

Título: [Algunas reflexiones sobre la aplicación del derecho privado por la Administración pública](#)

Autor: [Perrino, Pablo E.](#)

Publicado en: [RDA 2025-158, 179](#)

Cita: [TR LALEY AR/DOC/448/2025](#)

Sumario: I. La sujeción de la administración al binomio derecho público y privado.— II. La relación entre el derecho público con el privado.— III. Modos de aplicación del derecho privado a la Administración pública.

I. La sujeción de la administración al binomio derecho público y privado

Es una realidad incontrastable que, la actuación de la administraciones públicas presenta aspectos múltiples en los que muchas veces y necesariamente se combinan elementos sometidos con diversa intensidad a normas de derecho público y privado. De ahí que hoy en día se afirme, con razón, que el derecho de la administración es público y privado [\(1\)](#).

Por supuesto que el alcance y la forma en que se produce la aplicación y sujeción de la administración a la dualidad derecho público derecho privado no es igual en todos los ordenamientos jurídicos comparados. Y ello es así porque la modalidad de sumisión de las administraciones al derecho en los distintos Estados ha sido el fruto de largos y complejos procesos históricos que en su desenvolvimiento se nutrieron con elementos propios de cada país y sus circunstancias [\(2\)](#). De tal modo, en cada Estado y tiempo histórico hay más o menos desarrollo del derecho administrativo respecto del privado [\(3\)](#).

Así los derechos inglés, norteamericano y, en menor medida, el alemán, presentan una vigencia considerablemente mayor del derecho privado que el derecho de los países iberoamericanos, que en este punto están más cerca del derecho administrativo francés [\(4\)](#).

En los países iberoamericanos, que responden al modelo de régimen administrativo, la Administración pública actúa como regla general sometida al derecho público, en particular al derecho administrativo, que es, como tradicionalmente se afirma, su derecho propio, pero asimismo, y en menor medida, al derecho privado [\(5\)](#).

En Argentina, la dualidad derecho público y derecho privado es asumida por la Constitución Nacional, y es sumamente relevante en el plano de la distribución de facultades normativas entre el gobierno federal y las provincias y la Ciudad Autónoma de Bs. As., en tanto la regulación del derecho privado corresponde en forma exclusiva y excluyente a la Nación [\(6\)](#). En cambio, el gobierno nacional, y el de las 23 provincias [\(7\)](#) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [\(8\)](#) tienen facultades regulatorias en materia de derecho público [\(9\)](#).

II. La relación entre el derecho público con el privado

Las fronteras y relaciones entre el derecho público y el privado, en cuanto vinculantes para la administración, no son estáticas y suscitan múltiples cuestiones. Aunque ambos derechos conservan su autonomía y características propias, ya que se erigen sobre la base de principios e instituciones que responden a una lógica jurídica propia, no forman compartimentos estancos. Ambos integran un único orden jurídico, lo cual explica la existencia de relaciones recíprocas entre sí, de interacción e intersección [\(10\)](#), a punto tal que se ha llegado a sostener que el régimen jurídico de las administraciones públicas constituye un entrelazado de reglas tanto públicas como privadas, que han hecho del derecho administrativo un derecho "mestizo", "híbrido", una disciplina "mixta" [\(11\)](#). En efecto, son numerosos los conceptos y las figuras comunes a ambas ramas del derecho: la persona, el acto jurídico, el contrato, la responsabilidad, el dominio, etc. Podemos decir, sin equivocarnos, que media una suerte de comunidad de cuerpo doctrinal, que mucho tiene que ver con el indudable papel inspirador y formativo que desempeñó el derecho civil en la génesis del derecho administrativo [\(12\)](#).

Como es bien sabido, debido a la extensa prelación temporal del derecho civil respecto del derecho público, la formulación sistemática de un número muy importante de instituciones del derecho administrativo se llevó a cabo tomando el modelo que le facilitaba el derecho civil, produciéndose lo que se ha denominado un verdadero préstamo o cesión de técnicas [\(13\)](#).

Como explica Martín Retortillo Baquer "el derecho administrativo se formó teóricamente en un medio jurídico impregnado de tendencias y de tradiciones civiles, gracias a la obra de administradores, jueces, y miembros del Parlamento que habían sido formados en la escuela de derecho civil y del derecho romano". No en vano, muchas de las disposiciones contenidas en la legislación civil trascienden las fronteras de esa rama para comportarse como criterios que rigen con carácter general en todo el vasto campo del derecho [\(14\)](#).

Más, del relevante lugar que ocupa el derecho civil en el mundo jurídico en general, en tanto, por una razón de orden histórico fue el núcleo fundamental del cual se fueron separando otros ordenamientos jurídicos sectoriales [\(15\)](#), no se deriva que las lagunas en la normativa administrativa deban suplirse por la aplicación

subsidiaria o supletoria de las normas del Cód. Civil, por su condición de derecho común.

