

II. EXTRANJERO

LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

(Distintas categorías y regimenes jurídicos)

SUMARIO: I. LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.—II. NECESIDAD DE UNA TEORÍA INTEGRAL E INEXISTENCIA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO UNITARIO.—III. EL CONTRATO COMO CATEGORÍA GENÉRICA Y ACTO JURÍDICO.—IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: DISTINTOS CRITERIOS DE CARACTERIZACIÓN. 1. *Criterios del sujeto, de la jurisdicción aplicable y de la forma del contrato.* 2. *La voluntad de las partes y la calificación legislativa.* 3. *El servicio público y la utilidad pública como criterios determinantes del contrato administrativo en razón de su objeto.* 4. *Las cláusulas exorbitantes.* 5. *Otros criterios.* 6. *Nuestra opinión.*—V. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—VI. EL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO.—VII. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN REGLADOS PARCIALMENTE POR EL DERECHO PRIVADO.

I. LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

El crecimiento cuantitativo y cualitativo que se opera en los cometidos del Estado encuentra su explicación en las profundas transformaciones que se vienen produciendo en el plano social, político y económico como respuesta al correlativo aumento de las necesidades del hombre como integrante de la comunidad.

Los reclamos tendientes a satisfacer dichas necesidades generan todo un proceso en constante evolución que rompe en forma radical con el principio de no injerencia que regía al Estado liberal y abstencionista—al menos en países con sistemas institucionales semejantes al nuestro—, proceso que tiene por eje central a la Administración pública por la sencilla razón que constituye el instrumento para atender las necesidades que los hombres sienten como integrantes de la comunidad en forma permanente, inmediata y concreta, todo ello orientado hacia la realización del bien común, que constituye el fin del Estado (1).

(1) En nuestro concepto, el aspecto teleológico de la llamada concepción objetiva sobre la función administrativa debe referirse a la realización del bien común, que es la causa final o fin del Estado. Así, la función administrativa debe procurar el bien común, aunque reconocemos que este último también se realiza a través de otras actividades del Estado (v. gr., la gestión económica regida en gran parte por el derecho civil y comercial), cuyos regimenes jurídicos son diversos y requieren un tratamiento separado. Este es el principal sentido de nuestra discrepancia con nuestro distinguido discípulo el doctor BARRA (*Cogestión administrativa y autoadministración*, pp. 28 y ss., en «Revista Universitas» núm. 33, Buenos Aires, 1974) disidencia que no consideramos sustancial. Sobre el Bien común como causa final del Estado afirma SAMPAY lo siguiente: «El concepto de *Bien común* es complejo desde que implica la idea de bien y la de común; la primera

Pero como el bien común se desarrolla, determina y conforma de acuerdo al destino histórico de cada comunidad, ocurre que aun cuando exista una fundamentación idéntica, el mismo sufre variaciones al concretarse en cada momento histórico, variando de Estado a Estado (2).

Esta última afirmación es realmente decisiva para ponderar si la asunción por parte de la Administración pública de ciertas actividades responde a las exigencias históricas, políticas, económicas y sociales del hombre como integrante de una determinada comunidad, sin afectar el principio de la suplencia o subsidiaridad, que ha sido considerado un principio jurídico básico del derecho natural, cuya aplicación tiene fundamental importancia para justificar las normas de actuación y atribuciones del Estado (3).

Así es como aparecen al lado de las clásicas funciones del Estado (Policía o Intervención, Servicios Públicos y Fomento) la actividad denominada gestión económica por medio de la cual el Estado actúa en forma parcial en el campo del derecho privado, utilizando sus técnicas y sus instituciones, organizándose muchas veces bajo la forma de empresa industrial o comercial (4).

En forma paralela a la injerencia del Estado en la actividad industrial y comercial—con respecto a las típicas actividades administrativas—se van plasmando consciente (5) o contrariando algunos sistemas considerados tradicionales en algunos países como el denominado del *rule of law* (6), un conjunto de instituciones y técnicas de derecho administrativo que hacen posible al Estado de nuestros días disponer de las prerrogativas y facultades suficientes para actuar e intervenir a fin de realizar el bien común o interés público (7).

significa el perfeccionamiento del hombre; la segunda proviene de que el bien ha de ser distribuido y participado por todos los miembros del Estado proporcionalmente a sus aptitudes y a su condición...» (*Introducción a la Teoría del Estado*, p. 417, seg. ed., Buenos Aires, 1964).

(2) SAMPAY, Arturo Enrique, *op. cit.*, p. 419; BARRA, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, p. 26.

(3) MESSNER, Johannes: *Ética Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural*, p. 336, Madrid, 1967.

(4) Véase VILLAR PALASÍ, José Luis: *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo* núm. 3 de esta REVISTA, p. 63. Para nosotros, la actividad económica aunque no constituye una función administrativa en sentido estricto, debe ser estudiada por el Derecho Administrativo; por cuanto el derecho público estatuye derogaciones a las normas privatísticas a su vez como actividad del Estado debe propender al bien común. Es una demostración más de que el Derecho Administrativo es una categoría histórica (Conf. CASSAGNE, Juan Carlos: *El Acto Administrativo*, pp., 70-71, Buenos Aires, 1974).

(5) En aquellos países de régimen administrativo como los de Europa continental, principalmente Francia, España, Italia y Alemania. Nuestro país se halla enrolado por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en el sistema de «régimen administrativo» (CASSAGNE, Juan Carlos: *La ley nacional de procedimientos administrativos*, Revista «El Derecho», t. 42, p. 846). Tal afirmación ha sido compartida por MUÑOZ («Naturaleza de los plazos establecidos por la Ley 19.549 para la impugnación judicial de los actos administrativos» en «RADA» núm. 5, p. 37. Véase también ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho Administrativo*, pp. 39 y ss., Madrid, 1970).

(6) Véase WADE H. W. R.: *Derecho Administrativo*, pp. 10 y ss., trad. del inglés, Madrid, 1972, y Estudio Preliminar que sobre dicha obra realiza PÉREZ OLEA (*op. cit.*, pp. VIII y siguientes).

