya que el contratista privado no las pudo prever al celebrar el contrato. (12) Si bien no vamos a efectuar aquí el análisis pormenorizado de toda la problemática que gira en torno a ellas ni a las previstas en el RNCAN, ellas 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 requieren 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 autotutelar ejecutiva, al contrario de lo que acontece en el ordenamiento español. De ese modo, el sistema argentino se aproxima al francés. (13)

IV. Críticas al régimen del decreto 1023/2001

Tanto a la luz del ordenamiento Decreto 1023/2001 (RCAPN) como respecto al régimen de la Ley de Obras Públicas que ha estructurado un régimen típico para los contratos administrativos, se impone efectuar la depuración de sus elementos autoritarios, habida cuenta que el derecho administrativo debe concebirse siempre como un derecho que limita el poder en beneficio de la libertad (14), aspecto éste sin duda trascendente en el pensamiento de González Pérez. (15)

En este plano, vamos a poner de resalto nuestras coincidencias con algunas de las principales críticas hechas al régimen contractual, (RCAPN y obra pública) en línea con las que hicimos en su oportunidad. (16)

Así, entre los aspectos más criticables del nuevo régimen cabe puntualizar:

a) la prescripción que impide indemnizar el lucro cesante cuando el contratista no acepta las modificaciones propuestas por la Administración, que superan los topes admitidos. (17) Es evidente que ello altera la estabilidad contractual y la seguridad jurídica al crear una regla injusta que carga sobre el contratista los daños que le irroga la lesión a sus derechos contractuales por decisiones adoptadas unilateralmente en función del interés público. Este precepto no sólo conculca el derecho de propiedad (art. 17 CN) sino el principio de igualdad (art. 16 CN) al hacerle soportar, de un modo desigual, los perjuicios provocados por la rescisión del contrato;

b) el régimen de la revocación con fundamento en razones de interés público, en cuanto excluye la indemnización por lucro cesante (18) lo cual resulta inconstitucional y actualmente incompatible con la jurisprudencia de la Corte sentada en el caso "Jacarandá". (19) De todas maneras, aparte de que la revocación por razones de interés público es una técnica que no armoniza con la regla de que los contratos se celebran para ser cumplidos porque son la *lex inter partes* (siendo más propio aplicarla en el ámbito del acto administrativo unilateral o bilateral en sus efectos, que es, en rigor, de donde proviene), como esta especie de extinción posee idéntica *ratio juris* que la expropiación se requiere, en todos los supuestos, el dictado de una ley declarativa de la utilidad pública y un procedimiento reglado para cumplir con el recaudo de la previa indemnización, conforme a lo prescripto en el texto constitucional (art. 17 CN).

Como es obvio, al ser la norma que regula la revocación por razones de interés público producto del ejercicio de una potestad delegada que le corresponde privativamente al Congreso, resulta inconstitucional delegar una atribución legislativa en forma genérica, sin determinar el plazo para su ejercicio y la determinación concreta de la declaración legislativa, como lo exige la ley de expropiaciones. (20) Esta objeción no nos parece que pueda

cubrirse apelando al argumento de la prórroga genérica de la vigencia de las delegaciones que dispuso la Ley 25.148 (21), ya que una ley no puede soslayar el cumplimiento de normas constitucionales que, en el caso, son tan claras como taxativas y se encuentran por encima de las leyes.

En suma, resulta inconveniente para la seguridad jurídica y el principio de transparencia, que se interprete que las prerrogativas del RCAN revisten carácter absoluto y discrecional, incluso por encima de las garantías constitucionales, permitiendo la consumación de actos susceptibles de provocar la confiscación de derechos patrimoniales y contribuyendo a instrumentar herramientas que, en manos de funcionarios deshonestos o incapaces, favorecen la corrupción o la ineficiencia en el seno de la Administración y de los otros poderes del Estado.

c) la fórmula prescripta para la aplicación directa de los preceptos de la LNPA sobre el acto administrativo al contrato administrativo que, en cualquier caso, ha de limitarse a lo que "fuera pertinente", como expresa la norma (art. 7º LNPA). Esta regulación hermenéutica termina reconduciendo el problema interpretativo a una aplicación analógica y no directa o subsidiaria de las normas que regulan el acto administrativo.

d) la mención del contrato de compra-venta en la nómina de los contratos administrativos en razón del objeto (art. 4º inc. a).

Como regla general, el art. 1º, dec. 1023/2001 (Adla, LXI-D, 4144), establece la presunción de que toda contratación que realice la Administración Nacional (y por extensión los demás poderes del Estado) se presume de índole administrativa, "salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado".