Descartada en la actualidad la añeja concepción del derecho administrativo como un conjunto de reglas especiales o de excepción de las del derecho civil, no puede sino sostenerse, como ya lo hacía Bielsa sesenta años atrás, que entre el derecho administrativo y el derecho civil "hay solo una relación de continuidad, de contactos sucesivos", "porque si bien confundidos uno y otro durante algún tiempo, han sido siempre sustancialmente distintos, como es distinto el contenido de las normas que los constituyen, y los sujetos de las relación jurídica (por lo menos uno necesariamente) a los cuales las normas se refieren" (16).

No deja de mantener actualidad lo aseverado por Alessi en los años 70 acerca de que el "derecho administrativo, respecto a un determinado conjunto de relaciones (precisamente aquellas inherentes al desarrollo de la función administrativa), constituye él mismo un *jus commune*, es decir un sistema jurídico autónomo, paralelo al derecho privado" (17).

Y esa autonomía, de la cual hoy no se duda, es consecuencia de las sensibles diferencias que se encuentran en base de sustentación de los ordenamientos jurídicos privatistas y publicistas, pues, como afirma Cassagne, "mientras el derecho privado se inspira en las ideas de autonomía, igualdad y limitación de los poderes jurídicos que el ordenamiento otorga a las personas, el derecho administrativo, si bien sobre la base de criterios de equilibrio y justicia, se articula con normas y principios que derivan de la posición preeminente del Estado y de los intereses comunes que él debe proteger y promover" (18).

Entonces, el derecho administrativo es una disciplina jurídica autónoma (19) que se autointegra (20), ya que se nutre de su propio sistema de normas y principios que difieren en algunos supuestos de los del derecho privado (21), lo cual acarrea significativas consecuencias en el caso de que existan vacíos o carencias normativas en el ordenamiento jurídico positivo administrativo (22). Tal como lo explicaremos más adelante, ante la inexistencia de regulaciones de derecho público no corresponde aplicar sin más en forma directa o supletoria la legislación civil o mercantil. En un sinnúmero de supuestos, si bien puede acudir al derecho privado, se lo debe hacer mediante la técnica de la analogía, lo cual puede conllevar la tarea de adaptación de las soluciones previstas en el derecho privado con los principios y normas del derecho público (23).

Por lo demás, la circunstancia histórica de que muchas de las instituciones que integran el núcleo dogmático del derecho administrativo hayan sido cronológicamente elaborados y utilizados primero en el seno del derecho privado que en el derecho público; no significa que sean de naturaleza esencialmente privada (24). Dichas instituciones no son figuras de regulación monopólica por el derecho privado o por el derecho público, sino que se perfilan como institutos comunes al derecho público y al derecho privado. Son figuras genéricas (supraconceptos) que pertenecen a la teoría general derecho, la cual "no es derecho civil ni derecho administrativo, sino ciencia del derecho a secas" (25).

En este sentido, refiriéndose a las relaciones del derecho administrativo con el derecho civil, escribía Gordillo: "Existen ciertos valores y principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho privado y también en el derecho administrativo; no se trata de que el segundo los haya tomado del primero, sino de que este fue uno de los primeros en utilizarlos. Así, la responsabilidad, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios o principio de no contradicción, la necesaria motivación de los actos, la desviación de poder y el abuso del derecho, la interdicción de la mala praxis, el principio de la seguridad jurídica y de la confianza debida, la lesión, la equidad, el principio de prudencia, etc." (26).

De ahí también que, más allá de la hoy indiscutida autonomía del derecho administrativo y las diferencias señaladas entre el derecho público y el privado, no debe pensarse que las respuestas que ambos derechos brindan en todos los casos son opuestas ni divergentes. Y esto no debe sorprendernos, porque por sobre la suma divisiva (27) existen, como lo hemos señalado, figuras jurídicas que tienen una sola e idéntica unidad lógica (28), como así también principios generales, garantías y principios constitucionales y convencionales, que proyectan sus efectos sobre todas las situaciones alcanzadas por el mismo ordenamiento jurídico (29). Por tanto, no corresponde exagerar la contraposición entre las distintas ramas de un mismo ordenamiento jurídico al punto de imaginarlas constantemente pugando entre sí para aplicar soluciones opuestas (30).

III. Modos de aplicación del derecho privado a la Administración pública

En este capítulo examinaremos muy brevemente las distintas formas o modos por los cuales la Administración pública puede recurrir o se sujeta a las normas del derecho privado. Se trata de un problema clásico del derecho administrativo al que se enfrentan cotidianamente la administración y los tribunales.