(7) Esta asimilación entre Bien común e interés público la realizamos en un sentido práctico y convencional y con tal alcance la hemos efectuado anteriormente (*El Acto Administrativo*, p. 222). En la misma postura: PEARSON, Marcelo M.: «Cosa

Sin embargo, la existencia de prerrogativas de poder público a favor de la Administración no es un obstáculo para el establecimiento de un justo y eficaz sistema de garantías para el particular o administrado, que trate de alcanzar una conciliación entre los derechos individuales con los de la comunidad, o los que el hombre tiene reconocidos por estar adscrito a ella.

Surge así la concepción del Estado social de Derecho que nos muestra un Estado esencialmente realizador de la justicia social, quien reparte dentro de reglas jurídicas, es decir, en el marco de la Constitución y de la normativa vigente (leyes y reglamentos). Este sistema no implica la afirmación de una tendencia hacia el absolutismo estatal y al cercenamiento de los derechos individuales, sino que procura armonizar su goce y ejercicio con los requerimientos de la comunidad, juzgados de acuerdo al momento histórico en que se establece un determinado orden de repartos (8). No se trata tampoco de suprimir algunas de las clásicas especies de la justicia: general o legal, distributiva y conmutativa (9), sino de estructurar un justo orden de repartos, que para nosotros se realiza fundamentalmente en la concepción humanista y cristiana dentro del Estado social de Derecho (10).

Las instituciones y técnicas de la contratación de la Administración pública no pueden permanecer ajenas al proceso que hemos descrito al recibir la influencia sucesiva de los hechos históricos y sociales que dan origen a la intervención estatal en la vida económica y al actual Estado prestacional y concertados de intereses en el campo social.

Si a ello se le añade todavía que muchos de los instrumentos utilizados caen pronto en desuso por el impacto que ocasiona la revolución tecnológica a que asistimos (11), recién entonces se comprende en toda su magnitud y trascendencia la labor del jurista y del hombre de Estado, que al advertir las nuevas y cambiantes exigencias tiene que acudir a su imaginación para proyectar nuevas normas o renovar las existentes a fin de adaptarlas a la realidad en la cual éstas deben operar.

juzgada administrativa e interés público», Revista «La Ley», t. 154, p. 803. Comparar también Goloschmidt WERNER, *Introducción Filosófica al Derecho*, p. 385, Buenos Aires, 1973.

(8) Conf. Goloschmidt WERNER, *op. cit.*, p. 16.

(9) Sobre las distintas formas de justicia: PIEPER, Josef: *Justicia y Fortaleza*, pp. 78 y ss., Madrid, 1968; CASARES, Tomás D.: *La justicia y el Derecho*, pp. 47 y ss., seg. ed., Buenos Aires, 1948.

(10) Goloschmidt WERNER, *op. cit.*, p. 375. Para este autor el llamado *Estado de Derecho Social* no es sino el Estado de Derecho bajo el «Régimen de justicia». Véase también respecto del Estado y Derecho: SAMPAY, Arturo Enrique, *op. cit.*, pp. 415-416.

(11) COTTA, Sergio: *El desafío tecnológico*, pp. 13 y ss. Buenos Aires, 1970, Ed. Eudeba. Sostiene este autor que la actual situación o edad tecnológica se caracteriza por una verdadera provocación a la naturaleza donde la energía tecnológica se ha convertido en fuente originaria de la propia técnica (*Op. cit.*, p. 43). En sentido similar expresa GALERAITH que la más visible de las transformaciones de la vida económica ha sido «la aplicación de una tecnología, cada vez más intrincada y refinada, a la producción de cosas» *El nuevo estado industrial*, p. 17, trad. castellana, Barcelona, 1970.

II. NECESIDAD DE UNA TEORÍA INTEGRAL E INEXISTENCIA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO UNITARIO

Para realizar los cometidos estatales la Administración pública actúa en el campo contractual utilizando técnicas que difieren en función precisamente al grado y naturaleza de las facultades y prerrogativas que tiene a su favor conforme al ordenamiento jurídico y a los requerimientos de justicia que ella persigue.

Aun dando por totalmente superada en este estudio del Derecho administrativo nacional y extranjero la postura negatoria de la existencia de los contratos administrativos (12) no obstante la autoridad de quienes la sostuvieron (13) debemos enfrentar una serie de problemas originados ante la falta de una concepción integral sobre los contratos de la Administración que recepte la realidad actual y el curso de la evolución que sin duda habrá de operarse en este terreno.

La primera observación general que puede formularse radica en la presencia de dos grandes sectores de contratos de la Administración pública: contratos administrativos e interadministrativos—por un lado—y contratos parcialmente regidos por el Derecho civil o comercial en punto a su objeto—por el otro—. Tanto los contratos administrativos como los interadministrativos se rigen por el derecho público administrativo en la especie, no obstante, la posibilidad de aplicarle las normas del Código Civil pero adaptándolas siempre a la peculiar naturaleza publicística del contrato administrativo (14). En cambio, en los contratos de la Administración, parcialmente reglados por el Derecho privado, las normas del Derecho privado se aplican en su plenitud a los aspectos del contrato que regula en Derecho civil o comercial (principalmente en punto al objeto) y la Administración carece de prerrogativas de poder público (en materia de modificación, ejecución-rescisión, etc.).

Otra distinción fundamental que corresponde señalar también es la relativa a la caracterización del contrato interadministrativo o

(12) BERCAITZ, Miguel Angel: *Teoría General de los Contratos Administrativos*, pp. 118 y ss., Buenos Aires, 1952; MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, pp. 21 y ss., Buenos Aires, 1970; Díez, Manuel María: *Derecho Administrativo*, t. II, pp. 435 y ss., Buenos Aires, 1965; FIORINI, Bartolomé A.: *Manual de Derecho Administrativo*, t. 1, pp. 409 y ss., Buenos Aires, 1968; DROMI, José Roberto: *Contratos de la Administración, Régimen jurídico unitario*, en J. A. de fecha 28 de marzo de 1974, pp. 2 y ss. Para un examen completo de esta cuestión nos remitimos a: ENTRENA CUESTA, Rafael: *Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración* en el núm. 24 de esta REVISTA.

(13) RANELLETTI, Oreste: *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.ª ed., páginas 139 y ss., Milán, 1945; ALESSI, Renato: *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, pp. 263 y ss., trad. de la tercera ed. italiana, Barcelona, 1970, quien admite empero los contratos entre entes públicos (pp. cit., p. 265).

