

CAPÍTULO 2

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

POR PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO

Es abogado, egresado de la Universidad Católica Argentina. En el ámbito académico es profesor titular en el Master de Derecho Administrativo y en el Master de Derecho Empresario de la Universidad Austral. Profesor protitular en la Universidad Católica Argentina, profesor titular en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, profesor en la Especialidad en Derecho Administrativo en la Universidad Católica de La Plata y en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Fue profesor en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco". Ha publicado numerosos trabajos de la especialidad y de filosofía en conocidas publicaciones.

Ex Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Mayor Auditor Retirado del Ejército Argentino; es actualmente, Juez de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo de esta capital.

I. Introducción

1. Objeto de la exposición. Nuevamente he recibido la grata invitación de esta querida Universidad para exponer —una vez más¹— sobre un tema que desde la añorada Comodoro Rivadavia comencé a estudiar en el año 1984,² en la idea de prestar un servicio a quienes actúan en el ámbito del Derecho Público, mediante la exposición —con pretensión de sistemática— de la jurisprudencia que elaboró nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el contrato administrativo.

Para el encuadre del tema, he partido de una base que me parece indiscutible, y que constituye un marco insoslayable en la materia: el contrato administrativo *existe, es una realidad*. Caso contrario, toda la elaboración que en nuestro país y en el extranjero se ha hecho perdería razón, por haber estado sustentada en una mera y vacua ideología, un fantasma en definitiva. La elaboración dogmática de la doctrina del contrato administrativo estuvo —antes bien— justificada en los hechos, en la medida que esa realidad contractual difería específicamente de la figura del contrato del derecho privado y por los fines a que apuntaban uno y otro tipo de contrato. Y aunque debe reconocerse que no en todos los países del modelo de derecho administrativo continental europeo su concreto régimen es uniforme —ni mucho menos en Gran Bretaña y en los Estados Unidos³—, lo cierto es

¹El tema lo he desarrollado en *La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación - 1863-1993*, pp. 98-137. Este trabajo fue reproducido y actualizado como estudio preliminar al libro de Eduardo Mertehikian *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, 1996.

²El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED 111-845.

³Al final de este texto he agregado una breve exposición de lo que ocurre en otros países.

que se ha reconocido que los contratos que el Estado celebra no son semejantes a los que entre sí concluyen los particulares.

II. La doctrina nacional

2. Evolución. En nuestro país no fue motivo de confrontación la actual discusión sobre la existencia y la conveniencia de una doctrina sobre los contratos administrativos. Simplemente, con criterio práctico, se legisló en la materia, en los distintos órdenes, nacional, provincial y municipal, y la doctrina, de su lado, tampoco cuestionó la existencia de los contratos administrativos, puesto que el Derecho Administrativo era desde el siglo pasado y comienzos de éste una materia con autonomía científica, y, consecuentemente, no se dudó en aceptar su caracterización, con las lógicas variantes en la materia que cada autor aportaba.⁴

En este sentido no puede dejar de citarse las contribuciones de Bielsa, Berçaitz, en su obra dedicada exclusivamente a la materia contractual, de Mo, en su estudio del contrato de obras públicas, de Fiorini en su estudio de la licitación pública —en colaboración con Ismael Mata— y, sobre todo, los profesores Marienhoff y Diez en sus clásicos y extensos tratados, que han adquirido trascendencia internacional. No me detendré en la actual doctrina sobre la materia que, sin reticencias hasta tiempo reciente, había admitido los contratos administrativos, pero cuya producción a través de monografías y obras específicas es constante, bastando citar —aparte de los conocidos artículos de la polémica— que hace unos días el profesor Cassagne publicó una obra sobre la materia: *El contrato administrativo*.

III. La jurisprudencia

3. La jurisprudencia que expondré la ciño a la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dado el relieve que tiene por su calidad de máximo tribunal nacional y su reflejo en la doctrina y jurisprudencia del país. Ello, sin perjuicio de reconocer que se trata de una materia de derecho público local (el Derecho Administrativo lo es) y que el seguimiento de lo sostenido por la Corte nacional en dicha materia no constituye una doctrina obligatoria para los tribunales provinciales y, también, para los de la Capital Federal que entienden en la materia.

4. Etapas. Pueden observarse en el desarrollo de este tema dos etapas: una que abarca hasta 1984 y la otra hasta nuestros días. En la primera, se aprecia la existencia de un criterio casuístico coincidente con el estado de la doctrina nacional y extranjera, que sólo a partir de la década de 1950 comenzará a conformar un concepto que se extenderá hasta nuestros días. No podemos olvidar, al respecto, que nuestra Corte Suprema ha sido por lo general reacia —y creo que con buen criterio— a recepcionar las elaboraciones doctrinarias en la medida que no estén debidamente consolidadas.

⁴Sarria, Félix: *Derecho Administrativo*, Córdoba, 1961, pp. 287 y ss. Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, 6a. ed., Buenos Aires, 1964, t. II, pp. 171 y ss. Diez, Manuel María: *Derecho Administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, 1979, t. III, pp. 23 y ss. Fiorini, Bartolomé: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1976, t. I, pp. 596 y ss. Marienhoff, Miguel Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo*, 4a. ed., Buenos Aires, 1994, t. III-A, pp. 20 y ss. Berçaitz, Miguel Angel: *Teoría general de los contratos administrativos*, 1a. ed., Buenos Aires, 1952, pp. 124 y ss; hay una segunda edición de esta obra, del año 1980.

Bajo la influencia del esquema seguido por los autores franceses —Laubadère y Rivero, entre otros— para caracterizar a los contratos administrativos en esa primera etapa, he agrupado el tratamiento jurisprudencial en los tres requisitos que se han exigido en Francia: A) la presencia estatal en el contrato; B) la finalidad, esto es el cumplimiento de fines propios del Estado, y, en forma alternativa, C) el contenido, esto es, cláusulas exorbitantes del derecho privado, criterio que es el expuesto en aquéllas clásicas obras francesas.

Pasemos, entonces, a la exposición de la primera etapa, que abarca hasta el año 1984.

III.1. La primera etapa

5. La presencia del Estado. En la primera etapa puede afirmarse que, aunque no lo expresaba en forma directa, la Corte había exigido en el caso “Cooperamet”, del año 1965, aparte de la *presencia del Estado* —más como un presupuesto que como un requisito— que los contratos celebrados *por la Administración Pública y sus entes subordinados* estuvieran «destinados a cumplir los fines de aquélla» y que tal celebración obedeciera a «*principios de interés público*».⁵

6. El requisito o “presupuesto” —como lo definía el profesor Marienhoff— de la presencia estatal aparecería dejado de lado en el caso “Schirato”⁶ del año 1982, en el que se consideró administrativo un contrato celebrado por una cooperadora escolar y un empresario particular, por entenderse que en dicha oportunidad la cooperadora había actuado por delegación del Ministerio de Cultura y Educación.

No obstante, vale adelantar que en el caso “Davaro”,⁷ del año 1992 en una cuestión de competencia en la que Telecom era demandada, la Corte tuvo un criterio distinto y determinó que la cuestión, vinculada a la prestación de un servicio público por la concesionaria, correspondía que fuera conocida por la justicia federal en lo civil y comercial y no —como lo sostenían los jueces Fayt y Barra— por la contencioso administrativa.

7. El fin público. Este componente aparecía considerado en el precedente “Cooperamet”, antes citado. La doctrina, por su lado acompañaba este criterio al señalar que los contratos administrativos eran aquéllos que tuvieran por fin la *utilidad pública* (Bielsa), o el *interés público* (Escola),⁸ o un *fin público* o la *satisfacción de una necesidad pública* (Bercaitz), o la *satisfacción de necesidades públicas* (Marienhoff).

8. Tal criterio finalista no fue decisivo, puesto que en el precedente “Albano”, del año 1968,⁹ la Corte entendió que pese a que un contrato obedecía a un fin público, el régimen al que estaba sometida la entidad autárquica que lo había celebrado impedía la aplicación del régimen legal de las obras públicas.

Sin embargo, en un pronunciamiento posterior, caso “Ingeniero Livio Dante Porta”, del año 1973, y pese a que existía el mismo régimen señalado, la Corte había afirmado que un contrato de provisión de locomotoras y repuestos para Ferrocarriles Argentinos era administrativo.¹⁰

⁵Fallos: 263:510, caso «Cooperamet», y también 253:101, caso “Empresas Rodríguez”.

⁶Fallos: 304:490.

⁷Competencia N° 979.XXIII, del 8/9/92, Fallos:

⁸Escola, Héctor Jorge: *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1977, t. I, p. 127.

⁹Fallos: 270:446. Un criterio similar lo tuvo el Tribunal en Fallos: 301:525, caso “Intercar”, del año 1979, donde se sostuvo que un contrato de provisión de “zorras” para Ferrocarriles Argentinos no era administrativo en virtud de la exclusión explícita de la ley 18.360.

¹⁰Fallos: 286:333.

Pero más tarde volvería al criterio sentado inicialmente en el caso “Intercar”,¹¹ del año 1979, donde se sostuvo que un contrato de provisión de “zorras” para Ferrocarriles Argentinos no era administrativo en virtud de la exclusión explícita de la Ley N° 18.360.

9. Ello demuestra que hasta ese entonces la finalidad no constituía un componente decisivo del contrato, y que la Corte se ajustaba al régimen normativo específico que regía la relación contractual para asignarle carácter administrativo o privado al contrato.

10. Las cláusulas exorbitantes. Ellas no aparecerían hasta 1984. Pese a ello, dicha teoría, de origen francés,¹² no era desconocida en nuestro derecho, puesto que ya Miguel Ángel Berçaitz la había expuesto en la primera edición de su obra antes citada —del año 1952—, y hecho sus críticas, que aún hoy mantienen actualidad,¹³ quien certeramente había dicho que la cláusula exorbitante era la consecuencia de que el contrato fuera administrativo y no la determinante de su carácter. Tiempo después, el maestro Marienhoff desarrollaría con profundidad en su obra cumbre el encuadre jurídico de las cláusulas exorbitantes.¹⁴

11. En el año 1984 la Corte introduce en su jurisprudencia la noción de cláusula exorbitante para la caracterización de un contrato como administrativo en una serie de pronunciamientos donde tuvo que dirimir cuestiones de competencia.¹⁵ Es interesante notar que en la mayoría de dichos casos la parte estatal estaba constituida por empresas públicas (Gas del Estado, Ferrocarriles Argentinos y YCF).

En casi todos los casos utilizó prácticamente la misma la misma fórmula:

«... las estipulaciones ... importan reconocer ... facultades más bien propias del derecho público que del derecho privado. A lo que cabe agregar el carácter público de los objetivos perseguidos ...» por la respectiva empresa.¹⁶

Empero, en uno de ellos utilizó una fórmula distinta al sostener que las cláusulas del contrato importaban

«reconocer que la ocupación del concesionario se encuentra sometida a un *régimen exorbitante del derecho privado*, lo que lleva a considerar esta causa —prima facie— como contencioso administrativa ...».¹⁷

12. Con dicha jurisprudencia se arriba a la conclusión de que la Corte dejó de lado el régimen normativo del respectivo contrato para indagar su contenido (cláusulas exorbitantes) o en su finalidad (pública o privada). Como se puede apreciar, la Corte ya no se fijó a partir de entonces si el régimen contractual de la entidad contemplaba o no la aplicación del Derecho Público o vedaba su aplicación —como ocurría por ejemplo con la Ley N° 20.705 de sociedades del Estado— las respectivas contrataciones de la entidad u órgano estatal. Simplemente, si existían cláusulas exorbitantes el contrato era administrativo. Vale destacar que el juez Fayt se mantuvo en la tesitura tradicional sobre la exclusión del régimen del Derecho Público cuando el estatuto legal de la entidad lo vedaba.

¹¹Fallos: 301:525.

¹²Ver más abajo el apéndice, donde se expone la doctrina francesa.

¹³Ob. cit., pp. 189-191.

¹⁴Ob. cit., pp. 74 y ss.

¹⁵Los casos están enumerados en mis trabajos antes citados.

¹⁶Por ejemplo, en Fallos: 306:328 y 306:333, casos «Gas del Estado c. Lindoro» y «Ferrocarriles Argentinos c. Papadópulos».

¹⁷Fallos: 306:731, caso «López c. Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina)».

III.2. La segunda etapa

13. *La consolidación del criterio del contrato administrativo.* En la segunda etapa se consolida la concepción del contrato administrativo a partir del voto del juez Fayt en la causa «Dulcamara», del 29/3/90,¹⁸ voto que prácticamente condensa toda la doctrina de la Corte Suprema sobre el contrato administrativo. Allí el citado juez caracterizó de esta forma el contrato administrativo:

«... los contratos administrativos constituyen una *especie dentro del género de los contratos*, caracterizados por elementos especiales, como que *una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal*, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado» (el énfasis me pertenece)

14. De esta transcripción, que como veremos, sería luego utilizada en otros pronunciamientos por el Alto Tribunal, surgían los siguientes conceptos: 1° el contrato administrativo es una especie del género contrato; 2° se exige la presencia del Estado; 3° el objeto es un fin público, y 4° debe contener explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes.

Vale destacar al respecto la influencia decisiva de la doctrina elaborada por el profesor Marienhoff, puesto que él había insistido en que no solamente las cláusulas exorbitantes debían ser las explícitas, sino también las implícitas. Con tal criterio prácticamente ya no existía diferencia en afirmar que su doctrina coincidía con la del régimen exorbitante que se había desarrollado en Francia, y que en forma paralela ya había sostenido en nuestro país el profesor Cassagne. Es más, en su tesis sobre el acto administrativo —escrita seguramente antes de que se hablara en Francia del «régimen exorbitante», puesto que la primera edición de *El acto administrativo* data del año 1974— el profesor Cassagne ya sostenía que el acto administrativo entraña «un régimen jurídico exorbitante del derecho común».¹⁹ Esta misma idea la reiteraría en su monografía *Los contratos de la Administración Pública*, del año 1975.²⁰

15. En el caso «YPF c. Provincia de Corrientes», del año 1992, la Corte avanzó más al sostener:

«... si bien *la noción de contrato es única*, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un *acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas*, el régimen jurídico de estos tipos es diferente.(...) Cuando el Estado, en *ejercicio de funciones públicas que le competen* y con el *propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter*, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público» (el énfasis me pertenece).²¹

Por último, en la causa «Cinplast», del año 1993,²² repetiría el concepto dado por el juez Fayt en «Dulcamara»:

“en tales contratos *una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal*, su objeto está constituido por un *fin público o propio de la Administración* y contiene,

¹⁸Fallos: 313:376.

¹⁹Ob. cit., pp. 90-91.

²⁰ED, 57-793.

²¹Causa Y.11 XXII, sentencia del 3/3/92. Es interesante notar la influencia de la doctrina en la elaboración de dichos párrafos. Cfr.: Marienhoff, ob. cit., pp. 23 y 34. Cassagne, art. cit., acáp. IV, últ. párr.

²²Causa C.111 XXIII, sentencia del 2/3/93.

explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado" (el énfasis me pertenece).

16. Concepto que se extrae de dicha doctrina. De tal manera, he ensayado un concepto del contrato administrativo que extraje de la doctrina antes expuesta. Así el contrato administrativo sería:

un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas («YPF c. Provincia de Corrientes»), en que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal (voto del juez Fayt en «Dulcamara», y «Cinplast»), cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración (voto citado del juez Fayt y «Cinplast» e «YPF c. Provincia de Corrientes») y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado (ídem).

17. El caso S.A. Organización Coordinadora Argentina. La pregunta que aquí podríamos formularnos es si ese criterio es rígido, toda vez que aparentemente la exigencia de la presencia de las cláusulas exorbitantes –en forma explícita o implícita– parecería constituir un requisito ineludible, toda vez que se utiliza en la fórmula de la Corte la conjunción copulativa «y» en vez de la disyuntiva «o» como lo exige la doctrina francesa y personalmente lo había señalado en el trabajo del año 1984.

Creo que la respuesta se encuentra en el primer pronunciamiento del año 1995, *in re* «S. A. Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado de la Presidencia de la Nación»,²³ donde –para justificar el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración por excesiva onerosidad de los precios– se sostuvo que un contrato de transporte de correspondencia secreta era administrativo, pese a que la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal había negado la posibilidad del ejercicio de tal prerrogativa invocando que en el contrato no aparecían cláusulas exorbitantes expresas. Para arribar a tal solución la Corte tuvo en cuenta que el órgano estatal había contratado en forma directa al amparo del régimen establecido en la ley de contabilidad y los fines públicos expresados en el convenio.

IV. Los principios generales de la teoría de los contratos administrativos

18. La jurisprudencia del Alto Tribunal no se ciñó exclusivamente a la búsqueda de la fijación de un criterio, sino a establecer las bases jurídicas del contrato administrativo.

Suscintamente expondré los aspectos más relevantes de ella.

19. Contratos de derecho privado de la Administración. La Corte admitió la posibilidad de su existencia. Esto se extrae en primer lugar de la propia enunciación de exigencias para configurar un contrato administrativo; de donde *a contrario sensu* se deduce que los que no las contengan serán de derecho privado. Pero en otros, vinculados con relaciones de empleo con el Estado, admitió directamente la posibilidad de la celebración de contratos regidos por el derecho común.²⁴

20. El contrato administrativo como acto administrativo. La Corte admitió en primer lugar la existencia de *actos administrativos bilaterales* en el caso «Metalmecánica c. Gobierno de la Nación», del año 1976.²⁵

²³Causa S.395. XXVIII, sentencia del 10/8/95.

²⁴Por ejemplo: Fallos: 306:1236 («Deutsch»), de 1984, y 310:464 («Zacarías»), de 1987, y sus citas.

²⁵Fallos: 296:692.

Luego, a partir de la causa «Navone Spalding», del año 1989,²⁶ la Corte hizo suyo el dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Andrés D'Alessio, quien había configurado como «acto administrativo» un contrato de suministro. Por lo tanto, la Corte se volcó hacia la postura de quienes afirman la naturaleza de acto administrativo del contrato,²⁷ dejando de lado la doctrina negatoria.²⁸

21. El acto separable o “coligado”. La doctrina del *acto separable* o “*coligado*” para describir el contrato administrativo fue expuesta en el caso “Serra”,²⁹ del año 1993, donde se dijo que

“es en el complejo interrelacionado de actos que dan base estructural a la existencia y ejecución del contrato administrativo donde es preciso buscar el origen del derecho invocado. En otros términos, es en esa interrelación de actos administrativos, en la que cada uno es consecuencia del precedente —sin perder, por ello, su individualidad, pero cuya existencia se justifica *en y para* el contrato administrativo— donde, en el caso, se sitúa la fuente del derecho de la actora, y no en el acto impugnado, que está como tal, fuera de la estructura esencial de actos ligados al contrato, y su incidencia sobre ella es, al fin indicado nula.”

22. La aplicación de la ley nacional de procedimientos administrativos N° 19.549. Su aplicación, y, en especial, el plazo de caducidad de la acción contencioso administrativa a los actos dictados en el transcurso de las relaciones contractuales fue motivo de encontradas posiciones entre la doctrina surgida de la Corte Suprema en el caso “Mevopal”, del año 1985, que negaba la aplicación de dicho plazo, en la medida que ello significaba que cada acto debía ser impugnado individualmente,³⁰ mientras que en el plenario “Petracca” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, del 24/4/86, se sostuvo el criterio opuesto: cada acto debía ser impugnado individualmente.³¹

Fue el caso “Gypobras”,³² de 1995, donde puede decirse que quedó zanjada la cuestión que había movido a la elaboración de distintos enfoques acerca del modo de superar dos doctrinas opuestas. Allí la Corte confirmó el pronunciamiento de la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal —que se había apoyado en los precedentes “Petracca” y “Serra”— al sostener que

“es indudable la aplicación del Artículo 25 de la ley nacional de procedimientos administrativos a los pleitos relativos a relaciones jurídicas originadas en contratos celebrados por la administración.”

²⁶Fallos: 312:282. La doctrina se reiteró en Fallos: 312:606.

²⁷Entre otros: Marienhoff, ob. cit., p. 39. Fiorini, ob. cit., pp. 597-598. Cassagne: *Derecho Administrativo*, 3a. ed., Buenos Aires, 1991, t. II, p. 245 (si bien se utilizó esta edición, destaco que hay una 4a., de 1994). Comadira, Julio Rodolfo: *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, 1992, pp. 16-17. Barra, Rodolfo Carlos: *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1984, t. 1, p. 23. Id.: *Los actos administrativos contractuales*, Buenos Aires 1989, *passim*.

²⁸Diez, ob. cit., t. II, p. 203. Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1979, t. III, p. IV-27. Dromi, José Roberto: *Derecho Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, 1992, t. 2, p. 153 (hay una 4ª edición publicada en España en 1995). Berçaitz, ob. cit., 2ª ed., p. 5. Escola, ob. cit., p. 98.

²⁹Causa S.182.XXIV, del 26/10/93.

³⁰Dijo allí la Corte: “Los actos administrativos, aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato del cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los Arts. 23 y 24 de la Ley N° 19.549 y al sistema de impugnación de su Art. 25.”

³¹En uno de los puntos del plenario se fijó esta doctrina: “La impugnación de los actos administrativos prevista en los incs. a y b del Art. 23 de la Ley N° 19.549, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración está sujeta al plazo instituido por su Art. 25.”

³²Causa G.146.XXVIII, del 5/4/95.

23. *El contrato administrativo como especie del género contrato y la aplicación del Derecho Privado* - La doctrina de los principios comunes del género “contrato” del que participan los contratos administrativos y los de Derecho Privado fue afirmada en «YPF c. Provincia de Corrientes», y preanunciada por el juez Fayt en «Dulcamara», tuvo desde antiguo aplicación en la jurisprudencia del Alto Tribunal, en ocasión de aplicar los principios contenidos en el Código Civil y en el Código de Comercio a los contratos administrativos.

Vale recordar al respecto que el recordado profesor André de Laubadère había dicho: “Sea administrativo o civil un contrato, se ha repetido frecuentemente, es siempre un contrato y, en la concepción general de nuestro derecho, esencialmente consensualista ..., la voluntad manifestada por las partes a momento de la celebración del contrato es la idea directriz a la cual el juez debe en primer lugar referirse cuando hay que determinar el contenido de las obligaciones de los contratantes en vista de aplicarlas a la ejecución.”³³

Al respecto, podemos citar los siguientes ejemplos:

24. a. *El contrato como ley para las partes*. El viejo y noble principio del Art. 1.197 del Cód. Civ. de que *el contrato es «ley para las partes»*, de donde se deduce el de «pacta sunt servanda» lo aplicó la Corte en forma reiterada, entre otras causas «Hotel Internacional Iguazú» (1986), «Marocco» (1989), «Dulcamara» (voto del juez Fayt), «Necon» (1991) y «Montes» (1992).³⁴

25. b. *La interpretación de los contratos y el principio general de la buena fe*. Las normas sobre la *interpretación y buena fe*, plasmada en los Arts. 1.198 del Cód. Civ. y 218, inc. 4º del Cód. de Comercio, también tienen sólido y antiguo fundamento en la jurisprudencia del Alto Tribunal. Así, sobre la buena fe pueden citarse las causas «Gobierno de la Nación c. Pablo Besana» (1938), «Francisco Grecco c. YCF» (1977), «Panedile» (1983),³⁵ y más recientemente en el ya citado caso «Cinplast».

Así, en el caso “Juan María de Vido e Hijos”³⁶, del año 1988, dijo la Corte que

“los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos” a lo que agregó algo sumamente importante:

“Por ser ello así, es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a sus actos anteriores— se ha suscitado en el otro contratante.”

En cuanto a las normas de interpretación, propias del derecho privado, se afirmaron también en el citado caso «Cooperamet» (1965), y en «Vianini» (1978) y «Juan María de Vido» (1988),³⁷ aparte del reiteradamente citado voto del juez Fayt en «Dulcamara» y de la causa «Necon».

³³*Traité des contrats administratifs*, t. II, 2ª ed., París, 1983, § 427, p. 12, actualizada por Franck Moderne y Pierre Delvolvé,

³⁴Las referencias respectivas son: *Fallos*: 308:618; 311:84; 313:376; 314:491, y M.155 XXIII, sentencia del 25/8/92.

³⁵Las citas respectivas son: *Fallos*: 182:502; 298:265; 305:1011. Para otras referencias me remito a mi estudio publicado en la revista de la Procuración del Tesoro, pp. 134-135, nota 97.

³⁶*Fallos*: 311:970.

³⁷Las referencias de los dos últimos fallos es: *Fallos*: 300:273 y 311:970.

26. Los principios del Derecho Público. También la Corte aplicó los principios propios del Derecho Público en distintos pronunciamientos.

27. a. El principio de legalidad administrativa. Este principio, implícitamente citado en el caso «Sociedad de Electricidad de Rosario» (1975), lo afirmó explícitamente en las causas «Serra» y «Espacio» (ambas de 1993) y en la disidencia del juez Guillermo López en la causa «Credimax» (1994).³⁸

Precisamente, dijo en “Espacio” que “en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal.”

El contenido de esas ideas lo reiterará en la segunda causa “S.A. Organización Coordinadora Argentina”, del 17/2/98 (consid. 7º).³⁹

28. b. El principio de selección del contratista estatal, de antigua discusión en nuestro derecho,⁴⁰ fue zanjado en las causas «Meridiano» (1979) y «Almacenes del Plata» (1988),⁴¹ al sostener que ante la ausencia de norma específica que fijara el procedimiento de la selección mediante la licitación pública, debía estarse a la validez del acto respectivo.

Sin embargo, en el segundo caso “OCA” dejó en claro la Corte que “la competencia para determinar el precio de las contrataciones que celebre el Estado debe ejercitarse conforme a la finalidad en mira a la cual fue atribuida, que es la de contratar al precio más conveniente y razonable; por lo que, de acuerdo con el Art. 7º, inc. f) de la Ley N° 19.549, excede su poder el funcionario que fija aquél con ánimo de liberalidad o a su mero arbitrio.”

29. c. El régimen exorbitante. Fue motivo de estudio tanto de Cassagne como Barra, quienes dedicaron varias páginas de sus trabajos para describir dicho instituto.⁴² Ese régimen se describió su contenido a través del modelo prerrogativa estatal-garantía del administrado.

Al respecto ya en el caso «Cima», del año 1977⁴³ la Corte había hablado del carácter exorbitante del derecho privado que implicaban los principios del Derecho Administrativo. Luego, como hemos visto, en el caso «López» hizo mención del régimen jurídico exorbitante, y en el caso «Serra» describió su contenido a través de la fórmula modélica antes citada: “prerrogativa estatal y garantías del particular” (cfr. consid. 9º del fallo). Y por último, en el caso «Gypobras» también invocó dicho régimen para sostener la prerrogativa estatal de los plazos de caducidad de la acción contencioso-administrativa.⁴⁴

³⁸Las referencias son: Fallos: 291:290; S.182. XXIV, sentencia del 26/10/93; E.286.XXII, sentencia del 22/12/93, y C.379. XXIV, sentencia del 20/10/94.

³⁹Causa S.1713.XXXII. Este pronunciamiento fue publicado en el suplemento de Derecho Administrativo de ED, del 13/4/98, con comentario de Julio Rodolfo Comadira: *La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato en cumplimiento.*

⁴⁰Se pronuncian, entre otros, por la libre elección: Marienhoff, Escola y Diez. Quienes lo niegan son: Bielsa, Fiorini, Mata, Barra y Cassagne.

⁴¹Fallos: 301:292 y 311:2385.

⁴²Cassagne: obs. cit., *passim*. Barra, Rodolfo Carlos: *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1980, pp. 134 y ss.

⁴³Fallos: 298:172.

⁴⁴Causa G.146.XXVIII, del 5/4/95.

30. d. El principio de la confianza legítima. Este instituto jurídico, surgido del Derecho Público alemán y esparcido a la Comunidad Europea,⁴⁵ del que constituye uno de los principios generales básicos del derecho comunitario, aparece por primera vez tratado por la Corte bajo la denominación inglesa de *expectativa razonable*, en el caso “Industria Maderera Lanín”,⁴⁶ donde se ponderó la actitud arbitraria de la Administración que había frustrado la posibilidad de arribar a la celebración de un acuerdo de concesión de una explotación forestal, circunstancia que dio lugar al reconocimiento del derecho a una indemnización. También puede insertarse en esa línea el precedente “Juan María de Vido”, antes mencionado.

31. e. Los contratos celebrados “ad referendum” y los sujetos a “aprobación”. En el caso “Herpazana”⁴⁷ se hizo la distinción de ambos, al señalarse que “la aprobación otorga ejecutoriedad a un acto que es válido desde su origen. El acto aprobado existe por sí, con independencia del hecho condicionante, por cuanto reúne los requisitos legales exigidos para su formación y cuenta con elementos esenciales propios que difieren de los del acto aprobatorio. En efecto, en el primer caso el objeto y la finalidad se manifiestan en el contenido del acto; en el segundo consisten en la aceptación de lo que obró otro órgano y en la necesidad de salvaguardar la regularidad en el funcionamiento de la administración” (consid. 8º).

VI. Conclusiones

32. Llegado al final de mi exposición, creo conveniente formular algunas conclusiones en esta materia.

1) Nuestro Derecho Administrativo cuenta —pese a algunas críticas— con una doctrina uniforme y consolidada en materia de contratos administrativos.

2) La figura del contrato administrativo en sentido amplio o en sentido estricto —esto es, una de las especies de los contratos de la administración— sigue aún vigente, pese a las reformas habidas en el ámbito estatal. Y, agrego más, aunque existan los contratos de derecho privado en el seno estatal, nunca dejarán de estar influidos —por más ínfimo que ello pueda ser— por la teoría general del contrato administrativo.

3) La labor de la Corte Suprema en esta materia, afirmada en definitiva en la mejor doctrina iusadministrativa, ha sido fecunda. Y esto no es sino un reconocimiento institucional de la Corte a nuestra doctrina.

Ciertamente, no dejo de advertir la existencia de distintos matices doctrinarios. Entiendo, sin embargo, que los jueces son los que ponen fin a las discusiones científicas. Las sentencias de los jueces son las que afirman el camino por donde deben tener andamio las cuestiones que las partes llevan a su decisión. Y, aún en el terreno de lo que podría considerarse jurídicamente opinable, asignan seguridad jurídica —valor éste primordial en un Estado de Derecho—, de modo que todos, particulares y Estado, sepamos cuál es el camino jurídico a seguir, sin perjuicio de su perfectibilidad, para la que, justamente, están llamadas estas jornadas en las que con ilusión y espíritu de servicio estamos llevando a cabo. Muchas gracias.

⁴⁵Ver al respecto mi monografía *La confianza legítima*, publicada en *ED*, del 4/5/98.

⁴⁶*Fallos*: 298:223.

⁴⁷Causa H.225.XXXI, sentencia del 16/12/97.

Apéndice

Breve referencia al contrato administrativo en el derecho comparado

¿Puede afirmarse que el contrato administrativo existió antes de su formulación jurisprudencial y dogmática? O, en otros términos, ese contrato conceptuado como administrativo por la intervención del Estado como una de sus partes, ¿no existió acaso en la antigüedad? Ciertamente el Estado —entendido en sentido lato, *polis*, reino, república, imperio— celebró acuerdos de voluntades con los particulares. Pero el régimen jurídico al que ellos estaban sometidos no habían adquirido la conformación jurídica que tendrían a partir del siglo pasado.

Aunque no pueden pasar por alto las objeciones que se han formulado al respecto, hay casi unánime consenso que el Derecho Administrativo nace con la Revolución Francesa.⁴⁸ Quizás no exagere si digo —expresando una idea cuya autoría creo que no me pertenece— que en las invasiones las tropas de Napoleón llevaron junto con sus bayonetas (y el bastón de mariscal en sus mochilas) las simientes del Derecho Administrativo.

Pues bien, el establecimiento en Francia —en 1790— de la jurisdicción contencioso-administrativa fue el acontecimiento determinante que el Consejo de Estado, órgano responsable en la materia, tuviera que fijar las pautas que servirían para establecer en qué casos intervendría, ante la ausencia de directivas concretas y perfiladas en las normas.⁴⁹ Es decir, a la pobreza normativa se oponía —como siempre ocurre y esto es fatal para el positivismo— la riqueza de la realidad. Nacerían así la doctrina del acto y del contrato administrativo, entre otras instituciones. Obsérvese que en éste caso, como en tantos otros, la necesidad política —en definitiva, la desconfianza hacia el Poder Judicial⁵⁰— creó la jurisdicción contenciosa-administrativa a través de normas que, salvo en contadas oportunidades, mucho no ayudaban a los operadores jurídicos de entonces —el Consejo de Estado— lo que determinó que sobre la marcha se estableciera la jurisprudencia sobre la materia y sólo después vendría el aporte de la doctrina. No fue, en consecuencia, la iluminada razón dogmática la que dio nacimiento a las instituciones del Derecho Administrativo, sino la necesidad coyuntural. Ciertamente, tampoco se puede dejar de advertir en este orden de ideas que la obra del jurista será la que incardine la necesidad política a través de los cauces de la legalidad. Lo contrario sería negar al Estado de Derecho.

La justicia administrativa contaría, como señalé precedentemente, con escasos elementos para determinar su competencia. Así, distintas normas confirieron a la recientemente creada jurisdicción administrativa el conocimiento de las cuestiones suscitadas en materia de obras públicas, de venta de inmuebles del Estado y suministros.⁵¹

⁴⁸Hauriou, Maurice: prefacio a la 4a. ed. de su *Précis de Droit Administratif*, publicado en Maurice Hauriou. *Obra escogida*, trad. de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Madrid, 1976, p. 41. Weil, Prosper: *Le Droit Administratif*, 11a. ed., París, 1986, pp. 7 y ss. Zanobini, Guido: *Corso di Diritto Amministrativo*, 8a. ed., Milán, 1958, t. I, p. 39. García de Enterría, Eduardo: *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 2a. ed., Madrid, 1981, *passim*, esp. pp. 33 y 67. Id.: *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994, pp. 181 y ss.