En general podemos decir que hay básicamente tres maneras de utilizar en derecho administrativo o acudir a las normas del derecho privado.

III.1. Aplicación directa del Cód. Civil

Ello ocurre en los siguientes supuestos.

(i) El primero de ellos es cuando nos encontramos con normas de derecho público que están insertas en la legislación civil y que, debido al necesario deslinde de los límites de las instituciones, tienen que regularse juntamente con las de naturaleza privada. Tal es lo que acontece por ejemplo con la regulación de la condición jurídica de las personas públicas y privadas y de los bienes del Estado y de los particulares, reglados en el Cód. Civ. y Com. (31).

(ii) El segundo supuesto es el de preceptos de la legislación civil y comercial que se proyectan de manera común y con carácter general para todo el derecho, como ocurre en Argentina y en otros países, con las disposiciones incluidas en el Título preliminar del Cód. Civ. y Com. en el cual se establecen por ejemplo pautas para la interpretación de las normas, el principio de obligatoriedad de las normas, el modo de computar los intervalos del derecho, etc. (32).

(iii) El tercer supuesto de aplicación directa del derecho privado concurre cuando, como explica Marienhoff, en los casos que la Administración pública desenvuelve su actividad en el campo del derecho privado y se sirve para ello de los mismos medios jurídicos que la legislación civil y comercial pone a disposición de las personas privadas (33). Tal es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la administración adopta, deliberadamente, un ropaje jurídico propio de aquel ámbito, como el societario para desarrollar una actividad comercial o industrial, lo cual hace que la actividad que despliega en tales casos quede preponderantemente alcanzada por el derecho privado (34).

Este fenómeno, denominado "huida del derecho público" (35), cuya justificación radica, sobre todo, en la búsqueda de una mayor agilidad y flexibilidad en la gestión económica y en la actividad jurídica de tales entidades, genera no pocas dificultades al operador jurídico que debe establecer hasta dónde tales relaciones quedan sometidas al derecho privado y en qué aspecto deben regirse por el régimen iuspublicista (36).

En el derecho argentino dos normas se ocupan genéricamente de esta cuestión. La primera es el art. 1º de la Ley de Procedimiento Administrativo Nacional, ley 19.549, texto según la reforma efectuada por la ley 27.742, el cual al definir el ámbito de aplicación de esta normativa dispone que las empresas públicas en sus relaciones con terceros se regirán por las normas del derecho privado (37). La segunda es el art. 149 del Cód. Civ. y Com. por el que se precisan los efectos que cabe atribuir a la participación del Estado en las personas jurídicas privadas, en lo que hace a su naturaleza jurídica y al régimen que ha de regularlas. Este artículo dispone que "la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de estas", y que, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación" (38).

Pues bien, de la norma citada surge con claridad que la aplicación del Cód. Civ. y Com. a las entidades privadas en las que participe el Estado no excluye que por vía legal o por el estatuto se puedan establecer particularidades en cuanto a los derechos y obligaciones involucrados, "considerando el interés público comprometido en dicha participación".

III.2. Aplicación supletoria y analógica

Además de estos tres supuestos de aplicación directa del derecho privado, es posible acudir a este por dos caminos diferentes, como son la supletoriedad por reenvío de normas de derecho público a otros ordenamientos jurídicos y la analogía.

En algunos supuestos, que por cierto son escasos, la ley administrativa prescribe la sujeción de la administración a normas ajenas al derecho administrativo al efectuar un reenvío a otros cuerpos normativos. A diferencia de la analogía, que exige un proceso de creación de la norma aplicable al caso y en algunas situaciones incluso de adaptación o adecuación, en el reenvío una vez establecida la compatibilidad de la norma con los principios que informan al derecho administrativo, ella se aplica con el mismo contenido y alcance (39).

Cabe recordar que la analogía es un "procedimiento de integración por el cual el juez, ante un vacío legislativo, aplica una norma o principio de otro ordenamiento que guarda semejanza con el caso no previsto cuando la diferencia es contingente y no esencial, adaptando la solución normativa similar sobre la base de los principios de la disciplina, o bien, creando la norma aplicable al caso mediante un proceso de integración con principios de orden superior, como los principios del derecho administrativo o los principios generales del derecho público" (40).