(14) Sobre la aplicación de normas privadas por el procedimiento de la analogía al derecho administrativo nos remitimos a lo expuesto en nuestro *Acto Administrativo*, pp. 51-52, Buenos Aires, 1974, donde distinguimos la aplicación subsidiaria de la analógica, siguiendo a Goloschmidt.

contrato entre entes públicos como lo designa la doctrina italiana (15), cuyo régimen jurídico difiere del de los contratos administrativos, al carecer la Administración de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, donde prevalece el principio de la cooperación y unidad de acción del Estado.

Finalmente, en el campo típico del contrato administrativo, se impone la clasificación entre contratos de colaboración y de atribución, cuyos regímenes jurídicos—si bien todavía no han alcanzado un esclarecimiento y desarrollo adecuados—ostentan modalidades y características que admiten una diferente categorización dentro de la especie contrato administrativo.

Como resumen de esta introducción podemos entonces apuntar que el contrato de la Administración (desde el punto de vista del sujeto administrativo) incluye distintas categorías: a) contratos administrativos; b) contratos parcialmente regidos por el Derecho privado, y c) contratos inter-administrativos, cuyas notas esenciales procuraremos precisar en este trabajo.

III. EL CONTRATO COMO CATEGORÍA GENÉRICA Y ACTO JURÍDICO

El punto de partida de la sistematización que pretendemos formular es el reconocimiento de la categoría jurídica genérica del contrato al cual podríamos definir como todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones destinado a producir efectos jurídicos (16), que resulta aplicable tanto a los contratos de Derecho privado, como a los de Derecho público.

Para BIELSA, hay identidad conceptual desde el punto de vista jurídico entre ambas clases de contrato y las diferencias que la doctrina pretende encontrar no son exclusivas de los contratos de Derecho público (Ej., desigualdad de las partes), sino que también se encuentran en los contratos de Derecho privado (17).

En el mismo sentido, BERCAITZ sostiene que «el contrato no es una figura exclusiva del Derecho privado. Existe también el de Derecho administrativo, con elementos comunes al contrato de Derecho privado, pero con elementos diferentes que derivan de su contenido, de su fin, de los intereses distintos que afecta y de su régimen jurídico propio» (18).

(15) ALESSI, Renato: *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, segunda ed., pp. 274 y ss., Milán, 1958.

(16) LAUBADÈRE, André de: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, pp. 7-8; París, 1956, quien sostiene que la frase «acuerdo de voluntades generador de obligaciones» es una definición del contrato que vale para todas sus variedades y que se aplica tanto a los contratos de la Administración como a los que celebran los particulares. Comparar: BERCAITZ, Miguel S., *op. cit.*, p. 111.

(17) BIELSA, Rafael: *Derecho Administrativo*, t. II, p. 173, nota *in fine*, sexta ed., Buenos Aires, 1964.

(18) BERCAITZ, Miguel Angel: *op. cit.*, p. 108.

Sin embargo, el hecho de que constituya el contrato una categoría histórica genérica —comprensiva de distintas variantes— no impide que desde otro plano clasificatorio sea a su vez una especie del acto jurídico. De esta manera así como en el campo del Derecho público, el contrato administrativo es una de las especies del acto administrativo.

Entre nosotros, GORDILLO ha opinado que el acto administrativo y el contrato administrativo trasuntan instituciones diversas por cuanto existe una imposibilidad práctica, científica y metodológica para efectuar un análisis de conjunto sobre ambos tipos de actos (19).

En realidad, hay que recordar que esta cuestión se hallaba originariamente vinculada a la postura que negaba la existencia de contratos en el campo del Derecho público, desconociendo la trascendencia que actualmente se le reconoce a la voluntad del administrado en un acuerdo con la Administración.

Fuera de ello, lo cierto es que la mayoría de los autores partidarios del acto administrativo unilateral, cuando tratan la teoría del contrato administrativo, admiten implícitamente un concepto amplio de acto administrativo, por cuanto no formulan una teoría propia y específica de la invalidez, vicios, régimen de extinción, etc. (20).

La circunstancia que el Decreto-ley 19549/1972, vigente en el orden nacional, haya establecido que sus normas son aplicables en principio a los actos administrativos unilaterales y sólo a los contratos por analogía (21) constituye una orientación del Derecho positivo que sólo señala la aplicabilidad directa de sus disposiciones a una de las especies del acto administrativo: el acto administrativo unilateral en su formación (22), pero de ninguna manera traduce una definición doctrinaria. Desde otro punto de vista, si el contrato constituye una categoría genérica (23) que a su vez constituye parte del concepto de acto jurídico no puede sostenerse sin contradicciones que pueda aislarse totalmente el acto administrativo que es un acto jurídico en definitiva.

IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON LOS CONTRATOS CIVILES

La noción del contrato administrativo ha evolucionado con el tiempo a medida que las distintas concepciones formuladas han ido per-

(19) GORDILLO, Agustín A.: *El acto administrativo*, segunda ed., pp. 106-107, Buenos Aires, 1969; a quien sigue DROMI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, pp. 187-188, Buenos Aires, 1973.

(20) Un ejemplo de nuestra afirmación puede verse en: DROMI, José Roberto: *Instituciones...*, pp. 358 y ss.; GORDILLO, Agustín A.: *El derecho administrativo de la economía*, pp. 333 y ss., Buenos Aires, 1967.

(21) Artículo 7.º, Decreto-ley 19549. En contra DROMI, José Roberto, *op. cit.*, p. 187; GORDILLO, Agustín A.: *Acto, reglamento y contrato en la Ley 19549 en "RADA"* núm. 3, p. 15, Buenos Aires, 1972.

(22) Sobre la unilateralidad o bilateralidad en la formación y efectos véase MARIENHOFF, Miguel S.: *op. cit.*, t. II, pp. 230 y ss.

(23) Conf. DROMI, José Roberto: *Contratos de la Administración...*, pp. 3-5, y BORDA, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, t. II, p. 85.

diendo vigencia como consecuencia de su inaplicabilidad para resolver las situaciones diversas que planteaba la realidad, en los países con sistemas jurídicos similares al nuestro.

Muchos son los criterios que se han dado en la doctrina y en la jurisprudencia, los principales van desde el sujeto, la jurisdicción, la forma, el objeto, hasta culminar con el criterio de las cláusulas exorbitantes.