⁴⁹Fue a través de la ley del 16-24 de agosto de 1790 que los revolucionarios negaron la intervención de los tribunales ordinarios al conocimiento de aquellas causas en que fuera parte la Administración. Ver al respecto, Tawil, Guido Santiago: *Administración y Justicia*, Buenos Aires, 1993, t. I, pp. 54 y ss. García de Enterría: *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2a. ed., Madrid, 1992, pp. 27 y ss.

⁵⁰Tawil, ob. y lug. cit. Del Saz, Silvia: *Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional*, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992, p. 116.

⁵¹Laubadère, André de: *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1a. ed., París, 1956, t. I, p. 30 y 37 y ss. Rivero, Jean: *Droit Administratif*, 8a. ed., pp. 113 y ss.

Pero la posterior evolución demostró la insuficiencia del criterio legislativo para determinar si un contrato era administrativo o del derecho privado. Por ello la jurisprudencia administrativa ha exigido, sucesivamente, que una de las personas fuera el Estado, y que, en forma alternativa, su objeto fuera el de la prestación de un servicio público o que contuviera cláusulas exorbitantes del derecho privado.⁵²

1. En virtud de la importancia que tiene la doctrina que se conformó a partir de la jurisprudencia francesa —decisiva respecto a nuestro país— es conveniente hacer un breve panorama del criterio que se estableció en esa nación para configurar un contrato como administrativo.

Se exigió como primer requisito que una de las partes contratantes fuera el Estado, entendido éste en sentido amplio.⁵³ Sin embargo se presentó la duda respecto a la posibilidad de que las empresas públicas celebraran contratos administrativos: la respuesta fue oscilante tanto por el Consejo de Estado como por el Tribunal de Conflictos; sin embargo, puede afirmarse que tal posibilidad ha sido admitida en el derecho francés.⁵⁴

El criterio de la prestación de un servicio público como fin al que apuntaba el contrato fue uno de los que con más firmeza se defendió a partir de su formulación doctrinaria por Gastón Jèze⁵⁵ —a quien Vedel le asigna la paternidad de la teoría, puesto que afirma que la «extraño de la nada»⁵⁶— y que el Consejo de Estado la jurisprudencia consagró en el caso “*Époux Bertin*”.⁵⁷

La teoría de la existencia de cláusulas exorbitantes, es decir —en términos muy generales— aquéllas que sólo eran concebibles en los contratos administrativos y no en los privados —puesto que implicaría la nulidad de éstos—, tuvo un éxito y desarrollo notable en la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del año 1912.⁵⁸ En un pronunciamiento posterior, del año 1921,⁵⁹ el Comisario de Gobierno Rivet diría que la cláusula exorbitante es aquella que lleva la «marca (o sello) administrativa». Evidentemente, poco concreto se podía extraer del concepto y de allí que la determinación de lo que debía comprenderse como cláusula exorbitante daría lugar a un extenso casuismo por parte del Consejo de Estado.⁶⁰

Dicha teoría ha merecido durísimas críticas por parte de Benoit, quien la consideró «falsa».⁶¹ Pero en los últimos tiempos se ha producido un giro en el sentido que más que hablarse de «cláusulas» se habla de «régimen exorbitante», sobre todo a partir de 1973,

⁵²Cfr. autores citados en la nota precedente.

⁵³Laubadère, ob. cit., pp. 318 y 349. Rivero, ob. cit., pp. 114 y 115.

⁵⁴Laubadère: *Traité de Droit Administratif*, 7a. ed., París, 1976, t. I, pp. 348 y ss. Chapus, René: *Droit Administratif général*, 9a. ed., París, 1995, t. 1, pp. 507 y ss. *Arrêt* «Société Brossette et fils c. Ministre de la Guerre», del 30/1/31, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, t. 101, 2ª serie, pp. 123-125. Hubo varios en igual sentido; ver la mención que hace Laubadère, ob. y lugs. cit. El más reciente es el *arrêt* de la «Société d'équipement de la région montpelliéraine», *Recueil*, 1975, pp. 326-328.

⁵⁵*Principios generales del Derecho Administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, 1949, t. III, *passim*, esp. p. 322.

⁵⁶Vedel, Georges: *Droit Administratif*, 6a. ed., París, 1976, p. 228.

⁵⁷*Arrêt* «*Époux Bertin*», del 20/4/56. Ver Long, M., Weil, P. y Braibant, G.: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7ª ed., París, 1978, pp. 440. Ciertamente, ya antes de dicho pronunciamiento, la idea del servicio público había campeado en los *arrêts* «*Terrier*» y «*Thérond*».

⁵⁸*Arrêt* «*Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille*», del 31/7/1912, *Recueil Dalloz*, 1916, pp. 35-36.

⁵⁹«*Société générale d'armement*», del 23/12/1921, *Revue de Droit Public*, año 1922, pp. 74 y ss.

⁶⁰Expose los casos más relevantes en la monografía del año 1984, titulada *El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ED, 111-845.

⁶¹*El Derecho Administrativo francés*, trad. esp., Madrid, 1977, pp. 728 y ss.

cuando en un pronunciamiento de ese año el Consejo de Estado aplicó tal locución.⁶² El propio Laubadère en la segunda edición de su clásica obra sobre los contratos administrativos, se enroló en tal postura, y describió al régimen exorbitante como el «entorno objetivo» —ajeno a las partes— del contrato, en el que, por cierto, podían estar incluidas las cláusulas exorbitantes.⁶³

2. La doctrina del contrato administrativo fue recibida de distintas maneras en otros países. Así, en España, nación muy influida por el derecho francés, si bien las polémicas en torno a la sustantividad del contrato administrativo frente al del derecho civil —que se extiende hasta el día de hoy⁶⁴— surgieron desde un comienzo, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocieron su existencia y régimen particular.⁶⁵

3. Italia ha permanecido en una situación muy particular al respecto, puesto que si bien se admite la figura del contrato administrativo, que se restringe a los contratos de obra pública y suministro, la aplicación prevalente es la de los contratos de derecho privado, aunque éstos contienen una serie de notas que los diferencian de los de derecho privado, como se ha notado en la doctrina.⁶⁶ Sin embargo, no puede soslayarse que también en dicho país existen discusiones doctrinarias en cuanto a su sustantividad.⁶⁷

4. Alemania fue el país donde uno de los forjadores de su derecho administrativo, Otto Mayer —a quien, entre otros, siguió Fleiner—, negó enfáticamente posibilidad de un contrato entre el Estado y los particulares, puesto que, como sostenía el último, el contrato crece sobre el terreno de la igualdad, mientras que las relaciones con el Estado eran de subordinación.⁶⁸ Hoy en día, no sólo por la obra de los autores, sobre todo Forsthoff y más recientemente Maurer, sino también de la jurisprudencia, se ha admitido la existencia de los contratos administrativos, cuyas particularidades no lo diferencian demasiado del régimen del derecho francés. Es más, la propia ley alemana de procedimiento administrativo en su parágrafo 56 define al contrato administrativo en una forma que, como veremos más adelante, no nos puede resultar extraña en nuestro derecho: «contrato por el cual una relación regida por el derecho público se crea, modifica o suprime».⁶⁹

⁶²«Société d'exploitation électrique de la rivière su Sant», *Recueil*, año 1973, pp. 48-49.

⁶³*Traité*, 2a. ed., escrita con la colaboración de Franck Moderne y Pierre Delvolvé, París, 1983, t. I, p. 239.

⁶⁴Fernández de Velasco, Recaredo: *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, pp. 6 y ss. Álvarez Gendín, Sabino: *Los contratos públicos*, Madrid, 1934, pp. 19 y ss. Ver al respecto: la postura que podríamos llamar «unitaria», en el sentido de que existe una «modulación» entre los contratos administrativos y los civiles fue expuesta por García de Enterría a partir de su trabajo *La figura del contrato administrativo*, RAP 41-99, teoría reproducida en su ya famoso *Curso de Derecho Administrativo* -escrito junto con Tomás Ramón Fernández-. La «sustantiva» es sustentada por Gaspar Ariño Ortiz en su obra *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, y en el estudio-prólogo al libro de José Ignacio Monedero Gil, *Doctrina del contrato del Estado*, que tituló *Contrato del Estado y «common law»*, Madrid, 1977.

⁶⁵García Oviedo, Carlos: *Derecho Administrativo*, 3a. ed., pp. 164-167. Álvarez Gendín, Sabino: *Tratado General de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, t. I, pp. 371 y ss. Respecto al estado actual de la doctrina y jurisprudencia en ese país, puede verse el comentario a la nueva ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ley 13 del 18 de mayo de 1995 -que sustituyó a la Ley de Contratos del Estado de 1965- en la obra colectiva *Derecho de los contratos públicos*, coordinada por Benigno Pendás García, Madrid, 1995, especialmente el artículo *Evolución de la legislación sobre contratación administrativa*, de Martín Bassols Coma, pp. 19-100.

⁶⁶Virga, Pietro: *Diritto Amministrativo*, Milán 1983, t. I, pp. 317 y ss., esp. p. 320.

⁶⁷Di Renzo, Francesco: *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Milán, 1975, pp. 9 y ss. Giannini, Massimo Severo: *Diritto Amministrativo*, 3a. ed., Milán, 1993, vol. 2, pp. 363 y ss.

⁶⁸Mayer, Otto: *Derecho Administrativo Alemán*, trad. esp., 2a. ed., Buenos Aires, 1982, t. I, pp. 183 y ss. Fleiner, Fritz: *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. esp. de la 8a. ed. alemana por Sabino Álvarez Gendín, Madrid, 1933, p. 169. García de Enterría: *La figura*, cit., p. 100. Garrido Falla, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, 10a. ed., Madrid, 1992, t. II, pp. 41-43.

⁶⁹Forsthoff, Ernst: *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp. de la 5a. ed. alemana, Madrid, 1958, pp. 371 y ss. Maurer, Hartmut: *Droit Administratif Allemand*, trad. fr. de Michel Fromont, París, 1994, pp. 362 y ss.

5. Los ejemplos de Gran Bretaña y Estados Unidos de Norteamérica podrían configurarse como paradigmáticos en la materia. Ambas naciones, forjadas jurídicamente en el *common law*, no podían admitir una institución que quebraba sus bases de igualdad de régimen jurídico al que se encontraban sometidas ambas partes —particulares y Estado— en su relación contractual. Los británicos, insulares de cuerpo y alma —como describiría Leopoldo Marechal a uno de sus personajes en su novela *Adán Buenosayres*—, ya desde los tiempos del gran Dicey les costó admitir la existencia de un Derecho Administrativo como lo concebían los franceses. Empero, la realidad supera la dogmática y hoy en día a los autores británicos nada les cuesta reconocer y titular sus obras como «Administrative Law»;⁷⁰ más aún, al igual que las obras del continente, se ha incluido en los textos el tratamiento de los contratos administrativos.⁷¹ En este sentido, el incremento del tráfico comercial del Estado con los particulares —en la medida que ya no era, como antes, él mismo quien se proveía, dio lugar al nacimiento de una serie de principios que se apartaron de la observancia estricta del *common law*.⁷²

6. Estados Unidos, país en el que la materia involucra intereses y sumas de miles de millones de dólares, especialmente en materia de defensa —que son, sin duda, la masa de sus *government contracts*—, ha tenido, al igual que Gran Bretaña, que apartarse de sus normas y principios sustentados en el *common law* para admitir, sobre todo por vía jurisprudencial, que en esta materia no era posible sujetarse a la estrictez de los términos contractuales cuando ellos se oponían a los intereses de la comunidad. Ante tal estado de cosas, y en la necesidad de dictar normas uniformes, en abril de 1984 se dictó un verdadero código: la *Federal Acquisition Regulation* (FAR).⁷³ Por otra parte, no podemos olvidar que ya desde el siglo pasado (1855, más exactamente) se había establecido un verdadero tribunal como era la *Court of Claims*, cuya competencia, entre otros cometidos, comprendía las cuestiones suscitadas en materia contractual con el Estado. Hoy en día, ha sido sustituido aquel antiguo tribunal por la *United States Claims Court*, órgano con mayores poderes y funciones que el anterior.⁷⁴

7. En este brevísimo recorrido del derecho comparado, pretendo demostrar que el contrato administrativo constituye esa realidad de la que hablé al inicio, que se impone a toda reducción que de él se pretenda al régimen de los contratos de derecho privado. Es decir, su especial perfil no permite la reducción de su régimen jurídico al que rige a los contratos del derecho privado, más allá de que pertenezca, como es innegable, al género *contrato*, pero, se insiste, *administrativo* o *de la administración*.

⁷⁰Por ejemplo, la clásica obra de William Wade: *Administrative Law*, 6a. ed., Oxford, 1993.

⁷¹Foulkes, David: *Administrative Law*, 8a. ed., Inglaterra, 1995, pp. 434-474. Este autor trata los contratos administrativos en forma orgánica y no separada como por ejemplo lo hace Wade a lo largo de su obra.

⁷²Foulkes expresa que el régimen de los *contracts of public authorities* parte del principio que las reglas ordinarias del derecho privado del contrato es la que se aplica. Sin embargo, «el hecho de que una de las partes contratantes es una autoridad pública puede involucrar cierto apartamiento de dichas reglas, o la aplicación de reglas especiales.»

⁷³Keyes, W. Noel: *Government contracts under de federal acquisition regulation*, St. Paul, Minnesota, 1986, pp 2 y ss. (hay una actualización complementaria -»pocket part«-de 1994).

⁷⁴Completar al respecto con las también clásicas obras de John Cibinic y Ralph Nasch: *Administration of government contracts*, 3a. ed., Washington, 1995, y *Federal procurement law*, 3a. ed., Washington, 1977 (dos tomos). Igualmente es recomendable leer las exposiciones que tuvieron lugar en las «Primeras jornadas argentino-norteamericanas sobre contratación pública» (12 al 14/8/87), publicadas por la Editorial Ciencias de la Administración, y cuyos conferencistas centrales fueron los dos profesores norteamericanos. Aunque algo desactualizado es conveniente también la lectura del estudio-prólogo de Ariño Ortiz antes citado.

CAPÍTULO 25

TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: Origen, evolución histórica y situación actual

POR JOSÉ LUIS MEILÁN GIL

El Profesor José Luis Meilán Gil, es Rector de la Universidad de La Coruña, catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de La Coruña, doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, abogado de los ilustres Colegios de Madrid y La Coruña, miembro de número de la Academia Galega de Jurisprudencia y Legislación, miembro del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas de la Asociación Española de Ciencias Regional del Consejo Rector de la Scola Galega de Administración Pública, Presidente del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público, Doctor Honoris Causa por la Universidad Particular de Chiclayo, Presidente del Comité Español Universitario de Relaciones Internacionales, Vicepresidente de la Conferencia de Rectores de Universidades Españolas, Director adjunto del Instituto de Estudios Administrativos, miembro del Instituto de Estudios de Administración Local, vocal permanente de la Comisión General de Codificación, miembro de la Unión Internacional Interparlamentaria.

Ha publicado quince libros de carácter jurídico y de ensayo político y más de cincuenta artículos en revistas científicas. Ha dirigido una quincena de tesis doctorales e impartido numerosos cursos de doctorado, fue diputado en el Congreso por la provincia de La Coruña en el período 1977-1982 e intervino activamente en la redacción de la Constitución Española de 1978 y en el Estatuto de Autonomía de Galicia de 1981. Entre otros premios y condecoraciones ha recibido la Gran Cruz de Mérito Civil de Alfonso X el Sabio, la Gran Cruz del Mérito Agrícola y la Orden de Mérito Constitucional en España y la Orden de Mérito de la República Italiana y la Orden de Andrés Bello de Venezuela.

I. Planeamiento

Mis primeras palabras han de ser de agradecimiento cordial por la invitación a participar en estas importantes Jornadas que revelan, entre otros muchos aspectos, la vitalidad y la brillantez de los iusadministrativistas argentinos.

El agradecimiento conlleva algo muy personal, desconocido obviamente para ustedes, ya que supone un rejuvenecimiento académico: el tema que se me ha asignado fue objeto de una lección que tuve que pronunciar hace más de treinta años.

Retomaré, pues, el hilo de entonces que, dada mi condición quizá excesivamente socrática, desarrollaron después Gaspar Ariño o Jaime Rodríguez-Arana o, ahora mismo, un discípulo de tercera generación, Carlos Aymerich, como hizo conmigo el profesor y maestro Villar Palasí.

Siempre he sostenido la necesidad de la aproximación histórica para comprender el Derecho positivo, incluso sus preceptos aparentemente más técnicos. Detrás de ellos existen muchas circunstancias culturales, económicas, geográficas, *políticas*, que los explican. ¿Por qué y cómo se han construido categorías jurídicas que, a veces, se presentan como dogmas? ¿Por qué el título de estas Jornadas? ¿Qué sentido y alcance tiene hablar de contrato o contratos administrativos?

Tengo para mí que para la contestación de éstas –o equivalentes preguntas– tiene una relativa eficacia acudir al Derecho comparado. Constituye éste, ciertamente, un intere-

sante elemento para la reflexión y, como se verá, también en ocasiones formará parte de esa historia que ayuda a explicar el presente de un ordenamiento nacional. Pero entiendo que habrá que evitar “importaciones indiscriminadas”, desgajando las categorías o las instituciones del medio ambiente en que nacieron y se desarrollaron, en una operación de transplante realizada sin pericia que termina por producir inevitables –y lógicamente– rechazos.

Es preciso partir de la realidad varia de los ordenamientos jurídicos, que ofrecen soluciones diferentes a los mismos problemas. Antes de cualquier calificación convendrá analizar el porqué de esas diferencias y la profundidad de las mismas. Si en más de una ocasión me refiero al Derecho español, ha de entenderse no como pretensión de exponerlo como arquetipo, sino como punto de referencia para la reflexión.

De acuerdo con lo que he dicho, el método elegido será desmontar primero las piezas actuales para indagar su procedencia y el modo en que se montaron e inducir qué puede haber de mudable y duradero, de compatible o incommunicable.

Para esta labor, como para cualquier otra en el ámbito de la investigación –y quizá particularmente en las ciencias sociales– se precisa una suerte de liberación de la mente, de prejuicios para no sorprenderse de las inconsecuencias y saltos lógicos que revele la historia, sobre todo si se compara con depurados criterios actuales, sobre todo si se tiene en cuenta que estamos tratando de un tema que afecta al Poder –poder político– y a sus titulares y a su ejercicio.

No es preciso acudir a citas bien conocidas que corroboran que el nacimiento mismo de lo que hoy denominamos Derecho administrativo y de no pocas de sus instituciones son el resultado de una serie de compromisos –“instrumento de civiltá”, se ha dicho– que sólo desde el acontecer político pueden explicarse.

II. La configuración del contrato administrativo

1. Relevancia del sujeto

Podemos partir, para el análisis, del título de las Jornadas o de la vigente Ley española (Ley 13/1995 de 18 de mayo) de Contratos de las Administraciones Públicas. El primer elemento a tener en cuenta es que se trata de una actividad –o una actuación– de la Administración Pública (utilizando el singular como tropo del lenguaje para mayor comodidad en la expresión) que se califica como contrato. ¿Hasta qué punto influye el sujeto en la naturaleza de la actuación?

Conviene retener lo que justifica la existencia de la Administración Pública y la caracteriza. En su configuración contemporánea –como en sus antecedentes en el Antiguo Régimen europeo– es una organización estable o permanente ligada esencialmente a la función ejecutiva del Estado. Tomando como referencia la Constitución española, se trata de un poder público que sirve con objetividad y eficacia los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, como tuvo oportunidad de intervenir en lo que pasaría a ser el Artículo 103 de la CE. Poder –o función– vicario, no sólo sometido a la Ley y al Derecho –principio de legalidad y de constitucionanidad– sino también al titular democrático del Poder (llámese Ejecutivo o Gobierno o Presidente) que concreta lo que en un momento determinado signifique ese *interés general*, como expresión de las aspiraciones y necesidades de la sociedad.

Poder caracterizado por la eficacia en servir ese interés general, de forma vicaria, pero dotado de cierta capacidad de elección de medios pudiendo, para ello, dictar normas y producir actos que inciden en las situaciones de los ciudadanos, en sus derechos e intereses.

La Administración, por eso, es esencialmente activa. Y el Derecho administrativo es esencialmente un Derecho de realización. Aquélla no es indiferente para que sean reales y efectivos los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, ni para la consecución y preservación de lo que se considera como interés general, concepto jurídico indeterminado y variable de acuerdo con los estándares de calidad que se persigan en un determinado lugar y tiempo.

En ese ámbito del interés general –o los intereses generales– opera la actividad contractual de la Administración, bien distinto en el que se mueve el particular, cuya actividad contractual está dominada por la autonomía de la voluntad al servicio de intereses cuya disponibilidad no está impedida por una imposibilidad esencial, la cual, en cambio, afecta a la Administración Pública sobre el interés general del que no es titular.

Estos dos ámbitos fundamentales (*duae sunt positiones*) que tradicionalmente se han configurado como Derecho público y Derecho privado, se han proyectado en la construcción doctrinal de los contratos en el Derecho administrativo, como ha sucedido con otras categorías y he explicado en alguna ocasión.

El fenómeno, en relación con los contratos de la Administración, se presenta de diferentes maneras: identidad sustancial, modulación o matización, exorbitancia... son respuestas que se dan desde la doctrina iusadministrativista a planteamientos civilistas. ¿Cómo puede haber contrato si las partes no están en situación de igualdad? ¿Cómo puede quedar la Administración –o el Príncipe– ligados por la “lex contractus”?

La categoría del contrato en Derecho administrativo, he escrito, ha sido piedra de escándalo, catalizador de polémicas y, en más de un caso, sus vicisitudes coinciden con la del Derecho administrativo y otras de sus instituciones, singularmente el “servicio público”.

Pese a la resistencia de algunos autores a admitir lo que es Derecho positivo, el problema de la existencia de contratos administrativos, dentro de los contratos de la Administración, está resuelto en España. La vigente Ley de 1995 (como la anterior de 1963-1965) en su Artículo 5º declara que “los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado”. Existen contratos administrativos nominados y especiales, y contratos que tendrán la consideración de contratos privados.

2. Dialéctica acto-contrato como ejecución de la norma

¿Por qué este pronunciamiento del Derecho español que puede corresponderse con el francés y que no es universal? Existe una explicación histórica a la que me referiré seguidamente. Pero, antes, quisiera plantear la cuestión de los contratos de la Administración Pública, no como una dialéctica con el contrato civil, sino desde la funcionalidad servicial de la Administración anteriormente expuesta. En ese sentido antes que contraponer contrato administrativo y contrato civil, conviene subrayar la bipolaridad acto-contrato, ya que la Administración actúa mediante actos unilaterales y contratos, un punto de partida, no deudor del Derecho civil, sino propio del Derecho administrativo. Y esto por varias razones:

a) En primer término, porque el acto unilateral tiene en el Derecho civil mucha menos importancia que en el Derecho administrativo. El Derecho civil tiene un cierto horror a la imposición unilateral de obligaciones; todo lo contrario de lo que sucede a la Administración, que es titular de potestades, que mediante los recursos de la Hacienda Pública mantiene servicios para el interés general.

La Administración es el “Estado actuante” (Von Stein). Los actos de la Administración –no digamos el acto administrativo– tienen una relevancia especial en el Derecho administrativo, como creadores o moduladores de derechos.

b) En segundo lugar, por el distinto juego del contrato en uno y otro Derecho dentro de las fuentes de las obligaciones. En el Derecho civil el contrato es la fuente característica de las obligaciones ligada a la autonomía de la voluntad de los particulares. Las obligaciones procedentes de la Ley quedan –en cambio– vergonzantemente reguladas en los Arts. 1.089 y 1.090 del Código civil.

En el Derecho administrativo derechos y obligaciones nacen directamente de la norma o de su ejecución.

Los fines del Estado no pueden alcanzarse con el puro establecimiento de leyes. Hace falta una actividad de carácter inmediato, típica de la Administración, puesto que la Ley, según ya formulara Aristóteles en su Retórica, no puede cubrir la infinitud de los supuestos.

Es ésta una aproximación deliberadamente formal, aunque resulta obvio que la “ejecución de la norma” hay que entenderla en el contexto material de “realización” ligado al complejo de ideas que subyace en expresiones como “obras y servicios”, prestaciones administrativas, utilidad pública, interés social, “procura existencial”, interés público, derechos fundamentales y, en definitiva, con las formulaciones y principios constitucionales del Estado social y democrático de Derecho, que rebasan un mero positivismo jurídico.

Pero volvamos al análisis dogmático. En ocasiones la norma administrativa se impone a los casos concretos sin necesidad de previo acto de requerimiento o sujeción individual. La creación de derechos y deberes en los particulares surge entonces por su conexión directa a la norma. Esto es lo que sucede cuando se opera sobre un objeto uniforme e inalterable, cuando se pretenden conductas uniformes en todos los destinatarios de las normas, sin que haya necesidad de concretar el cuánto, el cuándo o el cómo. Pero no siempre esto es posible. Lo normal es que la creación de derechos y obligaciones sea el resultado de un desarrollo y una concreción de la norma. Pues bien, esa concreción puede hacerse mediante actos unilaterales o mediante contratos.

3. Instrumentalidad de las categorías

Cuándo la concreción se realiza por actos o por contratos, es algo que no puede ser predeterminado de una manera absoluta. En la elección del acto unilateral o del contrato hay siempre una buena dosis de oportunismo; la elección está marcada por el signo de la instrumentalidad.

La contemplación del ordenamiento jurídico en su conjunto o de alguna de sus partes muestra la ambivalencia en el uso de las técnicas. Una misma finalidad pública –por ejemplo en materia agraria– puede ser conseguida mediante expropiación o mediante compraventa, e incluso pueden mezclarse íntimamente las dos técnicas. La expropiación puede encubrir un auténtico contrato: incoada la expropiación se fija el justiprecio por acuerdo directo de la Administración expropiante y administrado expropiado.

Esa instrumentalidad puede comprobarse si se observa la trayectoria de un ordenamiento en el tiempo o si se comparan los distintos ordenamientos nacionales que coexisten en una misma época. Así, la concreción por contratos no ofrecerá la menor dificultad para el Derecho francés y el español; por el contrario, la concreción por actos va a ser extraordinariamente grata al Derecho alemán.

A lo largo de toda la producción de Otto Mayer hay una insistencia repetida sobre la función y el valor central del acto administrativo. El Estado –dirá– manda siempre unilateralmente. Las relaciones jurídico-públicas no pueden ser sino de carácter unilate-

ral, fundadas en la exclusiva voluntad del Estado, constituyendo, por tanto, una imposibilidad lógica la figura del contrato administrativo en cuanto relación jurídico-pública de carácter bilateral.

Los contratos celebrados por la Administración no presentan ninguna especialidad respecto de los celebrados entre particulares: unos y otros están íntegramente sometidos al Derecho civil, como residuo histórico de la teoría del Fisco.

Como el propio Mayer razona, dentro de la herencia que el Estado de Derecho recibe del Estado-policía está “por una parte, la soberanía absoluta del Estado; por la otra, la sumisión de ciertas esferas de la actividad del Estado al Derecho civil y a la jurisdicción civil”, pero a un Derecho civil que se le aplica no a título de Derecho supletorio –como Derecho común– sino, por el contrario a título de excepción “siendo menester, en cada oportunidad, justificar especialmente su aplicación”.

En dos lugares de su obra principal, argumenta Mayer muy significativamente este régimen jurídico-privado de la contratación administrativa, a partir de su peculiar concepción de la relación jurídico-pública: al negar el carácter contractual del funcionario público y de la concesión de empresa o establecimiento público.

Respecto de la relación de servicio de los funcionarios públicos, entiende este autor que “el Derecho público proporciona las ideas dominantes para todos los elementos de las instituciones que le pertenecen: esas instituciones deben necesariamente resentirse al ser constituidas sobre la base de la desigualdad jurídica de los sujetos que en ellas intervienen” y, de esta consideración de principio se concluye con naturalidad que “lo que en el acto jurídico de la incorporación al servicio del Estado surte efecto, debe ser la voluntad del Estado, el acto administrativo que contiene el nombramiento”.

Con mayor claridad, respecto de la concesión de empresa o establecimiento público, equiparable a la categoría española de la concesión de servicio público, y tomando como ejemplo el caso de las empresas concesionarias de ferrocarriles, Mayer niega cualquier sustancia contractual a dicha concesión en la idea de que se trata de un acto administrativo “que determina discrecionalmente lo que debe ser derecho en el caso individual”.

Esta actitud inicial condicionará el desarrollo ulterior de la doctrina alemana. A un lector francés o español chocan los esfuerzos llevados a cabo en la doctrina alemana o en la suiza para admitir la figura del contrato cuando una de las partes es la Administración. Por eso, no es sorprendente que la problemática de la doctrina administrativa de esos países haya estado centrada en la afirmación o negación de la posibilidad de los contratos de la Administración.

Y es que como ha señalado Martens, en las investigaciones sobre el contrato administrativo en Alemania dominan ideas como las siguientes: que el Estado se enfrenta al ciudadano fundamentalmente con relaciones de superioridad y no de coordinación; que el medio más apropiado para realizar las tareas administrativas es la orden soberana y unilateral, el acto administrativo; que en estos casos, aunque la voluntad de los súbditos tenga algún papel, como ocurre con los actos necesitados de colaboración, su importancia es muy relativa. Bullinger afirmará rotundamente que es indigno para el Estado pactar con los súbditos ya que esto supondría escaparse a la responsabilidad y atadura soberana.

La evolución posterior del Derecho alemán, venciendo no sin resistencias la objeción mayeriana, ha supuesto el reconocimiento de las relaciones jurídico-públicas bilaterales, actualmente condensadas en el denominado “contrato de Derecho público” (Öffentlich-

rechtliche Vertrag), como instrumento válido de actuación de la Administración democrática y, como tal, esta figura se recoge en la Ley de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976.

Sin embargo, este “contrato de Derecho público” no puede asimilarse al contrato administrativo, tal y como éste es concebido en el ordenamiento español o francés. Estos “contratos de Derecho público” se definen por su objeto (crear, modificar o extinguir una relación jurídico-pública, en el sentido del Art. 1º de la VwVfG). La remisión al Art. 1º de la VwVfG excluye del ámbito de la figura que comentamos los contratos celebrados por la Administración para la satisfacción de ciertas necesidades públicas (obras, suministros) que siguen íntegramente sujetos al Derecho privado.

Siguiendo la tipología que la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando, podemos diferenciar entre los contratos de coordinación (Koordinationsvertrag), celebrado entre entes públicos y, por otra parte, los contratos de subordinación (Subordinationsvertrag) que, frente a los anteriores, se caracterizan por la desigualdad estructural existente entre las partes y por sustituir a la resolución unilateral. En este sentido, acudiendo de nuevo al Derecho español, serían el equivalente de los convenios con virtualidad de finalizar un procedimiento contemplados en el Art. 88 de la citada LPAC.

4. Fundamento dogmático de la elección del acto o del contrato

Pero, ¿por qué esa resistencia a admitir el contrato y esa facilidad en utilizar el acto?

A mi modo de ver hay un doble fundamento dogmático y práctico y hay una explicación histórica.

4.1. La tendencia hacia el acto se explica en primer término dogmáticamente. La Administración reacciona por actos. Esto se confirma desde el punto de vista contencioso: lo que impugna el que se relaciona con la Administración –trátese de situación reglamentaria o contractual– es un acto administrativo.

Esa tendencia se explica también por razones de carácter práctico: la imposición unilateral es, en principio, más ventajosa y más coherente para una Administración montada sobre la prerrogativa. La Administración, en cuanto puede, huye del contrato, pretende evitar la pesada carga que –en frase de Forsthoff– supone la doble vinculación del contrato.

Las consecuencias que se derivan del acto unilateral o del contrato son, por tanto, un factor decisivo que lleva a elegir o evitar una y otra forma jurídica. Esto se pone especialmente de manifiesto en relación con los derechos adquiridos.

Inicialmente –porque se han producido aproximaciones desde los extremos– el acto es el campo de la revocabilidad, en tanto que el contrato lo es de la irrevocabilidad. El Príncipe puede actuar por *modum privilegii* –otorgando rescriptos– o puede actuar por *modum contractus*. Pero en este caso recordará Belluga (en el siglo XVII) los derechos nacidos del pacto *irrevocabilia fiunt*. El contrato clama por el respeto de lo pactado. (Si Princeps vendit vel donat in casum, permisum ... tum non potest revocare).

Toda la larga historia de los *pleitos colombinos* tienen por fondo este mismo planteamiento: el Rey ha concedido una merced y puede ser revocada o, por el contrario, se alega que las capitulaciones tienen alma y cuerpo de contrato.

5. Divergentes trayectorias históricas de los ordenamientos jurídicos

Circunstancias históricas explican la utilización por la Administración Pública del acto o del contrato para cumplir sus fines en los diferentes ordenamientos jurídicos. En ese

sentido pueden reconocerse como puntos de partida opuestos el Derecho anglosajón y el Derecho alemán, aunque parezca sorprendente desde la perspectiva de la contraposición habitual del régimen jurídico de los contratos de la Administración que tiende a considerarlos en el mismo apartado frente al Derecho francés o español.

A) En EE.UU. –donde no existe la categoría continental europea del acto administrativo– la primacía del contrato está respaldada constitucionalmente: los *vested right* están protegidos por la *contract clause* que, sintéticamente, prohíbe a la Administración alterar los contratos: *impairing the obligation of contracts*.

No es del caso examinar con la conveniente extensión el alcance de la cláusula. Para lo que ahora interesa basta con señalar que la historia americana de los contratos de la Administración registra una búsqueda de procedimientos pertinentes para evitar las consecuencias –ataduras– que para la acción administrativa supone una interpretación rigurosa de esa cláusula constitucional. Esta tesis, propuesta hace treinta años, fue desarrollada por el profesor Ariño en un trabajo excelente publicado diez años después, en 1977.

Me limitaré a unos ejemplos. Los hitos fundamentales son los casos de Fletcher v. Peck en 1810 y Darmouth College v- Woodward en 1819. El primero declara que, en aplicación de la *contract clause*, las concesiones de tierras hechas por el legislativo del Estado de Georgia eran irrevocables. La Constitución no distingue según los contratos –dirá el juez Marshall– cuando una ley es por naturaleza un contrato *absolute rights have vested under contract* y una nueva ley no puede desconocerlos.