Esta norma implica establecer, para el contrato que no se presume administrativo, una categorización privada que se apoya en la sustancia o fin del acuerdo, en la medida en que los objetivos que se persiguen, en forma inmediata, difieren de los que se procuran en el ámbito de las contrataciones regidas totalmente por el derecho público. Consecuentemente, este paralelismo de figuras conduce a que, para excluir una determinada materia en razón de su sustancia (el precepto utiliza la frase "salvo que de ella", lo cual, obviamente, traduce un criterio material), la determinación del carácter administrativo del contrato no puede hacerse de otra manera que basándose en un criterio similar que permita la comparación, esto es, acudiendo al análisis del objeto o fin del contrato sobre la base de la función administrativa y de las operaciones que constituyen el giro o tráfico que la tipifica.

Veamos ahora cómo juega esa presunción y su excepción de cara al precepto contenido en el art. 4º, RCAN, el cual, al enunciar los contratos comprendidos en el régimen, incluye tanto los contratos administrativos como los regidos parcialmente por el derecho privado (contratos mixtos o de objeto privado) en tanto no resulten expresamente excluidos.

Sin embargo, la última parte del art. 1º, RCAN, tiene que guardar sentido y coherencia dentro del régimen para tener operatividad, ya que no es correcto interpretar que resulta derogado —en ese aspecto— por el art. 4º, RCAN. En tal sentido, el régimen debe aplicarse a todos los contratos que celebran los órganos del llamado sector público en los siguientes aspectos:

a) en cuanto al procedimiento que rige la selección de los contratantes (22), al prescribirse el principio de la licitación pública o concurso público como regla general;

b) en la aplicación de principios comunes que rigen la contratación en el ámbito de la Administración Pública Nacional, tales como el de concurrencia, competencia entre oferentes, razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido, transparencia en los procedimientos, publicidad y responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que gestionen, autoricen o aprueben las contrataciones (23), todo lo cual configura la llamada "zona común" de la contratación estatal;

c) en lo inherente a las normas que regulan el concepto jurídico que el RCAN denomina "anticorrupción", las cuales se aplican indistintamente cualquiera fuera la condición jurídica del contrato de la Administración o el grado de injerencia del derecho público;

d) en los preceptos que reglamentan las contrataciones electrónicas. A su turno, cabe preguntarse si el régimen

exorbitante (24) —que contiene distintas prerrogativas de poder público— se aplica a los contratos de objeto privado. (25)

Al respecto, las prerrogativas del régimen exorbitante tienen necesariamente que acotarse a los llamados contratos administrativos, pues, de otra manera, el principio enunciado en el art. 1º, última parte, RCAN, quedará desprovisto de vigencia, ya que no habría ninguna distinción de régimen jurídico en los contratos que celebra la Administración Pública, los cuales estarían sometidos a un régimen jurídico unitario.

Una interpretación contraria sería incompatible con la última parte del mencionado art. 1º que consagra la posibilidad de que se celebren contratos sometidos a un régimen jurídico de derecho privado, aunque esta aplicación sea parcial y su grado varíe en cada contrato. En otros términos, las prerrogativas del régimen exorbitante son una nota típica del derecho público, no extensibles sin más a los contratos de objeto privado, por cuya razón no integran la denominada "zona común de la contratación administrativa". Esta es también la tendencia que se advierte en el derecho comparado. (26)

Confirma esa interpretación la circunstancia de que la cláusula del art. 1º es específica y presenta una regulación más precisa que la enunciación genérica de los contratos comprendidos en el art. 4º.

De otra parte —y esto es lo más importante—, para el caso de que el art. 1º se interpretara en sentido inverso, éste quedaría desprovisto de aplicación, contrariando la regla que indica que la interpretación más razonable es la que permite la coexistencia de regímenes jurídicos diferentes, sin perjuicio de las variaciones que refleje cada contrato en punto a la mayor o menor proporción de elementos públicos o privados en su régimen jurídico, lo cual puede plantearse, particularmente, en los llamados contratos atípicos, en los que se combinan elementos de ambas ramas jurídicas, como por ejemplo el contrato de construcción de una obra pública con un fideicomiso o un contrato de préstamos mercantil.

En suma, mención de la compra-venta entre los contratos administrativos no pasa de ser una prescripción arbitraria, carente de razonabilidad, que encuentra su fundamento en el mero capricho del legislador, porque el objeto de esta clase de contrataciones no pertenece al giro o tráfico de la Administración cuya finalidad no radica en la venta de muebles o inmuebles. Este objeto contractual pertenece al tráfico privado y su regulación corresponde al Código Civil como ordenación del derecho de fondo (art. 75, inc. 12 C.N.), sin perjuicio, como ya se dijo, del procedimiento común de selección del contratista que imponen la Constitución y el derecho administrativo.