Es muy importante no confundir la aplicación analógica con la aplicación supletoria o subsidiaria (41). Como señala Vergara Blanco, la diferencia entre supletoriedad o subsidiariedad normativa y analogía radica en que la primera de las técnicas mencionadas opera para integrar "de un modo subsidiario el texto de las leyes de carácter general común respecto de aquellas de carácter especial o susceptibles de ser suplidas" (42). De tal

modo, "el fenómeno de la supletoriedad se da solo entre una norma general/supletoria y otra especial/suplible" (43). En cambio, en la analogía "se descubre una norma específica en cualquier otra ley general o especial del ordenamiento, con los cuales no hay conexión alguna de suplencia; y, por vía interpretativa, de razonabilidad, se aplica al caso no previsto" (44). En la analogía se atribuye "a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a este las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro solo hay una identidad parcial" (45). En tal sentido, explica Comadira que la analogía "supone carencia histórica de normas, y la elaboración y adaptación en ella implicadas derivan no solo de esa carencia sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado". En cambio, la aplicación subsidiaria "no supone ausencia de normas, sino simplemente, aplicación directa de un sistema a otro, excluyendo, por ende, elaboración o adaptación alguna" (46).

Por tal mal motivo, con razón se ha dicho que "la afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las integra con los principios y normas del derecho administrativo, conformándose y remodelándose en consecuencia a este" (47).

A lo dicha cabe agregar que, como ha señalado Maurer, cuando la administración utiliza la analogía no se traslada al ámbito del derecho privado, sino que permanece en el administrativo, aunque empleando, como derecho público, normas o instituciones provenientes del derecho privado (48).

Obviamente, el uso de la analogía tiene límites. No es posible acudir a esta en materia sancionatoria en perjuicio del imputado (49) o respecto de normas que provocan limitaciones de derechos, para ampliar o expandir su alcance limitador a supuestos no previstos expresamente, pues toda cortapisa es siempre de interpretación restringida (50). Cabe recordar que, el principio pro homine "obliga a interpretar en forma favorable a la persona las normas que reconocen o amplían los derechos humanos y, a la inversa, en forma restrictiva los que consagran limitaciones o restricciones..." (51).

En el ordenamiento jurídico argentino, encontramos un ejemplo de aplicación supletoria por reenvío en la Ley Nacional de Contratos de Participación Público Privada, la cual al regular la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes dispone que "[s]upletoriamente se aplicarán las normas pertinentes del Cód. Civ. y Com. de la Nación" (52). El Cód. Civ. y Com. contempla dos claros supuestos de reenvío. El primero de ellos es el previsto en el art. 1193, el cual determina: "Si el locador es una persona jurídica de derecho público, el contrato se rige en lo pertinente por normas administrativas y, en subsidio, por las de este Capítulo". El segundo está reglado en el art. 1970, el cual, después de establecer que "las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo", y que "[e]l aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción", prescribe: "Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción". Otro caso de reenvío se localiza en el Reglamento de Procedimiento Administrativo Nacional (dec. 1759/1972, texto según dec. 695/2024), cuyo art. 106 dispone: "El Cód. Proc. Civ. y Com. será aplicable supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente y en tanto no fuere incompatible con el régimen establecido por la Ley de Procedimientos Administrativos y por este reglamento".

A su vez, el uso de la analogía es frecuente y necesario en el ámbito contractual y de la responsabilidad del Estado. En el primero de ellos, la remisión por analogía a la legislación civil está expresamente establecida en el art. 1º, 2º párr., de la normativa reglamentaria del régimen nacional de la contratación administrativa (53). A su vez, en lo que concierne a la responsabilidad estatal, si bien la Ley de Responsabilidad del Estado (ley 26.944) (54) y el Cód. Civ. y Com. (55) determinan enfáticamente que las disposiciones de la responsabilidad civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, la doctrina y los tribunales afirman que la restricción de acudir a la legislación civil establecida en dichas normas no impide aplicarla por vía de la analogía (56).

(1) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "Reflexiones sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado", Revista de Derecho Administrativo Económico, nro. 30, julio-diciembre 2019, pp. 233-243, y ESTEVE PARDO, José, "Lecciones de Derecho administrativo", Marcial Pons, Madrid, 2021, 10ª ed. p. 49.

(2) Explica Cassagne que en el derecho administrativo "el cambio de las circunstancias históricas ejerce una preponderante influencia sobre los fines de las instituciones del Estado, que van sufriendo un proceso de constante adaptación a las necesidades públicas, muchas veces opuestas a las razones que motivaron su creación. Por ello, resulta indispensable la comprensión histórica de los principios que hoy nutren al derecho

administrativo y a sus principales instituciones, a fin de poder explicar e interpretar su origen, desarrollo y transformación, en suma, su "razón vital", como decía Ortega, en un proceso histórico determinado" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de derecho administrativo", La Ley, Buenos Aires, 14ª ed. 2024, t. I, p. 71).

(3) VELASCO CABALLERO, Francisco, "Introducción al derecho administrativo", en AA.VV., Tratado de derecho administrativo, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M., DOMENECH PASCUAL, Gabriel y ARROYO GIMÉNEZ, Luis (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2021, vol. I, p. 44.

(4) VELASCO CABALLERO, Francisco, "Derecho público más Derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 46.