1. *Criterios del sujeto, de la jurisdicción aplicable y de la forma del contrato.*

Los criterios del sujeto y la jurisdicción resultan fácilmente desechables. El primero, por cuanto la presencia de la Administración no basta para calificar un contrato como administrativo, pues ésta, aparte que puede acudir a formas y técnicas de contratación privada, celebra también contratos con otras entidades estatales descentralizadas que no ostentan un régimen jurídico similar. La jurisdicción aplicable tampoco sirve para calificar la naturaleza del contrato, sino que la llamada jurisdicción contencioso-administrativa es consecuencia de esa disímil naturaleza de los contratos que celebra la Administración (24).

Tampoco convence el criterio de la forma sostenido en la antigua doctrina española (25), ya que cuando la Administración pública celebra un contrato parcialmente reglado por el derecho privado pueden ser de aplicación los requisitos formales del Derecho público (26) sin perjuicio de la mayor o menor aplicación del principio de la libertad formal, cuando la elección de la forma fuera discrecional para la Administración pública.

2. *La voluntad de las partes y la calificación legislativa.*

En cuanto a si las partes en un contrato administrativo pueden atribuir tal condición jurídica al acuerdo contractual mediante su voluntad, creemos con MARIENHOFF que ella no es idónea por sí para asignarle tal condición (27), puesto que en definitiva todo dependerá de la naturaleza del contrato y su régimen jurídico.

La calificación legislativa como criterio determinante del concepto de contrato administrativo—con independencia de su naturaleza—

(24) ENTRENA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, pp. 61-62; MARIENHOFF, Miguel S.: t. III-A, página 46 y ss.; BERCAITZ, Miguel Angel, *op. cit.*, pp. 170-172.

(25) FERNÁNDEZ DE VELASCO RECAREDO: *Los contratos administrativos*, p. 12, Madrid, 1927.

(26) Véase ENTRENA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, pp. 60-61; BERCAITZ, Miguel Angel, *op. cit.*, p. 173; Los criterios de distinción fundados en el sujeto, la jurisdicción aplicable y en forma no son considerados por LAUBADÈRE quien se refiere a tres: a) la calificación legal, b) voluntad de las partes, y c) el objeto LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, pp. 33 y ss.

(27) MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-A, p. 49.

puede surgir expresamente o en forma implícita. Lo primero ocurrirá cuando la norma legal prescriba que determinados contratos revisten carácter administrativo; lo segundo, en los supuestos en que se estatuya la jurisdicción contencioso-administrativa para dirimir la controversia (28).

Como expresa BERCAITZ, «tales contratos no son evidentemente contratos de Derecho privado, por cuanto en su ejecución y efectos no están sometidos a las normas que rigen los contratos de Derecho privado, sino que, por el contrario, los regulan los mismos principios que gobiernan los contratos administrativos. Son, por lo tanto, verdaderos contratos administrativos, pero no por su naturaleza, sino por disposición expresa de la Ley» (29).

3. *El servicio público y la utilidad pública como criterios determinantes del contrato administrativo en razón de su objeto.*

Durante muchos años, y aun hoy en Francia, la teoría del servicio público constituyó el eje central de la noción de contrato administrativo. Superada la antigua teoría que fincaba la caracterización del contrato administrativo en la distinción entre actos de autoridad y de gestión, aparece a principios del siglo la concepción que basaba el carácter del contrato en la circunstancia que el mismo tuviera por objeto la organización o el funcionamiento de los servicios públicos. Si bien con posterioridad aparece el criterio de la cláusula exorbitante (del que luego nos ocuparemos) que absorbe en gran medida al que se basaba —lo cierto es que a partir de 1956 (caso de los esposos Bertin resuelto por el Consejo de Estado la condición del servicio público)— vuelve a tener plena vigencia, al considerar que revestía naturaleza administrativa aquel contrato en el cual al co-contratante se le hubiera confiado la ejecución directa de un servicio público (30).

El criterio del servicio público es a todas luces inconveniente para centrar en él la noción conceptual de contrato administrativo, ya sea porque no existe acuerdo doctrinario acerca de los alcances ni amplitud del concepto (31), o bien, por la aparición de los llamados en Francia servicios públicos industriales o comerciales, que en principio se hallan sometidos a las reglas del Derecho privado (32).

(28) MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-A, p. 47.

(29) BERCAITZ, Miguel Angel, *op. cit.*, p. 211.

(30) BOQUERA OLIVER, José María: *La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española* en el núm. 23, p. 193, de esta REVISTA.

(31) Díez, Manuel María: *Derecho Administrativo*, t. III, p. 183 y ss., Buenos Aires, 1967; BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, p. 176; BERCAITZ, Miguel Angel, *op. cit.*, p. 178-182.

(32) LAUBADÈRE, Andre de, *op. cit.*, t. I, p. 61 y ss., para quien existe una presunción a favor del carácter de Derecho común de dichos contratos susceptible de ser destruida (*op. cit.*, t. I, p. 62 *in fine*).

En opinión de BIELSA, la prestación de utilidad pública constituye el objeto del contrato administrativo junto a la exigencia que uno de los sujetos de la relación sea la Administración pública (33). Sin embargo, fuera de lo impreciso de la noción de utilidad pública es evidente que muchos contratos administrativos (concesión de uso de un bien del dominio público) no persiguen fines de utilidad pública (34) y se encuentran dentro del ámbito de la función administrativa.

4. Las cláusulas exorbitantes.

La insuficiencia que portaba la teoría del servicio público para constituir el criterio determinante de la noción de contrato administrativo provocó en la doctrina y jurisprudencia francesas la aparición de una corriente que al advertir la presencia en casi todos los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes al Derecho común, creyó encontrar en tal hecho la solución al problema de la caracterización del contrato.

La inserción de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por la Administración tenía la virtud de convertirlo en administrativo, ya que según la doctrina dominante en Francia, hacía presumir la intención de recurrir al régimen del contrato público y sólo en subsidio de ellas, la jurisprudencia apelaba al criterio del servicio público, exigiendo, en tales casos, que el co-contratante participara en forma directa en la gestión del servicio público.