En el segundo caso se define que la *corporation charter* –estatuto que crea una persona jurídica para la realización de determinados fines públicos, en este caso una Universidad– es un contrato. Esto significaba que el Estado se encontraba atado por la *contract clause*; las condiciones establecidas en la charter deberían ser mantenidas en el futuro; un futuro, además, indeterminado porque, según expresiones del fallo, la corporation es inmortal.

Esta interpretación alarmó a los Estados. Para orillar sus consecuencias, comenzaron a introducir en sus “charter” una cláusula reservándose el derecho de alterar sus condiciones en el futuro. Los Tribunales, a su vez, arbitraron fórmulas para evitar esa atadura: los Estados no pueden celebrar contratos en que se disponga sobre el *eminent power*; los Estados no pueden contratar excediéndose de los límites de su *police power*.

El caso Lynch v. United States (1934) declara que: *The due process clause* –la otra gran cláusula que rige en el Derecho público americano– prohíbe a los Estados Unidos anular o desconocer sus contratos, salvo que la intervención se base en *the federal police power or some other paramount power*.

Por lo que se refiere al *police power*, ha valido para justificar intervenciones sobre los contratos si se considera necesario para el buen gobierno (*the principle of governmental effectiveness*).

No es sorprendente que esas limitaciones del Derecho americano para una aplicación rigurosa de la *contract clause* se hayan producido en el ámbito de las *public utilities* (los grandes servicios de comunicaciones, etc.), lo que en el Derecho español o francés se denominan servicios públicos.

Sin profundizar ahora en la doble personalidad que, a veces, asoma en la jurisprudencia americana y que entronca con formulaciones europeas anteriores al siglo XIX, me limitaré a recordar que en la vigente LCAP española se conserva, de un lado, la prohibición de contratar “los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes

públicos” (Art. 156,1) y que “en todo caso la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate” (Art. 156,3).

B) Otro procedimiento para zafarse de la estricta atadura contractual será no declarar contrato determinada relación jurídica: se ha recordado en Alemania con la tesis de Mayer sobre la concesión de establecimiento público. También es observable en Gran Bretaña.

En *Gran Bretaña* no hay una cláusula constitucional como en EE.UU., pero la tradición británica es también declaradamente contractualista. Esto se demuestra por el respeto preferente a los derechos subjetivos de los particulares, cuanto entre en conflicto con el interés público. Pues bien, ese tradicional respeto a los derechos adquiridos se rompe por primera vez en el famoso caso del *Amphitrite v. the King* en 1921.

Brevemente los hechos fueron los siguientes. En 1918, todavía durante la Primera Guerra Mundial, el cónsul británico en Estocolmo se comprometió con los propietarios del *Amphitrite*, un barco sueco, a garantizar que quedaría libre del bloqueo si el barco llevaba al Reino Unido un 60 por 100 como mínimo de mercancías determinadas. Este compromiso era contrario a las prácticas habituales del gobierno británico, pero a ello forzaban las circunstancias bélicas. El barco hizo un primer viaje y el compromiso fue respetado. Previa renovación del mismo, el *Amphitrite* hizo un segundo viaje; pero esta vez las cosas no rodaron como en el primero. El gobierno británico se negó a liberarlo del bloqueo, si no mediaba el Comité marítimo sueco. Pero los propietarios del *Amphitrite* no podían acudir a este Comité por haber negociado tiempo atrás con los alemanes. En consecuencia, el barco fue intervenido y vendido, no obstante el compromiso contraído con el representante británico en Estocolmo.

El asunto se falla en 1921 y lo que interesa destacar aquí es la doctrina que sienta: “la Corona no puede por un contrato trabar su libertad de acción en materias que se refieren al *welfare of state*”; es lo que se conocerá desde entonces como la libertad de la acción ejecutiva (la *executive action*). Para mantener esta tesis el juez Rowlatt tuvo que afirmar que aquel compromiso no era un *enforceable contract* –un contrato ineludible–; el compromiso se reducía –literalmente– a “la intención de actuar de una manera determinada en cierta circunstancia sin que ello atase al Gobierno”.

En resumen, la solución que se arbitra consiste en negar que exista un contrato porque llevaría consigo la obligación de respetar los derechos derivados de él, con todas sus consecuencias. Esto se evita –en definitiva– sosteniendo que se trataba de un privilegio revocable. Lo que se busca, por tanto, es evitar la irrevocabilidad propia del contrato, porque el Gobierno no puede quedar aherrojado en su acción futura. Un ejemplo, de otra parte, particularmente claro de que las consecuencias son paradójicamente un *prius* para definir la naturaleza de las figuras jurídicas. Para evitar unas consecuencias se fuerza la naturaleza de la categoría.

Y no menos paradójico resulta constatar que desde el Derecho civil aquel compromiso debería ser calificado como contrato. Y, en cambio, la negación de contrato es perfectamente lógica desde el Derecho administrativo que, como en el caso español, prohíbe contratar servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, como se ha citado anteriormente.

6. La explicación histórica de la elección del acto o del contrato

Hemos visto que las consecuencias derivadas del acto o del contrato son un factor importante para elegir una u otra figura jurídica. También se desprende de lo expuesto que,

aunque los ordenamientos persigan la misma meta, los puntos de partida son diferentes: primacía del acto en el Derecho alemán; predominio del contrato en el Derecho americano y británico. Los Derechos francés y español se sitúan en una posición intermedia.

¿Por qué ese distinto punto de partida? La explicación es histórica y tiene que ver con el distinto equilibrio de poder entre el Estado y sociedad.

En Gran Bretaña el triunfo del parlamentarismo es temprano. La experiencia de Cronwell vacunó de la tentación de una excesiva concentración de poder ejecutivo. El dogma de la democracia, la primacía del pueblo, están en el nacimiento mismo del Estado americano. En Francia, aunque más tardíamente, se llegará en 1875 a la instauración de una república parlamentaria: el Estado será la burguesía triunfante.

Alemania irá por derroteros distintos. La supremacía del Estado sobre la sociedad tendrá un fundamento ideológico –Hegel– y un instrumento político –Bismark–. “El Estado es la realización de la idea moral o ética”, sostendrá el primero. La virtualidad del “principio monárquico” será desplegada por el Canciller y respaldada por sus éxitos internacionales: *Macht geht vor Recht*. La sociedad alemana capitula ante el Estado. La fortalecida Administración del naciente imperio alemán, ni ideológica ni económicamente, está acuciada por la necesidad de pactar con la sociedad para el desarrollo de sus actividades.

Justamente la contraria es la situación de España a lo largo de todo el siglo XIX. Un Estado débil, política y económicamente ante grupos pequeños, pero activos, de burguesía nacional o ante los inversores extranjeros; una Administración, endeudada además por las guerras carlistas.

En estas circunstancias, el contrato viene a ser el punto de unión entre Estado y sociedad, aquí, al menos, nunca tajantemente separados. El contrato será la salida normal para la realización de las obras y los servicios públicos reclamados insistentemente por la sociedad, según testimonio expresivo de los documentos de la época. Y es que cuando el Estado no puede imponerse a los particulares pacta con ellos. La técnica contractual proporciona entonces a los administrados fortalecidos, una garantía a imagen y semejanza a la del Derecho civil.

El protagonismo de los particulares en la ejecución de las obras y los servicios públicos no obedece sólo a una razón ideológica, sino también a la reconocida impotencia de la Administración para llevar a cabo esas actividades, reclamadas por la sociedad. Ambas circunstancias están reflejadas en el libro de Reynoso, publicado en 1857, sobre Política administrativa del Gabinete Bravo Murillo, en el que fue Ministro de Fomento, y en ellas descansa la defensa de la oportunidad de su gestión contra sus numerosos adversarios.

Son circunstancias políticas con las que se teje la historia de Francia o de España las que explican, en concreto, las peculiaridades de sus ordenamientos referidos a los contratos de la Administración Pública. No se tendrá de ellos un cabal juicio sin analizar lo que aconteció con las *ventas de bienes nacionales*.

Antes conviene recordar brevísimamente algo que marca desde su origen al Derecho administrativo surgido de la Revolución francesa. Que ese Derecho administrativo nace como instrumento de poder es suficientemente conocido. Se manifiesta en la consagración de la inmunidad del acto administrativo o lo que es lo mismo en su sustracción de la competencia de los tribunales ordinarios. En este sentido, los revolucionarios franceses se curan por anticipado, escarmentando en la cabeza ajena del Rey. Por eso la tendencia inicial es definir con la mayor amplitud posible el concepto de acto administrativo. Las disposiciones que desarrollan las leyes de 1790 llegarán a calificar como actos adminis-

trativos “todas las operaciones que se ejecutan por orden del Gobierno, por sus agentes inmediatamente bajo su vigilancia y con fondos procedentes del Tesoro”.

Bajo esta concepción, se afirmará que en los contratos de la Administración existe un acto administrativo. Posteriormente, como esa amplitud parece desmesurada, se procede a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión. Pues bien, los contratos entrarán dentro de los actos de gestión, hasta el punto de que puede hablarse de una auténtica identidad entre ambos conceptos. Así se revela en Viven y todavía está presente en Hauriou.

El bandazo posterior será el reconocimiento de que hay unos actos de gestión que participen de los caracteres de la *puissance publique*; dicho más claramente, con palabras de Hauriou al comentar el arrêt de Saint-Etienne, “son ciertamente contratos, pero contratos administrativos, con reglas y jurisdicción peculiares”. Estamos en el estadio de elaboración doctrinal que nos es hoy familiar.

Pero volvamos al supuesto enunciado de la venta de bienes nacionales, que revela de una manera paladina la instrumentalidad de la técnica contractual. Cormenin lo ilustrará prolijamente. Aproximadamente una cuarta parte de sus *Questions administratives* –he manejado la segunda edición fechada en 1823– está dedicada a esta materia, que, como es lógico, había planteado serios problemas.

Lo primero que destaca es la finalidad política de las ventas de bienes nacionales –del clero, los emigrados políticos– realizadas como consecuencia de la Revolución; fue indudablemente un medio eficazísimo de consolidarla. “Las asambleas nacionales que querían favorecer el espíritu de la democracia –dice CORMENIN– y ligar más a los franceses al sistema de la revolución por los lazos de la propiedad, habían pensado que para ello era indispensables la división y subdivisión hasta el infinito de los bienes nacionales” (p. 396).

A toda costa se quiere que queden firmes esas ventas; se quiere garantizar su inviolabilidad y marcarlas –son expresiones de Cormenin– con el sello de la irrevocabilidad (pp. 395-6). Y esto aún siendo conscientes de que las ventas de esos bienes “hechas con la misma precipitación con que se hizo su confiscación”. (p. 60), están llenas de irregularidades desde el punto de vista civil. Por eso, las sucesivas disposiciones para dar seguridad y confianza a los compradores, para incrementar su número e impedir las reclamaciones de sus antiguos propietarios –muchos de ellos emigrados– contendrán reglas claramente exorbitantes del derecho civil. “Para dar a las ventas administrativas –dice refiriéndose a los bienes nacionales– un privilegio de estabilidad que no tienen las ventas civiles, no se admiten más que dos casos de rescisión del contrato” (p. 397). Por otra parte no afecta a la validez de las ventas el error de la cabida; y las ventas se entienden hechas libres de toda carga.

Esta es la razón básica que explica la competencia de la jurisdicción administrativa sobre estas ventas. Así lo reconocerá enfáticamente Cormenin en un texto definitivo. “materias que por su naturaleza eran *judiciaires* porque se trataba de contratos, fueron, por excepción, atribuidas a los cuerpos administrativos”.

El mecanismo jurídico que justificará esta competencia será la existencia de un acto administrativo. El Directorio lo expresará claramente, al afirmar que “la Administración tenía derecho a la resolución de todas las cuestiones que naciesen de los contratos de venta de bienes nacionales, porque en este asunto había intervenido un acto administrativo”.

En definitiva, este supuesto de la venta de bienes nacionales subraya claramente la instrumentalidad del contrato administrativo desde su nacimiento: aparece como una figura intermedia entre el puro acto administrativo y el contrato civil. Del primero –del acto– toma la inmunidad respecto de la jurisdicción ordinaria; del segundo –del contrato– la irrevocabilidad, la inmunidad ante el futuro, porque si fuese un simple acto administrativo, podía ser revocado por otro acto emanado de un gobierno ulterior.

Con esa calificación de figura intermedia las ventas de bienes nacionales sirven espléndidamente a la finalidad política de la Revolución, como agudamente observó Posada Herrera en España o Berthelemy en Francia.

En España, el fenómeno es análogo, aunque no se desarrolle en un contexto formalmente revolucionario. Son las ventas de bienes nacionales consecuencia de las diferentes medidas desamortizadoras (Decreto de Mendizábal de 19-II-1836, Ley de 1855).

También en España las contiendas sobre esas ventas se adscribirán a la jurisdicción contencioso-administrativa de la época, como dispone la Ley de Administración y Contabilidad de 1850 (Art. 10), y una Real Orden de 1852 aclarará que se debe a “razones políticas de importancia”. En España, como en Francia, esa decisión perseguía evitar impugnaciones ante los Tribunales ordinarios, basadas en el Derecho civil, que retrayesen a los compradores, y que no se impidiesen o retrasasen los ingresos en el Tesoro.

El mismo oportunismo político explica la configuración del contrato de suministros como administrativo en España, cuyo siglo XIX está afectado por las guerras carlistas y que permite también observar la alternancia instrumental del acto y del contrato.

En el comienzo de las guerras es lógica la tendencia a la imposición, a la requisa militar; pero cuando una guerra se prolonga, sobre todo si es civil, el Estado no puede seguir imponiéndose unilateralmente a un pueblo con el que tiene necesidad de contar. El puesto de la requisa lo ocupa entonces, de una manera natural, el contrato de suministro; pero la guerra –y esto conviene subrayarlo– exigirá condiciones exorbitantes de la contratación ordinaria.

No parece que queda duda acerca del oportunismo que explica el nacimiento de los contratos administrativos y de la instrumentalidad en el uso del contrato por la Administración alternativamente al del acto. No creo que valga la pena embarcarse en una pugna por defender o atacar la naturaleza del contrato administrativo “por esencia”. Como ha dicho gráficamente Ariño, el contrato administrativo no es una “esencia” sino una “existencia histórico-jurídica”, pero eso no implica desconocer que existen regímenes jurídicos específicos.

En este sentido no es desdeñable, en la historia española, la perspectiva de la Hacienda; hasta el punto que las regulaciones de los contratos de la Administración han procedido tradicionalmente de ese Ministerio. Se ha insistido en España por un sector doctrinal (Parada) en la importancia que para la materia tuvo la Ley de 2 de abril de 1845 sobre Consejos Provinciales que les atribuye la competencia para entender de las cuestiones –contenciosas– relativas al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados por la Administración “para toda clase de servicios y obras públicas”. La Ley no se plantea la naturaleza civil o administrativa de los contratos y no es del caso extenderse acerca de la amplitud de esa referencia. Pero esa expresión –obras y servicios públicos, invirtiendo el orden de las palabras– servirá, andando el tiempo, para configurar contratos administrativos típicos e innominados en el Derecho positivo español.

Más allá de la instrumentalización de la jurisdicción contencioso-administrativa conviene recordar que la necesidad de una regulación sustantiva surgirá para responder a fenómenos sociales –escándalos financieros con motivo del impulso de las obras públicas, carreteras y ferrocarriles– y para disponer de una ordenación estable de la Hacienda (Bassols), entendiendo la contratación de los servicios desde la perspectiva del gasto público y de la necesidad de rendir cuentas ante las Cortes (Parlamento).

De ello es una muestra el R.D. de 27 de febrero de 1852 de Bravo Murillo. Conviene subrayar –porque será de interés para el presente– que su gran aportación fue generalizar el principio de publicidad en la contratación administrativa, estableciendo la subasta como el sistema ordinario para la selección de contratistas frente a la adjudicación directa. El contenido material de los contratos se remite a los pliegos de condiciones. A través de éstos se irá configurando el *contrato administrativo de obras*. En este sentido, según una Real Orden de 16 de abril de 1846, citada por Martín Bassols, los pliegos generales para los contratos de obras públicas exigían a los contratistas la renuncia “al Derecho común en todo lo que sea contrario al tenor de estas cláusulas y condiciones, sujetándose a las decisiones y tribunales administrativos establecidos por las leyes y órdenes vigentes” (Art. 39).

El Derecho civil será supletorio en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública –sintomáticamente– de 1911 supletoriedad que retrocederá ante el Derecho administrativo en la Ley de 1963-65 y en la vigente de 1995, que contiene una parte general sobre los contratos de la Administración que rebasa la anterior –y criticada– generalización implícita del contrato de obras públicas.

Aunque es cierto que la jurisdicción contencioso-administrativa jugó un papel importante inicialmente para la configuración de los contratos administrativos, no lo es menos que se busca ese “refugio” que no ofrecía la jurisdicción ordinaria porque, quiérase o no, se trataba de unos contratos –sí– pero “especiales”: en unos casos porque consistían en unas ventas muy especiales que tenían como fin asegurar –hacer irreversible– la revolución o consolidar a una clase burguesa –es decir, la consolidación del propio régimen político– o unos suministros realizados bajo las condiciones especiales de la guerra o gestionar unos recursos que al mismo tiempo tenían que ver con la satisfacción política general –el beneficio de la burguesía dominante– las obras y los servicios.

Se buscó la protección de lo contencioso-administrativo por la *especialidad de los contratos*. La tosquedad de su justificación se iría –o debería– erosionando con el tiempo; pero la especialidad permanece en el Estado social y democrático de Derecho de nuestros días.

III. Situación actual

1. Sustantividad de la contratación administrativa

La evolución del ordenamiento jurídico español en materia de contratos de la Administración evidencia un pronunciamiento a favor del diferente régimen jurídico de los que denomina administrativos –o nominados– y los especiales y de los contratos de la Administración sometidos al Derecho privado.

Me parece inconsistente seguir manteniendo la tesis del “contrato civil modulado por la presencia de la Administración”. Se ha insistido, en mi opinión excesivamente, en los privilegios de la Administración, de lo que quedan, ciertamente, muestras atávicas en el Derecho español en el que se sigue hablando de prerrogativas. Más aún, se hace descan-

sar las evidentes divergencias que existen entre contratos administrativos y contratos privados en el privilegio de la autotutela –también utilizado en la doctrina italiana– que, como he escrito en otro lugar, no es encontrable en nuestro ordenamiento y, sobre todo, es incompatible con una progresiva lectura de un Estado social y *democrático* de Derecho, en el que la Administración es titular de potestades, pero no de privilegios. Esto es una inercia y una rémora de estadios anteriores heredados del Antiguo Régimen –privilegios del Príncipe contruidos sobre el Derecho romano, Fuero de la Corona (como puso de relieve Dou y Bassols). El Derecho administrativo no es hoy, como lo definiera Hauriou, un “Derecho de la equidad basado en la prerrogativa”.

No se trata de calificar si es mejor o peor que los contratos de la Administración se sometan o no íntegramente al Derecho civil. Ni tampoco parece muy pertinente contraponer un abstracto contrato administrativo con un también abstracto contrato civil, en ambos casos realmente inexistentes si nos liberamos de la construcción de la pandectística alemana.

Sí interesa dejar constancia de que existen regímenes jurídicos diferentes. Las diferentes disposiciones sobre revisión de precios dictadas como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, o de la guerra civil en España, no se fundan tanto en prerrogativas de la Administración, como en el aseguramiento de unas obras y servicios de interés general cuyos contratos no podrían ser cumplidos por los contratistas de acuerdo con la inmutabilidad de los contratos. Y lo que fue una disposición de emergencia es hoy una prescripción normal de acuerdo con índices y fórmulas de carácter oficial (104, 105).

La Administración contratante puede introducir modificaciones en los elementos del contrato, sin que ello suponga una novación extintiva ni una mudanza sustancial del mismo, sólo por “razones de interés público, justificándolo debidamente (Art. 102) manteniendo el equilibrio económico o financiero, es decir, entendiendo la “inalterabilidad” contractual como una “estabilidad dinámica” (Villar Palasí, Aymerich). Y la jurisprudencia tiene pronunciamientos garantizando la correcta aplicación del precepto.

Para mostrar la diferencia de regímenes me referiré a un elemento del contrato, el plazo, que suele ser menos tenido en cuenta.

La doctrina del “término esencial” no se aplica del mismo modo en la contratación civil que en los contratos de obras o de gestión de servicios públicos. Ese término puede modificarse dando lugar a la prórroga, sin el nacimiento de un nuevo contrato, sin novación en estos contratos administrativos por razón del interés público en juego (hoy Art. 97). Se trata, pues, de una modificación posible del contenido de los contratos, prevista o no en los pliegos de cláusulas administrativas. En este último supuesto la jurisprudencia ha confirmado la posibilidad de prorrogas tácitas, siempre por razones de interés público. Y aún ha de señalarse que esa prórroga es más difícil en los contratos de obras públicas que en los relativos a los servicios públicos (Rodríguez Arana). Podría decirse lapidariamente que las obras públicas no deben retrasarse; pero a veces ese retraso se evita mejor y sin injusticia prorrogando el contrato que con su extinción e iniciación de uno nuevo. En cambio, los servicios públicos no pueden pararse: es el principio de continuidad de los mismos lo que puede justificar la prórroga, es decir, la alteración o variación o modificación, como quiera llamarse, del término del contrato.

La limitación de la prórroga –y su declaración no conforme a Derecho como han declarado en ocasiones los Tribunales– está en la conculcación de los principios de publicidad y concurrencia –una auténtica desviación de poder o una arbitrariedad– y no en imposiciones del Derecho civil, donde la tácita reconducción, por ejemplo, en arrendamientos

de viviendas es sólo un derecho del arrendatario consentido por el arrendador: el mero juego de la voluntad. Es, en cambio, el interés general, que la Administración está obligada a cumplir, lo que explica la prórroga de los contratos administrativos, en ciertos casos, sin perjuicio de terceros como no es infrecuente en el otorgamiento de hijuelas en concesiones de transportes terrestres.

Alguna peculiaridad del régimen jurídico de los contratos de la Administración proviene de que generalmente son “contratos en masa”, por su volumen y sobre todo por su repetición. Es razonable que exista un clausulado aplicable a los distintos contratos, como también sucede en la contratación civil. Una explicación civilista sería calificar a los contratos administrativos como contratos de adhesión (contratos sin tratos). Aquella característica en los contratos de la Administración se manifiesta en la existencia de pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares (y también en pliegos de prescripciones técnicas) tomando como referencia, una vez más, el Derecho español (Art. 49-53 LCAP).

En la contratación civil la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación traspuso al Derecho español la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, que no es de aplicación a los contratos administrativos.

La explicación jurídica de los pliegos en la contratación administrativa ha de realizarse, en mi opinión, desde la perspectiva de la integración de la norma, que frecuentemente en el Derecho administrativo no se produce siempre de una vez. En este caso se compone de la Ley, Reglamento, pliego de cláusulas administrativas generales y particulares.

No es del caso extenderse en el análisis, pero desde esa perspectiva no cabe la menor duda de que las cláusulas generales son norma cuyo contenido figura en el Artículo 37 RCE, y “que serán de aplicación en principio a todos los contratos de un objeto análogo, además de las establecidas en la legislación de Contratación del Estado” (Artículo 11 de la LCAP). El contrato no es válido si no se perfecciona de acuerdo con esas cláusulas –como si lo hace sin cumplir los demás preceptos de la LCAP.

Las cláusulas administrativas particulares (Art. 50 LCAP) incluyen “los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato” (Art. 50,1). La funcionalidad de esas cláusulas es que “los contratos se ajustarán” a las mismas, que “se consideran parte integrante de los respectivos contratos”.

Las condiciones generales en la contratación privada –predispuestas también por el contratante– se incorporan por imposición de una de las partes y pasan a formar parte del contrato cuando se acepte su incorporación al mismo por el adherente.

Existe una finalidad común, por razones de la contratación estandarizada; pero la operatividad de las cláusulas de los pliegos, –incluso de las particulares–, en los contratos administrativos, no se reduce a su incorporación al contrato; son norma objetiva que forma parte del procedimiento preparatorio del convenio, con lo que ello significa, aunque también “se consideran” parte integrante del contrato; dicho en otros términos, lo previamente determinado normativamente “se contractualiza”, sin discusión por parte del contratista, que ha de aceptarlo. *El contrato viene a ser paradigmáticamente ejecución de una norma.*

Y es que por más que exista convergencia siguen permaneciendo *duae positiones*, pública y privada, presididas por los principios de legalidad y servicio eficaz a los intereses generales y por el dominio de la voluntad.

2. Derecho comunitario y convergencia de derechos nacionales sobre contratación administrativa

¿Hasta qué punto existe esa convergencia o en qué medida subsisten diferencias? Para contestar, puede utilizarse un nuevo test: la influencia del Derecho comunitario –un auténtico *meeting point* o *carrefour*– en los diferentes ordenamientos que forman parte de la Unión Europea y cuyos puntos de partida en materia de contratos de la Administración son diferentes, como se expuso anteriormente.

A) Empecemos por el *Derecho español*, como primer punto de referencia. El Artículo 5º de la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCA) distingue, como en la anterior Ley de Contratos del Estado de 1965 (LCE), entre contratos administrativos tipificados –nominados– (apartado 2,a), especiales –innominados– (apartado 2,b) y contratos privados (apartado 3).

A los efectos que aquí interesa conviene subrayar que en el primer apartado se ha producido una ampliación respecto de la derogada LCE de 1965. Junto a los tradicionales contratos de ejecución de obras, gestión de servicios públicos y suministros, aparecen ahora los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.

En ese sentido puede sostenerse que existe una evolución, presidida por la experiencia, según la cual contratos innominados o especiales, al adquirir una cierta madurez, pasan a ser tipificados específicamente. Un ejemplo sería la consideración actual de contrato de suministro de los antiguos contratos especiales de adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas informáticos (Art. 173,b de la LCA), como en su día propugnó la Junta Consultiva de Contratación (informe nº 45/1972).

Por ello, se ha sostenido razonablemente que la calificación es prevalente a la tipificación y, para lo que aquí más importa, que los contratos especiales constituyen la zona por la que se amplía el ámbito de los contratos administrativos, como ha reconocido la propia jurisprudencia (S.TS. 27 mayo 1981).

La prevalencia de la calificación sobre la tipificación es particularmente constatable en el caso de los contratos administrativos especiales. El Artículo 5,2,b de la LCA a diferencia de lo que disponía la derogada LCE (Art. 4,2ª) y el RCE (Art. 7,1,a) sitúa la determinación por ley al final del mismo. Las notas prioritarias son “por resultar vinculados al giro o tráfico *específico* de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la *específica* competencia de aquélla”.

De un lado estos contratos se distinguen fácilmente de los nominados del apartado anterior. La definición legal encuentra su mayor utilidad para distinguirlos de los contratos privados de la Administración. Esa es su primordial funcionalidad. Y ello se corrobora con las precisiones de que se trata de competencia *específica* o de satisfacer de forma *directa o inmediata* la finalidad pública, y con lo que dispone el artículo 13 sobre el objeto de los contratos que “deberá ser determinado y su *necesidad* se justificará en el expediente de contratación”. De otro modo podría reconocerse una interpretación expansiva a favor del contrato administrativo que el legislador, en este caso, parece querer impedir, variando lo que ha sido una interpretación tradicional.

El régimen jurídico de los mismos es la legislación de contratos de la Administración, supletoriamente las restantes normas del Derecho administrativo y en su defecto las normas de Derecho privado.

De acuerdo con el carácter decisivo de la calificación, en los contratos especiales no declarados como tales por la ley tiene una funcionalidad relevante el pliego de cláusulas

administrativas particulares, como se desprende del Artículo 7,1 in fine (“se regirán por sus propias normas con carácter preferente”) de lo que es concreción el Artículo 8 relativo al citado pliego, y que incluye las tradiciones prerrogativas de la Administración para la interpretación, modificación y resolución de los contratos.

Pues bien, esta configuración jurídica –ya tradicional en España– de los contratos administrativos no ha tenido dificultades para adaptarse al Derecho comunitario, del que forman parte ordenamientos como el alemán, el italiano y el británico.

Las principales dificultades no han venido de las potestades –prerrogativas (Art. 60) de la Administración– en función del interés público en relación con la ejecución, modificación y extinción de los contratos dotados de ejecutividad, sino de los actos integrantes del procedimiento de preparación del contrato.

Así, a título de ejemplo, la S.TS.C.E. de 17 de noviembre de 1993 consideró que determinados preceptos de la hoy derogada Ley de Contratos del Estado (LCE) y del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL) eran contrarios al Derecho comunitario: procedimientos de adjudicación directa de contratos de obra pública, o de suministro; exigencia de determinados requisitos de contratistas en perjuicio de los no españoles; no aplicación de los procedimientos de preparación y adjudicación –publicidad y concurrencia– a determinados contratos (monopolio de tabacos, p. ej.).

Lo que sería más característico de los contratos administrativos –nominados o no nominados– no ha sido objeto de tacha por el Derecho comunitario.

B) *Derecho alemán*. En el Derecho alemán, como se expuso al principio, su preferencia por el acto administrativo es paladina. La contratación administrativa en Alemania (en el sentido que esta expresión tiene en el Derecho español) seguía, después de la VwVfG de 1976 sometida al Derecho civil y a las *Verdingungsordnungen für Leistungen* (u órdenes de adjudicación para obras y suministros) que extraen su fuerza vinculante no de un carácter normativo, del que carecen, sino del acuerdo de las partes contratantes de someterse a ellas.

Evidentemente, esta situación no era sostenible una vez que las Directivas comunitarias imponen una cierta unificación de los regímenes de contratación pública existentes en los Estados miembros alrededor de un modelo que, en líneas generales, responde al de los *marchés publics* franceses y al contrato administrativo español. Es decir, un modelo construido a partir de la regulación jurídico-pública de, al menos, la preparación y la adjudicación de los contratos públicos.

Y el punto de inflexión vino constituido por la S.TJCE de 11 de agosto de 1995 (Rec. I-2311), en la que, a instancias de la Comisión, el alto tribunal europeo declaró la incompatibilidad del Derecho alemán con las Directivas reguladoras de la adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros.

Para el Tribunal la reforma de las *Verdingungsordnungen* reguladoras de las obras y los suministros –recordemos, regulación sin fuerza normativa propia y a las que el propio Tribunal califica como meras normas internas no vinculantes e inhábiles para conferir derechos subjetivos a los particulares– no pueden satisfacer las exigencias de una adecuada transposición porque tratándose, según ya se ha apuntado, de meras normas internas, la protección que ofrecen a los particulares no puede ser efectiva “si el licitador no se halla en condiciones de invocar tales normas frente al adjudicador y, llegado el caso, de alegar su infracción ante los órganos jurisdiccionales nacionales” (punto 11).

O sea, que manteniendo su condición de contratos privados, los contratos celebrados por las Administraciones públicas alemanas están sometidos a una regulación jurídico-

pública en materia de publicidad, procedimientos y formas de adjudicación y recursos administrativos y jurisdiccionales contra la actuación de los entes adjudicadores.

En el momento actual puede afirmarse que, en gran medida, la contratación pública europea ha sido construida a partir de los *contrats administratifs* franceses y de cuya orientación participa el ordenamiento español. Es decir, supone la publicación de fases tan importantes de la contratación como la preparación y la adjudicación del contrato, el reconocimiento de derechos públicos subjetivos a favor de los concurrentes, el establecimiento de recursos administrativos y jurisdiccionales para la resolución de controversias relativas a la adjudicación, la unificación –incompleta aun por lo que afecta al Derecho español– del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratación pública, etc.

Por cierto, una de las cuestiones más problemáticas en el Derecho alemán se refiere al reconocimiento de derechos subjetivos a favor de los concurrentes (terceros). El Tribunal Federal rechazó la aplicación a los contratos públicos de los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales. Esto significa, por ejemplo, que el derecho fundamental a la igualdad de trato del Art. 3º de la Ley Fundamental no rige en la adjudicación de contratos públicos.

Esta unificación a escala europea del Derecho regulador de la contratación pública extiende también el régimen jurídico-público de contratación a ciertas entidades perfectamente jurídico privadas (empresas públicas y titulares de “derechos especiales y exclusivos”, de acuerdo con la Dir. 93/38/CEE, relativa a los denominados sectores “excluidos” o “especiales” del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones) no sólo desde un punto de vista material, sino también procesalmente, aún cuando para estos contratos la Dir. 92/13/CEE (reguladora de los recursos en estos “sectores excluidos”) abra con generosidad otras vías extrajudiciales de resolución de conflictos (certificación, conciliación, etc.). La Ley española de 30 de diciembre de 1998, que incorpora esta Directiva al Derecho español, *administrativiza estos contratos* al establecer una vía administrativa previa ante el órgano administrativo concedente del “derecho especial o exclusivo” o al que se adscriba la empresa pública, cuya resolución puede ser impugnada en vía contencioso-administrativa.

Dentro de este mismo movimiento de “publicación” de determinados contratos privados, deben situarse los contratos privados subvencionados (Art. 2 LCAP) y los celebrados por los concesionarios de obras públicas con contratistas de obras y suministradores, unos y otros sujetos parcialmente a las disposiciones de la LCAP.

De otra parte se advierte también en la actuación contractual de las Administraciones Públicas en sentido estricto una aproximación al régimen aplicable a las empresas privadas no sólo porque el concepto de concurrencia que inspira a las Directivas sea de raíz puramente económica (se trata de desterrar de la actuación contractual administrativa consideraciones sociales o ambientales, para la adjudicación de los concursos, Art. 87 LCAP), con lo que este concepto, tradicional de la contratación pública en cuanto que manifestación concreta del principio de igualdad, se aproxima progresivamente al de competencia propio del Derecho mercantil.

En cualquier caso, puede válidamente concluirse que la regulación comunitaria en la fase precontractual se ha montado sobre el modelo francés aunque, curiosamente, su impacto vaya a ser aun más profundo en el país de origen de la figura que en otros que, como España, la recibieron más tardíamente.