(5) Como recuerda Sánchez Morón, "la utilización de derecho privado por la Administración en sus relaciones con terceros no es algo novedoso: está en el origen mismo del régimen administrativo, cuando se distinguen los actos de autoridad de los actos de gestión". Los primeros, por los que la Administración manifiesta su condición de poder público, actos unilaterales y vinculantes, se regulan "naturalmente" por el derecho administrativo; los segundos no necesariamente, sino solo cuando la ley lo prevé. Será con posterioridad, bajo el influjo de la Escuela del Servicio Público, cuando se considere que también esos otros actos llamados de gestión —por ejemplo, los de adjudicación y ejecución de contratos públicos— se han de regir por el derecho administrativo, ya que constituyen igualmente el ejercicio de una función pública, finalizada a la tutela de los intereses generales y sometida a reglas exorbitantes para garantizar su correcto ejercicio". (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "El retorno del derecho administrativo", Revista de Administración Pública, 206, 37-66).

(6) Arts. 75, inc. 12 y 126, de la CN.

(7) Arts. 121 y 122 de la CN.

(8) Art. 129 de la CN.

(9) CASSAGNE, Juan Carlos y PERRINO, Pablo Esteban, "La organización del estado argentino", en AA.VV., La organización interna de los estados, PAREJO ALFONSO, Luciano (coord.), Colección de Derecho Administrativo Comparado, Temis, y Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2019, vol. II, ps. 3/34.

(10) En este sentido afirmaba Marienhoff que entre el derecho administrativo y el derecho civil existen obvias relaciones —que él denominaba de contacto, de continuidad— que se producen por la aplicación, en el derecho administrativo, de normas y principios contenidos en el derecho civil. ("Tratado de derecho administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 174).

(11) Ver: CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público, en especial del derecho administrativo", Revista de Administración Pública, nro. 193, Madrid, enero-abril 2014, ps. 11-44, quien cita a PIPERATA, G., "La scienza del Diritto amministrativo e il Diritto privato", en La Scienza del Diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 200; ROSSI, G., "Diritto pubblico", ob. cit., p. 692; CASSESE, S., "Le Droit", ob. cit., p. 886; TORCHIA, L., "La scienza", ob. cit., p. 1122; NAPOLITANO, G., "Sul futuro", ob. cit., p. 17 y a ROSSI, G., "Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza", Diritto Pubblico, 1997, p. 289.

(12) Ver: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, "El derecho civil en la génesis del derecho administrativo de sus instituciones", Civitas, Madrid, 1996, 2ª ed. ampliada.

(13) Ibidem, p. 33.

(14) Ibidem.

(15) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de derecho civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, 8ª ed., t. I, p. 47.

(16) BIELSA, Rafael, "Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo", J. Lajouane y Cía. Editores, Buenos Aires, 1928, ps. 20/22.

(17) ALESSI, Renato, "Instituciones de derecho administrativo", traducción de la 3ª ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, t. I, p. 15.

(18) CASSAGNE, "Curso de derecho administrativo", ob. cit., t. 1, ps. 144/146.

(19) RODRÍGUEZ R., Libardo, "Derecho administrativo", Temis, Bogotá, 2015, ps. 27/29.

(20) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Madrid, 2001, 10ª ed., t. I, ps. 43/44.

(21) BALBÍN, Carlos F., "Tratado de derecho administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 282.

(22) CASSAGNE, "Curso de derecho administrativo", ob. cit., t. 1, ps. 144/146.

(23) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El derecho civil en la génesis del derecho administrativo de sus instituciones", ob. cit., p. 36.

(24) FLEINER, Fritz, "Instituciones de derecho administrativo", traducción de la 8ª ed. alemana por Sabino A. Gendin, Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933, p. 49.

(25) SPIEGEL, Ludwig, "Derecho Administrativo", traducción del alemán por Francisco J. Conde, Labor, SA, Barcelona-Buenos Aires, 1933, p. 223.

(26) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", FDA, Buenos Aires, 2013, 11ª ed., t. 1, cap. VIII, ps. 1/2.

(27) Explica Maurer que "el Derecho público y el Derecho privado tienen funciones y puntos de partida esencialmente distintos. El Derecho privado parte de la autonomía privada de los ciudadanos y tiene como función la de suministrar reglas para el tráfico jurídico y para la resolución de conflictos de intereses actuales o potenciales que pueden surgir entre sujetos particulares. A su vez, el Derecho público, sobre todo sus partes más importantes (el Derecho del Estado y el Derecho administrativo), tiene por objeto al Estado como sujeto revestido de autoridad y sirve para fundamentar y limitar prerrogativas. Ello no excluye que también el Estado pueda valerse de las formas del Derecho privado; pero dicho uso solo resulta admisible de forma excepcional y se circunscribe al empleo de las formas jurídico-privadas, sin que el Estado participe por ello de la autonomía privada" (MAURER, Hartmut, "Derecho administrativo. Parte general", DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (trad.), 17ª ed. alemana, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 83).