¿Qué se entiende por cláusula exorbitante? Al respecto, observamos en la doctrina francesa algunas diferencias. Mientras para un sector las cláusulas exorbitantes son aquellas que son inusuales en el Derecho privado (35) para otro son las que de incorporarse a un contrato de Derecho privado resultarían ilícitas (36), no faltando quienes propugnen una noción amplia que comprenda tanto a las que serían ilícitas como a las inusuales en el ámbito de la contratación civil o comercial (37). Por su parte, PEQUIGNOT considera que cláusula exorbitante es aquella que tiene por objeto otorgar a las partes derechos o imponerles obligaciones extrañas por su naturaleza a las que son libremente consentidas por cualquiera, dentro del ámbito de las Leyes

(33) BIELSA, Rafael, *op cit.*, t. II, p. 172.

(34) BERCAITZ cita como ejemplo el contrato de publicidad en los vidrios de los quioscos instalados en calles o plazas que no persiguen un fin de utilidad pública y que sin embargo son administrativos (*op. cit.*, p. 185).

(35) VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, p. 643, París, 1961. Esta es también la opinión de LAUBADÈRE quien sostiene que se trata simplemente de una cláusula que resulta inhabitual en un contrato entre particulares. Señala además que la jurisprudencia francesa al respecto es por demás obscura, siendo en su opinión un principio o una regla técnica de derecho de los contratos administrativos que les imprime la marca de derecho público (*op. cit.*, t. I, pp. 91-93). Véase también: BENOIT, Francis Paul: *Le droit administratif français*, pp. 598 y ss., París, 1968.

(36) WALINE, Marcel: *Droit Administratif*, p. 572, París, 1973.

(37) RIVERO, Jean: *Droit Administratif*, p. 102, París, 1968. Es también la postura que adopta MARIENHOFF al acoger (en forma parcial) el criterio de la cláusula exorbitante (*op. cit.*, t. III-A, p. 75).

civiles o comerciales (38). Así serán cláusulas exorbitantes la prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato, de aplicar multas por sí y ante sí, etc. (39).

Entre nosotros el criterio de la cláusula exorbitante ha sido objeto de críticas sosteniéndose que de esa manera el contrato sería administrativo, según que las partes la incluyan o no (40). Desde otro punto de vista, en la doctrina española se ha afirmado que sería tanto como confundir causa con efecto, es decir, que las denominadas cláusulas exorbitantes aparecerían como una consecuencia de la naturaleza administrativa del contrato (41). Para nosotros ello no siempre acontece por cuanto se suelen introducir aún contratos que nada tienen de administrativos; pero, de todas maneras, la afirmación sería válida cuando la Administración actuara exclusivamente en el campo del Derecho público.

5. Otros criterios

Sin el propósito de agotar todas las posiciones doctrinarias que se debaten en torno de este problema, nos parece necesario referirnos someramente a las principales nociones que se han esgrimido últimamente en la doctrina argentina —algunas de las cuales tienen cierto parentesco—, como no puede ser de otra manera en el desarrollo evolutivo de toda disciplina —con las concepciones que hasta aquí hemos expuesto.

En tal sentido, Díez opina—siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA (42)— que los contratos administrativos se caracterizan por una modulación que es el resultado de una doble exigencia: *a)* las peculiaridades funcionales de la Administración como organización colectiva característica, y *b)* su actividad peculiar y propia (43). Tal modulación se señala, «se presenta con caracteres propios en el contrato administrativo, en cuanto a la prerrogativa de poder público con que cuenta la Administración en sus contratos administrativos, y que consiste en el privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva previa al conocimiento judicial, que impone al contratante la obligación de su cumplimiento inmediato, con la posibilidad de impugnarlo si está disconforme con su legalidad» (44).

En nuestro concepto, tal criterio sólo refleja una de las notas pe-

(38) PEQUIGNOT G. en «Juris Classeur Administratif», fase 500, p. 27, número 212, París, 1964, cit. por MONTORO PUERTO en la obra *Contratos administrativos atípicos*, p. 58, Madrid, 1969.

(39) Véase Díez, Manuel María: *Derecho Administrativo*, t. II, p. 447, Buenos Aires, 1965.

(40) BERCAITZ, Miguel Angel, *op. cit.*, pp. 189-191.

(41) ENTRENA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, pp. 63-84, quien cita en su apoyo la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA.

(42) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La figura del contrato administrativo*, en el núm. 41 de esta REVISTA, Madrid, 1963.

(43) Díez, Manuel María, *op. cit.*, t. II, pp. 452-455.

(44) Díez, Manuel María, *op. cit.*, t. II, p. 454.

culiars y propias del contrato administrativo cuyo régimen jurídico es, por otra parte, consecuencia de su naturaleza pública, por cuya causa es menester completar los aspectos de la noción para averiguar precisamente cuáles son los contratos que merecen o deben tener dicha modulación específica.

Distinta es la concepción que formula MARIENHOFF para quien los contratos que celebra la Administración tienen carácter administrativo por dos criterios principales: *a)* por razón de su objeto, y *b)* aun cuando no fueren «administrativos por su objeto», cuando contengan cláusulas exorbitantes expresas del Derecho privado (45).

El criterio de los fines específicos o propios del Estado para determinar cuando un contrato de colaboración (la prestación principal está a cargo del co-contratante) lo juzgamos demasiado restringido en el concepto que sustenta esta doctrina, entendiendo como fines propios o específicos del Estado aquellos que pueden surgir de los preceptos de la Constitución. En efecto, la legislación que el Congreso dicte en ejercicio de su competencia constitucional puede convertir en pública una actividad hasta entonces sometida a la iniciativa privada (desde luego que siempre con la finalidad de realizar el bien común) y como consecuencia de ello, los contratos de colaboración que se celebren serán administrativos, salvo que la Administración decida regularlos parcialmente en lo que hace a su objeto por el Derecho privado.

Aparte de ello, habría una mayor amplitud en la caracterización del contrato de atribución, que exige abandonar el criterio de los fines específicos o propios del Estado, habida cuenta de las exigencias de la realidad.

En cuanto al criterio de las cláusulas exorbitantes, le son aplicables en general las críticas que hemos transcrito precedentemente sin perjuicio de puntualizar que el mismo constituye una demostración más de la insuficiencia de los conceptos enunciados.