IV. Acto y contrato en la contratación administrativa: Reconstrucción dogmática

El carácter marcadamente pragmático del Derecho comunitario, necesitado de buscar y encontrar soluciones armonizadoras a partir de ordenamientos jurídicos formados por historias diferentes y, en ocasiones divergentes, constituye una prudente apelación a evitar posicionamientos radicales.

Existe una alta dosis de instrumentalidad en la configuración y uso del contrato administrativo, como se ha expuesto. Una misma situación se resuelve en el tiempo a través de la figura del contrato, de una actividad de prestación pura y simplemente, o de una actividad condicionada o sub modo con aceptación del interesado.

Ciertamente los contratos administrativos nacen por razones de oportunidad política, no por exigencias dogmáticas, en uso paladino de la instrumentalidad en la que lo procesal ha tenido una influencia innegable. Pero ese origen no impide que se hayan construido regímenes jurídicos sustantivos.

De la evolución de los ordenamientos jurídicos puede desprenderse –y la experiencia comunitaria lo confirma– la importancia que tiene la fase de preparación de los contratos de la Administración que se corresponde, lógicamente, con el *ámbito de los actos administrativos*. Esta es una peculiaridad innegable de todos los contratos de la Administración: vigencia de principios de publicidad y concurrencia, como regla general y, en todo caso, de igualdad y no discriminación (Art. 11,1). Difícilmente puede sostenerse que esos principios dominen la contratación privada. La preparación del contrato de la Administración tiene una relevancia mucho mayor que la de servir a la interpretación del contrato –de las voluntades en los contratos civiles.

En determinados supuestos, por razón del interés general –los denominados en el Derecho español contratos administrativos– la elección o selección del contratista se hace además atendiendo a requisitos previamente determinados normativamente, como los que se refieren a la capacidad y sus secuelas de solvencia económica, financiera, técnica o profesional sustituible por la correspondiente clasificación (Art. 15 y ss.; 25 y ss) o a las garantías (36 y ss.).

Todos los actos en aplicación de ejecución de esas normas suponen la existencia de las garantías que para el particular ofrecen los actos administrativos.

Y me atrevería a decir que, en la medida en que se apliquen mejor los preceptos del grupo normativo de los contratos administrativos, será menos necesario acudir al ejercicio de las todavía denominadas prerrogativas de la Administración sobre el contenido del contrato (Art. 60). Las modificaciones son en ocasiones espurias –y no denunciabiles por el contratista beneficiado– porque el proyecto, o el replanteo, por ejemplo, en el caso de obras, no ha estado bien realizado, porque no se ha tramitado bien el expediente administrativo obligado; en definitiva, porque no se ha determinado bien el objeto del contrato.

Pero, en todo caso, eso que se sigue denominando prerrogativas –y que realmente son potestades, mensurables y controlables en razón de supuestos de hecho, oportunidad, razonabilidad y el fin (106 C.E.)– están predeterminadas en la norma, no surgen de una libertad de pacto de la Administración.

Desde el punto de vista dogmático, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, y sin aludir ahora a los supuestos en que la actuación de la Administración adopta una *facies* o una *vestes* convencional (son los actos necesitados de aceptación por el particular o interesado, como sucede en “acciones concertadas” y, en alguna medida, en las subven-

ciones modales) en la estructura interna de lo que se denomina contrato administrativo cabe realizar una fisión y detectar en su contenido la posible coexistencia de actos, que son el resultado del ejercicio de las citadas potestades (prerrogativas).

Dentro de lo que unitariamente podría considerarse contrato cabe una parte de imposición unilateral y una parte de auténtico contrato.

Por eso puede darse en los contratos de la Administración, al mismo tiempo, una intangibilidad y una mutabilidad. Es intangible aquella parte del contrato que en realidad ha sido pactada, es decir, aquel supuesto de hecho en cuya determinación ha jugado un papel esencial de validez la voluntad del particular. Por eso es intangible el objeto del contrato, el precio y el plazo.

Antitéticamente, por la misma razón, es posible introducir modificaciones en el proyecto predeterminado por la Administración y simplemente aceptado por el particular; pero estas modificaciones en cuanto tienen repercusión en el plazo de ejecución o en el propio objeto del contrato o en el precio, deben mantener el equilibrio que corresponda al equilibrio que presidió lo pactado. De ahí también la aplicación del “*factum principis*” en los casos en que proceda.

En definitiva, cabe que haya una parte pactada, intangible –*lex contractus*– y una parte simplemente aceptada que es mudable, impuesta unilateralmente y ejecutivamente. La voluntad del particular queda fuera del contenido del acto; simplemente permite que la norma se aplique a un caso singular; es una mera condición de eficacia para el contenido del contrato.

Por el contrario, en el primer caso, la voluntad del particular forma parte del supuesto de hecho en que se va a concretar la norma; constituye junto con la voluntad de la Administración el núcleo mismo, indivisible, del ente jurídico que llamamos contrato.

Esta explicación dogmática puede encontrar fundamento en el Derecho positivo español, a la luz del Artículo 4º de la LCAP: “la Administración podrá concertar los *contratos, pactos y condiciones* que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y debería cumplirlos a tenor de los mismos –*lex contractus*– pero “*sin perjuicio de las prerrogativas establecidas en la legislación básica de aquélla*” (.....).

V. Reflexión conclusiva

A lo largo de esta exposición –y pido disculpas por la fatiga que haya producido– creo que ha quedado expuesto en lo esencial mi opinión acerca de los contratos de la Administración Pública.

Si en el pasado –y todavía hoy– la aproximación a ellos se hace desde el Derecho civil, creo que, sin pruritos profesionales, se está ante un desenfoque metodológico que afectaría a todas las instituciones del Derecho administrativo.

Hablar de peculiaridades puede ser un arrastre de ese mismo enfoque tradicional: existen regímenes jurídicos adecuados a lo que deben regular. En ellos tiene una importancia secundaria la sede jurisdiccional en que se ventilen los conflictos. La actual LICA 29/1998 de 13 de julio ha despejado los equívocos de la anterior Ley de 1956:

“2. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”.

¿Es correcto seguir explicando el contrato administrativo como el resultado de una contraposición dialéctica con el contrato civil, cuando en esta rama del Derecho se ha producido la ruptura de la uniformidad contractual?, ¿cuándo no existe un contrato civil, sino varios contratos civiles? ¿A quien se opone el contrato administrativo?

Es preciso repensar los contratos de la Administración Pública a la luz de los postulados y exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, donde los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central y vinculan a todos los poderes públicos.

Desde esa perspectiva, el tradicional principio de desconfianza –Alzola hablaba de que la Administración española estaba basada en el principio de la más absoluta desconfianza– debe ser modificado por el “principio de confianza legítima en la Administración”, hoy ya precepto de Derecho positivo, y amparar una legitimación amplia a favor de terceros concursantes y no contratistas.

Desde la misma perspectiva el control de la potestad se ha afinado más y no tiene sentido seguir hablando de privilegios y prerrogativas. No es la posición de la Administración lo que produce modulaciones –siempre desde el Derecho civil– sino el *interés público*, en función del cual –y sólo desde él– se justifican potestades y competencias.

También desde esa perspectiva, acorde con el carácter de realización del Derecho administrativo, la eficacia en servir los intereses generales debe explicar que se ponga especial énfasis en una concepción económica de la concurrencia típica del Derecho comunitario más que en la mera igualdad jurídico-formal, como ha sido tradicional, que ha proporcionado insatisfacciones y corrupción.

No es comparando las instituciones jurídico-administrativas con las civiles como se encontrarán, en mi opinión, razonables soluciones a los problemas con que aquellas se enfrentan, sino con los preceptos y principios constitucionales en lo que encuentran su razón de ser y su vigor.

CAPÍTULO 25

TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: Origen, evolución histórica y situación actual

POR JOSÉ LUIS MEILÁN GIL

El Profesor José Luis Meilán Gil, es Rector de la Universidad de La Coruña, catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de La Coruña, doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, abogado de los ilustres Colegios de Madrid y La Coruña, miembro de número de la Academia Galega de Jurisprudencia y Legislación, miembro del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas de la Asociación Española de Ciencias Regional del Consejo Rector de la Scola Galega de Administración Pública, Presidente del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público, Doctor Honoris Causa por la Universidad Particular de Chiclayo, Presidente del Comité Español Universitario de Relaciones Internacionales, Vicepresidente de la Conferencia de Rectores de Universidades Españolas, Director adjunto del Instituto de Estudios Administrativos, miembro del Instituto de Estudios de Administración Local, vocal permanente de la Comisión General de Codificación, miembro de la Unión Internacional Interparlamentaria.

Ha publicado quince libros de carácter jurídico y de ensayo político y más de cincuenta artículos en revistas científicas. Ha dirigido una quincena de tesis doctorales e impartido numerosos cursos de doctorado, fue diputado en el Congreso por la provincia de La Coruña en el período 1977-1982 e intervino activamente en la redacción de la Constitución Española de 1978 y en el Estatuto de Autonomía de Galicia de 1981. Entre otros premios y condecoraciones ha recibido la Gran Cruz de Mérito Civil de Alfonso X el Sabio, la Gran Cruz del Mérito Agrícola y la Orden de Mérito Constitucional en España y la Orden de Mérito de la República Italiana y la Orden de Andrés Bello de Venezuela.

I. Planeamiento

Mis primeras palabras han de ser de agradecimiento cordial por la invitación a participar en estas importantes Jornadas que revelan, entre otros muchos aspectos, la vitalidad y la brillantez de los iusadministrativistas argentinos.

El agradecimiento conlleva algo muy personal, desconocido obviamente para ustedes, ya que supone un rejuvenecimiento académico: el tema que se me ha asignado fue objeto de una lección que tuve que pronunciar hace más de treinta años.

Retomaré, pues, el hilo de entonces que, dada mi condición quizá excesivamente socrática, desarrollaron después Gaspar Ariño o Jaime Rodríguez-Arana o, ahora mismo, un discípulo de tercera generación, Carlos Aymerich, como hizo conmigo el profesor y maestro Villar Palasí.

Siempre he sostenido la necesidad de la aproximación histórica para comprender el Derecho positivo, incluso sus preceptos aparentemente más técnicos. Detrás de ellos existen muchas circunstancias culturales, económicas, geográficas, *políticas*, que los explican. ¿Por qué y cómo se han construido categorías jurídicas que, a veces, se presentan como dogmas? ¿Por qué el título de estas Jornadas? ¿Qué sentido y alcance tiene hablar de contrato o contratos administrativos?

Tengo para mí que para la contestación de éstas –o equivalentes preguntas– tiene una relativa eficacia acudir al Derecho comparado. Constituye éste, ciertamente, un intere-

sante elemento para la reflexión y, como se verá, también en ocasiones formará parte de esa historia que ayuda a explicar el presente de un ordenamiento nacional. Pero entiendo que habrá que evitar “importaciones indiscriminadas”, desgajando las categorías o las instituciones del medio ambiente en que nacieron y se desarrollaron, en una operación de transplante realizada sin pericia que termina por producir inevitables –y lógicamente– rechazos.

Es preciso partir de la realidad varia de los ordenamientos jurídicos, que ofrecen soluciones diferentes a los mismos problemas. Antes de cualquier calificación convendrá analizar el porqué de esas diferencias y la profundidad de las mismas. Si en más de una ocasión me refiero al Derecho español, ha de entenderse no como pretensión de exponerlo como arquetipo, sino como punto de referencia para la reflexión.

De acuerdo con lo que he dicho, el método elegido será desmontar primero las piezas actuales para indagar su procedencia y el modo en que se montaron e inducir qué puede haber de mudable y duradero, de compatible o incommunicable.

Para esta labor, como para cualquier otra en el ámbito de la investigación –y quizá particularmente en las ciencias sociales– se precisa una suerte de liberación de la mente, de prejuicios para no sorprenderse de las inconsecuencias y saltos lógicos que revele la historia, sobre todo si se compara con depurados criterios actuales, sobre todo si se tiene en cuenta que estamos tratando de un tema que afecta al Poder –poder político– y a sus titulares y a su ejercicio.

No es preciso acudir a citas bien conocidas que corroboran que el nacimiento mismo de lo que hoy denominamos Derecho administrativo y de no pocas de sus instituciones son el resultado de una serie de compromisos –“instrumento de civiltá”, se ha dicho– que sólo desde el acontecer político pueden explicarse.

II. La configuración del contrato administrativo

1. Relevancia del sujeto

Podemos partir, para el análisis, del título de las Jornadas o de la vigente Ley española (Ley 13/1995 de 18 de mayo) de Contratos de las Administraciones Públicas. El primer elemento a tener en cuenta es que se trata de una actividad –o una actuación– de la Administración Pública (utilizando el singular como tropo del lenguaje para mayor comodidad en la expresión) que se califica como contrato. ¿Hasta qué punto influye el sujeto en la naturaleza de la actuación?

Conviene retener lo que justifica la existencia de la Administración Pública y la caracteriza. En su configuración contemporánea –como en sus antecedentes en el Antiguo Régimen europeo– es una organización estable o permanente ligada esencialmente a la función ejecutiva del Estado. Tomando como referencia la Constitución española, se trata de un poder público que sirve con objetividad y eficacia los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, como tuvo oportunidad de intervenir en lo que pasaría a ser el Artículo 103 de la CE. Poder –o función– vicario, no sólo sometido a la Ley y al Derecho –principio de legalidad y de constitucionanidad– sino también al titular democrático del Poder (llámese Ejecutivo o Gobierno o Presidente) que concreta lo que en un momento determinado signifique ese *interés general*, como expresión de las aspiraciones y necesidades de la sociedad.

Poder caracterizado por la eficacia en servir ese interés general, de forma vicaria, pero dotado de cierta capacidad de elección de medios pudiendo, para ello, dictar normas y producir actos que inciden en las situaciones de los ciudadanos, en sus derechos e intereses.

La Administración, por eso, es esencialmente activa. Y el Derecho administrativo es esencialmente un Derecho de realización. Aquélla no es indiferente para que sean reales y efectivos los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, ni para la consecución y preservación de lo que se considera como interés general, concepto jurídico indeterminado y variable de acuerdo con los estándares de calidad que se persigan en un determinado lugar y tiempo.

En ese ámbito del interés general –o los intereses generales– opera la actividad contractual de la Administración, bien distinto en el que se mueve el particular, cuya actividad contractual está dominada por la autonomía de la voluntad al servicio de intereses cuya disponibilidad no está impedida por una imposibilidad esencial, la cual, en cambio, afecta a la Administración Pública sobre el interés general del que no es titular.

Estos dos ámbitos fundamentales (*duae sunt positiones*) que tradicionalmente se han configurado como Derecho público y Derecho privado, se han proyectado en la construcción doctrinal de los contratos en el Derecho administrativo, como ha sucedido con otras categorías y he explicado en alguna ocasión.

El fenómeno, en relación con los contratos de la Administración, se presenta de diferentes maneras: identidad sustancial, modulación o matización, exorbitancia... son respuestas que se dan desde la doctrina iusadministrativista a planteamientos civilistas. ¿Cómo puede haber contrato si las partes no están en situación de igualdad? ¿Cómo puede quedar la Administración –o el Príncipe– ligados por la “lex contractus”?

La categoría del contrato en Derecho administrativo, he escrito, ha sido piedra de escándalo, catalizador de polémicas y, en más de un caso, sus vicisitudes coinciden con la del Derecho administrativo y otras de sus instituciones, singularmente el “servicio público”.

Pese a la resistencia de algunos autores a admitir lo que es Derecho positivo, el problema de la existencia de contratos administrativos, dentro de los contratos de la Administración, está resuelto en España. La vigente Ley de 1995 (como la anterior de 1963-1965) en su Artículo 5º declara que “los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado”. Existen contratos administrativos nominados y especiales, y contratos que tendrán la consideración de contratos privados.

2. Dialéctica acto-contrato como ejecución de la norma

¿Por qué este pronunciamiento del Derecho español que puede corresponderse con el francés y que no es universal? Existe una explicación histórica a la que me referiré seguidamente. Pero, antes, quisiera plantear la cuestión de los contratos de la Administración Pública, no como una dialéctica con el contrato civil, sino desde la funcionalidad servicial de la Administración anteriormente expuesta. En ese sentido antes que contraponer contrato administrativo y contrato civil, conviene subrayar la bipolaridad acto-contrato, ya que la Administración actúa mediante actos unilaterales y contratos, un punto de partida, no deudor del Derecho civil, sino propio del Derecho administrativo. Y esto por varias razones:

a) En primer término, porque el acto unilateral tiene en el Derecho civil mucha menos importancia que en el Derecho administrativo. El Derecho civil tiene un cierto horror a la imposición unilateral de obligaciones; todo lo contrario de lo que sucede a la Administración, que es titular de potestades, que mediante los recursos de la Hacienda Pública mantiene servicios para el interés general.

La Administración es el “Estado actuante” (Von Stein). Los actos de la Administración –no digamos el acto administrativo– tienen una relevancia especial en el Derecho administrativo, como creadores o moduladores de derechos.

b) En segundo lugar, por el distinto juego del contrato en uno y otro Derecho dentro de las fuentes de las obligaciones. En el Derecho civil el contrato es la fuente característica de las obligaciones ligada a la autonomía de la voluntad de los particulares. Las obligaciones procedentes de la Ley quedan –en cambio– vergonzantemente reguladas en los Arts. 1.089 y 1.090 del Código civil.

En el Derecho administrativo derechos y obligaciones nacen directamente de la norma o de su ejecución.

Los fines del Estado no pueden alcanzarse con el puro establecimiento de leyes. Hace falta una actividad de carácter inmediato, típica de la Administración, puesto que la Ley, según ya formulara Aristóteles en su Retórica, no puede cubrir la infinitud de los supuestos.

Es ésta una aproximación deliberadamente formal, aunque resulta obvio que la “ejecución de la norma” hay que entenderla en el contexto material de “realización” ligado al complejo de ideas que subyace en expresiones como “obras y servicios”, prestaciones administrativas, utilidad pública, interés social, “procura existencial”, interés público, derechos fundamentales y, en definitiva, con las formulaciones y principios constitucionales del Estado social y democrático de Derecho, que rebasan un mero positivismo jurídico.

Pero volvamos al análisis dogmático. En ocasiones la norma administrativa se impone a los casos concretos sin necesidad de previo acto de requerimiento o sujeción individual. La creación de derechos y deberes en los particulares surge entonces por su conexión directa a la norma. Esto es lo que sucede cuando se opera sobre un objeto uniforme e inalterable, cuando se pretenden conductas uniformes en todos los destinatarios de las normas, sin que haya necesidad de concretar el cuánto, el cuándo o el cómo. Pero no siempre esto es posible. Lo normal es que la creación de derechos y obligaciones sea el resultado de un desarrollo y una concreción de la norma. Pues bien, esa concreción puede hacerse mediante actos unilaterales o mediante contratos.

3. Instrumentalidad de las categorías

Cuándo la concreción se realiza por actos o por contratos, es algo que no puede ser predeterminado de una manera absoluta. En la elección del acto unilateral o del contrato hay siempre una buena dosis de oportunismo; la elección está marcada por el signo de la instrumentalidad.

La contemplación del ordenamiento jurídico en su conjunto o de alguna de sus partes muestra la ambivalencia en el uso de las técnicas. Una misma finalidad pública –por ejemplo en materia agraria– puede ser conseguida mediante expropiación o mediante compraventa, e incluso pueden mezclarse íntimamente las dos técnicas. La expropiación puede encubrir un auténtico contrato: incoada la expropiación se fija el justiprecio por acuerdo directo de la Administración expropiante y administrado expropiado.

Esa instrumentalidad puede comprobarse si se observa la trayectoria de un ordenamiento en el tiempo o si se comparan los distintos ordenamientos nacionales que coexisten en una misma época. Así, la concreción por contratos no ofrecerá la menor dificultad para el Derecho francés y el español; por el contrario, la concreción por actos va a ser extraordinariamente grata al Derecho alemán.

A lo largo de toda la producción de Otto Mayer hay una insistencia repetida sobre la función y el valor central del acto administrativo. El Estado –dirá– manda siempre unilateralmente. Las relaciones jurídico-públicas no pueden ser sino de carácter unilate-

ral, fundadas en la exclusiva voluntad del Estado, constituyendo, por tanto, una imposibilidad lógica la figura del contrato administrativo en cuanto relación jurídico-pública de carácter bilateral.

Los contratos celebrados por la Administración no presentan ninguna especialidad respecto de los celebrados entre particulares: unos y otros están íntegramente sometidos al Derecho civil, como residuo histórico de la teoría del Fisco.

Como el propio Mayer razona, dentro de la herencia que el Estado de Derecho recibe del Estado-policía está “por una parte, la soberanía absoluta del Estado; por la otra, la sumisión de ciertas esferas de la actividad del Estado al Derecho civil y a la jurisdicción civil”, pero a un Derecho civil que se le aplica no a título de Derecho supletorio –como Derecho común– sino, por el contrario a título de excepción “siendo menester, en cada oportunidad, justificar especialmente su aplicación”.

En dos lugares de su obra principal, argumenta Mayer muy significativamente este régimen jurídico-privado de la contratación administrativa, a partir de su peculiar concepción de la relación jurídico-pública: al negar el carácter contractual del funcionario público y de la concesión de empresa o establecimiento público.

Respecto de la relación de servicio de los funcionarios públicos, entiende este autor que “el Derecho público proporciona las ideas dominantes para todos los elementos de las instituciones que le pertenecen: esas instituciones deben necesariamente resentirse al ser constituidas sobre la base de la desigualdad jurídica de los sujetos que en ellas intervienen” y, de esta consideración de principio se concluye con naturalidad que “lo que en el acto jurídico de la incorporación al servicio del Estado surte efecto, debe ser la voluntad del Estado, el acto administrativo que contiene el nombramiento”.

Con mayor claridad, respecto de la concesión de empresa o establecimiento público, equiparable a la categoría española de la concesión de servicio público, y tomando como ejemplo el caso de las empresas concesionarias de ferrocarriles, Mayer niega cualquier sustancia contractual a dicha concesión en la idea de que se trata de un acto administrativo “que determina discrecionalmente lo que debe ser derecho en el caso individual”.

Esta actitud inicial condicionará el desarrollo ulterior de la doctrina alemana. A un lector francés o español chocan los esfuerzos llevados a cabo en la doctrina alemana o en la suiza para admitir la figura del contrato cuando una de las partes es la Administración. Por eso, no es sorprendente que la problemática de la doctrina administrativa de esos países haya estado centrada en la afirmación o negación de la posibilidad de los contratos de la Administración.

Y es que como ha señalado Martens, en las investigaciones sobre el contrato administrativo en Alemania dominan ideas como las siguientes: que el Estado se enfrenta al ciudadano fundamentalmente con relaciones de superioridad y no de coordinación; que el medio más apropiado para realizar las tareas administrativas es la orden soberana y unilateral, el acto administrativo; que en estos casos, aunque la voluntad de los súbditos tenga algún papel, como ocurre con los actos necesitados de colaboración, su importancia es muy relativa. Bullinger afirmará rotundamente que es indigno para el Estado pactar con los súbditos ya que esto supondría escaparse a la responsabilidad y atadura soberana.

La evolución posterior del Derecho alemán, venciendo no sin resistencias la objeción mayeriana, ha supuesto el reconocimiento de las relaciones jurídico-públicas bilaterales, actualmente condensadas en el denominado “contrato de Derecho público” (Öffentlich-

rechtliche Vertrag), como instrumento válido de actuación de la Administración democrática y, como tal, esta figura se recoge en la Ley de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976.

Sin embargo, este “contrato de Derecho público” no puede asimilarse al contrato administrativo, tal y como éste es concebido en el ordenamiento español o francés. Estos “contratos de Derecho público” se definen por su objeto (crear, modificar o extinguir una relación jurídico-pública, en el sentido del Art. 1º de la VwVfG). La remisión al Art. 1º de la VwVfG excluye del ámbito de la figura que comentamos los contratos celebrados por la Administración para la satisfacción de ciertas necesidades públicas (obras, suministros) que siguen íntegramente sujetos al Derecho privado.

Siguiendo la tipología que la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando, podemos diferenciar entre los contratos de coordinación (Koordinationsvertrag), celebrado entre entes públicos y, por otra parte, los contratos de subordinación (Subordinationsvertrag) que, frente a los anteriores, se caracterizan por la desigualdad estructural existente entre las partes y por sustituir a la resolución unilateral. En este sentido, acudiendo de nuevo al Derecho español, serían el equivalente de los convenios con virtualidad de finalizar un procedimiento contemplados en el Art. 88 de la citada LPAC.

4. Fundamento dogmático de la elección del acto o del contrato

Pero, ¿por qué esa resistencia a admitir el contrato y esa facilidad en utilizar el acto?

A mi modo de ver hay un doble fundamento dogmático y práctico y hay una explicación histórica.

4.1. La tendencia hacia el acto se explica en primer término dogmáticamente. La Administración reacciona por actos. Esto se confirma desde el punto de vista contencioso: lo que impugna el que se relaciona con la Administración –trátese de situación reglamentaria o contractual– es un acto administrativo.

Esa tendencia se explica también por razones de carácter práctico: la imposición unilateral es, en principio, más ventajosa y más coherente para una Administración montada sobre la prerrogativa. La Administración, en cuanto puede, huye del contrato, pretende evitar la pesada carga que –en frase de Forsthoff– supone la doble vinculación del contrato.

Las consecuencias que se derivan del acto unilateral o del contrato son, por tanto, un factor decisivo que lleva a elegir o evitar una y otra forma jurídica. Esto se pone especialmente de manifiesto en relación con los derechos adquiridos.

Inicialmente –porque se han producido aproximaciones desde los extremos– el acto es el campo de la revocabilidad, en tanto que el contrato lo es de la irrevocabilidad. El Príncipe puede actuar por *modum privilegii* –otorgando rescriptos– o puede actuar por *modum contractus*. Pero en este caso recordará Belluga (en el siglo XVII) los derechos nacidos del pacto *irrevocabilia fiunt*. El contrato clama por el respeto de lo pactado. (Si Princeps vendit vel donat in casum, permisum ... tum non potest revocare).

Toda la larga historia de los *pleitos colombinos* tienen por fondo este mismo planteamiento: el Rey ha concedido una merced y puede ser revocada o, por el contrario, se alega que las capitulaciones tienen alma y cuerpo de contrato.

5. Divergentes trayectorias históricas de los ordenamientos jurídicos

Circunstancias históricas explican la utilización por la Administración Pública del acto o del contrato para cumplir sus fines en los diferentes ordenamientos jurídicos. En ese

sentido pueden reconocerse como puntos de partida opuestos el Derecho anglosajón y el Derecho alemán, aunque parezca sorprendente desde la perspectiva de la contraposición habitual del régimen jurídico de los contratos de la Administración que tiende a considerarlos en el mismo apartado frente al Derecho francés o español.

A) En EE.UU. –donde no existe la categoría continental europea del acto administrativo– la primacía del contrato está respaldada constitucionalmente: los *vested right* están protegidos por la *contract clause* que, sintéticamente, prohíbe a la Administración alterar los contratos: *impairing the obligation of contracts*.

No es del caso examinar con la conveniente extensión el alcance de la cláusula. Para lo que ahora interesa basta con señalar que la historia americana de los contratos de la Administración registra una búsqueda de procedimientos pertinentes para evitar las consecuencias –ataduras– que para la acción administrativa supone una interpretación rigurosa de esa cláusula constitucional. Esta tesis, propuesta hace treinta años, fue desarrollada por el profesor Ariño en un trabajo excelente publicado diez años después, en 1977.

Me limitaré a unos ejemplos. Los hitos fundamentales son los casos de Fletcher v. Peck en 1810 y Darmouth College v- Woodward en 1819. El primero declara que, en aplicación de la *contract clause*, las concesiones de tierras hechas por el legislativo del Estado de Georgia eran irrevocables. La Constitución no distingue según los contratos –dirá el juez Marshall– cuando una ley es por naturaleza un contrato *absolute rights have vested under contract* y una nueva ley no puede desconocerlos.

En el segundo caso se define que la *corporation charter* –estatuto que crea una persona jurídica para la realización de determinados fines públicos, en este caso una Universidad– es un contrato. Esto significaba que el Estado se encontraba atado por la *contract clause*; las condiciones establecidas en la charter deberían ser mantenidas en el futuro; un futuro, además, indeterminado porque, según expresiones del fallo, la corporation es inmortal.

Esta interpretación alarmó a los Estados. Para orillar sus consecuencias, comenzaron a introducir en sus “charter” una cláusula reservándose el derecho de alterar sus condiciones en el futuro. Los Tribunales, a su vez, arbitraron fórmulas para evitar esa atadura: los Estados no pueden celebrar contratos en que se disponga sobre el *eminent power*; los Estados no pueden contratar excediéndose de los límites de su *police power*.

El caso Lynch v. United States (1934) declara que: *The due process clause* –la otra gran cláusula que rige en el Derecho público americano– prohíbe a los Estados Unidos anular o desconocer sus contratos, salvo que la intervención se base en *the federal police power or some other paramount power*.

Por lo que se refiere al *police power*, ha valido para justificar intervenciones sobre los contratos si se considera necesario para el buen gobierno (*the principle of governmental effectiveness*).

No es sorprendente que esas limitaciones del Derecho americano para una aplicación rigurosa de la *contract clause* se hayan producido en el ámbito de las *public utilities* (los grandes servicios de comunicaciones, etc.), lo que en el Derecho español o francés se denominan servicios públicos.

Sin profundizar ahora en la doble personalidad que, a veces, asoma en la jurisprudencia americana y que entronca con formulaciones europeas anteriores al siglo XIX, me limitaré a recordar que en la vigente LCAP española se conserva, de un lado, la prohibición de contratar “los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes

públicos” (Art. 156,1) y que “en todo caso la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate” (Art. 156,3).

B) Otro procedimiento para zafarse de la estricta atadura contractual será no declarar contrato determinada relación jurídica: se ha recordado en Alemania con la tesis de Mayer sobre la concesión de establecimiento público. También es observable en Gran Bretaña.

En *Gran Bretaña* no hay una cláusula constitucional como en EE.UU., pero la tradición británica es también declaradamente contractualista. Esto se demuestra por el respeto preferente a los derechos subjetivos de los particulares, cuanto entre en conflicto con el interés público. Pues bien, ese tradicional respeto a los derechos adquiridos se rompe por primera vez en el famoso caso del *Amphitrite v. the King* en 1921.

Brevemente los hechos fueron los siguientes. En 1918, todavía durante la Primera Guerra Mundial, el cónsul británico en Estocolmo se comprometió con los propietarios del *Amphitrite*, un barco sueco, a garantizar que quedaría libre del bloqueo si el barco llevaba al Reino Unido un 60 por 100 como mínimo de mercancías determinadas. Este compromiso era contrario a las prácticas habituales del gobierno británico, pero a ello forzaban las circunstancias bélicas. El barco hizo un primer viaje y el compromiso fue respetado. Previa renovación del mismo, el *Amphitrite* hizo un segundo viaje; pero esta vez las cosas no rodaron como en el primero. El gobierno británico se negó a liberarlo del bloqueo, si no mediaba el Comité marítimo sueco. Pero los propietarios del *Amphitrite* no podían acudir a este Comité por haber negociado tiempo atrás con los alemanes. En consecuencia, el barco fue intervenido y vendido, no obstante el compromiso contraído con el representante británico en Estocolmo.

El asunto se falla en 1921 y lo que interesa destacar aquí es la doctrina que sienta: “la Corona no puede por un contrato trabar su libertad de acción en materias que se refieren al *welfare of state*”; es lo que se conocerá desde entonces como la libertad de la acción ejecutiva (la *executive action*). Para mantener esta tesis el juez Rowlatt tuvo que afirmar que aquel compromiso no era un *enforceable contract* –un contrato ineludible–; el compromiso se reducía –literalmente– a “la intención de actuar de una manera determinada en cierta circunstancia sin que ello atase al Gobierno”.

En resumen, la solución que se arbitra consiste en negar que exista un contrato porque llevaría consigo la obligación de respetar los derechos derivados de él, con todas sus consecuencias. Esto se evita –en definitiva– sosteniendo que se trataba de un privilegio revocable. Lo que se busca, por tanto, es evitar la irrevocabilidad propia del contrato, porque el Gobierno no puede quedar aherrojado en su acción futura. Un ejemplo, de otra parte, particularmente claro de que las consecuencias son paradójicamente un *prius* para definir la naturaleza de las figuras jurídicas. Para evitar unas consecuencias se fuerza la naturaleza de la categoría.

Y no menos paradójico resulta constatar que desde el Derecho civil aquel compromiso debería ser calificado como contrato. Y, en cambio, la negación de contrato es perfectamente lógica desde el Derecho administrativo que, como en el caso español, prohíbe contratar servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, como se ha citado anteriormente.

6. La explicación histórica de la elección del acto o del contrato

Hemos visto que las consecuencias derivadas del acto o del contrato son un factor importante para elegir una u otra figura jurídica. También se desprende de lo expuesto que,

aunque los ordenamientos persigan la misma meta, los puntos de partida son diferentes: primacía del acto en el Derecho alemán; predominio del contrato en el Derecho americano y británico. Los Derechos francés y español se sitúan en una posición intermedia.

¿Por qué ese distinto punto de partida? La explicación es histórica y tiene que ver con el distinto equilibrio de poder entre el Estado y sociedad.

En Gran Bretaña el triunfo del parlamentarismo es temprano. La experiencia de Cronwell vacunó de la tentación de una excesiva concentración de poder ejecutivo. El dogma de la democracia, la primacía del pueblo, están en el nacimiento mismo del Estado americano. En Francia, aunque más tardíamente, se llegará en 1875 a la instauración de una república parlamentaria: el Estado será la burguesía triunfante.

Alemania irá por derroteros distintos. La supremacía del Estado sobre la sociedad tendrá un fundamento ideológico –Hegel– y un instrumento político –Bismark–. “El Estado es la realización de la idea moral o ética”, sostendrá el primero. La virtualidad del “principio monárquico” será desplegada por el Canciller y respaldada por sus éxitos internacionales: *Macht geht vor Recht*. La sociedad alemana capitula ante el Estado. La fortalecida Administración del naciente imperio alemán, ni ideológica ni económicamente, está acuciada por la necesidad de pactar con la sociedad para el desarrollo de sus actividades.