(28) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El derecho civil en la génesis del derecho administrativo de sus instituciones", ob. cit., p. 54.

(29) PERRINO, Pablo E. y DURAND, Julio C., "Algunas reflexiones sobre el régimen de responsabilidad del Estado y sus diferencias con el sistema de responsabilidad civil del derecho privado. Comentario al fallo L. S. J. y otro c. T. d. B. A. SA y otros s/ daños y perjuicios", ED, 295, del 11/03/2022, ED-MMDCLXXVIII-261.

(30) PERRINO y DURAND, ob. cit. Con razón se ha alertado sobre los riesgos que entraña llevar al extremo la concepción dualista del Derecho que pretende presentar al Derecho público y al privado como dos sistemas absolutamente separados y autónomos, y hasta contrapuestos entre sí (ver: MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "Introducción al Derecho Administrativo", Tecnos, Madrid, 1986, ps. 15/19).

(31) Ver: DE LA RIVA, Ignacio, "Relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo. A propósito de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial argentino", en AA.VV., Estudios de Derecho administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano. Innovación y reforma (Libro homenaje al Profesor Juan Carlos Cassagne), MORÓN URBINA, Juan Carlos y DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (coords.), Gaceta Jurídica, Lima, 2018, ps. 131 a 151. En este sentido, se ha señalado: "el nuevo código remite al derecho administrativo (o, en sentido genérico, a las "normas locales") en diversas materias, como los bienes de incidencia colectiva, la responsabilidad del Estado y de los funcionarios, la observancia de los mandatos judiciales sobre sanciones conminatorias impartidos a las autoridades públicas, el dominio público y los nuevos "derechos" reales. Asimismo ordena o regula la intervención de autoridades administrativas en variadas cuestiones dispersas a lo largo de todo su articulado, como lógica consecuencia de la inclusión de diferentes tópicos anteriormente sometidos a leyes especiales. Además, el Cód. Civ. y Com. contiene disposiciones de derecho administrativo sobre la protección de la vivienda, derechos del consumidor, responsabilidad en las construcciones, contrato de transporte, propiedad comunitaria indígena, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, entre otras" (MASSIMINO, Leonardo, "El caso administrativo no previsto en la actualidad", Revista de la Facultad, vol. XIV, nro. 2, Nueva serie II, Universidad Nacional de Córdoba, 2023, ps. 75/104).

(32) CASSAGNE, "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., t. 1, p. 145 y FIORINI, Bartolomé A., "Manual de derecho administrativo", La Ley, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 92.

(33) MARIENHOFF, ob. cit., t. I, p. 175.

(34) Otro ejemplo de aplicación directa de la legislación civil se verifica cuando la administración celebra contratos parcialmente reglados por el Derecho privado. En tales circunstancias las normas del Cód. Civ. y Com. se aplican en de manera directa, pero solo a algunos de sus elementos, principalmente a su objeto. La posibilidad de que la administración celebre contratos de esta naturaleza está prevista en el Régimen de Nacional de Contrataciones administrativas, dec. 1023/2001, en cuyo art. 1º se dispone: "Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado". (Ver: BIELSA, Rafael, "Derecho administrativo", 7ª ed. actualizada por LUQUI, Roberto Enrique, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 859 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, 2ª ed., t. III-A, ps. 85/87 y 117/124; COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge y COMADIRA, Julio Pablo, "Curso de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 758 y ss.; COVIELLO, Pedro J. J., "Actualidad de la teoría general del contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en AA.VV., Tratado general de los contratos públicos, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2013, t. I, ps. 125/135 y GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Los contratos privados de la Administración", en AA.VV., Régimen de contrataciones y compra nacional, RAP, Buenos Aires, 2002, ps. 29/46). En rigor, en estos supuestos la aplicación del derecho privado está acotada, pues, al menos, todo lo que concierne a la fase de selección y adjudicación del contratista está sujeta a las normas y principios del derecho administrativo que aseguran la transparencia, publicidad, concurrencia, igualdad, eficacia y eficiencia (DE LA RIVA, ob. cit.).

(35) Ver: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, "Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo", Revista de Administración Pública, nro. 140, mayo-agosto 1996, ps. 25/67.

(36) DE LA RIVA, Ignacio, "Relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo. A propósito de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial argentino", en AA.VV., Estudios de Derecho administrativo. El Derecho Administrativo Iberoamericano. Innovación y reforma (Libro homenaje al Profesor Juan Carlos Cassagne), MORÓN URBINA, Juan Carlos y DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (coords.), Gaceta Jurídica, Lima, 2018, ps. 131 a 151.