Por su parte, BERCAITZ define los contratos administrativos por su naturaleza, sosteniendo que son aquellos que celebra la Administración con un fin público, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, o bien, que aun cuando no se dieran esos supuestos, el legislador hubiera sometido a reglas de derecho público, exorbitantes del Derecho común (46).

Si el criterio de los fines públicos resulta incompleto en la medida en que no se puede abarcar aquellos supuestos tradicionalmente regidos por la contratación administrativa (v. gr. concesión de uso de un bien

(45) MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. III-A, pp. 54 y ss. Para este tratadista habrá contrato administrativo en razón de su objeto en dos casos: *a)* cuando tratándose de un contrato de atribución, la prestación determinante del mismo se refiere a un objeto que excluya la posibilidad de constituir materia de contrato entre particulares, sea por tratarse de un acuerdo contractual cuya finalidad sea exclusiva del Estado, o bien, que su objeto pertenezca al comercio de derecho público, y *b)* en los contratos de colaboración cuando la prestación fundamental se relacione directa o inmediatamente con las funciones específicas del Estado.

(46) BERCAITZ, Miguel Angel, *op. cit.*, p. 214.

del dominio público) el basado en la eventual afectación de una necesidad pública colectiva resulta nuestro más acertado en cuanto engloban una serie de casos cuya regulación escapa al Derecho privado (contrato que otorga a un particular el derecho de explotar con publicidad las veredas de las calles) que pertenecen al campo de la función administrativa.

La decisión legislativa puede ser idónea para caracterizar un contrato administrativo cuando ella concuerde con los principios y normas en que se asienta el derecho administrativo contemplando especialmente los requerimientos de la justicia; en caso contrario estaremos dentro de lo que se suele denominar la omnipotencia del legislador.

6. *Nuestra opinión*

El panorama que hasta aquí hemos descrito—en forma sintética por cierto—revela hasta qué punto existen dificultades en torno de una noción doctrinaria que sirva de base para el desarrollo de la teoría del contrato administrativo, pero demuestra también que existen una serie de coincidencias que merecen ser tenidas en cuenta como indicadores del Estado. Tales coincidencias versan en que se encuentra la cuestión acerca de la necesidad que una de las partes sea la Administración pública y en el reconocimiento de un régimen jurídico exorbitante del Derecho común.

Así, para que exista contrato administrativo, como acto administrativo que es en definitiva, se requiere que el acuerdo sea celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa (47), lo cual conduce a la institución de un régimen jurídico específico exorbitante del Derecho privado (en materia especialmente de ejecución y extinción). Habrá de esta manera contratos administrativos en el ámbito de los tres órganos en que se distribuye el poder estatal: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

La existencia de cláusulas exorbitantes, que depende de la voluntad de las partes, especialmente de la Administración, no es de por sí decisiva para caracterizar el contrato administrativo, pues pueden hallarse presentes aún en los contratos parcialmente reglados por el Derecho privado (en punto a su objeto) que, como veremos seguidamente, tienen una regulación jurídica distinta.

El criterio de la Administración pública en sentido material que utiliza un régimen jurídico exorbitante es lo que precisamente permite

(47) Utilizamos aquí el concepto material u objetivo sobre función administrativa cuyas notas esenciales son la concreción, continuidad e inmediatez para satisfacer mediante un régimen de Derecho público las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran con la finalidad de alcanzar el bien común. Sobre los distintos criterios que se han dado respecto de la noción de Administración pública o función administrativa nos remitimos a nuestra obra *El Acto Administrativo*, pp. 60 y ss., Buenos Aires, 1974.

distinguir dicha función de la actividad industrial o comercial del Estado, también llamada gestión económica, donde la Administración acude a las instituciones y técnicas de la contratación privada.

Desde luego que el concepto de función administrativa es esencialmente dinámico e históricamente variable en cuanto debe graduarse de conformidad al ordenamiento jurídico-legal de cada país, pero ello no quita la utilidad de seguirlo utilizando como centro de referencia, unido a la existencia de un régimen en el que se reconozcan en forma orgánica y sistematizada las prerrogativas de poder público que tiene la Administración a su favor (ejemplo, modificación unilateral del contrato). La presencia o no de este régimen exorbitante no depende de la voluntad de las partes, pues existe con independencia de la voluntad de someterse al mismo, sin perjuicio de que la Administración puede celebrar, cuando el ordenamiento lo admita, un contrato parcialmente reglado por el Derecho privado, donde tal regulación estará ausente, en principio. No debe confundirse en consecuencia «régimen exorbitante» con cláusula exorbitante, la cual sí depende de la voluntad de quienes contratan.

También es necesario distinguir el contrato administrativo de otra categoría de contratos: el inter-administrativo, donde las partes son personas jurídicas públicas y la relación que se da es la de una cooperación sin prerrogativas exorbitantes—no obstante que ostenten un régimen particular y especial de Derecho público.

Finalmente, una característica también esencial que acusa la presencia de la Administración pública que se deriva de la potestad que ella tiene reconocida para unilateralmente crear vínculos obligatorios con relación a terceros, es la posibilidad que existe en los contratos administrativos—contrariamente a lo que acontece en el campo de la contratación privada—de producir efectos jurídicos en la esfera de terceros ajenos al vínculo contractual.

Las razones expuestas nos llevan a la conclusión que *contrato administrativo es todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del derecho privado, susceptible de producir efectos con relación a terceros.*

V. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Partiendo del concepto de contrato administrativo que hemos aceptado como doctrinariamente correcto podemos advertir que existen distintas modalidades dentro del género que conducen a la necesidad de marcar ciertas distinciones que hacen ya sea al diferente papel que en ellos cumple la Administración pública y el co-contratante en el campo de las prestaciones, o bien, a la tipicidad o no que ostentan los contratos administrativos.

a) *Contratos de atribución y de colaboración.*

Según ya lo ha observado la doctrina (48), existe una primera clasificación que se apoya fundamentalmente en la distinta función que cumplen las partes en orden a sus prestaciones esenciales, lo cual permite deslindar dos especies de contratos administrativos: a) de colaboración, y b) de atribución. En el contrato administrativo de *colaboración*, lo esencial es la prestación que debe el particular al Estado, la que implica colaborar con la función administrativa. De allí se explica que estos contratos deban tener un rigorismo mucho mayor que los contratos de *atribución*, donde lo esencial es la prestación del Estado, mientras que la del co-contratante se caracteriza por ser la contrapartida de las ventajas que obtiene del Estado (49).