Justamente la contraria es la situación de España a lo largo de todo el siglo XIX. Un Estado débil, política y económicamente ante grupos pequeños, pero activos, de burguesía nacional o ante los inversores extranjeros; una Administración, endeudada además por las guerras carlistas.

En estas circunstancias, el contrato viene a ser el punto de unión entre Estado y sociedad, aquí, al menos, nunca tajantemente separados. El contrato será la salida normal para la realización de las obras y los servicios públicos reclamados insistentemente por la sociedad, según testimonio expresivo de los documentos de la época. Y es que cuando el Estado no puede imponerse a los particulares pacta con ellos. La técnica contractual proporciona entonces a los administrados fortalecidos, una garantía a imagen y semejanza a la del Derecho civil.

El protagonismo de los particulares en la ejecución de las obras y los servicios públicos no obedece sólo a una razón ideológica, sino también a la reconocida impotencia de la Administración para llevar a cabo esas actividades, reclamadas por la sociedad. Ambas circunstancias están reflejadas en el libro de Reynoso, publicado en 1857, sobre Política administrativa del Gabinete Bravo Murillo, en el que fue Ministro de Fomento, y en ellas descansa la defensa de la oportunidad de su gestión contra sus numerosos adversarios.

Son circunstancias políticas con las que se teje la historia de Francia o de España las que explican, en concreto, las peculiaridades de sus ordenamientos referidos a los contratos de la Administración Pública. No se tendrá de ellos un cabal juicio sin analizar lo que aconteció con las *ventas de bienes nacionales*.

Antes conviene recordar brevísimamente algo que marca desde su origen al Derecho administrativo surgido de la Revolución francesa. Que ese Derecho administrativo nace como instrumento de poder es suficientemente conocido. Se manifiesta en la consagración de la inmunidad del acto administrativo o lo que es lo mismo en su sustracción de la competencia de los tribunales ordinarios. En este sentido, los revolucionarios franceses se curan por anticipado, escarmentando en la cabeza ajena del Rey. Por eso la tendencia inicial es definir con la mayor amplitud posible el concepto de acto administrativo. Las disposiciones que desarrollan las leyes de 1790 llegarán a calificar como actos adminis-

trativos “todas las operaciones que se ejecutan por orden del Gobierno, por sus agentes inmediatamente bajo su vigilancia y con fondos procedentes del Tesoro”.

Bajo esta concepción, se afirmará que en los contratos de la Administración existe un acto administrativo. Posteriormente, como esa amplitud parece desmesurada, se procede a la distinción de actos de autoridad y actos de gestión. Pues bien, los contratos entrarán dentro de los actos de gestión, hasta el punto de que puede hablarse de una auténtica identidad entre ambos conceptos. Así se revela en Viven y todavía está presente en Hauriou.

El bandazo posterior será el reconocimiento de que hay unos actos de gestión que participen de los caracteres de la *puissance publique*; dicho más claramente, con palabras de Hauriou al comentar el arrêt de Saint-Etienne, “son ciertamente contratos, pero contratos administrativos, con reglas y jurisdicción peculiares”. Estamos en el estadio de elaboración doctrinal que nos es hoy familiar.

Pero volvamos al supuesto enunciado de la venta de bienes nacionales, que revela de una manera paladina la instrumentalidad de la técnica contractual. Cormenin lo ilustrará prolijamente. Aproximadamente una cuarta parte de sus *Questions administratives* –he manejado la segunda edición fechada en 1823– está dedicada a esta materia, que, como es lógico, había planteado serios problemas.

Lo primero que destaca es la finalidad política de las ventas de bienes nacionales –del clero, los emigrados políticos– realizadas como consecuencia de la Revolución; fue indudablemente un medio eficazísimo de consolidarla. “Las asambleas nacionales que querían favorecer el espíritu de la democracia –dice CORMENIN– y ligar más a los franceses al sistema de la revolución por los lazos de la propiedad, habían pensado que para ello era indispensables la división y subdivisión hasta el infinito de los bienes nacionales” (p. 396).

A toda costa se quiere que queden firmes esas ventas; se quiere garantizar su inviolabilidad y marcarlas –son expresiones de Cormenin– con el sello de la irrevocabilidad (pp. 395-6). Y esto aún siendo conscientes de que las ventas de esos bienes “hechas con la misma precipitación con que se hizo su confiscación”. (p. 60), están llenas de irregularidades desde el punto de vista civil. Por eso, las sucesivas disposiciones para dar seguridad y confianza a los compradores, para incrementar su número e impedir las reclamaciones de sus antiguos propietarios –muchos de ellos emigrados– contendrán reglas claramente exorbitantes del derecho civil. “Para dar a las ventas administrativas –dice refiriéndose a los bienes nacionales– un privilegio de estabilidad que no tienen las ventas civiles, no se admiten más que dos casos de rescisión del contrato” (p. 397). Por otra parte no afecta a la validez de las ventas el error de la cabida; y las ventas se entienden hechas libres de toda carga.

Esta es la razón básica que explica la competencia de la jurisdicción administrativa sobre estas ventas. Así lo reconocerá enfáticamente Cormenin en un texto definitivo. “materias que por su naturaleza eran *judiciaires* porque se trataba de contratos, fueron, por excepción, atribuidas a los cuerpos administrativos”.

El mecanismo jurídico que justificará esta competencia será la existencia de un acto administrativo. El Directorio lo expresará claramente, al afirmar que “la Administración tenía derecho a la resolución de todas las cuestiones que naciesen de los contratos de venta de bienes nacionales, porque en este asunto había intervenido un acto administrativo”.

En definitiva, este supuesto de la venta de bienes nacionales subraya claramente la instrumentalidad del contrato administrativo desde su nacimiento: aparece como una figura intermedia entre el puro acto administrativo y el contrato civil. Del primero –del acto– toma la inmunidad respecto de la jurisdicción ordinaria; del segundo –del contrato– la irrevocabilidad, la inmunidad ante el futuro, porque si fuese un simple acto administrativo, podía ser revocado por otro acto emanado de un gobierno ulterior.

Con esa calificación de figura intermedia las ventas de bienes nacionales sirven espléndidamente a la finalidad política de la Revolución, como agudamente observó Posada Herrera en España o Berthelemy en Francia.

En España, el fenómeno es análogo, aunque no se desarrolle en un contexto formalmente revolucionario. Son las ventas de bienes nacionales consecuencia de las diferentes medidas desamortizadoras (Decreto de Mendizábal de 19-II-1836, Ley de 1855).

También en España las contiendas sobre esas ventas se adscribirán a la jurisdicción contencioso-administrativa de la época, como dispone la Ley de Administración y Contabilidad de 1850 (Art. 10), y una Real Orden de 1852 aclarará que se debe a “razones políticas de importancia”. En España, como en Francia, esa decisión perseguía evitar impugnaciones ante los Tribunales ordinarios, basadas en el Derecho civil, que retrayesen a los compradores, y que no se impidiesen o retrasasen los ingresos en el Tesoro.

El mismo oportunismo político explica la configuración del contrato de suministros como administrativo en España, cuyo siglo XIX está afectado por las guerras carlistas y que permite también observar la alternancia instrumental del acto y del contrato.

En el comienzo de las guerras es lógica la tendencia a la imposición, a la requisa militar; pero cuando una guerra se prolonga, sobre todo si es civil, el Estado no puede seguir imponiéndose unilateralmente a un pueblo con el que tiene necesidad de contar. El puesto de la requisa lo ocupa entonces, de una manera natural, el contrato de suministro; pero la guerra –y esto conviene subrayarlo– exigirá condiciones exorbitantes de la contratación ordinaria.

No parece que queda duda acerca del oportunismo que explica el nacimiento de los contratos administrativos y de la instrumentalidad en el uso del contrato por la Administración alternativamente al del acto. No creo que valga la pena embarcarse en una pugna por defender o atacar la naturaleza del contrato administrativo “por esencia”. Como ha dicho gráficamente Ariño, el contrato administrativo no es una “esencia” sino una “existencia histórico-jurídica”, pero eso no implica desconocer que existen regímenes jurídicos específicos.

En este sentido no es desdeñable, en la historia española, la perspectiva de la Hacienda; hasta el punto que las regulaciones de los contratos de la Administración han procedido tradicionalmente de ese Ministerio. Se ha insistido en España por un sector doctrinal (Parada) en la importancia que para la materia tuvo la Ley de 2 de abril de 1845 sobre Consejos Provinciales que les atribuye la competencia para entender de las cuestiones –contenciosas– relativas al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos y remates celebrados por la Administración “para toda clase de servicios y obras públicas”. La Ley no se plantea la naturaleza civil o administrativa de los contratos y no es del caso extenderse acerca de la amplitud de esa referencia. Pero esa expresión –obras y servicios públicos, invirtiendo el orden de las palabras– servirá, andando el tiempo, para configurar contratos administrativos típicos e innominados en el Derecho positivo español.

Más allá de la instrumentalización de la jurisdicción contencioso-administrativa conviene recordar que la necesidad de una regulación sustantiva surgirá para responder a fenómenos sociales –escándalos financieros con motivo del impulso de las obras públicas, carreteras y ferrocarriles– y para disponer de una ordenación estable de la Hacienda (Bassols), entendiendo la contratación de los servicios desde la perspectiva del gasto público y de la necesidad de rendir cuentas ante las Cortes (Parlamento).

De ello es una muestra el R.D. de 27 de febrero de 1852 de Bravo Murillo. Conviene subrayar –porque será de interés para el presente– que su gran aportación fue generalizar el principio de publicidad en la contratación administrativa, estableciendo la subasta como el sistema ordinario para la selección de contratistas frente a la adjudicación directa. El contenido material de los contratos se remite a los pliegos de condiciones. A través de éstos se irá configurando el *contrato administrativo de obras*. En este sentido, según una Real Orden de 16 de abril de 1846, citada por Martín Bassols, los pliegos generales para los contratos de obras públicas exigían a los contratistas la renuncia “al Derecho común en todo lo que sea contrario al tenor de estas cláusulas y condiciones, sujetándose a las decisiones y tribunales administrativos establecidos por las leyes y órdenes vigentes” (Art. 39).

El Derecho civil será supletorio en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública –sintomáticamente– de 1911 supletoriedad que retrocederá ante el Derecho administrativo en la Ley de 1963-65 y en la vigente de 1995, que contiene una parte general sobre los contratos de la Administración que rebasa la anterior –y criticada– generalización implícita del contrato de obras públicas.

Aunque es cierto que la jurisdicción contencioso-administrativa jugó un papel importante inicialmente para la configuración de los contratos administrativos, no lo es menos que se busca ese “refugio” que no ofrecía la jurisdicción ordinaria porque, quiérase o no, se trataba de unos contratos –sí– pero “especiales”: en unos casos porque consistían en unas ventas muy especiales que tenían como fin asegurar –hacer irreversible– la revolución o consolidar a una clase burguesa –es decir, la consolidación del propio régimen político– o unos suministros realizados bajo las condiciones especiales de la guerra o gestionar unos recursos que al mismo tiempo tenían que ver con la satisfacción política general –el beneficio de la burguesía dominante– las obras y los servicios.

Se buscó la protección de lo contencioso-administrativo por la *especialidad de los contratos*. La tosquedad de su justificación se iría –o debería– erosionando con el tiempo; pero la especialidad permanece en el Estado social y democrático de Derecho de nuestros días.

III. Situación actual

1. Sustantividad de la contratación administrativa

La evolución del ordenamiento jurídico español en materia de contratos de la Administración evidencia un pronunciamiento a favor del diferente régimen jurídico de los que denomina administrativos –o nominados– y los especiales y de los contratos de la Administración sometidos al Derecho privado.

Me parece inconsistente seguir manteniendo la tesis del “contrato civil modulado por la presencia de la Administración”. Se ha insistido, en mi opinión excesivamente, en los privilegios de la Administración, de lo que quedan, ciertamente, muestras atávicas en el Derecho español en el que se sigue hablando de prerrogativas. Más aún, se hace descan-

sar las evidentes divergencias que existen entre contratos administrativos y contratos privados en el privilegio de la autotutela –también utilizado en la doctrina italiana– que, como he escrito en otro lugar, no es encontrable en nuestro ordenamiento y, sobre todo, es incompatible con una progresiva lectura de un Estado social y *democrático* de Derecho, en el que la Administración es titular de potestades, pero no de privilegios. Esto es una inercia y una rémora de estadios anteriores heredados del Antiguo Régimen –privilegios del Príncipe contruidos sobre el Derecho romano, Fuero de la Corona (como puso de relieve Dou y Bassols). El Derecho administrativo no es hoy, como lo definiera Hauriou, un “Derecho de la equidad basado en la prerrogativa”.

No se trata de calificar si es mejor o peor que los contratos de la Administración se sometan o no íntegramente al Derecho civil. Ni tampoco parece muy pertinente contraponer un abstracto contrato administrativo con un también abstracto contrato civil, en ambos casos realmente inexistentes si nos liberamos de la construcción de la pandectística alemana.

Sí interesa dejar constancia de que existen regímenes jurídicos diferentes. Las diferentes disposiciones sobre revisión de precios dictadas como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, o de la guerra civil en España, no se fundan tanto en prerrogativas de la Administración, como en el aseguramiento de unas obras y servicios de interés general cuyos contratos no podrían ser cumplidos por los contratistas de acuerdo con la inmutabilidad de los contratos. Y lo que fue una disposición de emergencia es hoy una prescripción normal de acuerdo con índices y fórmulas de carácter oficial (104, 105).

La Administración contratante puede introducir modificaciones en los elementos del contrato, sin que ello suponga una novación extintiva ni una mudanza sustancial del mismo, sólo por “razones de interés público, justificándolo debidamente (Art. 102) manteniendo el equilibrio económico o financiero, es decir, entendiendo la “inalterabilidad” contractual como una “estabilidad dinámica” (Villar Palasí, Aymerich). Y la jurisprudencia tiene pronunciamientos garantizando la correcta aplicación del precepto.

Para mostrar la diferencia de regímenes me referiré a un elemento del contrato, el plazo, que suele ser menos tenido en cuenta.

La doctrina del “término esencial” no se aplica del mismo modo en la contratación civil que en los contratos de obras o de gestión de servicios públicos. Ese término puede modificarse dando lugar a la prórroga, sin el nacimiento de un nuevo contrato, sin novación en estos contratos administrativos por razón del interés público en juego (hoy Art. 97). Se trata, pues, de una modificación posible del contenido de los contratos, prevista o no en los pliegos de cláusulas administrativas. En este último supuesto la jurisprudencia ha confirmado la posibilidad de prorrogas tácitas, siempre por razones de interés público. Y aún ha de señalarse que esa prórroga es más difícil en los contratos de obras públicas que en los relativos a los servicios públicos (Rodríguez Arana). Podría decirse lapidariamente que las obras públicas no deben retrasarse; pero a veces ese retraso se evita mejor y sin injusticia prorrogando el contrato que con su extinción e iniciación de uno nuevo. En cambio, los servicios públicos no pueden pararse: es el principio de continuidad de los mismos lo que puede justificar la prórroga, es decir, la alteración o variación o modificación, como quiera llamarse, del término del contrato.

La limitación de la prórroga –y su declaración no conforme a Derecho como han declarado en ocasiones los Tribunales– está en la conculcación de los principios de publicidad y concurrencia –una auténtica desviación de poder o una arbitrariedad– y no en imposiciones del Derecho civil, donde la tácita reconducción, por ejemplo, en arrendamientos

de viviendas es sólo un derecho del arrendatario consentido por el arrendador: el mero juego de la voluntad. Es, en cambio, el interés general, que la Administración está obligada a cumplir, lo que explica la prórroga de los contratos administrativos, en ciertos casos, sin perjuicio de terceros como no es infrecuente en el otorgamiento de hijuelas en concesiones de transportes terrestres.

Alguna peculiaridad del régimen jurídico de los contratos de la Administración proviene de que generalmente son “contratos en masa”, por su volumen y sobre todo por su repetición. Es razonable que exista un clausulado aplicable a los distintos contratos, como también sucede en la contratación civil. Una explicación civilista sería calificar a los contratos administrativos como contratos de adhesión (contratos sin tratos). Aquella característica en los contratos de la Administración se manifiesta en la existencia de pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares (y también en pliegos de prescripciones técnicas) tomando como referencia, una vez más, el Derecho español (Art. 49-53 LCAP).

En la contratación civil la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación traspuso al Derecho español la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, que no es de aplicación a los contratos administrativos.

La explicación jurídica de los pliegos en la contratación administrativa ha de realizarse, en mi opinión, desde la perspectiva de la integración de la norma, que frecuentemente en el Derecho administrativo no se produce siempre de una vez. En este caso se compone de la Ley, Reglamento, pliego de cláusulas administrativas generales y particulares.

No es del caso extenderse en el análisis, pero desde esa perspectiva no cabe la menor duda de que las cláusulas generales son norma cuyo contenido figura en el Artículo 37 RCE, y “que serán de aplicación en principio a todos los contratos de un objeto análogo, además de las establecidas en la legislación de Contratación del Estado” (Artículo 11 de la LCAP). El contrato no es válido si no se perfecciona de acuerdo con esas cláusulas –como si lo hace sin cumplir los demás preceptos de la LCAP.

Las cláusulas administrativas particulares (Art. 50 LCAP) incluyen “los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato” (Art. 50,1). La funcionalidad de esas cláusulas es que “los contratos se ajustarán” a las mismas, que “se consideran parte integrante de los respectivos contratos”.

Las condiciones generales en la contratación privada –predispuestas también por el contratante– se incorporan por imposición de una de las partes y pasan a formar parte del contrato cuando se acepte su incorporación al mismo por el adherente.

Existe una finalidad común, por razones de la contratación estandarizada; pero la operatividad de las cláusulas de los pliegos, –incluso de las particulares–, en los contratos administrativos, no se reduce a su incorporación al contrato; son norma objetiva que forma parte del procedimiento preparatorio del convenio, con lo que ello significa, aunque también “se consideran” parte integrante del contrato; dicho en otros términos, lo previamente determinado normativamente “se contractualiza”, sin discusión por parte del contratista, que ha de aceptarlo. *El contrato viene a ser paradigmáticamente ejecución de una norma.*

Y es que por más que exista convergencia siguen permaneciendo *duae positiones*, pública y privada, presididas por los principios de legalidad y servicio eficaz a los intereses generales y por el dominio de la voluntad.

2. Derecho comunitario y convergencia de derechos nacionales sobre contratación administrativa

¿Hasta qué punto existe esa convergencia o en qué medida subsisten diferencias? Para contestar, puede utilizarse un nuevo test: la influencia del Derecho comunitario –un auténtico *meeting point* o *carrefour*– en los diferentes ordenamientos que forman parte de la Unión Europea y cuyos puntos de partida en materia de contratos de la Administración son diferentes, como se expuso anteriormente.

A) Empecemos por el *Derecho español*, como primer punto de referencia. El Artículo 5º de la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCA) distingue, como en la anterior Ley de Contratos del Estado de 1965 (LCE), entre contratos administrativos tipificados –nominados– (apartado 2,a), especiales –innominados– (apartado 2,b) y contratos privados (apartado 3).

A los efectos que aquí interesa conviene subrayar que en el primer apartado se ha producido una ampliación respecto de la derogada LCE de 1965. Junto a los tradicionales contratos de ejecución de obras, gestión de servicios públicos y suministros, aparecen ahora los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.

En ese sentido puede sostenerse que existe una evolución, presidida por la experiencia, según la cual contratos innominados o especiales, al adquirir una cierta madurez, pasan a ser tipificados específicamente. Un ejemplo sería la consideración actual de contrato de suministro de los antiguos contratos especiales de adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas informáticos (Art. 173,b de la LCA), como en su día propugnó la Junta Consultiva de Contratación (informe nº 45/1972).

Por ello, se ha sostenido razonablemente que la calificación es prevalente a la tipificación y, para lo que aquí más importa, que los contratos especiales constituyen la zona por la que se amplía el ámbito de los contratos administrativos, como ha reconocido la propia jurisprudencia (S.TS. 27 mayo 1981).

La prevalencia de la calificación sobre la tipificación es particularmente constatable en el caso de los contratos administrativos especiales. El Artículo 5,2,b de la LCA a diferencia de lo que disponía la derogada LCE (Art. 4,2ª) y el RCE (Art. 7,1,a) sitúa la determinación por ley al final del mismo. Las notas prioritarias son “por resultar vinculados al giro o tráfico *específico* de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la *específica* competencia de aquélla”.

De un lado estos contratos se distinguen fácilmente de los nominados del apartado anterior. La definición legal encuentra su mayor utilidad para distinguirlos de los contratos privados de la Administración. Esa es su primordial funcionalidad. Y ello se corrobora con las precisiones de que se trata de competencia *específica* o de satisfacer de forma *directa o inmediata* la finalidad pública, y con lo que dispone el artículo 13 sobre el objeto de los contratos que “deberá ser determinado y su *necesidad* se justificará en el expediente de contratación”. De otro modo podría reconocerse una interpretación expansiva a favor del contrato administrativo que el legislador, en este caso, parece querer impedir, variando lo que ha sido una interpretación tradicional.

El régimen jurídico de los mismos es la legislación de contratos de la Administración, supletoriamente las restantes normas del Derecho administrativo y en su defecto las normas de Derecho privado.

De acuerdo con el carácter decisivo de la calificación, en los contratos especiales no declarados como tales por la ley tiene una funcionalidad relevante el pliego de cláusulas

administrativas particulares, como se desprende del Artículo 7,1 in fine (“se regirán por sus propias normas con carácter preferente”) de lo que es concreción el Artículo 8 relativo al citado pliego, y que incluye las tradiciones prerrogativas de la Administración para la interpretación, modificación y resolución de los contratos.

Pues bien, esta configuración jurídica –ya tradicional en España– de los contratos administrativos no ha tenido dificultades para adaptarse al Derecho comunitario, del que forman parte ordenamientos como el alemán, el italiano y el británico.

Las principales dificultades no han venido de las potestades –prerrogativas (Art. 60) de la Administración– en función del interés público en relación con la ejecución, modificación y extinción de los contratos dotados de ejecutividad, sino de los actos integrantes del procedimiento de preparación del contrato.

Así, a título de ejemplo, la S.TS.C.E. de 17 de noviembre de 1993 consideró que determinados preceptos de la hoy derogada Ley de Contratos del Estado (LCE) y del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL) eran contrarios al Derecho comunitario: procedimientos de adjudicación directa de contratos de obra pública, o de suministro; exigencia de determinados requisitos de contratistas en perjuicio de los no españoles; no aplicación de los procedimientos de preparación y adjudicación –publicidad y concurrencia– a determinados contratos (monopolio de tabacos, p. ej.).

Lo que sería más característico de los contratos administrativos –nominados o no nominados– no ha sido objeto de tacha por el Derecho comunitario.

B) *Derecho alemán*. En el Derecho alemán, como se expuso al principio, su preferencia por el acto administrativo es paladina. La contratación administrativa en Alemania (en el sentido que esta expresión tiene en el Derecho español) seguía, después de la VwVfG de 1976 sometida al Derecho civil y a las *Verdingungsordnungen für Leistungen* (u órdenes de adjudicación para obras y suministros) que extraen su fuerza vinculante no de un carácter normativo, del que carecen, sino del acuerdo de las partes contratantes de someterse a ellas.

Evidentemente, esta situación no era sostenible una vez que las Directivas comunitarias imponen una cierta unificación de los regímenes de contratación pública existentes en los Estados miembros alrededor de un modelo que, en líneas generales, responde al de los *marchés publics* franceses y al contrato administrativo español. Es decir, un modelo construido a partir de la regulación jurídico-pública de, al menos, la preparación y la adjudicación de los contratos públicos.

Y el punto de inflexión vino constituido por la S.TJCE de 11 de agosto de 1995 (Rec. I-2311), en la que, a instancias de la Comisión, el alto tribunal europeo declaró la incompatibilidad del Derecho alemán con las Directivas reguladoras de la adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros.

Para el Tribunal la reforma de las *Verdingungsordnungen* reguladoras de las obras y los suministros –recordemos, regulación sin fuerza normativa propia y a las que el propio Tribunal califica como meras normas internas no vinculantes e inhábiles para conferir derechos subjetivos a los particulares– no pueden satisfacer las exigencias de una adecuada transposición porque tratándose, según ya se ha apuntado, de meras normas internas, la protección que ofrecen a los particulares no puede ser efectiva “si el licitador no se halla en condiciones de invocar tales normas frente al adjudicador y, llegado el caso, de alegar su infracción ante los órganos jurisdiccionales nacionales” (punto 11).

O sea, que manteniendo su condición de contratos privados, los contratos celebrados por las Administraciones públicas alemanas están sometidos a una regulación jurídico-

pública en materia de publicidad, procedimientos y formas de adjudicación y recursos administrativos y jurisdiccionales contra la actuación de los entes adjudicadores.

En el momento actual puede afirmarse que, en gran medida, la contratación pública europea ha sido construida a partir de los *contrats administratifs* franceses y de cuya orientación participa el ordenamiento español. Es decir, supone la publicación de fases tan importantes de la contratación como la preparación y la adjudicación del contrato, el reconocimiento de derechos públicos subjetivos a favor de los concurrentes, el establecimiento de recursos administrativos y jurisdiccionales para la resolución de controversias relativas a la adjudicación, la unificación –incompleta aun por lo que afecta al Derecho español– del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratación pública, etc.

Por cierto, una de las cuestiones más problemáticas en el Derecho alemán se refiere al reconocimiento de derechos subjetivos a favor de los concurrentes (terceros). El Tribunal Federal rechazó la aplicación a los contratos públicos de los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales. Esto significa, por ejemplo, que el derecho fundamental a la igualdad de trato del Art. 3º de la Ley Fundamental no rige en la adjudicación de contratos públicos.

Esta unificación a escala europea del Derecho regulador de la contratación pública extiende también el régimen jurídico-público de contratación a ciertas entidades perfectamente jurídico privadas (empresas públicas y titulares de “derechos especiales y exclusivos”, de acuerdo con la Dir. 93/38/CEE, relativa a los denominados sectores “excluidos” o “especiales” del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones) no sólo desde un punto de vista material, sino también procesalmente, aún cuando para estos contratos la Dir. 92/13/CEE (reguladora de los recursos en estos “sectores excluidos”) abra con generosidad otras vías extrajudiciales de resolución de conflictos (certificación, conciliación, etc.). La Ley española de 30 de diciembre de 1998, que incorpora esta Directiva al Derecho español, *administrativiza estos contratos* al establecer una vía administrativa previa ante el órgano administrativo concedente del “derecho especial o exclusivo” o al que se adscriba la empresa pública, cuya resolución puede ser impugnada en vía contencioso-administrativa.

Dentro de este mismo movimiento de “publicación” de determinados contratos privados, deben situarse los contratos privados subvencionados (Art. 2 LCAP) y los celebrados por los concesionarios de obras públicas con contratistas de obras y suministradores, unos y otros sujetos parcialmente a las disposiciones de la LCAP.

De otra parte se advierte también en la actuación contractual de las Administraciones Públicas en sentido estricto una aproximación al régimen aplicable a las empresas privadas no sólo porque el concepto de concurrencia que inspira a las Directivas sea de raíz puramente económica (se trata de desterrar de la actuación contractual administrativa consideraciones sociales o ambientales, para la adjudicación de los concursos, Art. 87 LCAP), con lo que este concepto, tradicional de la contratación pública en cuanto que manifestación concreta del principio de igualdad, se aproxima progresivamente al de competencia propio del Derecho mercantil.

En cualquier caso, puede válidamente concluirse que la regulación comunitaria en la fase precontractual se ha montado sobre el modelo francés aunque, curiosamente, su impacto vaya a ser aun más profundo en el país de origen de la figura que en otros que, como España, la recibieron más tardíamente.

IV. Acto y contrato en la contratación administrativa: Reconstrucción dogmática

El carácter marcadamente pragmático del Derecho comunitario, necesitado de buscar y encontrar soluciones armonizadoras a partir de ordenamientos jurídicos formados por historias diferentes y, en ocasiones divergentes, constituye una prudente apelación a evitar posicionamientos radicales.

Existe una alta dosis de instrumentalidad en la configuración y uso del contrato administrativo, como se ha expuesto. Una misma situación se resuelve en el tiempo a través de la figura del contrato, de una actividad de prestación pura y simplemente, o de una actividad condicionada o sub modo con aceptación del interesado.

Ciertamente los contratos administrativos nacen por razones de oportunidad política, no por exigencias dogmáticas, en uso paladino de la instrumentalidad en la que lo procesal ha tenido una influencia innegable. Pero ese origen no impide que se hayan construido regímenes jurídicos sustantivos.

De la evolución de los ordenamientos jurídicos puede desprenderse –y la experiencia comunitaria lo confirma– la importancia que tiene la fase de preparación de los contratos de la Administración que se corresponde, lógicamente, con el *ámbito de los actos administrativos*. Esta es una peculiaridad innegable de todos los contratos de la Administración: vigencia de principios de publicidad y concurrencia, como regla general y, en todo caso, de igualdad y no discriminación (Art. 11,1). Difícilmente puede sostenerse que esos principios dominen la contratación privada. La preparación del contrato de la Administración tiene una relevancia mucho mayor que la de servir a la interpretación del contrato –de las voluntades en los contratos civiles.

En determinados supuestos, por razón del interés general –los denominados en el Derecho español contratos administrativos– la elección o selección del contratista se hace además atendiendo a requisitos previamente determinados normativamente, como los que se refieren a la capacidad y sus secuelas de solvencia económica, financiera, técnica o profesional sustituible por la correspondiente clasificación (Art. 15 y ss.; 25 y ss) o a las garantías (36 y ss.).

Todos los actos en aplicación de ejecución de esas normas suponen la existencia de las garantías que para el particular ofrecen los actos administrativos.

Y me atrevería a decir que, en la medida en que se apliquen mejor los preceptos del grupo normativo de los contratos administrativos, será menos necesario acudir al ejercicio de las todavía denominadas prerrogativas de la Administración sobre el contenido del contrato (Art. 60). Las modificaciones son en ocasiones espurias –y no denunciabiles por el contratista beneficiado– porque el proyecto, o el replanteo, por ejemplo, en el caso de obras, no ha estado bien realizado, porque no se ha tramitado bien el expediente administrativo obligado; en definitiva, porque no se ha determinado bien el objeto del contrato.

Pero, en todo caso, eso que se sigue denominando prerrogativas –y que realmente son potestades, mensurables y controlables en razón de supuestos de hecho, oportunidad, razonabilidad y el fin (106 C.E.)– están predeterminadas en la norma, no surgen de una libertad de pacto de la Administración.

Desde el punto de vista dogmático, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, y sin aludir ahora a los supuestos en que la actuación de la Administración adopta una *facies* o una *vestes* convencional (son los actos necesitados de aceptación por el particular o interesado, como sucede en “acciones concertadas” y, en alguna medida, en las subven-

ciones modales) en la estructura interna de lo que se denomina contrato administrativo cabe realizar una fisión y detectar en su contenido la posible coexistencia de actos, que son el resultado del ejercicio de las citadas potestades (prerrogativas).

Dentro de lo que unitariamente podría considerarse contrato cabe una parte de imposición unilateral y una parte de auténtico contrato.

Por eso puede darse en los contratos de la Administración, al mismo tiempo, una intangibilidad y una mutabilidad. Es intangible aquella parte del contrato que en realidad ha sido pactada, es decir, aquel supuesto de hecho en cuya determinación ha jugado un papel esencial de validez la voluntad del particular. Por eso es intangible el objeto del contrato, el precio y el plazo.

Antitéticamente, por la misma razón, es posible introducir modificaciones en el proyecto predeterminado por la Administración y simplemente aceptado por el particular; pero estas modificaciones en cuanto tienen repercusión en el plazo de ejecución o en el propio objeto del contrato o en el precio, deben mantener el equilibrio que corresponda al equilibrio que presidió lo pactado. De ahí también la aplicación del “*factum principis*” en los casos en que proceda.

En definitiva, cabe que haya una parte pactada, intangible –*lex contractus*– y una parte simplemente aceptada que es mudable, impuesta unilateralmente y ejecutivamente. La voluntad del particular queda fuera del contenido del acto; simplemente permite que la norma se aplique a un caso singular; es una mera condición de eficacia para el contenido del contrato.

Por el contrario, en el primer caso, la voluntad del particular forma parte del supuesto de hecho en que se va a concretar la norma; constituye junto con la voluntad de la Administración el núcleo mismo, indivisible, del ente jurídico que llamamos contrato.

Esta explicación dogmática puede encontrar fundamento en el Derecho positivo español, a la luz del Artículo 4º de la LCAP: “la Administración podrá concertar los *contratos, pactos y condiciones* que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y debería cumplirlos a tenor de los mismos –*lex contractus*– pero “*sin perjuicio de las prerrogativas establecidas en la legislación básica de aquélla*” (.....).

V. Reflexión conclusiva

A lo largo de esta exposición –y pido disculpas por la fatiga que haya producido– creo que ha quedado expuesto en lo esencial mi opinión acerca de los contratos de la Administración Pública.

Si en el pasado –y todavía hoy– la aproximación a ellos se hace desde el Derecho civil, creo que, sin pruritos profesionales, se está ante un desenfoque metodológico que afectaría a todas las instituciones del Derecho administrativo.

Hablar de peculiaridades puede ser un arrastre de ese mismo enfoque tradicional: existen regímenes jurídicos adecuados a lo que deben regular. En ellos tiene una importancia secundaria la sede jurisdiccional en que se ventilen los conflictos. La actual LICA 29/1998 de 13 de julio ha despejado los equívocos de la anterior Ley de 1956:

“2. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”.

¿Es correcto seguir explicando el contrato administrativo como el resultado de una contraposición dialéctica con el contrato civil, cuando en esta rama del Derecho se ha producido la ruptura de la uniformidad contractual?, ¿cuándo no existe un contrato civil, sino varios contratos civiles? ¿A quien se opone el contrato administrativo?

Es preciso repensar los contratos de la Administración Pública a la luz de los postulados y exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, donde los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central y vinculan a todos los poderes públicos.

