

Título: [El contrato público y sus principios cardinales](#)

Autor: [Cassagne, Juan Carlos](#)

Publicado en: [RDA 2023-147, 138](#)

Cita: [TR LALEY AR/DOC/868/2023](#)

Sumario: I. Liminar.— II. Los dilemas clásicos de la contratación pública.— III. La influencia de la globalización.— IV. La injerencia de la potestad reglamentaria en la contratación pública.— V. Peculiaridades que exhibe la teoría del contrato administrativo.— VI. Reflexiones a modo de conclusión.

I. Liminar

La contratación pública, a raíz de la evolución de la teoría del contrato administrativo, no ha podido sustraerse, al menos en el derecho europeo, a la influencia de las tendencias que impone la globalización, la cual empuja hacia la modernización de las instituciones para hacer compatibles las reglas y principios de cada derecho nacional con los que rigen en los ámbitos comunitarios, regionales e, incluso, mundiales.

La crisis ha despertado también la necesidad de utilizar como herramienta económica [\(1\)](#) la institución del contrato público en línea con el objetivo de tutelar la competencia tanto en las típicas contrataciones en que es parte la Administración pública como en aquellas en que, por su envergadura, las empresas privadas ejercen una posición dominante en los mercados, imponiéndoles el requisito de la selección de contratistas con arreglo al principio de concurrencia.

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

En tal sentido, no hay que olvidar que hace relativamente poco tiempo se cumplieron cien años de la primera edición de los Principios de derecho público de Maurice Hauriou [\(2\)](#), cuya vigencia actual suele pasar inadvertida, incluso en la doctrina francesa, que le ha dedicado poco espacio a la proyección de esa obra del creador del derecho administrativo contemporáneo [\(3\)](#).

No obstante, esa ocasión inspiró un excelente trabajo doctrinario de Jacqueline Morand-Deville [\(4\)](#), que tuvimos el privilegio de recibir para su publicación en nuestra Revista de Derecho Administrativo, en el que la autora desmenuza, con auténtica maestría, el pensamiento del célebre decano de Toulouse y revela la raíz del pensamiento de Hauriou mostrando su actual vitalidad para enfrentar la problemática que plantea el contrato administrativo relacionándolo con la teoría del Estado y de la institución.

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

¿Quién podría pensar décadas atrás que en la concesión de servicios públicos tuviera cabida la idea de una tarifa social? Actualmente los sistemas y la interpretación se orientan a la búsqueda de la mayor estabilidad jurídica con el objetivo de atraer inversiones en infraestructura y servicios que mejoren las condiciones económico-sociales de cada comunidad (bien común) y en esa línea cabe situar a la figura de los llamados contratos-ley o de estabilidad jurídica que instituyó el ordenamiento constitucional peruano [\(5\)](#). Esta clase de contratos procuran que la convergencia voluntaria de los particulares con la Administración "descanse en principios de certeza, confianza, autorización, previsión y legalidad" [\(6\)](#).

Esta estabilidad jurídica que precisan los contratos públicos para sustraerse de la influencia de los cambios políticos (y evitar así el aumento del riesgo contractual), conduce a corregir el uso y abuso de la potestad modificatoria [\(7\)](#) así como de los poderes de extinción por razones de ilegalidad [\(8\)](#) o de oportunidad, sin asumir el pago efectivo de los daños que los actos de la Administración provocan en el patrimonio del contratista

privado, circunstancia que, en Latinoamérica, destiñe cuando no aniquila la figura contractual y hace que esta no ofrezca las garantías suficientes para las inversiones que necesita nuestro desarrollo económico.

II. Los dilemas clásicos de la contratación pública

El campo de la contratación pública se encuentra asediado por una serie de tensiones en medio de un conjunto de problemas 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. Ambas especies contractuales pertenecen al género de contrato público cuyos elementos comunes son la competencia y las formas de contratación.

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

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

No obstante, en una tendencia opuesta a la seguida por el derecho comparado, que extiende los principios de la selección pública a las sociedades anónimas estatales e inclusive a contratistas privados (los llamados sectores excluidos en el derecho comunitario europeo), el ordenamiento argentino prescribe lo contrario, conforme a la política legislativa adoptada para la mayoría de las sociedades estatales creadas en la última década [\(9\)](#).