Si bien a ambas especies de contrato administrativo se aplica un régimen jurídico exorbitante del derecho común, existirán algunas prerrogativas de poder público que en los contratos de atribución deben aparecer morigeradas o resultan inaplicables, tal como acontece con la ejecución directa de la prestación del co-contratante o su sustitución en caso de incumplimiento, sin perjuicio del derecho a extinguir el contrato, con aplicación de penalidades (50). En materia de interpretación de las cláusulas del contrato, también puede hallarse otra característica diferencial entre los contratos de colaboración y de atribución, pues en estos últimos en el supuesto de existir una duda razonable en punto a su interpretación, la misma debe resolverse a favor del interés del co-contratante (siempre, se entiende, que no existiera un interés público superior), a contrario de lo que acontece en materia de contratos de colaboración, donde la interpretación debe favorecer a la Administración por la naturalza de la actividad (servicio público, obra pública, etc.) (51).

b) *Según su tipicidad.*

En la actual doctrina administrativa se distingue la categoría de los contratos típicos y atípicos en la medida en que se encuentren regulados o no por una «disciplina concreta y detallada en la Ley» de

(48) GARRIDO FALLA recoge al respecto la clasificación de ZWALHEN *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, p. 52, tercera ed. Madrid, 1966. También esta clasificación la recoge entre nosotros MARIENHOFF aunque con otras consecuencias (*op. cit.*, t. III-A, pp. 113-114).

(49) Como ejemplo de contratos de colaboración pueden mencionarse el contrato de obra pública, empleo o función pública, concesión de servicios públicos de suministro, etc. Son, en cambio, contratos de atribuciones, entre otros, la concesión de uso de bienes del dominio público y el contrato de promoción industrial reglado por Ley 20560.

(50) Verbigracia, en un contrato de concesión del servicio público de recolección de residuos existirían tales prerrogativas, que resultan inaplicables, en principio, a un contrato de atribución, tal y como es el de promoción industrial que regula la Ley 20560.

(51) Véase MARIENHOFF, Miguel S.: *op. cit.*, t. III-A, pp. 618-619, que es más terminante que nosotros en punto a la interpretación del contrato administrativo de atribución.

los contratos nominados e innominados donde lo que cuenta es la existencia o no de *nomen juris* (52).

Entre nosotros, el contrato de obra pública constituye un contrato administrativo típico, en cuanto tiene una regulación legal en la Ley 13064 y las partes (Estado y co-contratante) sólo pueden introducir aquellas cláusulas que no modifiquen en substancia dicha regulación legal.

En cambio, cuando se carece de una disciplina normativa para regular el contrato, éste será atípico, por más que tuviera asignada una nominación jurídica por la Ley, la doctrina o la jurisprudencia (ejemplo, contrato de concesión de uso de un bien dominical) (53). Desde luego que la tipicidad o atipicidad del contrato administrativo puede ser total o parcial.

c) *Nominados e innominados.*

Esta clasificación cuyos orígenes históricos se remontan al Derecho romano tiene en cuenta la nominación jurídica del contrato, con prescindencia del hecho de que el mismo se encuentre sometido o no a una regulación legal específica (54). De esta manera hay un Derecho administrativo, contratos nominados típicos con el contrato de suministro (55) y contratos nominados atípicos que carecen de disciplina legal que los regule (56), como es en general el contrato de concesión de servicios públicos.

VI. EL CONTRATO INTER-ADMINISTRATIVO

Hemos anticipado ya que como una categoría diferente a la del contrato administrativo aparece en la actualidad —acrecentada a raíz del proceso de descentralización y asunción por el Estado de nuevos cometidos— la figura del contrato inter-administrativo o contrato entre entidades públicas estatales. La presencia de dos o más sujetos estatales en este tipo de acuerdos es precisamente lo que va a imprimir a la contratación de una modulación especial, caracterizada por la ausencia de prerrogativas exorbitantes al derecho común, susceptibles de afectar el principio de unidad de acción, que deriva a su vez del reconocimiento de otra unidad esencial: la del poder del Estado.

El régimen jurídico que ostentan los contratos inter-administrativos

(52) MONTORO PUERTO, Miguel, *Contratos administrativos atípicos*, pp. 26 y ss., Madrid, 1969.

(53) También habrá atipicidad administrativa cuando se acuda por analogía a las normas del Código civil ya que en tales casos no hay aplicación directa o subsidiaria de normas, ni el orden público administrativo se halla en juego.

(54) MONTORO PUERTO, Miguel, *op. cit.*, p. 27.

(55) Reglado por la Ley de Contabilidad (art. 55 y ss.) y su reglamentación Decreto 5720/1972.

(56) Para MESSINEO por el contrario existe identificación entre contrato nominado y contrato típico (*Doctrina General del Contrato*, t. I, pp. 378 y ss., trad. del italiano, Buenos Aires, 1952).

puede caracterizarse por algunas notas diferenciales, tales como: a) excepción al requisito de la licitación pública en el proceso de selección (57); b) inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias a entidades estatales (58); c) un particular sistema de solución de conflictos (59); d) no rige el principio de la estabilidad del acto administrativo cuando las entidades se hallan en una misma esfera de gobierno (nacional o provincial) (60), lo cual tendrá aplicación con respecto a los actos de ejecución de un contrato inter-administrativo.

Por extensión y aplicando la teoría de la superación de las formas jurídicas también se regirán en nuestro concepto por las reglas de los contratos inter-administrativos, aquellos que se celebren entre una entidad pública estatal, centralizada o descentralizada (61) con una sociedad comercial en cuya administración o capital tenga participación mayoritaria el Estado (62).

VII. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN REGLADOS PARCIALMENTE POR EL DERECHO PRIVADO

La existencia de contratos de la Administración parcialmente reglados por el Derecho privado es, por lo general, aceptada por la doctrina nacional (63) y extranjera (64), aun por los partidarios de la concepción unitaria en materia de actos y contratos administrativos (65).

(57) Ley de Contabilidad: art. 56, inc. 3.º, ap. i); Decreto 5720/1972, Regl. Art. 56, inc. 10, principio que entendemos también se extiende a los contratos administrativos atípicos. Véase SAYAGUÉS LASO, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pp. 590-591, Montevideo, 1963.