Desde esa perspectiva, el tradicional principio de desconfianza –Alzola hablaba de que la Administración española estaba basada en el principio de la más absoluta desconfianza– debe ser modificado por el “principio de confianza legítima en la Administración”, hoy ya precepto de Derecho positivo, y amparar una legitimación amplia a favor de terceros concursantes y no contratistas.

Desde la misma perspectiva el control de la potestad se ha afinado más y no tiene sentido seguir hablando de privilegios y prerrogativas. No es la posición de la Administración lo que produce modulaciones –siempre desde el Derecho civil– sino el *interés público*, en función del cual –y sólo desde él– se justifican potestades y competencias.

También desde esa perspectiva, acorde con el carácter de realización del Derecho administrativo, la eficacia en servir los intereses generales debe explicar que se ponga especial énfasis en una concepción económica de la concurrencia típica del Derecho comunitario más que en la mera igualdad jurídico-formal, como ha sido tradicional, que ha proporcionado insatisfacciones y corrupción.

No es comparando las instituciones jurídico-administrativas con las civiles como se encontrarán, en mi opinión, razonables soluciones a los problemas con que aquellas se enfrentan, sino con los preceptos y principios constitucionales en lo que encuentran su razón de ser y su vigor.

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA ACTUALIDAD

JUAN CARLOS CASSAGNE*

I. LAS TENDENCIAS DE LAS ÚLTIMAS DÉCADAS EN TORNO A LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

A la vista de la polémica generada en torno a la teoría del contrato administrativo, algunos podrán pensar, quizás, que sucede con ella algo así como lo que pasa al contemplar la sonrisa de “La Gioconda”, que admite distintas interpretaciones.

Sin embargo, si la categoría del contrato administrativo producto de dicha teoría se ha abierto paso y afirmado en gran parte de la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro derecho administrativo, la conclusión a la que hay que arribar es la opuesta, no obstante el proceso dialéctico que, con diferentes matices y grados de intensidad, suele afectar a todas las instituciones del derecho.

La afección a las modas de turno, influidas muchas veces por premisas ideológicas, condujo a un sector de la doctrina, en el siglo pasado, a postular la desaparición del contrato administrativo como categoría autónoma y diferente del contrato civil o comercial. Básicamente, esta figura tenía su base en una construcción teórica que, apoyada en la causa de fin público relevante, se integraba por reglas, principios y potestades propias del derecho administrativo, cuyo bloque configura el denominado régimen exorbitante del derecho privado, régimen típico o régimen administrativo del contrato.

* Es Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la cual actualmente es su secretario, de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Profesor titular consulto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires y profesor titular de dicha materia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico de esta última facultad. Profesor visitante de las Universidades de París X, San Pablo Ceu y Autónoma de Madrid, Pau y Salamanca.

Se argumentaba, entre otras cosas, que era una figura de contornos imprecisos que impedía establecer criterio esencial alguno que permitiera definirla con certeza, como si las categorías jurídicas participaran de la misma condición que las físicas o las matemáticas. Al tiempo que se creía que el régimen del contrato privado representaba la mayor garantía para la estabilidad de los contratos administrativos también se negaba su sustantividad sobre la base de que ésta no difería, básicamente, de la categoría del contrato civil y que lo único que era típico de esta figura consistía en una modulación especial que configuraba el reconocimiento de un conjunto de prerrogativas de poder público durante la ejecución del contrato.

De otro lado, se sostenía que la presencia del Estado en la contratación pública tenía la fuerza suficiente para transformar esa participación en sustancial (lo cual sería un verdadero milagro) y convertir el respectivo acuerdo de voluntades en un contrato administrativo puesto que la posición que asumía como sujeto en la relación jurídica contractual revelaba la existencia del interés público o del fin público que tenía, por decirlo de algún modo, toda la figura de una coloración administrativa. En nuestra doctrina, hubo un sector que consideró que esta postura reflejaba una tesis sustantiva del contrato administrativo, propiciando un régimen unitario para todos los contratos celebrados en el llamado sector público de la economía.

En un sentido distinto –no necesariamente opuesto a las tendencias señaladas– aparecieron corrientes relativistas que, apoyadas en la flexibilidad del régimen jurídico contractual y en el grado diferente de intervención del interés público en el régimen del contrato, sostuvieron tesis restrictivas sobre el contrato administrativo, al cual consideran algo así como una cosa en movimiento que sólo alcanza a configurarse cuando se está frente a un *crescendo* de prerrogativas de poder público, sin llegar a definir cuándo esto acontece. En esta tesitura, se propugna la defensa irrestricta del usuario en el campo de las concesiones de servicios públicos, debilitándose las garantías del concesionario, que queda a merced del poder unilateral y discrecional del Estado. No puede menos que causar asombro que en el punto extremo de esta tesis se intente retornar a la doctrina y jurisprudencia francesa de la época de Jèze, e incluso, anterior.

A su vez, coexiste con las anteriores, una corriente también restrictiva que rechaza la teoría del contrato administrativo, a la que atribuye peligrosidad para la seguridad jurídica, circunstancia que no ha sido demostrada como lo hemos venido sosteniendo en la conocida polémica que mantuvimos con Mairal¹.

En el medio de ese fárrago de posturas doctrinarias, cuya mención sintética resulta necesaria para captar el cuadro de la situación actual, la tesis que afirma la figura del contrato administrativo como una categoría autónoma y sustantiva, dotada de una teoría propia que la nutre de principios jurídicos comunes, se ha mantenido en sus grandes

¹ Véase: “La delimitación de la categoría del contrato administrativo. Réplica a un ensayo crítico”, *El Derecho* 181-942. “Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo”, *El Derecho* 180-773.

líneas tanto en la doctrina (aún con matices diferentes) como en la legislación y en la jurisprudencia argentina y comparada (Iberoamérica, Francia y España).

No han faltado tampoco quienes propugnen sustituir la nomenclatura tradicional por la de *contratos públicos*. Pero esta es una categoría jurídica de mayor amplitud conceptual que, en realidad, comprende al contrato administrativo, aun cuando no absorbe la figura ya que no existen reglas comunes en la contratación, excepto en lo concerniente al régimen de selección (zona común de la contratación administrativa).

No se ha querido ver, algunas veces, que se trata de una categoría que transita en un medio dinámico que evoluciona al compás de los cambios tecnológicos y las exigencias de la economía social de mercado, sin alterar el núcleo que funda su sustancia que no es otro que la causa de interés público relevante o los fines públicos que persigue la función administrativa².

En línea con los principios de la economía social de mercado se ha advertido acerca de la ausencia, en los estudios jurídicos, del análisis económico sobre las decisiones que adopta la Administración en el campo contractual.

Surge así una nueva tendencia que pone la mira, antes que en las cuestiones dogmáticas, en los efectos económicos de las decisiones administrativas y los criterios para seleccionar el contratista, en la medida en que repercuten sobre el incremento de los precios o la reducción de la competencia³.

A su vez una figura contractual, regida por el derecho público, a la que la doctrina española viene prestándole últimamente una especial atención⁴ es la de los llamados *contratos públicos* del derecho alemán⁵. El objeto de estos contratos es, sustan-

² Un criterio similar al expuesto se desprende de la jurisprudencia aplicable a los contratos públicos en Italia. En tal sentido, se ha dicho: "El problema no es conseguir una pretendida equiparación de la parte contratante pública a la privada, sino más bien superar los planteamientos tradicionales, que han favorecido el crecimiento de los privilegios ligados a la tutela del sujeto público, por unas nuevas que privilegien la tutela de la función administrativa. En este sentido, no puede discutirse que la Administración se encuentre sometida al régimen privado allí donde se cuestione su figura de contratante; al mismo tiempo, sin embargo, como la jurisprudencia parece sugerir, se justifica la subsistencia de instituciones especiales allí donde el instrumento contractual no sea completamente idóneo para conseguir el fin público. Resulta, sin embargo, evidente que el terreno sobre el que llevar a cabo un equilibrio entre las dos exigencias contrapuestas de autonomía y función continúa todavía en gran medida por explorar." (Cfr. Benedetti, Auretta - Rossi, Giampaolo, "La actividad contractual de la Administración pública en Italia", *Documentación Administrativa*, N° 248/249, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, p. 422).

³ Rivero Ortega, Ricardo "¿Es necesaria una revisión de los contratos administrativos en España?" En *Revista Española de Derecho Administrativo - REDA*, N° 121, p. 43, Madrid 2004.

⁴ Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Civitas, 1998, p. 23 y sigs.

⁵ Krebs, Walter, "Contratos y convenios entre la Administración y los particulares", trad. por Julio Nieto König, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nros. 235/236, Madrid, Civitas, 1993, p. 55 y sigs.

cialmente, la regulación, por vía bilateral, de actos y potestades administrativas que, aún cuando podrían serle impuestas unilateralmente al particular por la Administración, se considera conveniente para ambas partes, muchas veces por economía procedimental o eficiencia administrativa y privada, establecerlas en un marco contractual. Este tipo de contrato puede determinar no sólo el alcance del ejercicio de las prerrogativas estatales (sobre todo cuando éste opera en la zona de la discrecionalidad) sino también, aunque no sea imprescindible la presencia de la relación sinalagmática del contenido del acto administrativo, con las prestaciones del contrato⁶, una serie de cargas y obligaciones para el contratista (v. gr., construcción de un puente en un proyecto de urbanización) —que de otro modo estarían a cargo del Estado— como el otorgamiento de ventajas fiscales o promocionales.

En Argentina, un antecedente acerca de esta clase de contratos, aun cuando no fueron objeto de sistematización ni tratamiento doctrinario o jurisprudencial como una figura distinta al contrato administrativo clásico, se encuentra en los contratos de promoción industrial de la Ley N° 20.560.

La problemática que plantea la celebración de esta clase de contratos se vincula fundamentalmente a la protección de los terceros interesados en obtener un contrato similar (principio de igualdad) y en la participación de los ciudadanos eventualmente afectados. Pero, en todo caso, una vez producida su incorporación al plano jurídico real de nuestro derecho resulta evidente que —como se ha sostenido— “la celebración de un convenio no permite a la Administración liberarse de ninguno de los límites a que está sometida cuando actúa unilateralmente” aplicándoseles, en forma supletoria, los principios que regulan los contratos administrativos⁷.

II. LA TENSIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS *LEX INTER PARTES* Y *PACTA SUNT SERVANDA* Y LA SOBERANÍA DEL LEGISLATIVO SOBRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LA PROYECCIÓN EN EL CONTRATO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

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

La Revolución vino a romper esa situación de estabilidad de los contratos como consecuencia del dogma de la soberanía del Poder Legislativo sobre las relaciones convencionales, lo que implicó no sólo una modificación en el esquema de Poderes,

⁶ Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos...*, op. cit., p. 252 y sigs.

⁷ Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos...*, op. cit., pp. 437/438.

sino que también colocó a la ley por encima del contrato, haciendo posible la continua alteración de la fuerza obligatoria contractual. La primacía de la ley sobre el contrato (propugnada en su momento por Bentham) constituía un postulado originado en la concepción russoniana de la ley como producto de la voluntad general, a la que se consideraba la fuente de la soberanía del pueblo, que como tal, se suponía infalible.

Si bien no es este el lugar para hacer el análisis de las complejas relaciones que existen entre la estabilidad y la revolución, así como de sus efectos, en el plano contractual, resulta evidente que el Código Napoleón, al encapsular la soberanía legislativa en un Código Civil –orgánico, sistemático y destinado a perdurar en el tiempo– trató de crear un nuevo escenario de estabilidad contractual y, por ende, de seguridad jurídica. De ese modo, quedaron sentadas las bases para generalizar el desarrollo del capitalismo en el siglo XIX, al menos en Europa continental, puesto que tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, los pactos gozaron, en principio, de una gran estabilidad. Pero el Artículo 1197 de nuestro Código Civil contiene algo más que la regla del *pacta sunt servanda* ya que al presentir que “[...] convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” (en forma similar al Artículo 1134 del Código Civil francés) consagra el principio de la *lex inter partes* que impide su alteración por las leyes generales posteriores⁸.

Sin embargo, nuevas situaciones económicas y sociales llevaron al legislador a dictar leyes que afectaron los contratos aun con obligaciones en curso de ejecución, ya fuera en forma retroactiva o sólo para el futuro. A su vez, el auge que asumió el desarrollo de la potestad reglamentaria, sobre el contratista público durante el siglo XX, planteó la necesidad de establecer unos límites razonables a su ejercicio y una compensación por los sacrificios especiales que tienen que soportar los cocontratantes privados.

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 del poder público. Así, después de imponerse la teoría del “hecho del príncipe”,⁹ se produjo el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y, finalmente, empiezan a vislumbrarse los problemas que plantea la incidencia de la potestad reglamentaria respecto de los contratos

⁸ Como la Revolución Francesa provocó la ruptura de los lazos interindividuales de la sociedad, fue necesario que el Código Civil restableciera la fidelidad de los contratos, además de otras instituciones fundamentales. Tal fue el sentido que tuvo la regla establecida en el Artículo 1134 del Código Civil francés (similar a nuestro Artículo 1197) que lejos de consagrar el principio de la autonomía de la voluntad, estableció positivamente el antiguo *pacta sunt servanda*, asignándole la jerarquía de ley especial entre las partes signatarias del acuerdo; ampliar en Martin, Xavier, “Fundamentos políticos del Código Napoleón”, en AA VV, *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, T. I. Buenos Aires, Educa, 2003, p. 157 y sigs.

⁹ Esta teoría vino a compensar el ejercicio del *ius variandi*; véase por todos: García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T I, 10ª edición, Buenos Aires, Civitas, 2000, p. 733 y sigs.

administrativos, hecho señalado por la doctrina clásica sobre la concesión de los servicios públicos (que la dividió en una faz reglamentaria y otra contractual)¹⁰ pero no suficientemente estudiado en la evolución posterior de la teoría del contrato administrativo.

Lo cierto es que el ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra siempre subordinado a la Constitución y a la ley que le marcan sus límites.

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, etcétera, 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 al ordenamiento en el futuro.

III. RELATIVIDAD DE LOS TÉRMINOS CONVENCIONALES Y DIFERENTES CATEGORÍAS JURÍDICAS DE CONTRATOS PÚBLICOS

El campo de la contratación pública presenta tal serie de matices que se torna prácticamente imposible elaborar una teoría unitaria que abarque con principios comunes todo el universo contractual regido por el derecho público, tanto en el ámbito interno del Estado (del cual se ocupa el derecho administrativo en forma prevaleciente) como en el plano internacional (en el que confluyen diversos derechos y ordenamientos externos cuya aplicación generalizada dependerá del grado de imperio y jurisdicción de la comunidad o entidad internacional sobre el respectivo contrato).

El fenómeno de la contratación pública fue descrito, en la etapa de mayor auge de la tesis *ius administrativa* del contrato, como un sistema radicalmente opuesto al de la contratación privada, sin reparar muchas veces en la circunstancia de que lo público y lo privado son categorías históricas que van formando conceptos jurídicos relativos, los cuales no siempre pueden encapsularse en formulaciones rígidas ni unitarias.

En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa.

Sin embargo, ello no supone desconocer la ambivalencia a que se presta el hecho de que el Estado (que es siempre una persona de derecho público) celebra también contratos regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, ni tampoco que

¹⁰ Para Marienhoff, uno de los pocos juristas que abordó este tema, la faz reglamentaria integra la parte exorbitante del contrato; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, 2° ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, p. 595 y sigs.

determinados contratos celebrados por particulares pasen a regirse por el derecho administrativo, en forma entremezclada con el derecho civil o comercial.

Por lo demás, el contrato público que aparece, en punto a la competencia y al procedimiento de contratación, regido por el derecho administrativo, recibe también la injerencia del derecho internacional público o privado, a través de ordenamientos supranacionales como son los tratados internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, poseen —como mínimo— una jerarquía superior a las leyes (Art. 75 inc. 22 CN) formando parte, en algunos casos determinados, de la Constitución misma, aunque sin alterar su estructura dogmática.

De ese modo, el panorama que ofrece la contratación pública resulta tan complejo como variado, lo que hace difícil concebir un régimen jurídico unitario que agrupe y contenga todas las formas contractuales a las que acude el Estado para alcanzar sus fines.

Ello no quita que la categoría principal en el campo de la contratación pública, regida por el derecho interno, siga siendo la figura del contrato administrativo, sin dejar de reconocer otras especies contractuales, a las que se aplican preponderantemente el derecho internacional y, en menor medida, el derecho administrativo (con la posibilidad de aplicación analógica del derecho privado). Esto acontece con los contratos excluidos del régimen general aplicable a la contratación administrativa, como son “[...] los contratos celebrados con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien, total o parcialmente, con recursos provenientes de esos organismos”, así como “los comprendidos en operaciones de crédito público”¹¹.

Esa variedad de formas y regímenes se advierte, asimismo, en el ámbito interno, respecto de los contratos que celebran la Administración y los demás órganos del Estado, en ejercicio de la función materialmente administrativa (nos referimos aquí al Poder Judicial y al Congreso) los cuales pueden vincularse contractualmente a través de otras figuras como: a) contratos parcialmente regidos por el derecho privado, con o sin cláusulas exorbitantes expresas, cuyo grado de aplicación del derecho administrativo depende del tipo y régimen jurídico de cada contrato (v. gr. el régimen jurídico de los contratos que realiza el Banco Nación, regidos por el derecho mercantil no es igual al que rige los contratos de objeto privado de la Administración pública nacional); y b) contratos interadministrativos, con caracteres diferenciales en punto al ejercicio de las prerrogativas de poder público, si bien hoy día la tendencia mundial apunta a despojar cada vez más a esta categoría de alguno de sus rasgos diferenciales que antes tipificaban el régimen de selección (v. gr. libertad de elección sin sometimiento al principio de concurrencia).

En efecto, tanto en Argentina como en Estados Unidos y Europa, en este último ámbito a través de la influencia que el derecho comunitario ha irradiado en los dere-

¹¹ Cfr. Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por Decreto N° 1.023 de 2001, Artículo 5° incisos c) y d), en adelante RCAN.

chos nacionales de los países miembro de la Unión Europea, se observa una tendencia creciente hacia la *iuspublicación* de los sistemas de contratación estatales,¹² contrariamente a lo sostenido por Mairal¹³ –que se proyecta incluso hacia los antiguos esquemas contractuales regidos por el derecho privado.¹⁴

Esa *iuspublicación* se revela en las reglas que rigen el proceso de selección que excluyen, en principio, la libertad para elegir al contratante y el reconocimiento de prerrogativas públicas que acompaña la ejecución del contrato, su extinción y los efectos que ella produce. Este proceso se ha llevado a cabo hasta en los países que no utilizaban la figura del contrato administrativo en sus sistemas jurídicos.¹⁵

IV. TRASCENDENCIA DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Entre las instituciones del derecho administrativo que han alcanzado mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial la figura del contrato administrativo ocupa un lugar tan destacado que suele eclipsar otras categorías que no han tenido una evolución comparable.

Quizá, como fenómeno que responde a causas similares, la única institución que adquirió una dimensión jurídica semejante fue la decisión ejecutoria del derecho francés; sin embargo, no obstante la proliferación de concepciones que postulan una vinculación de género a especie entre el contrato y el acto administrativo (y así debiera ser dentro de un sistema con cierta coherencia lógica), el desarrollo de ambas figuras transitó por carriles diferentes y aun cuando la tendencia actual parece orientarse hacia una mayor vinculación entre ambas figuras (v. gr. la integración de los actos y reglamentos de ejecución contractuales con las cláusulas del contrato) no se pueden extraer conclusiones definitivas en este punto acerca del rumbo futuro de la teoría del contrato administrativo.

Las causas de la trascendencia que ha cobrado la categoría jurídica del contrato administrativo son conocidas y van desde el crecimiento de las necesidades colectivas y la aparición de nuevas tecnologías, hasta la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración pública, quienes asumen cargas y obligaciones que no encajan en el molde del derecho privado, que tampoco resulta compatible para regular el conjunto específico de derechos y garantías que vienen a compensar, de algún modo, las prerrogativas públicas del Estado.

¹² Cfr. González-Varas Ibáñez, Santiago, *El Contrato Administrativo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 257 y sigs., especialmente pp. 266-269. Este autor cita numerosos trabajos doctrinarios (nota 294) escritos por juristas europeos de diferentes países –incluso del Reino Unido– que advierten sobre la transformación que se ha venido operando en los sistemas contractuales.

¹³ Mairal, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, cit., *El Derecho*, 179-655 y “El aporte de la crítica a la evolución del Derecho administrativo”, cit., *El Derecho*, 180-849.

¹⁴ Véase Entrena Cuesta, Rafael, *La nueva contratación pública*, Madrid, INAP, 2002, pp. 30-31.

¹⁵ Cfr. González-Varas Ibáñez, Santiago, *op. cit.*, p. 266 y nota 294.

La concepción finalista del contrato administrativo, no obstante la estabilidad de sus principios fundamentales, participa de la dinámica que es propia del derecho administrativo tornándolo en algunos temas mutable, con una textura abierta a las necesidades sociales y económicas. En ese marco, las instituciones y técnicas de la contratación administrativa acompañan siempre la evolución que se opera en los fines del Estado, cuyo bien común se conforma y desarrolla según el destino histórico de cada comunidad, variando de Estado a Estado¹⁶. Así, muchos de los instrumentos y doctrinas al uso caen pronto en *desuetud* por las transformaciones que provocan los cambios tecnológicos, que conducen al dictado de nuevas normas o a la renovación de las vigentes, a fin de adaptarlas, al propio tiempo que los criterios interpretativos, a la realidad en la cual operan.

El problema central que sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil –que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma esporádica– y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público.

A su vez, en forma correlativa, también se advierte, con menos énfasis que en el pasado, que la clásica discusión habida en la doctrina sobre la existencia de los llamados contratos privados de la Administración se ha trasladado al régimen jurídico, siendo difícil vaticinar cuál será la evolución del derecho comparado en este punto, salvo en Francia, donde –por razones tanto históricas como de unidad doctrinaria y jurisprudencial– continúa prevaleciendo el clásico esquema bipartito.

Las actuales tendencias que exhibe la evolución de la concepción del contrato en el derecho administrativo van desde una mayor flexibilidad para favorecer el ejercicio de la *potestas variandi*, en armonía con los principios generales que preservan la ecuación económico-financiera, hasta el reconocimiento de una “zona común” para regir todos los procedimientos de la contratación administrativa junto a la tesis que admite contratos administrativos por extensión. En todas estas concepciones campean nuevos criterios de hermenéutica que sólo adquieren sentido si se mantiene la categoría del contrato administrativo, como figura típica del derecho público, dotada de un régimen peculiar específico que, fundado en una distinta materialidad jurídica, lo distingue tanto de los contratos regidos plenamente por el derecho civil o comercial como de aquellos de régimen mixto.

En nuestro país, una parte de la doctrina se viene inspirando en corrientes idealistas y materialistas (a veces también en ideologías de raíz socialista) lo cual desnaturaliza, por cierto, cualquier intento serio de sistematización basado en la realidad y

¹⁶ Véase sobre este punto la descripción de los distintos modelos de contrato administrativo utilizados en el derecho comparado, efectuada por Ariño Ortiz, Gaspar, en “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Derecho Administrativo*. Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 867 y sigs.

en los principios de justicia, particularmente el respeto de los pactos y la buena fe en la ejecución contractual. Todas estas doctrinas, generalmente pseudoempíricas y en algunos casos dogmáticas presentan, sin embargo, como característica común, la de relegar la importancia de los fines que persigue el Estado para satisfacer las necesidades colectivas, dando prevalencia a los aspectos formales y positivos sobre la sustancia. De ese modo, para citar ejemplos de actualidad, esas doctrinas están más preocupadas por la rentabilidad empresarial (que juzgan casi siempre excesiva) que por la calidad y la eficiencia de los servicios, así como por los bajos niveles tarifarios antes que por la realización de inversiones para su aprovechamiento por las generaciones futuras. Ello provoca, en definitiva, un desplazamiento del verdadero interés público que no es sólo el del usuario actual, sino también el potencial, e incluso el que tendrán los usuarios de las futuras generaciones que no es justo que soporten los desequilibrios de las concesiones y/o licencias mal administradas por las políticas populistas de turno.

V. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El análisis de la jurisprudencia de la Corte permite advertir, no obstante la existencia de etapas diferenciadas¹⁷, el desarrollo de una línea doctrinaria que postula la concepción finalista del contrato administrativo, sobre la base de criterios que tienen en cuenta el objetivo perseguido por la autoridad contratante.

En tal sentido, nuestro Alto Tribunal considera que un contrato es administrativo cuando se celebra “por el Estado en ejercicio de las funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades de ese mismo carácter”¹⁸, o bien, en aquellos casos en que su “objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración”¹⁹.

Esta finalidad o, si se prefiere, sustantividad, determinante –en la jurisprudencia de la Corte– del carácter administrativo del contrato en razón de su objeto, produce correlativamente la exclusión de esta categoría jurídica de los llamados contratos privados de la Administración²⁰, ya que éstos no cumplen una finalidad pública directa e inmediata, lo cual no implica su total sometimiento al derecho privado habida cuenta que la competencia y el procedimiento (la llamada zona común de la contratación administrativa) se rigen siempre por el derecho público.

¹⁷ Como lo sostiene Coviello, Pedro J., “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, 1993, p. 99 y sigs.

¹⁸ “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes Provincia de y Banco de Corrientes s/cobro de australes”, *Fallos*: 315:158 (1992).

¹⁹ *In re* “Cinplast c/ ENTEL”, *Fallos*: 316:212 (1993) y en *Jurisprudencia Argentina*, 1994-I, 315, que acoge el criterio sustentado por el doctor Fayt en el voto emitido en el caso “Dulcamara S.A. c/ ENTEL s/ cobro de pesos”, *Fallos*: 313:376 (1990).

²⁰ Coviello, Pedro J., *op. cit.*, p. 117.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte no erige la finalidad como factor exclusivo de la configuración de la categoría jurídica del contrato administrativo, sino que lo complementa con la necesidad de la presencia subjetiva de la Administración junto a la existencia de cláusulas exorbitantes (terminología ésta objetable) o, como se señaló en algún caso, con la inserción del contrato en un régimen especial o exorbitante del derecho privado.

En lo que concierne a la presencia del Estado como uno de los sujetos del contrato administrativo, si bien la Corte aceptó, en un caso, la tesis del contrato administrativo por extensión²¹, lo cierto es que parece orientarse hacia una concepción más restrictiva que combina el elemento orgánico con el finalista o sustantivo²².

Completa el cuadro de los criterios jurisprudenciales el relativo a las cláusulas exorbitantes donde aún no parece haberse perfilado una posición definitiva y precisa ya que, en algunos casos, aplicó el criterio en forma alternativa con el finalista, en otros, lo hizo en forma conjunta²³, sin perjuicio de que existen fallos que acogen un criterio (el del régimen exorbitante) que, no obstante cierta analogía, no genera idénticas consecuencias interpretativas. En este punto, en la causa “Cinplast”, el criterio de la cláusula exorbitante no jugó como un criterio alternativo sino como un efecto propio del carácter administrativo del contrato. A una similar conclusión habrá que llegar si la Corte volviese a utilizar —en materia contractual²⁴— el criterio del régimen exorbitante, típico o especial del contrato administrativo, que constituye una de las primeras consecuencias o manifestaciones de su caracterización finalista.

VI. ESBOZO DE LAS PRINCIPALES CRÍTICAS Y COINCIDENCIAS QUE EXHIBE LA POLÉMICA

En su último trabajo, el Profesor Mairal²⁵ formula dos críticas principales a la teoría del contrato administrativo que procuraremos resumir a continuación tratando de no alterar su pensamiento.

La primera, apunta a que la teoría pretende crear una categoría que, en sí misma, se encuentra afectada por una gran imprecisión conceptual. Se propone, en cambio, que la categoría de los contratos administrativos sea resuelta por el ordenamiento mediante una enumeración que suponemos, sería taxativa (concesión de servicios públicos, obra pública, etc.).

²¹ En “Schirato Gino c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 304:490 (1982).

²² En “Davaro, Saúl c/ Telecom S.A. s/ juicio de conocimiento”, *Fallos*: 315:1883 (1992) aunque todavía no se puede vislumbrar cuál será la tendencia definitiva.

²³ Véase Coviello, Pedro J., *op. cit.*, p. 111.

²⁴ Criterio utilizado en el caso “López, Juan Manuel y otra c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/ordinario”, *Fallos*: 306:731 (1984).

²⁵ Mairal, Héctor A., “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”, en Gordillo, Agustín A. (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, suplemento de la Revista *La Ley*, Buenos Aires, 2004, p. 3 y sigs.

Pero esta solución reconduce al punto de partida y, lejos de resolver la cuestión teórica que procura solucionar, viene a complicarla aún más. En efecto, si cada contrato comprendido en la enumeración taxativa constituye por sí mismo una categoría conceptual específica, ésta tendría también las notas de imprecisión que le atribuyen a la categoría general del contrato administrativo. Desde luego, que si la lista fuera enunciativa los problemas interpretativos serían mayores. Tampoco sería una respuesta adecuada para determinar qué tipo de contrato es aquél en que se mezclan elementos de los contratos típicos y nominados, con nuevas figuras innominadas de derecho público y menos aún cuando se combinan con contratos de derecho civil o mercantil (v. gr. préstamos, fideicomisos, etc.).

Es evidente que en este aspecto de la postura que criticamos late una suerte de rechazo a toda teorización sobre la categoría del contrato administrativo, postulando su carácter descriptivo antes que prescriptivo. En rigor, una teoría no se reduce a un mero formalismo hipotético deductivo. Las teorías están caracterizadas por cierto contenido y proporcionan un conocimiento que permite explicar una determinada realidad en el mundo jurídico. Desde luego que no se limitan a describir categorías pero tampoco las prescriben aun cuando irradian su influencia en el medio. La prescripción corre por cuenta del ordenamiento que, eventualmente, las incorpora o les da recepción en los precedentes administrativos y judiciales.

En segundo lugar, se arguye que la adopción de una categoría conceptualmente definible importa la aplicación de una serie de reglas a todos “los entes que encuadran en tal categoría”²⁶ y que ello produce una gran confusión en los alcances del “régimen especial” al que se sujeta el contrato administrativo, al generalizarse las reglas que rigen en la concesión de servicios públicos y en la obra pública.

Pero, salvo los juristas partidarios de la concepción orgánica o subjetiva, la doctrina sustantiva o finalista nunca ha pretendido que los principios que caracterizan el contrato administrativo se extiendan a todos los contratos que celebra la Administración, —en especial a los de objeto privado— ni tampoco a los contratos administrativos de atribución o a los regidos por leyes especiales. He aquí una primera coincidencia.

En este punto, existen otras posiciones doctrinarias que pese a rechazar la existencia de los llamados actos privados de la Administración admiten, al caracterizar el contrato administrativo, la presencia de un régimen parcial de derecho privado (aunque la competencia y la forma se rijan por el Derecho público) con lo cual, en el fondo, esta tesis viene a coincidir con la postura doctrinaria que sustentamos desde los comienzos de nuestros primeros abordajes al tema.

En la actualidad, nos parece que, frente al dictado de un régimen normativo aplicable a la contratación del Estado y a sus entidades descentralizadas, que ha recogido prácticamente todas las potestades o prerrogativas de poder público de la Administración en el ámbito del contrato administrativo, la crítica que imputa confusión a

²⁶ *Ibídem* p. 4.

la teoría ha perdido su principal razón de ser, toda vez que ahora la generalización que se cuestiona no surge de la doctrina sino de la norma.

Pero, tanto a la luz del nuevo ordenamiento (RCAPN) como respecto al régimen de la Ley de Obras Públicas que ha estructurado un régimen típico para los contratos administrativos, se impone efectuar la depuración de sus elementos autoritarios, habida cuenta de que el derecho administrativo debe concebirse siempre como un derecho que limita el poder en beneficio de la libertad como lo ha destacado Coviello recordando a González Navarro²⁷, aspecto éste sin duda trascendente en el pensamiento de González Pérez²⁸.

En este plano, vamos a poner de resalto nuestras coincidencias con algunas de las principales críticas hechas al régimen contractual, (RCAPN y obra pública) en línea con las que hicimos en su oportunidad²⁹.

Así, los aspectos más criticables del nuevo régimen nos parece que pueden reducirse a dos:

a) la prescripción que impide indemnizar el lucro cesante cuando el contratista no acepta las modificaciones propuestas por la Administración, que superan los topes admitidos³⁰. Es evidente que ello altera la estabilidad contractual y la seguridad jurídica al crear una regla injusta que carga sobre el contratista los daños que le irroga la lesión a sus derechos contractuales por decisiones adoptadas unilateralmente en función del interés público. Este precepto no sólo conculca el derecho de propiedad (Art. 17 CN) sino el principio de igualdad (Art. 16 CN) al hacerle soportar, de un modo desigual, los perjuicios provocados por la rescisión del contrato;

b) el régimen de la revocación con fundamento en razones de interés público, en cuanto excluye la indemnización por lucro cesante³¹, lo cual resulta inconstitucional y actualmente incompatible con la jurisprudencia de la Corte sentada en el caso “Jacarandá”³².

De todas maneras, aparte de que la revocación por razones de interés público es una técnica que no armoniza con la regla de que los contratos se celebran para ser

²⁷ En el discurso inaugural de las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral pronunciado el 17-05-2006 celebradas en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira. Se publica en este ejemplar: “Jornadas sobre Cuestiones de Contratos Administrativos. Apertura”.

²⁸ Véase: González Pérez, Jesús, *Administración Pública y Libertad*, México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1971.

²⁹ Cassagne, Juan Carlos, “La categorización legal de las contrataciones de la Administración Nacional”, *Revista Española de Derecho Administrativo - REDA* N° 49, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 701 y sigs.

³⁰ Art. 54, inc. f) LOP. Obsérvese que ni siquiera Gordillo, que últimamente ha adoptado, en gran parte, la concepción francesa de Jèze para interpretar las prerrogativas de la Administración en las concesiones de servicios públicos, ha sostenido semejante principio; véase al respecto Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 1, cit. pp. XI-89-90.

³¹ Art. 12, inc b) RCAPN.