(37) El art. 1º, inc. c), de la ley 19.549, texto según la reforma efectuada por la ley 27.742, dispone: "La presente ley no se aplicará a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Los entes mencionados en este inc. c), así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional, se regirán en sus relaciones con terceros por el derecho privado. El jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá, a petición del interesado, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público".

(38) Al respecto De La Riva afirma: "El texto normativo transcripto nos permite extraer, al menos, dos conclusiones. La primera de ellas surge sin dificultad de la literalidad de las disposiciones en juego, y consiste en que las sociedades en las que el Estado en parte están alcanzadas por el régimen de las personas jurídicas privadas consagrado en el Cód. Civ. y Com., toda vez que el inc. a) del art. 148 incluye a las sociedades (sin distinción) dentro del elenco de las "personas jurídicas privadas", y el hecho de que el Estado tenga alguna participación en ellas no modifica ese carácter, según lo dispone el art. 149 arriba transcripto". De tal modo, "el fin de interés público con vistas al cual pueda haberse constituido la entidad no es dato suficiente para calificarla como pública, sino que será menester valorar otros elementos, entre los que cabe mencionar la forma jurídica adoptada, y el ejercicio o no de prerrogativas públicas por parte de la entidad" (DE LA RIVA, ob. cit.).

(39) Para Cassagne, en este caso, al igual que la analogía, debe realizarse un juicio de compatibilidad de la norma prevista en el ordenamiento al que se produce el reenvío con los principios que informan al derecho administrativo (CASSAGNE, Juan Carlos, "La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)", ED 2016-391, ED-DCCLXXV-963). En similar sentido Balbín señala que "las técnicas subsidiarias o supletorias no suponen aplicar lisa y llanamente la solución regulada normativamente, sino analizar previamente si se adecua o no al marco normativo específico y solo luego aplicarlo" (BALBÍN, Carlos, "La interpretación jurídica desde la mirada del Derecho administrativo", Revista de Derecho Administrativo Económico, nro. 21, Santiago, Chile, julio-diciembre 2015, ps. 5/32).

(40) CASSAGNE, Juan Carlos, "La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)", ED 2016-391, ED-DCCLXXV-963). El uso de la analogía en lugar de la aplicación subsidiaria de las normas de la legislación civil al derecho administrativo como regla general ha sido controvertido con el argumento de que "deja un ancho campo a la discrecionalidad del juzgador, que afecta la seguridad jurídica", ya que "en el espíritu de la jurisprudencia que sigue al caso "Los Lagos" la aplicación analógica de las normas del derecho privado en el campo del derecho administrativo lleva insita la introducción de ajustes o modulaciones, para adaptarlas a lo que es propio de este último" (MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., "Los contratos del Estado luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación", en PIZARRO, Ramón D., y BUTELER, Alfonso (Dirs.), El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el derecho administrativo, La Ley, ps. 285/317). Ello ha sido rebatido, porque, como bien se ha escrito, "resulta imposible cerrar la posibilidad de una aplicación analógica del Cód. Civ. y Com. al derecho administrativo como principio general. De lo contrario, si toda la legislación civil comercial se aplicara en bloque al derecho administrativo, sin tener en cuenta las peculiaridades propias de la sustancia de este último, podríamos llegar a soluciones que difícilmente sean aquellas en las que están pensando quienes procuran una aplicación subsidiaria del Cód. Civ. y Com. Existen muchos aspectos sin resolución normativa en el ámbito del derecho administrativo, a los cuales no podría aplicarse o sería muy peligroso, aplicar en forma subsidiaria (casi directa, frente a la muy limitada regulación administrativa) las soluciones del Cód. Civ. y Com.". (CASSAGNE, Juan Carlos y LAPLACETTE, Carlos J., "La Corte Suprema y el derecho aplicable a las donaciones de inmuebles al Estado", LA LEY, 2018-E, 185).

(41) La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha sido muy precisa en el uso de las técnicas de la supletoriedad y analogía. Si bien, tradicionalmente ha acudido a la aplicación de las disposiciones privatistas por vía de la subsidiariedad o supletoriedad (Fallos 107:134; 118:347; 205:200 y 207; 237:452; 329: 759,

300:143; 302:159; 304:721; 306:1591, 320:1999; 329:759; 330:2268, entre otros), en alguna ocasión también lo ha descartado (Fallos 308:451), y en otras tantas lo ha hecho por el recurso de la analogía (Fallos 190:142; 205:200; 293:133; 295:265; 301:292; 304:919; 310:1578; 311:2034, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi; 312:696; 313:1366 318:1959 y 321:174).

(42) VERGARA BLANCO, "El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como 'derecho común'", ob. cit., p. 36.