(58) CASSAGNE, Juan Carlos: *La ejecutoriedad del acto administrativo*, pp. 78-81, Buenos Aires, 1971.

(59) Al respecto nos remitimos a lo que hemos expuesto en *El acto administrativo*, pp. 118 y ss.

(60) Ya que como lo hemos afirmado (*op. cit.*, p. 118) no se concibe que en tales supuestos la existencia de derechos subjetivos en las entidades descentralizadas superiores a los del propio Estado (en sentido estricto, es decir, la persona pública Estado).

(61) Sobre el concepto de entidad estatal descentralizada: CASSAGNE, Juan Carlos *Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran*. «La Ley», t. 143, pp. 1172 y ss.

(62) Solución que acoge el derecho positivo con referencia a la exención de la licitación pública (Decreto 5720, Regl. art. 56, inc. 10).

(63) BIELSA, Rafael, *op. cit.*, t. II, p. 175; BERCAITZ, Miguel Angel, *op. cit.*, pp. 209-210; FIORINI, Bartolomé A., *op. cit.*, t. I, p. 414; Díez, Manuel María, *op. cit.*, t. II, pp. 440 y ss.; MARIENHOFF, Miguel E., *op. cit.*, t. III-A, pp. 117 y ss.; señala al respecto BIELSA que la necesidad de distinguir los contratos civiles o comerciales que celebra la Administración de los contratos administrativos es tan evidente e incuestionable, que toda discusión sobre ello es obvia y que «la circunstancia de que el régimen interno (financiero, contable, etc.), sea uno para todos los contratos administrativos o no, tiene su explicación en el principio de que todos los bienes del Estado están sujetos a un sistema patrimonial uniforme y responsable» (*op. cit.*, t. II, p. 175, nota 24).

(64) LAUBADÈRE, André de, *op. cit.*, t. I, pp. 29 y ss.; BENZIT, Francis Paul, *Le droit administratif français*, pp. 595 y ss., Toulouse, 1968; SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, décima ed., Nápoles, 1970; GARRIDO FALLA, Fernando, *op. cit.*, t. II, pp. 37 y ss.

(65) GORDILLO, Agustín A.: *Empresas del Estado*, pp. 84-86, Buenos Aires, 1966, cuyo criterio respecto de los contratos que celebran las Empresas del Estado resulta en definitiva ambiguo (*op. cit.*, p. 86).

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

En general, la Administración pública acude a esta clase de contratación cuando realiza una actividad industrial o comercial tal como sucede con las denominadas Empresas del Estado, en cuya legislación se establece que la respectiva actividad se hallará sometida al Derecho privado en todo lo que haga a sus actividades específicas (66).

Así, cuando estas empresas actúen en el mercado utilizando las técnicas de la contratación privada, se aplicará el derecho civil o comercial para reglar al menos el objeto del acto, aunque la competencia aparezca siempre disciplinada por el derecho administrativo.

En este caso la aplicación del derecho privado se realiza en forma directa o subsidiaria y no por analogía, como sucedería de tratarse de un contrato administrativo en sentido estricto.

La característica que diferencia este tipo de contratos de los administrativos es la ausencia de un régimen jurídico exorbitante de Derecho común, no procediendo de esta manera la llamada rescisión unilateral, la ejecutoriedad, la aplicación y ejecución de multas, en sede administrativa, etc.

Pero ¿qué acontece si en un contrato parcialmente reglado por el derecho privado se introduce una cláusula exorbitante por voluntad de las partes contratantes (aunque, en definitiva, se trate de la adhesión del particular a ella)? En tal caso consideramos que habrá una injerencia parcial del derecho administrativo, pero que su inserción no lo convierte de por sí en contrato administrativo (67).

En consecuencia, una de las notas jurídicas distintivas de este tipo de contratos es la inexistencia de cláusulas exorbitantes implícitas del derecho común, que constituye una de las características propias de los contratos administrativos.

Su régimen es, pues, de una naturaleza muy peculiar, y la competencia para entender en las causas relativas a este tipo de contratos mixtos es la civil y comercial y no la contencioso-administrativa (68), por lo que no cabe hablar de ausencia de interés jurídico en realizar la distinción (69), como lo creemos haber demostrado precedentemente.

(66) Ley 13653, art. 1.º, T.o. por Decreto 4053/1955, modif. por la Ley 15023. Un principio similar aparece en el art. 5.º del Estatuto de la Corporación de Empresas Nacionales aprobado por Decreto 809/1973 que preceptúa: «Sus relaciones con terceros, en cuanto se refiere a actividades industriales y comerciales, estarán regidas por el Derecho privado.»

(67) ENTREÑA CUESTA, Rafael, *op. cit.*, p. 64; citando en su apoyo las opiniones de GARCÍA DE ENTERRÍA, PEQUIGNOT, GARCÍA-TREVILJANO FOS y LAUBADÈRE (nota 72).

(68) Conf. MARIENHOFF, Miguel S., t. III-A, p. 124.

(69) Como lo hace DROMI, no obstante, reconocer que en la provincia de Buenos Aires, se excluyen de lo contencioso-administrativo las causas relativas a contratos privados de la Administración, (*op. cit.*, p. 10).

Tampoco puede apelarse para refutar esta categorización a la superada doctrina de doble personalidad del Estado (70), ya que la circunstancia de que una persona jurídica como es el Estado tenga capacidad para celebrar tantos contratos administrativos como contratos parcialmente reglados por el derecho privado, no implica un desdoblamiento en la personalidad del ente (en este caso público), al igual de lo que sucede en relación a las personas jurídicas privadas que pueden realizar contratos civiles y comerciales como administrativos, sin que ello implique fraccionar su personalidad (que en este supuesto es privada).

Finalmente, para señalar la importancia de la distinción no nos basta con puntualizar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha atribuido en forma reiterada carácter civil (71) a determinados contratos que celebre la Administración pública, como el de compraventa o arrendamiento de tierras fiscales.

Juan Carlos CASSAGNE

Profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina

(70) GORDILLO AGUSTÍN, A.: *El acto administrativo*, segunda ed., pp. 67-88, Buenos Aires, 1968; DRONI, José Roberto, op. cit., p. 7.

(71) Verbigracia, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 259, pp. 343-346.

BIBLIOGRAFIA