³² *In re* “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ juicio de conocimiento”, del 28-07-2005.

cumplidos porque son la *lex inter partes* (siendo más propio aplicarla en el ámbito del acto administrativo unilateral o bilateral en sus efectos, que es, en rigor, de donde proviene), como esta especie de extinción posee idéntica *ratio juris* que la expropiación se requiere, en todos los supuestos, el dictado de una ley declarativa de la utilidad pública y un procedimiento reglado para cumplir con el recaudo de la previa indemnización, conforme a lo prescripto en el texto constitucional (Art. 17 CN).

Como es obvio, al ser la norma que regula la revocación por razones de interés público producto del ejercicio de una potestad delegada que le corresponde privativamente al Congreso, resulta inconstitucional delegar una atribución legislativa en forma genérica, sin fijar el plazo para su ejercicio y la determinación concreta de la declaración legislativa, como lo exige la Ley de Expropiaciones³³. Esta objeción no nos parece que pueda cubrirse apelando al argumento de la prórroga genérica de la vigencia de las delegaciones que dispuso la Ley N° 25.148³⁴, ya que una ley no puede soslayar el cumplimiento de normas constitucionales que, en el caso, son tan claras como taxativas y se encuentran por encima de las leyes.

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

Pero nuestras coincidencias son aun mayores si se repara en el hecho de que se extienden tanto al rechazo de las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas –lo que ha tenido recepción doctrinaria³⁵–, a la admisión de la *exceptio non adimpleti contractus* en la concesión de servicios públicos³⁶ (que para nosotros rige en todos los contratos administrativos) como a la crítica que efectuamos acerca de la fórmula prescripta para la aplicación directa de los preceptos de la LNPA sobre el acto administrativo al contrato administrativo que creemos, en cualquier caso, ha de limitarse a lo que “fuera pertinente” como expresa la norma (Art. 7° LNPA). Esta hermenéutica termina reconduciendo el problema interpretativo a una aplicación analógica y no directa o subsidiaria de las normas que regulan el acto administrativo.

³³ Artículo 5° primera parte, de la Ley N° 21.499. En cambio, la declaración genérica de la utilidad pública resulta excepcional y se vincula a los proyectos o planes urbanísticos de ejecución diferida (Art. 5°, segunda parte, ley cit.).

³⁴ Como lo sostienen Ortiz de Zárate, Mariana - Diez, Horacio Pedro, “Perfiles de la contratación administrativa a la luz del Decreto N° 1.023/2001”, *Revista Española de Derecho Administrativo - REDA* N° 44, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 72.

³⁵ Jeanneret de Pérez Cortés, María, “Acto Administrativo y Contrato Administrativo” en el libro *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2000. pp. 145-146.

³⁶ En contra, Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 1, cit., p. XI-42.

VII. UTILIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL SOBRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En algunos ensayos, que pretenden ser prácticos o utilitarios, se suelen criticar las teorías que, pretendiendo anclarse en la realidad, exhiben un nivel de abstracción e idealismo que las hace perder utilidad práctica. Sin embargo, basta con recordar a Chesterton cuando señaló el peligro que encierran los ensayos en cuanto tratan “constantemente de cuestiones teóricas sin la responsabilidad de ser teóricos o de proponer una teoría”.³⁷

La utilidad de una teoría general se proyecta en una serie de reglas y principios que contribuyen a la seguridad jurídica, que, básicamente, hace a la previsibilidad de las reglas de juego aplicables al contrato administrativo.

Entre otros aspectos, cabe destacar:

1) Cubre las lagunas legislativas o las cuestiones de interpretación que surgen acerca de la naturaleza administrativa de ciertos contratos que celebra el Estado tales como los contratos atípicos y los innominados y en particular, los contratos que contienen objeto múltiple;

2) Permite explicar el funcionamiento de las técnicas de la analogía y/o de la aplicación subsidiaria;

3) Justifica la prevalencia de la causa de fin público relevante en la interpretación del contrato (v. gr. en cuanto al régimen de la caducidad, *potestas variandi* y/o en la revocación por razones de oportunidad);

4) Configura el marco teórico que fundamenta la inexistencia de potestades implícitas, justificando la renuncia al ejercicio de las prerrogativas (teoría de las potestades);

5) Hace posible el deslinde entre lo público y lo privado, en el campo de las contrataciones estatales, aspecto este del que nos ocuparemos en el punto siguiente;

6) Da cabida a la clasificación entre contratos de colaboración y de atribución, excluyendo en este último caso las prerrogativas de poder público y estableciendo una interpretación más favorable al contratista;

7) Por último, admite que la teoría general resulta inaplicable a los contratos regidos por leyes especiales así como a los contratos de atribución (v. gr. contratos de promoción industrial o sobre ayudas públicas), en los que no cabe la sustitución del cocontratante privado.

VIII. A MODO DE SÍNTESIS

Como resumen de todo lo expuesto puede advertirse la conformación de tres etapas diferenciadas en la evolución de la teoría del contrato administrativo:

³⁷ Chesterton, Gilbert K., “Sobre el ensayo”, cit. en “La relimitación de la categoría del Contrato Administrativo. Réplica a un ensayo crítico”, *El Derecho*-181-942.

a) una primera etapa, caracterizada por una noción rígida del contrato administrativo, con prevalencia de los elementos públicos sobre los privados, sin excluir la posibilidad de celebrar contratos de la Administración regidos por el derecho civil o comercial. Una derivación exagerada de esta corriente llevó a considerar que todo contrato celebrado por el Estado era de derecho público, de naturaleza administrativa;

b) en una segunda etapa de la evolución se operó la huida al derecho privado, reflejada en modificaciones legislativas que intentaron producir una suerte de metamorfosis en las empresas públicas, transformándolas en privadas para escapar, sobre todo, del campo de la contratación pública, sus procedimientos de selección y los controles estatales. Este proceso, que tuvo un cierto nivel de generalización en el derecho comparado, se encuentra actualmente en retirada en el mundo (aunque no así en nuestro país), descorriéndose el velo del verdadero dueño que está detrás de estas empresas que no es otro que el Estado;

c) finalmente, en una tercera etapa,

i) se afirma la idea de lo público basada en la conexión entre el interés general o bien común y la función administrativa que –si bien tiene como eje al Estado como sujeto– se extiende a otros sujetos no estatales que cumplen funciones públicas o regidas por el derecho administrativo. En esta tendencia, las prerrogativas de poder público no son de la esencia del contrato sino el efecto de la sustancia *ius administrativa* y deben hallarse contempladas en forma expresa, por el ordenamiento, afirmándose una corriente generalizada a promover y estimular la competencia bajo el impulso estatal;

ii) se agudiza la tendencia a celebrar contratos de la Administración con diferente intensidad de elementos propios del derecho privado (que van desde un régimen prevaleciente del derecho civil o comercial hasta un régimen jurídico entremezclado) rigiéndose la competencia, en estos supuestos, por normas de derecho público.

En este sentido, otra de las cuestiones teóricas que deberían ser abordadas por la doctrina así como por la jurisprudencia, sin perjuicio de su futura clarificación por el ordenamiento, es la concerniente a la tipología de los contratos que celebran las sociedades anónimas estatales (v. gr. la empresa AYSA de reciente creación) caracterizados por la escasa interferencia del derecho público en su régimen jurídico. En efecto, no puede suponerse que la aptitud de la sociedad para contratar se rija por otras reglas que la capacidad del derecho privado que surge del Estatuto constitutivo, sin perjuicio de la aplicación del derecho público para regular lo atinente a la formación de la voluntad estatal en los actos administrativos de designación de los representantes de los accionistas en el Directorio y en aquellas decisiones vinculadas con los aportes a la sociedad. Esta categoría de contratos, en la que, por principio, cabe excluir las potestades de poder público, requerirá, en el futuro, una tarea de construcción de sus principios fundamentales.

Finalmente, otro supuesto que merece una teorización distinta es el que concierne a la actividad comercial que llevan a cabo los Bancos Oficiales, incluso aquellos

organizados como entidades autárquicas (v. gr. Banco de la Nación Argentina), ya que para determinar la capacidad y el objeto, hay que acudir, en principio, a las reglas del derecho mercantil, junto a la exclusión del procedimiento de selección propio del derecho público. No existe aquí, la libertad de acceso ni la igualdad típica del derecho público, lo cual no impide que juegue la normativa sobre defensa de la competencia ni el ordenamiento sobre lealtad comercial.

iii) se afirma el principio de la concurrencia en la llamada “zona común de la contratación administrativa”, al consagrar los procedimientos de la licitación pública y/o el concurso público como regla general de la selección del contratista;

iv) se opera una confluencia entre normas de derecho público interno con disposiciones del derecho internacional, tanto público como privado, lo cual se revela en algunas convenciones internacionales específicas cuyas cláusulas se proyectan al plano de los contratos nacionales (v. gr. Convención Interamericana contra la Corrupción firmada en la 3ª Sesión Plenaria de la Organización de Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, ratificada por la Ley N° 24.759);

v) junto a la técnica de los contratos excluidos, que no son necesariamente de derecho privado (ej. contratos incluidos en operaciones de crédito público) se incorporan al ordenamiento positivo expresamente las prerrogativas de poder público;

vi) se reafirma la tendencia a limitar el régimen de los llamados actos interadministrativos procurando estimular la competencia a través de la generalización de la regla de la licitación pública y/o concurso público para elegir al contratante.

En suma, la interrelación entre lo público y lo privado y la injerencia de normas provenientes del derecho internacional confirman la imposibilidad de sustentar una teoría unitaria que, por otra parte, nunca fue factible desarrollar en el plano sustancial ya que su justificación sólo tendría algún sentido en el aspecto formal.

Esto no implica desconocer que, tanto en el derecho comparado como en el argentino, prevalece una línea favorable a la *iuspublicación* que se caracteriza, esencialmente, por excluir la libertad para elegir al contratante y prescribir las bases generales de la contratación, como también, para reconocer las potestades públicas las cuales —como algunos pensamos— deben ser depuradas de los elementos autoritarios que las nutren en un marco en el que se afirmen los principios generales del derecho administrativo, especialmente el concerniente a la estabilidad contractual, quizás una de las reglas del derecho occidental que más contribuye a la seguridad jurídica.

CAPÍTULO 12

LA TEORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

POR HÉCTOR MAIRAL

Abogado, diploma de honor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, doctor en Ciencias Jurídicas en dicha Universidad, Master en Derecho Comparado cum laude en la Southern Methodist University de Dallas (Texas) y Visiting Scholar de las Universidades de Harvard y Cambridge. Ha sido asesor en las privatizaciones de Entel, Gas del Estado e Y.P.F., ha participado en innumerables congresos y conferencias en el país y en el extranjero, disertando sobre temas de su especialidad. Desde 1982 ocupa el cargo de profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires; en el marco de su actuación académica ha escrito importantes y numerosas obras.

Mucho me complace estar nuevamente en esta Casa para hablar de nuestro Derecho Administrativo. Agradezco, pues, la invitación para participar en estas Jornadas. El tema de hoy, la teoría del contrato administrativo, es controvertido a raíz de un artículo que publiqué el año pasado y que puso en tela de juicio la posición tradicional argentina en la materia. Por ello quiero utilizar esta ocasión para explicar qué es lo que traté de decir en ese artículo, los ataques que ha recibido y las conclusiones que extraigo de todo ello.

El alcance de la crítica que he hecho a la teoría del contrato administrativo parte, primero, de identificar qué considero como la posición tradicional sobre el contrato administrativo, que es en síntesis la siguiente: según esta posición existiría una teoría general del contrato administrativo según la cual cuando un determinado contrato, celebrado por el Estado, encuadra en una definición genérica que se propone para el “contrato administrativo”, queda regido por un conjunto de reglas imprecisas construidas por la doctrina y la jurisprudencia y que, en síntesis, permiten al Estado apartarse del texto del contrato. Esa es la teoría que ha sido mayoritaria hasta ahora, que comienza a ser acotada, pero que fundamentalmente ha primado entre nosotros.

Es decir, se parte de una definición amplia, una definición de contrato administrativo como aquel en que está en juego un servicio público, o en el cual las prestaciones son de interés general o de interés público o atienden necesidades públicas, o un contrato sujeto a un régimen exorbitante o incidido por alguna potestad exorbitante del Estado. Y luego se pretende englobar dentro de esta definición general una cantidad de contratos que tienen muy poco que ver entre sí. Y ello se debe a que la definición se utiliza primordialmente, en nuestro país como en Francia, cuna de la teoría, para establecer cuándo hay jurisdicción contencioso-administrativa o también, pero esto solo en nuestro país, para determinar, de acuerdo con el Art. 116 de la Constitución Nacional, la jurisdicción originaria de la Corte Suprema cuando una provincia es parte en el juicio. Ello porque la Corte Suprema, para evitar verse involucrada en cuestiones contractuales de las provincias, encuentra facetas exorbitantes con mucha facilidad y así resolver que, tratándose de

un contrato administrativo, no hay causa civil por lo que la cuestión debe derivarse a los tribunales con competencia contencioso-administrativa de la provincia.

O sea que primero se usa la definición en forma amplia para atribuir jurisdicción a un fuero, o para negar la competencia de la Corte Suprema; luego se estudian los contratos típicos del Derecho Administrativo como lo son la obra pública y la concesión de servicios públicos; y, por último, se pretende generalizar las facetas de estos dos contratos a todos los contratos que encuadran en la definición. Aquí, en este paso, es donde aparece la teoría del contrato administrativo, porque una teoría es más que una descripción. Como dice Hospers: la teoría abarca más que los hechos observados que se explican a través de ella; una teoría no es solamente un sumario de hechos ya observados, envuelve conceptos de los cuales pueden inferirse hechos nuevos y hasta el momento desconocidos. Este es, precisamente, el aspecto que yo ataco.

Ataco que se pretendan generalizar las reglas que rigen la obra pública y la concesión de servicios públicos para aplicarlas a un universo de contratos que entran dentro de una definición amplísima, como que ha permitido a la Corte incluir en ella a ciertos depósitos a plazo fijo, créditos del Banco Hipotecario para viviendas y contratos de producción de programación televisiva. Todos estos contratos, que nada tienen que ver con la obra pública o con la concesión de servicios públicos, quedarían regidos por las normas que extrapolamos de estos dos contratos, con el agregado –que en nada reduce la imprecisión– de que habrá que adecuar dichas normas a la naturaleza o a las circunstancias específicas de cada contrato.

En definitiva el peligro que la tesis tradicional crea es que envuelve en un manto de incertidumbre toda la contratación estatal. Porque es imposible predecir si un determinado contrato será o no considerado administrativo por los tribunales; observen ustedes que en un caso el Procurador General llegó a sostener ante la Corte Suprema que el dictado de un decreto posterior a la celebración del contrato lo constituía en administrativo.

La posición tradicional ha creado, así, una categoría amplísima que produce consecuencias imprecisas e impredecibles para todos los contratos que se sumergen dentro de ella.

Gran parte de la crítica a mi artículo se ha dedicado a observar aspectos que no discuto. Así, decir que el Derecho Comunitario Europeo reconoce una normativa especial para las contrataciones del Estado no agrega nada al tema porque dicha normativa se refiere al procedimiento de selección del contratista y, como es obvio, en todo el mundo dicho procedimiento se rige por el derecho administrativo y, además, se aplica a todos los contratos del Estado, sean administrativos o sean privados. En Europa ocurre lo mismo: las normas comunitarias son normas de selección de contratistas y lo que buscan es evitar que a través de la digitación de las contrataciones del Estado se creen barreras a la circulación de los servicios y los productos en Europa.

Otra de las objeciones que se levantan es que en todos los países existen cláusulas exorbitantes cuando contrata el Estado. Esto es cierto y lo he dicho expresamente; lo que ocurre es que esas cláusulas exorbitantes, allí donde no existe la teoría del contrato administrativo, sólo rigen si están previstas expresamente.

Nada se prueba esgrimiendo las cláusulas que otorgan derechos a la parte estatal y que tienen los contratos que celebra el gobierno norteamericano, porque ellas son cláusulas expresas incorporadas al contrato directamente, por referencia o por disposición expresa de la ley o de reglamento anterior a la celebración del contrato. En efecto, las reglamentaciones sobre contratos del gobierno norteamericano establecen que cada facultad del

ente contratante debe apoyarse en una determinada cláusula que va al apéndice del capítulo respectivo de la reglamentación, algunas de las cuales son de inclusión obligatoria. La circunstancia de que las facultades del Estado se apoyen en cláusulas reglamentarias que son aplicables al contrato ya sea por su inclusión individual, por referencia o por imperio de la ley o de reglamento basado en ley, constituye una evidente negativa de la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas. Y mi crítica se centra, como lo he dicho, en la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas; nada más ni nada menos.

Esta es la posición norteamericana. Por ello, cuando leo que la regla en los Estados Unidos es igual que en la Argentina, recuerdo el seminario que se hizo en este mismo salón hace dos años atrás, las Jornadas de Derecho Administrativo del Mercosur, en el cual el representante chileno explicó el problema que suscitó la teoría del contrato administrativo —que también se sigue en Chile, aunque menos desarrollada que aquí en la Argentina— cuando se negoció el acceso de Chile al NAFTA, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En esa negociación los representantes norteamericanos inquirieron acerca del régimen jurídico de los contratos del Estado. Cuando se les explicó la teoría francesa del contrato administrativo, los norteamericanos respondieron que en el ámbito del NAFTA el Estado respeta los contratos que celebra: puede incluir las cláusulas que desee en el contrato pero una vez que está celebrado el contrato se respeta sin margen para cambios unilaterales más allá de lo pactado.

Quienes me han replicado no han respondido a este aspecto. Hoy en día pareciera que las cláusulas exorbitantes implícitas están entrando en un cono de sombra, nadie se anima a defenderlas frontalmente; ¿por qué? porque crean una incertidumbre gravísima en la actual tipología de los contratos del Estado.

Ello porque en la contratación pública hemos pasado, fundamentalmente, de un Estado que paga a un Estado que no paga. Es decir, de un contrato en el cual el Estado paga, que es la obra pública (y el que paga en una obra pública, sea particular o sea estatal, puede imponer su voluntad e introducir cambios en el curso de la obra, y el contratista estará bien dispuesto de hacer los cambios y cobrar el adicional) a un tipo de contratos en los que los fondos los ponen los banqueros que financian la obra pública a través de la concesión de obra pública. Y cuando los fondos los ponen quienes financian la obra y no el Estado, quienes financian quieren tener precisión sobre la obra que están financiando.

Se financia una obra con ciertas características que los ingenieros consultores de los bancos han decidido es rentable. Esa obra no se financia si el Estado puede, a mitad de la obra, introducir cambios, que serán atendibles para el interés público pero que pueden llegar a hacer no rentable la obra. Si el Estado quiere esa facultad tendrá él que financiar la obra, los bancos no lo van a hacer. O si no se retirarán algunos y quedarán otros que cobrarán tasas de interés más altas ante la menor competencia. En definitiva, la teoría del contrato administrativo redundará en el aumento del riesgo argentino y en el correlativo aumento de las tasas de interés de los préstamos necesarios para financiar las obras públicas.

Se ha dicho también, esto lo ha dicho el Dr. Cassagne, que en realidad no existe cláusula exorbitante, existe un régimen exorbitante derivado de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Ahora bien, de Laubadère enseña que las cláusulas exorbitantes no son sino la expresión del régimen exorbitante. Por eso yo he dicho que no ganamos gran cosa pasando de las cláusulas al régimen, dado que, si por régimen entendemos un régimen derivado de la doctrina y de los principios jurisprudenciales, estamos nuevamente en la incertidumbre, mientras que si por régimen entendemos las normas legales o reglamentarias que rigen un contrato la teoría se disuelve en una mera descripción de tales normas.

En cuanto al tema, mucho más amplio, acerca de si existe o no en nuestro país el régimen administrativo del que se habla en Francia y en España, es un tema que merece una respuesta que excede el marco de esta conferencia.

También ha habido argumentos de índole filosófico - teológica. Con todo respeto hacia quienes los han esgrimido, yo creo que este tema no da para tanto. En la Argentina tenemos una cierta tendencia a traspasar las discusiones a un nivel elevadísimo, somos como un grupo de personas que caminan de noche por el campo mirando las estrellas. Y señalan la estrella Polar, la Cruz del Sur... y mientras tanto se meten en lagunas, se caen en cañadones y se rompen las piernas. Pero cuando alguien dice "miremos por donde vamos" responden a quien dice eso - "Usted es un pragmático, acá todos miramos hacia arriba". El derecho es de un nivel más pedestre que la filosofía o la teología. Es cierto que estas disciplinas dan una orientación general, pero cuando uno llega a la minucia del contrato administrativo, pretender solucionar sus problemas recurriendo a esas teorías excelsas, me parece que es lo mismo que aquél que tiene que ver cómo va de un cerro al otro en el campo sin pasar por la laguna y quiere hacerlo fijándose donde está la Cruz del Sur. Es una apelación a teorías que exceden el problema de que se trata. Creo que en la Argentina tenemos mucha más vocación por la astronomía que por la agrimensura o por las cosas sencillas.

Y por otra parte la tan mentada justicia distributiva termina favoreciendo a los poderosos. En la práctica nunca se la usa a favor de las pequeñas empresas, de las famosas PYMES.

El derecho tiende a crear reglas de conducta que sean socialmente idóneas. Que respondan a un ideal de justicia, pero que además tengan consecuencias positivas, las consecuencias más favorables, y el costo social más bajo, que sean posibles para la sumatoria de intereses en juego. Y para eso los abogados somos expertos en analizar, además de las consecuencias inmediatas de una regla, las consecuencias mediatas. Nuestra especialidad es ver más allá de la situación individual involucrada en un determinado litigio.

Hay una predilección en nuestro derecho por las teorías que permiten al juez adecuar la solución a las circunstancias del caso, con gran libertad, porque de esa manera se obtiene mejor justicia. Pero lo que los jueces hacen es más importante en cuanto permiten predecir conductas futuras de otros jueces, que por la solución del caso en sí. Cuando el juez soluciona un caso, está además dando un índice a la comunidad jurídica de cómo se van a solucionar casos futuros. Y el solucionar casos con exceso de retórica o magnificando las potestades del Estado, crea todo un ambiente de incertidumbre sobre lo que harán otros tribunales en el futuro. Así ocurre con la teoría del contrato administrativo.

Leyendo los casos de la Corte Suprema se intuye que en muchos de ellos pudo haber habido alguna irregularidad en la conducta administrativa, y que al reconocer la facultad al Estado para rescindir con consecuencias menores que una plena indemnización del lucro cesante, el Tribunal está tratando de enderezar un entuerto pasado. Pero la irregularidad no se traduce en el fallo, y por ello la regla fría que queda es que el Estado puede modificar el contrato, como lo hizo en el caso *Meridiano* al eliminar una opción de prórroga del particular. Porque la Corte dijo que siendo un contrato administrativo, si el particular tiene opciones de prórroga, también debe reconocerse una opción análoga al Estado para extinguir el contrato. Pero ocurre que si el particular tiene opción de prórroga y el Estado tiene opción de terminar, no hay opción de prórroga. La opción de prórroga es el derecho de obligar a la contraparte a tolerar una extensión del contrato. Si la contraparte puede resistirse a la extensión no hay opción de prórroga.

O sea que la Corte Suprema eliminó la opción de prórroga lisa y llanamente con el argumento de que se trataba de un contrato administrativo. Esto es lo que crea inseguridad jurídica. Se podrá intuir que quizás había habido alguna irregularidad subyacente y que la decisión fue sustancialmente correcta dadas las circunstancias del caso. Pero cuando hay que analizar el costo de una obra pública argentina a ser financiada por vía de concesión, la regla sentada por ese fallo es tomada en cuenta por los abogados de quienes van a financiar dicho costo como expresión del derecho vigente en la Argentina.

La reacción más común ante mi crítica a la teoría tradicional del contrato administrativo no ha sido la de esgrimir una definición pretendidamente precisa del concepto para así poder decir - "no hay ninguna peligrosidad, estos son los contratos administrativos y no otros". Y tal definición precisa no se puede dar porque ni en Francia, cuna de la teoría, ella existe.

La reacción más común, por ello, es aceptar que se trata de una teoría imprecisa, pero sostener que, de todos modos ella es conveniente: es bueno que la Administración pueda alzarse contra los contratos que ha celebrado cuando el interés público lo exige, es bueno que los tribunales tengan reglas imprecisas para adecuar los contratos que celebra el Estado de acuerdo a las circunstancias del caso. Esta es la conclusión a la que llega la mayoría de los que piensan sobre este tema: hay imprecisión pero es un costo necesario.

Creo que de esta manera se olvidan las consecuencias indirectas de la teoría. Obtenemos sus beneficios a un costo enorme. Piensen ustedes que esta teoría permite a cada presidente, a cada ministro, a cada gobernador y a cada intendente de cada ciudad de todo el país, modificar o extinguir los contratos celebrados, lo que muchas veces ocurre cuando hay un cambio de autoridades. Ello crea una situación favorable a la corrupción, digámoslo claramente. Si el Estado está obligado a respetar los contratos que celebra y no puede apartarse de ellos, el contratista no necesita recurrir a gestores para defender su posición. Si en cambio, cuando el Estado amenaza con rescatar la concesión o modificar el contrato de una manera que no estaba prevista en el mismo contrato, y el derecho lo tolera y remite al contratista, para reajustar la prestación, a un juicio que posiblemente demore entre 5 y 10 años, el contratista no tiene respuesta dentro del campo del derecho, y tiene que salir de él si quiere protegerse. Tal es el gran problema que plantea este tipo de teorías.

Existe también una huida de la justicia argentina, algo muy grave en lo que vale la pena detenerse.

Hoy en día existen ya varios arbitrajes en los cuales los inversores extranjeros que tienen contratos con entidades públicas argentinas han reclamado por la violación de sus derechos contractuales. Deberá verse, entonces, qué derecho aplicará el Tribunal Arbitral, si aplica esta teoría del contrato administrativo o si aplicará los principios del Derecho Internacional que incluyen, como regla fundamental, el principio de "*pacta sunt servanda*".

Como la Argentina ha celebrado estos tratados con todos los países exportadores de capital y como todos estos tratados admiten, ya sea inmediatamente o después de una breve etapa ante un Tribunal Argentino, la posibilidad de recurrir a un arbitraje en el exterior, se corre el riesgo de crear un incentivo para escapar de la jurisdicción argentina en la medida en que ésta desconozca el principio del respeto estricto de los derechos contractuales en aras de teorías imprecisas como la del contrato administrativo.

Muchas personas que siguen hasta aquí el análisis, se enfrentan a una situación, diríamos, de desamparo: ¿es posible la vida sin la teoría del contrato administrativo? La ver-

dad es que la mayoría de los países viven sin esta muleta: o se incluyen en el contrato las facultades del Estado dentro de ese contrato o la facultad no existe, tan sencillo como eso. Y observen ustedes que el rechazar la teoría no le quita poderes al Estado, le quita poderes a la Administración. Si hay una situación tan grave que requiere eliminar del mundo jurídico los derechos contractuales del contratista, es correcto que el Estado recurra –mediante ley– al instituto expropiatorio y expropie esos derechos contractuales; lo que puede hacer en la Argentina y en cualquier país del mundo.

¿Cuáles serían, pues, las consecuencias del rechazo de la teoría del contrato administrativo? El Estado podrá seguir dictando leyes para contratos específicos, como ha hecho con la obra pública. Todas las partes saben a qué atenerse cuando se trata de una obra pública, los límites del *ius variandi* están fijados y la obra pública funciona sin problemas desde este punto de vista.

El Estado puede continuar incluyendo las cláusulas que necesita en los contratos, ya sea directamente en los pliegos o textos respectivos, ya sea en un reglamento al cual el pliego debe incorporar por referencia: tampoco aquí habrá sorpresa alguna para el contratista ya que sabrá que el contrato que celebra está regido por plexo normativo que incluye tal reglamento previo. Pero, ante el silencio de la ley y ante el silencio del contrato no habrá cláusulas exorbitantes implícitas.

Entonces toda estipulación contractual que no contraríe la ley o un reglamento al cual la Administración debe sujetarse, será obligatoria. También habrá que admitir la *exceptio non adimpleti contractus* en caso de incumplimientos graves, salvo que el contrato nuevamente obligue a tolerar ciertas demoras del Estado. Pero si no, rige dicha *exceptio*. Esto no impide que cuando una ley otorga a la Administración una potestad, como ocurre en general con los servicios públicos –potestad que puede estar en cabeza sea de la parte contratante que es el Estado concedente o de un ente autárquico que es el ente regulador– se mantenga esa potestad reglamentaria y ella incida sobre el contrato. Así que el rechazo de la teoría a lo único que lleva es, en conclusión, al rechazo de las cláusulas exorbitantes implícitas.

¿Se puede vivir entonces sin esta teoría? Se puede responder con otra pregunta: ¿se puede vivir sin emisión monetaria? Durante muchos años creímos que la emisión monetaria era una herramienta esencial de la política económica del Estado. Salvo dos o tres países (Argentina, Hong Kong y alguno más) todos los demás tienen emisión monetaria. Pocos tienen la teoría del contrato administrativo. Obsérvese que la herramienta más poderosa de la justicia distributiva es la emisión monetaria. Y sin embargo, con esa herramienta, en vez de favorecer a los más necesitados, terminamos favoreciendo a las clases más pudientes. Eso fue lo que ocurrió en la Argentina. Los únicos que se podían defender de la inflación eran quienes más tenían.

Así fue como una potestad soberana e inalienable del Estado fue tan abusada que terminó destruyendo la economía. Cuando se eliminó la emisión y se estableció un sistema rígido de convertibilidad, la Argentina ganó en predecibilidad y en seriedad, y tiene hoy una economía que es reconocida como seria y predecible, aún con los problemas propios de toda economía nacional en el mundo globalizado de hoy. Pues bien, creo que algo similar ocurre con la teoría del contrato administrativo. ¿En otros países el Estado puede modificar el contrato? Allá ellos. En Francia, la potestad se ejerce con una enorme prudencia porque se conoce su costo: cuando se decide un rescate no previsto contractualmente se indemniza plenamente el lucro cesante. Nosotros hemos abusado de la teoría del contrato administrativo, como abusamos de la emisión monetaria. Sin emisión, el país se ha vuelto más serio y más confiable. Sin teoría del contrato administrativo también el país sería más serio y más confiable.

E. 441. XXXVIII. “El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario”.

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2003

Vistos los autos: “El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario”.

Considerando:

1) Que la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, por su Sala I, confirmó, con costas, la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda entablada por El Rincón de los Artistas SRL contra el Hospital Nacional Posadas y admitido la acción de lesividad incoada por este último contra la empresa mencionada, declarando la nulidad de las Resoluciones Nros. 1.377/1991 y 161/1992, ambas del Director interino del hospital (fs. 712/717).

Contra ese pronunciamiento, El Rincón de los Artistas SRL interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 722/725), que fue concedido a fs. 726. El memorial obra a fs. 765/781 y su contestación, a fs. 787/792.

2) Que el recurso ordinario es formalmente admisibles toda vez que han sido deducidos contra una sentencia definitiva, recaída en una causa en que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el Artículo 24, inciso 6° del Decreto Ley N° 1.285/1958 y sus modificaciones, y la Resolución de esta Corte N° 1.360/1991.

3) Que el Director interino del Hospital Posadas aprobó la Licitación Pública N° 150/1989, realizada con el objeto de contratar el servicio de comedor y cafetería del hospital, así como la adjudicación por un año a favor de El Rincón de los Artistas SRL a cambio del pago de un canon (fs. 7/8).

EL PERFECCIONAMIENTO DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO LA RESULTANTE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL Y EL CONOCIMIENTO POR EL INTERESADO DEL VICIO QUE AFECTA SU CELEBRACIÓN, EN UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA*

I. BREVE RESEÑA DEL CASO

El Director interino del Hospital Profesor Alejandro Posadas llamó a una licitación pública con el objeto de celebrar un contrato para el otorgamiento de la concesión del servicio de comedor y cafetería del hospital por un plazo de quince años, prorrogable por cinco años más, mediante el otorgamiento de un derecho real de anticresis que de ese modo posibilitaría la construcción del local donde el servicio habría de prestarse, local que una vez concluido el contrato quedaría de propiedad del hospital. La licitación pública se llevó a cabo y se adjudicó el contrato al actor, no habiéndose perfeccionado el derecho real de anticresis sobre el inmueble a favor del contratista. El servicio ya se venía prestando por el propio actor en virtud de un

* “El perfeccionamiento de un contrato administrativo como la resultante del procedimiento administrativo contractual y el conocimiento por el interesado del vicio que afecta su celebración, en un fallo de la Corte Suprema” (Comentario al fallo de la Corte Suprema “El Rincón de los Artistas SRL c/ Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas s/ Ordinario”), *La Ley*, 2004-C, p. 645. Reproducido en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 311:105.

Años más tarde, llamó a nueva Licitación Pública N° 28/1992 para la concesión del mismo servicio por medio del “sistema de anticresis”. De acuerdo a lo establecido en el pliego de condiciones generales, el adjudicatario debía ejecutar la construcción de un local para aquel objeto que quedaría “a favor” del hospital una vez concluido el contrato (fs. 8 Expediente Administrativo N° 2020-0177001516/93-8 y manifestaciones del recurrente a fs. 778 vta./779).

A raíz de este llamado, el contrato inicial fue prorrogado por Resolución N° 1.377/1991, del mismo funcionario, en cuya motivación se expresó que la finalidad de la prórroga consistía en que se continuara prestando el servicio en el tiempo que transcurriría entre el llamado a Licitación N° 28/1992 y la finalización de la obra que debía ejecutar el adjudicatario de aquella (fs. 9 de esta causa y 32 del Expediente Administrativo N° 2020-0177001671/93-3).

Posteriormente, la Licitación N° 28/1992 fue aprobada juntamente con la adjudicación a favor de la actora por 15 años a partir de la firma del contrato respectivo, prorrogable por cinco años más (Resolución N° 161/1992 del Director interino del hospital, fs. 10/11 de esta causa y 119/120 del Expediente Administrativo N° 2020-0177001516/93-8).