(43) VERGARA BLANCO, "El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como 'derecho común'", ob. cit., p. 36. Tal lo que ocurre con las disposiciones de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, las cuales son de aplicación supletoria a todos los procedimientos administrativos especiales, en todo lo no previsto en ellos (art. 2º, inc. a, ley 19.549, texto según ley 27.742).

(44) VERGARA BLANCO, Alejandro, "El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como 'derecho común'", Abeledo-Perrot Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, ps. 36/37.

(45) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Porrúa, México, 1958, 8ª ed. p. 369; conf. LINARES, Juan Francisco, "Fundamentos de derecho administrativo", Astrea, Buenos Aires, 1975, ps. 164/165.

(46) COMADIRA, Julio Rodolfo, "El acto administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 14/15, nota 32.

(47) Cfr. GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas", FDA, Buenos Aires, 2013, t. I, cap. VIII, p. 3; REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", en AA.VV., El derecho administrativo hoy, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 220 y ss.

(48) MAURER, "Derecho administrativo. Parte general", ob. cit., p. 99.

(49) Cfr. GUSMAN, Alfredo S., "Las sanciones administrativas", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2022, ps. 83/85 y AZZARRI, Juan Cruz, "Derecho penal administrativo argentino", Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, ps. 59/61; CS, Fallos 303:1548.

(50) PÉREZ-TREMPS, Pablo, "La interpretación de los derechos fundamentales", en LÓPEZ GUERRA, L. (coord.), Estudios de Derecho Constitucional Homenaje al profesor Joaquín García Morillo, Tirant lo Blanch, Sevilla, 2001, p. 126 y RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, "Alcance y límites de la interpretación analógica", Prudentia Iuris, nro. 79, 2015, p. 197 y ss. (disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2846>); BALBÍN, Carlos F., "Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría general", Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 333; CAMPOLIETI, Federico, "La aplicación del Código Civil al caso administrativo no previsto," JA, 2008-II, ps. 659/663; PERRINO, Pablo E., "Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos", RDA 2024-151, p. 174 y ss.; CS, Fallos 316:1623; Fallos 329:5913, voto del juez Lorenzetti; Fallos 330:855, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; Fallos 330:3483, voto del juez Lorenzetti.

(51) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, 2ª ed. p. 97; PINTO, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.), La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, p. 163; FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael, "El principio favor libertatis", en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (dir.), Los principios jurídicos del derecho administrativo, La Ley, Madrid, 2010, p. 799 y ss.; BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", 2010, 3ª ed., t. I, p. 155 y ss.

(52) Art. 11 de la ley 27.328. De tal modo, en estos casos la responsabilidad de la Administración se la sujeta al derecho privado. Con lo cual se excepciona y se deroga lo dispuesto en la legislación civil que expresamente determina justamente lo contrario: esto es que la responsabilidad estatal no está regida ni directa ni subsidiariamente por las normas del Cód. Civ. y Com. por las que se disciplina la responsabilidad civil de las personas privadas (art. 1764 del Cód. Civ. y Com.).

(53) El art. 1º del dec. 1030/2016 dispone: "Los contratos comprendidos en este reglamento se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el dec. delegado 1023/2001 y sus modificatorios y complementarios, por el presente reglamento y por las disposiciones que se dicten en consecuencia, por los pliegos de bases y condiciones, por el contrato, convenio, orden de compra o venta según corresponda, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de la ley 19.549 y sus modificaciones en cuanto fuere pertinente. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía".

(54) En el 3º párr. del art. 1º de la LRE con un texto sumamente enfático, se dispone: "Las disposiciones del Cód. Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

(55) El art. 1764 del Cód. Civ. y Com. establece: "Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

(56) Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, "El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su

regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", LA LEY, 2014-C, 885; MONTI, Laura, "Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal. Algunas reflexiones", en AA.VV., Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944, ÁVILA, Santiago Matías (coord.), Infojus, Buenos Aires, 2015, ps. 1/10; SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., "Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente", en AA.VV., Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944, ÁVILA, Santiago Matías (coord.), Infojus, Buenos Aires, 2015, ps. 173/230; SALVATELLI, Ana, "El Estado responsable", Astrea, Buenos Aires, 2024, ps. 138/43; PERRINO, Pablo Esteban, "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada", Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 52/56. La aplicación analógica es admitida en el Mensaje de elevación del Poder Ejecutivo al Congreso del proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos (Mensaje nro. 1780 del 12/11/2013; <http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/período-130/130-2704>). La posibilidad de integrar las lagunas existentes en la normativa de responsabilidad estatal está expresamente prevista en el art. 2º de la ley 8968 de Responsabilidad del Estado de la Provincia de Mendoza, si bien disponiendo que "la solución análoga debe buscarse primero en el ámbito del derecho público y administrativo".