La mencionada norma (art. 4º, inc. a) del decreto 1023/2001) debe reputarse un absurdo legislativo, contrario a la naturaleza privada de la compra-venta y al sistema del propio RCAPN, correctamente interpretado. Su inconstitucionalidad deviene tanto del precepto del art. 19 de la C.N. (ya que cuando prescribe nadie está obligado a obedecer lo que no manda la ley, cabe interpretar que ello es así en tanto ella sea legítima, es decir razonable y no arbitraria) como del art. 43 que contiene el principio de interdicción de arbitrariedad (27), otorgando acción al administrado para atacar e incluso suspender la aplicación de una norma que adolece de una arbitrariedad tan manifiesta.

V. Reflexiones a modo de conclusión

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

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. 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 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 públicas (28) (aunque en gran parte no sea vinculante) y de últimas, por la aplicación de los principios generales que contienen los tratados internacionales incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22 C.N.) 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, como acaba de reconocerlo nuestro más Alto Tribunal.

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.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

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

(2) 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", 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.

(3) 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.

(4) 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, São Paulo, 2011, pp. 125-130.

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

(6) Véase: MORENO MOLINA, Juan Antonio, "Derecho global de la Contratación Pública", Ed. Ubijos, México, 2011, p. 37 y ss.

(7) 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 p. 113 y ss.

(8) Como la revolución francesa provocó la ruptura de los lazos inter-individuales de la sociedad, fue necesario que el Código Civil restableciera la fidelidad de los contratos, además de otras instituciones fundamentales. Tal fue el sentido que tuvo la regla establecida en el art. 1134 del Código Civil francés (similar a nuestro artículo 1197) que lejos de consagrar el principio de la autonomía de la voluntad, estableció positivamente el antiguo *pacta sunt servanda*, asignándole la jerarquía de ley especial entre las partes signatarias del acuerdo; ampliar en MARTIN, Xavier, "Fundamentos políticos del Código Napoleón", en AAVV, "La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón", t. I. Educa, Buenos Aires, 2003, p. 157 y ss.

(9) Esta teoría vino a compensar el ejercicio del *ius variandi*; vid por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 10ª ed., Civitas, Buenos Aires, 2000, p. 733 y ss.

(10) Para Marienhoff, uno de los primeros juristas argentinos que abordó integralmente este tema, la faz reglamentaria integra la parte exorbitante del contrato; MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-B, 2ª ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 595 y ss.

(11) 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 ED, 100-899.

(12) 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.

(13) Vid: CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, t. I, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011-733 y ss.

(14) Como apuntó COVIELLO con cita de González Navarro en el discurso inaugural de las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral pronunciado el 17/05/2006 celebradas en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira.

(15) Véase: GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Administración Pública y Libertad", Méjico 1971.

(16) CASSAGNE, Juan Carlos, "La categorización legal de las contrataciones de la Administración Nacional", REDA N° 49, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 701 y ss.

(17) Art. 54, inc. f) LOP. Obsérvese que ni siquiera Gordillo, que últimamente ha programado, en gran parte, la concepción francesa de Jèze para interpretar las prerrogativas de la Administración en las concesiones de servicios públicos, ha sostenido semejante principio; véase al respecto GORDILLO, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, t. 1, 5ª ed., FDA, Buenos Aires, 1998, pp. XI-89-90.

(18) Art. 12, inc. b RCAPN.

(19) In re "El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional s/juicio de conocimiento", 28/07/2005, Fallos, 328 (2005).

(20) Art. 5º primera parte, de la ley 21.499 (Adla, XXXVII-A, 84). En cambio, la declaración genérica de la utilidad pública resulta excepcional y se vincula a los proyectos o planes urbanísticos de ejecución diferida (art. 5º, segunda parte, ley cit.).

(21) Como lo sostienen ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana - DIEZ, Horacio Pedro, "Perfiles de la contratación administrativa a la luz del decreto 1023/2001", REDA n° 44, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 72.

(22) Cfr. Art. 24, primera parte, RCAN.

(23) Cfr. Art. 3º, RCAN. La última parte de esta norma preceptúa que "(d)esde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden". A su vez, la Ley de Ética Pública 25.188 prescribe, entre los deberes de los funcionarios públicos, el de observar en las contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (art. 2º, inc. h).

(24) Prescripto en el art. 12, RCAN.

(25) La existencia de los contratos regulados por el derecho privado, que prescribe el RCAN, conforme a la

tesis que venimos sosteniendo a nivel doctrinario siguiendo a Marienhoff y Bielsa, ha sido reconocida en trabajos posteriores; véase: ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana - DIEZ, Horacio P., "Perfiles...", cit., p. 55.

(26) Cfr. Art. 194, LCAP de España (30/2007).

(27) Cfr. JEANNERET de PÉREZ CORTES, María, op. cit. p. 147.

(28) Ver: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., op. cit., p. 97 y ss.