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 CN 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 [\(10\)](#).

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

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

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

Así, desde la negación del contrato administrativo en algunos países de Europa Continental (ej. Italia y Alemania) y en el mundo anglosajón, se pasó al reconocimiento de una tendencia publicista que admite contratos con prerrogativas de poder público [\(11\)](#), 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 (12) o, al menos, la atenuación de los poderes exorbitantes, como lo venimos propiciando desde hace tiempo, sobre todo respecto de la inadmisibilidad de las cláusulas implícitas (13).

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 (14)].

En definitiva, no se puede desconocer que, aun cuando se ha relativizado la distinción entre derecho público y derecho privado, esta hace a la esencia del Estado de derecho dado que el régimen garantístico pertenece al derecho público.

III. La influencia de la globalización

Ahora bien, otra de las tensiones que enfrenta la concepción francesa del contrato administrativo se origina en el proceso de globalización o mundialización que, al procurar la unificación de las instituciones jurídicas de los países, intenta suplantar a los derechos nacionales. Este fenómeno que, en algunos ámbitos, ha tenido una generalización parcial, como la operada en el derecho comunitario europeo, no ha llegado, sin embargo, a sustituir a los derechos nacionales de los países que integran la Unión, aunque podría conducir a un cambio de enfoque, particularmente, en lo relativo a los principios de no discriminación y concurrencia, que conforman un derecho superior al que emana de la ley interna para los países que han celebrado tratados internacionales que contienen normas preceptivas o vinculantes o principios de esa índole.

Últimamente, se ha pretendido sostener la existencia de un derecho global en la contratación pública (15), dentro del cual se incluyen diferentes ordenamientos provenientes de tratados internacionales o de instituciones creadas por estos, tales como los de: 1) la OMC; 2) la Comisión de la UN para el derecho mercantil internacional; 3) el Banco Mundial; y, 4) la OCDE, entre otros.

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

Hay, pues, una gran diversidad de regímenes jurídicos que quedan fuera de 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 (16), en forma gradual, quizás sin la celeridad que demanda el comercio internacional.

IV. La injerencia de la potestad reglamentaria en la contratación pública

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 cocontratantes privados. No hay que olvidar que tanto la ley como el reglamento provienen del Estado quien, 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" (17), 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) (18) 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, a los principios generales del derecho y a la ley que le marcan sus límites, no pudiendo, por tanto, afectar los derechos fundamentales de los contratistas ni sus garantías jurídicas.

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 esos objetivos de bien común.

V. Peculiaridades que exhibe la teoría del contrato administrativo

V.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 justifica su accionar, 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 un marco de respeto al 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 actualmente 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 internacionales que fueron incorporados a la Constitución, tras la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, CN). Por estas razones, las tendencias actuales tienden a morigerar o atenuar el principio pro Estado (en sentido amplio) en el campo de la contratación pública.

La desigualdad que justifica la prerrogativa de poder público se halla siempre conectada a los fines concretos que la Administración deberá acreditar en cada caso que pretenda ejercerla, no bastando su alegación. Tampoco implica una relación de subordinación sino de colaboración ya que no puede concebirse que el contratista estatal sea un dependiente o empleado de la Administración por más que cumpla una actividad propia de la función administrativa.

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 [\(19\)](#) 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, como regulaciones regidas por la 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 CN) en las diferentes fases o etapas de la contratación pública.

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

V.2. Las prerrogativas de poder público y las garantías compensatorias

El rasgo característico del contrato administrativo, prevaleciente 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 (20). 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 ordenamiento argentino, 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, requiere ley declarativa y previa indemnización para mantener incólume la garantía de la propiedad prescripta en el art. 17 de la CN).

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

VI. 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 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 con las garantías que tienden a mantener el equilibrio contractual, el pacta sunt servanda y el principio de la buena fe.

La categoría del contrato resulta común a los derechos privado y público, si bien la regulación positiva del primero es mucho más detallada y completa, gozando de mayor estabilidad al no estar sujeta a los continuos cambios de la política estatal en materia de contrataciones públicas.

En estas consideraciones surge otra conclusión que se impone en razón de la naturaleza de ciertos contratos. En efecto, resulta razonable que la compraventa 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 (21) (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, CN) los cuales se extienden a toda la actividad administrativa, la que tendrá que incorporar los nuevos paradigmas y sus principios operativos, aunque esta operatividad sea, en algunos casos, derivada. Otra tendencia que asume el derecho comunitario europeo provocada por la crisis se orienta a la centralización de las compras y a su estandarización y si bien se consigue un ahorro de recursos financieros del Estado se ha objetado que ello es a expensas de los niveles de calidad de los bienes que se adquieren.

En el escenario descrito afloran también modernas 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, la cual podrá realizarse 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 los países.

(1) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L., "La problemática de la contratación pública de la crisis, en la obra colectiva dirigida por citado autor: El impacto de la crisis en la contratación pública", España, Italia y Francia, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona 2016, p. 21 y ss.

(2) HAURIOU, Maurice, "Principes de droit public", Dalloz, Paris, 2009, que la obra aparecida en 1910, de la que hay una segunda edición en 1916.

(3) RIVERO, Jean, "Maurice Hauriou et le droit administratif", Pages de doctrine, LDGJ, París, 1980, p. 29.

(4) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, "Le commerce juridique. Consensualisme et convivialisme il y a cent ans Maurice Hauriou", REDA, nro. 95, Buenos Aires, 2014, p. 1167 y ss.

(5) ZEGARRA VALDIVIA, Diego, "El Contrato Ley", Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997, p. 18 y ss.

(6) DANOS ORDOÑEZ, Jorge, en el Prólogo al libro de ZEGARRA VALDIVIA, "El contrato...", ob. cit., p. 8.

(7) Véase: VILLAR ROJAS, Francisco José, "La resiliencia del contrato de gestión de servicio público frente a las normas europeas de contratación pública", en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L. (dir.), obra colectiva, El impacto..., ob. cit., p. 292 y ss. analiza la retracción de la potestad modificatoria por razones de interés público en España a raíz de la adaptación de la legislación interna al derecho comunitario.

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

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

(10) 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 CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Summa de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, t. II, p. 2115 y ss., especialmente, p. 2200.

(11) 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.

(12) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso", Estudios de Derecho Público, vol. II, Mastergraf, Montevideo, 2008, p. 227 y ss.; RHEIN SCHIRATO, Vitor, "Repensando a perténencia dos atributos dos atos administrativos", en el libro "Os caminos dos atos administrativos", Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2011, ps. 125-130.

(13) Sin embargo, un autor en un reciente trabajo ha dado a entender, en la polémica que mantuvimos sobre el contrato administrativo, que compartimos su principal tesis (la inadmisibilidad de las cláusulas exorbitantes implícitas) que nosotros manteníamos desde 1982. La verdad es que mientras este autor guardaba silencio, recién, muchos años más tarde coincidió con nuestra opinión, aunque sin reconocerlo. Véase: el art. de nuestra autoría "La delimitación de la categoría del contrato administrativo", ED 181-942, especialmente punto 7.2 y el reciente trabajo de MAIRAL, Héctor A., "La verdadera importancia del artículo 109 de la Constitución Nacional. Respuesta a una crítica", LA LEY del 30/11/2022, 6.

(14) Art. 3 de la ley 48/1998 del 30 de diciembre.

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

(16) Véase: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas", RDA 2011-175, 1 y reproducido en "Summa de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, vol. I, Buenos Aires, 2013, especialmente p. 113 y ss.

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

(18) 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", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, 2ª ed. act., t. III-B, p. 595 y ss.

(19) 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 ED, 100-899, donde citamos el excelente trabajo de BARRA, "La intangibilidad de la remuneración del contratista particularmente en los Contratos Administrativos", ED, 62-727. Huelga reconocer que nuestro homenajeado, que ha publicado un Tratado y numerosos libros y trabajos fue uno de los primeros en sostener, a la luz de la teoría de la justicia, la tesis del equilibrio entre prerrogativas y garantía que desarrolla el derecho público moderno a pesar de las tendencias estatistas.

(20) 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.

(21) Ver: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., ob. cit., p. 97 y ss.