4) Que, ante la demora en firmar el contrato respectivo, el 21 de julio de 1993 la actora envió a la demandada una carta documento en la que la intimaba para que en cinco días hábiles procediera a proponer escribano “a los fines de la constitución del derecho real de anticresis” conforme Licitación Pública N° 28/1992 cuyos términos fueron rechazados por el hospital (fs. 59/60 del Expediente Administrativo N° 2020-0177001671/93- 3).

contrato cuyo plazo de ejecución original había sido prorrogado a fin de evitar la interrupción del servicio, mientras la obra se ejecutaba.

Posteriormente, el interventor del hospital, siguiendo la opinión del servicio jurídico de asesoramiento permanente del Ministerio de Salud y Acción Social (que dictaminó acerca de la nulidad de los actos administrativos involucrados y aconsejó la promoción de una demanda tendiente a que se declarara judicialmente su nulidad) dejó sin efecto la anterior licitación pública, intimó a la empresa a que restituyera el local y autorizó un nuevo llamado a licitación pública. Contra estas decisiones, la empresa interpuso sendos recursos administrativos que fueron desestimados, y promovió luego una demanda tendiente a que se declarase la nulidad del acto administrativo del interventor que había dejado sin efecto el anterior llamado a licitación pública y la adjudicación que lo favoreció.

Más tarde, el hospital interpuso la acción judicial tendiente a que se declare la nulidad de la resolución del llamado a licitación pública y de la que aprobó el contrato celebrado con el actor. Luego de entablada la acción judicial de lesividad, el interventor dictó un acto administrativo por el cual declaró la nulidad absoluta de las resoluciones cuya nulidad se encontraba ya demandando judicialmente.

Aquí me detengo un momento en el relato, pues opino que la secuencia de estas decisiones del interventor debió ser exactamente inversa. En efecto, si se consideraba que los actos adolecían de vicios graves que los tornaban actos irregulares en los términos de la Ley N° 19.549, hubiera correspondido que primero se *declarase* administrativamente la *lesividad* de los actos administrativos, pues eran portadores de vicios graves que los convertían en actos insanablemente nulos (es decir, en irregula-

5) Que, en ese estado de cosas, el 5 de octubre de 1993 la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud y Acción Social emitió un dictamen en el que enumeró diversas irregularidades en la Licitación N° 28/1992 y, en consecuencia, sugirió a la intervención en el hospital que realizara un nuevo acto licitatorio para la concesión del comedor y la cafetería. Con respecto a la Resolución N° 1.377/1991, el órgano de asesoramiento jurídico opinó que correspondía ejercer la acción de lesividad (cfr. Artículo 17 de la Ley N° 19.549) (fs. 66/69 del Expediente Administrativo N° 2020-0177001671/93-3).

6) Que posteriormente, el interventor en el hospital dictó la Resolución N° 101/1994, por la que dejó sin efecto la Licitación Pública N° 28/92, conforme a lo dispuesto en el inciso 77 del Decreto N° 5.720/1972, intimó a la ex concesionaria para que en 60 días desocupara el local, de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula 9° del contrato suscripto entre las partes el 17 de noviembre de 1989 y autorizó a efectuar un nuevo llamado a licitación pública para la concesión del servicio de comedor y cafetería (fs. 14/15 de esta causa y 72/73 del Expediente Administrativo N° 2020-0177001671/93-3). Contra esa decisión, la actora interpuso recurso de reconsideración (fs. 22/32), que fue rechazado (fs. 33/34), al igual que el recurso jerárquico implícito en el anterior (Resolución N° 218/1995 del Ministro de Salud y Acción Social, fs. 157/159).

7) Que El Rincón de los Artistas SRL inició demanda contra el Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas a fin de que se declarara la nulidad de la Resolución N° 101/1994 y, en consecuencia, se mantuviera vigente la Licitación Pública N° 28/1992 en la que había resultado adjudicataria, así como para que se dejara sin efecto la intimación a desalojar el local en el que desarrollaba sus actividades y la

res) respetando y asegurando el ejercicio del derecho de defensa del administrado¹ (adjudicatario en este caso) y luego ordenar y promover la acción judicial de nulidad en el supuesto de que hubiese correspondido así proceder, confrontando la situación de hecho en la que se encontraban los actos declarados nulos con los diferentes supuestos previstos en el Artículo 17 de la Ley N° 19.549. Esto, toda vez que tal declaración administrativa de nulidad configura también el sustento de la acción judicial que debe ser promovida². Más adelante volveremos sobre este aspecto.

La sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de San Martín –confirmando la de Primera Instancia– declaró la nulidad del acto administrativo que dispuso la convocatoria a la licitación pública y de todos los actos que fueron su consecuencia, en virtud de la incompetencia del funcionario que aprobó la convocatoria para disponer la constitución del gravamen real sobre el bien inmueble.

La decisión llega al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud del recurso ordinario de apelación interpuesto por la actora (Artículo 24, inciso 6° del Decreto Ley N° 1.285/1958 y disposiciones modificatorias y concordantes).

El argumento medular de la decisión de la Cámara de Apelaciones que el Alto Tribunal confirma lo configura la circunstancia de que el Director interino del hospital no tenía competencia para celebrar el acto de disposición de los bienes que le

¹ Comadira, Julio Rodolfo (Laura Monti - Colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 370-371, con cita de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación colectada en *Fallos*: 319:2783.

² Comadira, Julio Rodolfo (Laura Monti - Colaboradora), *op. cit.*, p. 344.

autorización para el llamado a nueva licitación (fs. 130/149). Más tarde, amplió demanda impugnando la desestimación del recurso jerárquico (fs. 163/164, Expediente N° 35.485).

Por su parte, el Hospital Posadas interpuso acción de lesividad a fin de obtener la declaración de nulidad de las Resoluciones N° 1.377/91 y 161/92 (Expediente N° 51.200).

8) Que el 19 de enero de 1995 –una vez entablada la demanda por la empresa– el interventor en el hospital dictó la Resolución N° 74/1995 por la que declaró la nulidad absoluta de las Resoluciones N° 1.377/1991 y 161/1992, conforme al Artículo 17 de la Ley N° 19.549. Fundó su decisión en que el llamado a Licitación Pública N° 28/1992 estaba afectado de nulidad absoluta, que no había sido perfeccionado el contrato correspondiente y que al quedar sin efecto la licitación referida la Resolución N° 1.377/1991 –por la que se había prorrogado el contrato inicial hasta que finalizara la obra mencionada en la citada licitación– quedaba sin causa, motivación y finalidad, por lo que no constituía fuente de derechos y obligaciones (fs. 210/211).

El 9 de octubre del mismo año el citado funcionario remitió a la actora una carta documento en la que le comunicó que, vencido el plazo establecido en las Resoluciones Nros. 101/1994 y 218/1995, el 13 de octubre siguiente se procedería a labrar acta de recepción del local de comedor y cafetería conforme a las condiciones establecidas en la Cláusula 9° del contrato de concesión del 17 de noviembre de 1989 (fs. 176). La carta fue rechazada por la actora (fs. 177/178) quien, ante esta situación, solicitó el dictado de una medida cautelar que fue concedida (fs. 195), por lo que permaneció en la prestación del servicio.

habían sido confiados, viciando el acto administrativo inicial del procedimiento (Artículos 7°, inciso a), y 14, inciso b) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549). Vicio éste que se proyectó a la cadena sucesiva de actos que fueron una consecuencia de aquel, provocando también la nulidad de éstos³.

Hasta aquí, el breve relato del caso.

II. LAS CUESTIONES DE INTERÉS QUE SURGEN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Diversos aspectos de la decisión merecen no ser pasados por alto. En primer lugar, no debe perderse de vista que, tal como me propongo destacarlo desde el propio título de este comentario (y así vengo creyéndolo desde hace ya muchos años atrás⁴), la sentencia confirma el criterio de que el contrato administrativo es siempre el resultado de un procedimiento formal más o menos complejo, que se encuentra integrado por una serie de actos y decisiones que han llevado incluso a que la doctrina sistematice su estudio a través del concepto de *los actos administrativos contractuales*⁵.

³ Considerando 12 del voto mayoritario y 7° del voto del Juez Fayt.

⁴ Merteikian, Eduardo, *Estudios Sobre Contratación Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, Capítulo III, p. 137 y sigs.

⁵ Barra, Rodolfo C., *Los Actos Administrativos Contractuales (Teoría del acto coligado)*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1989.

9) Que el Juez de primera instancia hizo lugar a la acción de lesividad y rechazó la demanda interpuesta por la aquí recurrente (fs. 500/519), decisión que fue confirmada por la Cámara.

10) Que el *a quo* sostuvo que el Hospital Posadas se hallaba regido por la Ley N° 19.337, en la que se estipulan las facultades del ente y su director. Agregó que del texto completo de esta norma y del Decreto N° 5.720/1972 (Régimen de Contrataciones con el Estado) no se desprendía la facultad de otorgar licitaciones bajo el “sistema de anticresis”. Por tal razón, el Director del hospital carecía de competencia para obrar como lo hizo, por lo cual el llamado a licitación estuvo viciado en aquel elemento y fue nulo en los términos de los Artículos 7°, inciso a, y 14, inciso b, de la Ley N° 19.549.

Consideró que era abstracto tratar los agravios de la empresa referentes a la supuesta “accesoriedad” del derecho real de anticresis que se iba a constituir, al que aquélla había “renunciado”. Expresó que aun en la hipótesis de que el llamado a licitación bajo el sistema de anticresis hubiera resultado válido, igualmente no se había cumplido la normativa que exigía dar intervención a la Secretaría de Hacienda en toda medida de gobierno que implicara la celebración, ya sea a título oneroso o gratuito, de actos de constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales o personales (Decreto N° 2.045/1980, Artículo 1° inciso b).

También entendió la Cámara que era procedente la acción de lesividad pues, al haberse generado derechos subjetivos que se estaban cumpliendo, la administración se había visto obligada a interponer aquélla, conforme a lo ordenado en el Artículo 17 de la Ley N° 19.549.

La conclusión anterior no se ve conmovida por la circunstancia de que el objeto del contrato que el Estado celebre no se encuentre sustancialmente regido por las normas del derecho público o que se apliquen al contrato instrumental o accesoriamente normas del derecho común, tal como ocurrió en el caso en comentario, en el cual el derecho real de anticresis –que, según surge del relato, no se perfeccionó– se rija por las disposiciones específicas del Código Civil, pues las reglas relativas a la formación contractual (v. gr.: competencia, forma y procedimiento) serán siempre las determinadas por el derecho administrativo aplicable⁶.

El criterio señalado en el párrafo precedente es el que recepta el vigente Régimen de Contrataciones del Estado aprobado –mediando delegación legislativa– por el Decreto N° 1.023/20001⁷, en cuanto por su Artículo 11 dispone la necesidad de

⁶ Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, Capítulo I, p. 12 y sigs., y en especial p. 30. Me apresuro en aclarar que lo expuesto en el texto no implica una extensión del régimen jurídico que resulte aplicable al objeto, al resto del contrato, el que estará regido por las disposiciones del derecho que le resulten pertinentes en función de la naturaleza jurídica de la prestación que es su objeto. Así, si el contrato tiene por objeto la celebración de un fideicomiso, las disposiciones aplicables a los bienes fideicomitidos serán las que determine el Código Civil y la Ley N° 24.441 y el derecho administrativo estará limitado a los aspectos señalados. Ello, a su vez, impedirá una extensión indebida de las normas que disponen la emergencia pública y renegociación de los contratos celebrados por la Administración pública nacional contenidas en los Artículos 8°, 9° y 10 de la Ley de Emergencia Pública N° 25.561. Sobre este último aspecto, nos remitimos a lo que hemos dicho en “Emergencia de los servicios públicos. Problemas actuales desde la perspectiva de los usuarios y de los prestadores”, en Alanís, Sebastián D. (Coordinador), *El Derecho de la Emergencia III*, obra colectiva, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. 153 y sigs.

⁷ Dictado por el Poder Ejecutivo Nacional invocando las atribuciones delegadas por la Ley N° 25.414, tristemente conocida en el lenguaje corriente como “ley de superpoderes”.

11) Que la empresa fundó sus recursos ordinarios de apelación ante esta Corte en agravios que pueden resumirse así: a) la sentencia es autocontradictoria, porque si las Resoluciones Nros. 1.377/1991 y 161/1992, que eran nulas de nulidad absoluta, generaron derechos subjetivos que se estaban cumpliendo y por ello resultó necesaria la iniciación de la acción de lesividad respectiva, no procedía el rechazo de la demanda entablada por su parte contra la Resolución N° 101/1994 que pretendió afectar por disposición de la administración dichos derechos subjetivos. Si, por el contrario, no se estaban afectando derechos subjetivos, debió confirmarse la Resolución N° 161/1992 y rechazarse la demanda entablada por El Rincón de los Artistas SRL, y declarar improcedente la acción de lesividad; b) el director del hospital que podía, conforme a la Ley N° 19.337, enajenar inmuebles, también podía darlos en garantía mediante anticresis. Además –señaló– los contratos administrativos se rigen por sus leyes especiales, por lo que no correspondía aplicar –como lo hizo la Cámara– el Artículo 7° de la Ley N° 19.549 para ponderar su validez; c) el hospital era un ente descentralizado y, en consecuencia, le resultaba “optativo” dar intervención a la Secretaría de Hacienda si sus autoridades decidían enajenar inmuebles (cfr. Artículos 7° del Decreto N° 2.045/1980 y 6° de la Ley N° 22.423); d) no era abstracto abrir juicio acerca de si la cláusula por la que se pretendía derecho de anticresis era accesorio pues, si se consideraba que el llamado a licitación fue nulo por haberse efectuado mediante ese “sistema”, la invalidez de la cláusula respectiva era irrelevante a la luz de lo dispuesto en el Artículo 16 de la Ley N° 19.549. Por otra parte –agregó– el *a quo* nada dijo acerca de la “renuncia” formulada por su parte a la garantía de anticresis; e) la Cámara no fundó la declaración de nulidad de la Resolución N° 1.377/1991.

que ciertas decisiones del procedimiento se adopten a través de la emisión de actos administrativos (v. gr.: la que decide el tipo de procedimiento de selección que se llevará cabo; la que aprueba los pliegos de bases y condiciones particulares; la declaración de que el procedimiento hubiere resultado desierto o fracasado, entre otras) que deben reunir los requisitos esenciales que impone el Artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549⁸, y que zanja toda posible duda acerca de la aplicación “directa” a los contratos administrativos de las disposiciones contenidas en el Título III de la citada Ley N° 19.549⁹. Incluso, ha llevado a interpretar a algunos autores a que idéntica solución es predicable respecto de las disposiciones procesales contenidas en el Título IV de la misma ley¹⁰.

De allí que la sentencia resuelva que por la incompetencia del funcionario que intervino para disponer del bien inmueble que sería gravado con un derecho real de

⁸ En buenos términos, la norma debió exigir no solo los elementos previstos en el Artículo 7°, sino también el elemento *forma* contenido en el Artículo 8° de la misma Ley N° 19.549. Al respecto, nos remitimos a lo que hemos dejado expuesto en “Validez y Eficacia del Acto Administrativo” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 210:165 (marzo 1996).

⁹ El último párrafo del Artículo 7° de la Ley N° 19.549, reformado por el 36 del Decreto N° 1.023/2001, dispone: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”.

¹⁰ Cfr. González de Lellis, María Carolina; Hubeñak, Juan Manuel; Isabella, Diego; Soler, Analía; “Régimen Nacional de Contrataciones”, Legislación Comentada en AAVV, *Régimen de Contrataciones y Compre Nacional*, Número especial de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*, Buenos Aires, febrero 2002, p. 143 y sigs., en especial pp. 173-174.

12) Que –tal como lo decidió el *a quo*– el llamado a Licitación Pública N° 28/1992 fue inválido y en consecuencia ilegítima la Resolución N° 161/1992 por la que se adjudicó aquélla. Ello es así si se atiende al objeto de la licitación pública mencionada, es decir, el otorgamiento de la concesión del servicio de comedor y cafetería con el encargo de la construcción de una obra para la prestación de ese servicio mediante el sistema de anticresis, encargo que no podía ser realizado por el citado funcionario, que sólo contaba con las facultades enumeradas en los Artículos 4° y 5° de la Ley N° 19.337.

13) Que en efecto, si bien de esas disposiciones surgía su competencia para disponer de bienes inmuebles –por lo que, en forma implícita, se derivaba su competencia para constituir derechos reales sobre ellos– aquélla debía ejercerse con ajuste a las disposiciones pertinentes (Artículo 4° inciso a de la Ley N° 19.337).

De acuerdo a los reseñados términos de la ley, el llamado a licitación y, consecuentemente, la Resolución N° 161/1992, no se sujetaron a las referidas disposiciones y adolecieron de vicios en la competencia y el procedimiento, debido a que para la constitución del derecho real citado se requería, conforme a la reglamentación del Artículo 51 de la Ley de Contabilidad Pública, aprobada por el Decreto N° 2.045/1980, la intervención obligatoria de la Administración General de Inmuebles Fiscales. La misma norma disponía específicamente que la administración a cargo de los organismos usuarios se limitaba al uso y mantenimiento de los inmuebles afectados a su servicio, y se prohibían los actos de disposición al señalar que debían abstenerse de celebrar o propiciar actos que implicaran la transferencia de su uso o propiedad a otras entidades públicas o a particulares (Artículo 3°), lo que significaba otro óbice al intento de constituir el derecho real citado.

anticresis y por no seguir el procedimiento establecido para ello, era nulo el acto administrativo que ordenó el llamado a licitación pública, aparejando la nulidad de los actos administrativos consecuentes.

Sin perjuicio de señalar que no surge de una manera expresa del relato que realiza la sentencia cuál era la función específicamente asignada al derecho real de anticresis dentro del contrato de concesión para el servicio de bar y cafetería del hospital, dado que se trata de un derecho real de garantía, su utilización bien pudo haber tenido como finalidad actuar dentro del esquema de la financiación de la contratación administrativa, permitiendo asegurar al contratista la estabilidad del derecho a obtener el recupero de las inversiones que llevase a cabo a través de la explotación del bien inmueble cedido¹¹.

Pero no debe perderse de vista –circunstancia que se infiere de la decisión– que el derecho real de anticresis sólo puede ser constituido por el propietario que tenga capacidad (competencia en este ámbito) para disponer del inmueble, o por el que tenga derecho a los frutos (Artículo 3241 del Código Civil), y el que sólo tiene poder para administrar no puede constituir un anticresis (Artículo 3242 Código Civil). En ese sentido, no tratándose de un bien del dominio privado del Estado y no habiéndose previamente declarado innecesario para el funcionamiento de la gestión administrativa, la decisión le niega al Director interino del hospital competencia administrativa

¹¹ Calificada doctrina ha señalado –incluso– la analogía existente entre el derecho real de anticresis y el derecho real administrativo que se establece a favor del concesionario en el contrato de concesión de obra pública (cfr. Fanelli Evans, Guillermo, “Las concesiones de obra y de servicios públicos y los derechos reales administrativos”, en REDA, N° 21/23 (enero-diciembre 1996), Depalma, p. 93 y sigs.

14) Que resulta totalmente improcedente la aplicación al caso del Artículo 7° del mismo decreto, alegado por la actora para fundar la competencia del director del hospital para constituir anticresis, pues esa norma se refería exclusivamente a la venta, transferencia o disposición de bienes inmuebles devenidos innecesarios, en los términos del Artículo 3° del Decreto N° 3.660/1961, al solo efecto de encomendar su venta a la Secretaría de Hacienda - Administración General de Inmuebles Fiscales.

Es también descartable la aplicación del Artículo 6° de la Ley N° 22.423 invocada por la demandante con el mismo objeto, que resulta ajena al caso pues se refiere a la venta de inmuebles del dominio privado del Estado que no sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

15) Que sentado lo expuesto, cabe recordar la jurisprudencia de esta Corte conforme a la cual los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes (cfr. *Fallos*: 316:3157). El ente licitante no pudo así, en las bases del llamado a Licitación N° 28/1992, insertar cláusulas que no respetaban las disposiciones vigentes en materia de administración y disposición de bienes estatales.

16) Que en el *sub examine*, la omisión de cumplir con las formalidades reseñadas deriva en la nulidad absoluta de los actos de llamado a la Licitación N° 28/1992 y de adjudicación de esta última por la Resolución N° 161/1992, por lo que se extingue también la Resolución N° 1.377/1991 que se dictó en el marco del llamado a licitación referido.

para gravar con el citado derecho real de garantía el inmueble involucrado, sin intervención del órgano competente designado por la ley para ello (Artículo 1°, Ley N° 22.423, modificada por su similar N° 23.697; Artículo 1°, inciso b) de la reglamentación del Artículo 51 de la Ley de Contabilidad aprobada por el Decreto N° 2.045/1980)¹². Y es en razón de tales circunstancias que se consideró nulo el acto mismo de la convocatoria a la licitación pública por vicios en la competencia y en el procedimiento, y nulo también el acto de adjudicación posterior¹³.

Otro aspecto de la sentencia que merece destacarse es el que reafirma el orden de prelación jerárquica de las normas que rigen la contratación pública, y en el cual el pliego de bases y condiciones generales es una pieza clave que debe entenderse inscrita dentro del ordenamiento jurídico general al cual accede¹⁴. En efecto, sin perjuicio de destacar la peculiar condición jurídica que revisten –característica sobre la

¹² La Ley N° 24.156 de Administración Financiera dejó subsistente el Capítulo V (Artículos 51 a 54) de la Ley de Contabilidad, Decreto Ley N° 23.354/1956, y luego de la derogación que produce el Decreto N° 1.023/2001 del Capítulo VI de este último cuerpo dispositivo, el mencionado Capítulo V es el único que mantiene vigencia de la antigua norma, aunque también sufrió varias modificaciones sustanciales (cfr. el tratamiento que le asignamos en *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, Suplemento Especial de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, 2003, 9ª edición, p. 233 y sigs.).

¹³ Considerandos 13 del voto de la mayoría y 7° del voto del Juez Fayt.

¹⁴ Comadira, Julio R., *La Licitación Pública*; Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 115. Barra, Rodolfo C., *El Contrato de Obra Pública*, T.II, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1986, p. 482 y sigs., en especial p. 485, donde puede verse que el citado autor se manifiesta partidario de la naturaleza normativa de estos documentos, a los que califica como reglamentos administrativos

17) Que, a diferencia de lo sostenido por la recurrente, resulta adecuado aplicar, para el examen de la validez de los actos relacionados con contratos administrativos, las disposiciones de la Ley N° 19.549. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del Artículo 7° de dicha ley (texto anterior a la reforma por el Decreto N° 1.023/2001), los contratos administrativos se regían por sus leyes especiales y en forma analógica por las disposiciones del Título III de la ley, referente al régimen del acto administrativo.

En ese contexto, la inexistencia de regulaciones especiales referentes a los contratos sobre las materias regidas en el citado título llevaba a que aquellos debieran considerarse regulados por la misma normativa aplicable a los actos administrativos, razón por la cual resulta jurídicamente irreprochable el examen de los recaudos de validez de los actos impugnados que la Cámara efectuó a la luz de las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.549.

18) Que deben rechazarse las quejas de la apelante en cuanto a que la Cámara no trató sus agravios relativos a la invocada “accesoriedad” de la cláusula sobre constitución de anticresis contenida en el llamado a licitación, pues si bien el *a quo* consideró que era abstracto pronunciarse sobre el punto en atención a la declarada ilegitimidad del llamado, de todos modos evaluó la validez de la cláusula respectiva.

19) Que, por otra parte, no resulta reprochable que el *a quo* no haya considerado la “renuncia” que la recurrente efectuó respecto de la “garantía de anticresis” (Capítulos 15 de la demanda y 14 de la expresión de agravios ante la Cámara), ya que esa renuncia era jurídicamente irrelevante pues fue formulada por quien, como la actora, no era titular del derecho respectivo, e inadmisibles ya que los pliegos de

cual la doctrina ya se ha explayado¹⁵ – es la ley del procedimiento de selección y del contrato posterior, pero no puede contradecir el resto del ordenamiento jurídico (entre cuyas disposiciones se ubican las normas generales que rigen a los contratos públicos y las que gobiernan el funcionamiento de la Administración pública)¹⁶.

La eventual omisión de un precepto o disposición de rango superior en el pliego de bases y condiciones generales debe ser suplida por la aplicación directa al caso de la norma omitida.

La sentencia del Alto Tribunal confirma, por un lado, que la inclusión en el pliego de condiciones generales de una disposición que no respetó las normas vigentes en materia de administración y disposición de bienes del Estado invalidaba el acto del llamado a licitación pública y de la posterior adjudicación¹⁷, y al mismo tiempo señala que la renuncia expresada por el contratista a una cláusula inserta en dicho pliego (la garantía de anticresis) carecía de absoluta relevancia dado el carácter de reglamentos que aquéllos revisten “[...] razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones [...]”¹⁸.

Una tercera cuestión abordada en la decisión, que reviste una mayúscula complejidad y que suscita gran debate en la doctrina, es la relativa a la aplicación de las reglas de estabilidad del acto administrativo y de la relación existente entre los su-

¹⁵ Cassagne, Juan C., *El Contrato...*, op. cit., p. 50.

¹⁶ CSJN, Fallos: 323:1147, “Cadipsa S.A.”.

¹⁷ Considerandos 15 y 16 del voto de la mayoría.

¹⁸ Considerando 18 del voto de la mayoría.

condiciones generales revisten condición de reglamentos (*Fallos*: 316:3157), razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones.

20) Que cabe señalar, finalmente, que los agravios referentes a la supuesta autocontradicción de la sentencia apelada se desvanecen si se advierte que, en atención a lo dispuesto en el Artículo 17 de la Ley N° 19.549, no era imperativo para el hospital iniciar la acción de lesividad que tramitó en el *sub lite* para obtener la declaración de nulidad de la Resolución N° 161/1992, que podía ser válidamente revocada en sede administrativa pues no había generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo (Artículo 17 de la Ley N° 19.549).

Ello surge, en primer lugar, de la propia conducta de la actora que, como se señaló, envió una carta documento al hospital intimando a que se perfeccionara el contrato correspondiente.

En este sentido, la empresa destacó que “si la obra no se ha realizado aún, ello no ha sido por una cuestión propia de mi representada. Antes bien, ha sido ‘El Rincón de los Artistas SRL’ en su carácter de adjudicatario de la licitación 28/92 el que intimó a ese hospital, mediante su carta documento 0331 del 21-7-93 a cumplir con la concesión adjudicada, requiriendo la designación de escribano a los fines de la constitución del derecho real de anticresis y la firma del contrato respectivo”; asimismo se refirió a la omisión de entrega del terreno para construir la obra que debía ejecutarse conforme a los términos de esa licitación (fs. 141). De las declaraciones obrantes en la causa surge también que no se construyó obra alguna (fs. 368 vta., preg. 4ª, 369 vta., preg. 6ª, 371, preg. 9ª). Por su parte, en la nota del 20 de julio de

puestos contemplados en los Artículos 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549. Si bien la cuestión excede en mucho el ámbito y extensión de este comentario, y ha sido objeto de mayores y sustanciales desarrollos¹⁹, no desaprovecharemos la oportunidad para señalar la complejidad del asunto. Y ello, a pesar de que creemos que no era necesaria la introducción de este tópico en el tratamiento del caso por parte de la sentencia, la que hubiera podido arrojar igual resultado sin necesidad de introducirse en este controvertido aspecto.

La sentencia de la Corte Suprema objeto de este comentario viene a reiterar su criterio²⁰ —propugnado por un sector de la doctrina nacional²¹— de que las excepciones a la regla de estabilidad en sede administrativa del *acto regular* previstas en el Artículo 18 de la Ley N° 19.549 —entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado— son igualmente aplicables a la revocación del *acto irregular* contemplada en el Artículo 17, segunda parte, de la misma ley, pues se afirma que de lo contrario el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el acto administrativo

¹⁹ En el ilustrativo trabajo del Profesor De Estrada, Juan Ramón, “La Revocación por Ilegitimidad del Acto Administrativo Irregular (El Artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos)”, *La Ley*, 1976-D-820, puede verse los criterios doctrinales receptados por la norma.

²⁰ Cfr. *Fallos*: 321:169, “Almagro, Gabriela y otra c/ Universidad Nacional de Córdoba”, de fecha 17-02-1998, publicada también en *El Derecho*: 178:676, con nota de Diez, Horacio Pedro, bajo el título “El conocimiento del vicio por el administrado y la revocación del acto viciado de nulidad absoluta. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘Almagro’”.

²¹ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 5ª edición, p. VI-17, párrafo 10.1. Comadira, Julio R. (Laura Monti - Colaboradora), *op. cit.*, p. 363; Diez, Horacio Pedro, *El conocimiento del vicio...*, *op. cit.*

1993, dirigida por el hospital a la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud y Acción Social, se expresó que la firma del contrato había sido suspendida “dado el complejo sistema de licitación y los frustrados intentos de transferencia a jurisdicción provincial de [ese] nosocomio” (fs. 37).

Por su parte, la Resolución N° 1.377/1991 que prorrogaba el contrato con base en los términos de una licitación cuyas bases eran contrarias a la ley, debía extinguirse por lógica implicancia, ya que, al quedar sin efecto aquélla, carecía de causa y finalidad, y también podía ser válidamente revocada pues, como lo ha resuelto esta Corte, las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el Artículo 18 de la Ley N° 19.549 –entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado, en el caso, el vicio en la competencia y el procedimiento– son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el Artículo 17, primera parte, pues de lo contrario el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular (*Fallos*: 321:169). En esas condiciones, se torna también irrelevante el agravio según el cual la Cámara no fundó la declaración de nulidad de la Resolución N° 1.377/1991.

Por ello, se declaran procedentes los recursos ordinarios de El Rincón de los Artistas SRL y se confirma la sentencia apelada. Con costas (Artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos.

Carlos S. Fayt (según su voto) - Augusto César Belluscio - Enrique Santiago Petracchi - Eduardo Moline O'Connor - Antonio Boggiano - Guillermo A. F. López - Adolfo Roberto Vázquez - Juan Carlos Maqueda.

regular²², lo cual –se ha señalado también– no es una solución ni razonable, ni valiosa²³.

La Ley N° 19.549 diferencia los actos administrativos *regulares* de los *irregulares*, y en la primera categoría corresponde incluir a los actos válidos y a los que adolecen de un vicio leve o no grave (anulables), pues solamente se ha ocupado de definir como *irregulares* a los actos nulos de nulidad absoluta e insanable. Éstos son tales por adolecer de un vicio grave en alguno de sus elementos esenciales o determinantes de su validez según lo establecido en los Artículos 7° y 14 de la misma ley²⁴.

El Artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (texto modificado por la Ley N° 21.686) establece que el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera *irregular* y debe ser revocado²⁵ por la Administración o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. Y si, no

²² Considerando 20 última parte de la decisión de la mayoría, con cita de la sentencia registrada en la aludida causa “Almagro”.

²³ CSJN, *Fallos*: 321:169, “Almagro”, ya citada.

²⁴ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, 2ª edición actualizada, numeral 477, en especial apartado I), p. 470 y sigs. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Lexis-Nexis – Abeledo-Perrot, 2002, 7ª edición actualizada, p. 271. Comadira, Julio R., *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, 2ª edición actualizada, número 4.1, p. 177.

²⁵ Participamos del criterio de que el término *revocación* debe reservarse a la extinción del acto por la propia Administración pública y entendemos que la expresión *anulación* corresponde a la que efectúa el órgano judicial en ejercicio de su función jurisdiccional (cfr. De Estrada, Juan Ramón, *La Revocación...*, *op. cit.*).

Voto del Señor Presidente Doctor Don Carlos S. Fayt:

Considerando:

1) Que contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín dictada en las actuaciones acumuladas, que confirmó la de primera instancia que había rechazado la demanda entablada por El Rincón de los Artistas SRL contra el Hospital Nacional Posadas y admitido la acción de lesividad incoada por este último contra la empresa mencionada, declarando la nulidad de las Resoluciones N° 1.377/1991 y 161/1992, ambas del director interino del hospital (fs. 712/718), El Rincón de los Artistas SRL interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 722/725), concedido a fs. 726. El memorial obra a fs. 765/781 y su contestación a fs. 787/792.

2) Que el recurso ordinario es formalmente admisible toda vez que ha sido deducido contra una sentencia definitiva, recaída en una causa en la que la Nación es parte, y el valor cuestionado supera el mínimo establecido por el Artículo 24, inciso 6° del Decreto Ley N° 1.285/1958 y sus modificaciones, y la Resolución de esta Corte N° 1.360/1991.

3) Que el *a quo* sostuvo que de las constancias de la causa surgía que el Hospital Nacional Alejandro Posadas habría llamado a Licitación Pública N° 28/1992 para la concesión de comedor y cafetería por medio del sistema de anticresis; que por Resolución N° 2.377/1991 se dispuso la prórroga del contrato aprobado por Resolución N° 345/1989 y 1.121/1990 hasta que finalizara la obra mencionada en la citada licitación; que mediante Resolución N° 161/1992 se aprobó la Licitación N° 28/1992 y se le

obstante, el acto estuviere firme y consentido²⁶ y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad, la que debe ser solicitada por la propia Administración pública mediante la denominada *acción de lesividad*. Es decir que –tal como quedó anticipado más arriba–, en este último supuesto, debe primeramente y con audiencia del interesado, emitir el acto administrativo que declare la *lesividad*, y recién luego promover la acción judicial respectiva. Si al mismo tiempo la Administración considerara que se encuentran reunidos los extremos que habilitan la solicitud de una medida cautelar, ínterin la tramitación del proceso, así deberá solicitarla al Juez de la causa²⁷.

Ahora bien, el Artículo 18 de la misma ley establece que el acto administrativo *regular* (recordemos que por exclusión para la ley son tales, el acto válido y el que

²⁶ Se enseña –a mi juicio, con razón– que la norma incluye una conjunción impropia, y por lo tanto debe interpretarse como alternativa, pues de lo contrario carecería de sentido (cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 269).

²⁷ Cfr. C.Cont. Adm.Trib. Ciudad de Bs. As. Sala I, “Auzón de Martinelli, Lía M. V. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 09-04-2003, *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento de Derecho Administrativo del 25-02-2004, p. 69 y sigs., voto de los Jueces Balbín y Corti por la mayoría. No estamos persuadidos que en ese caso resulte procedente la suspensión oficiosa en sede administrativa, con sustento en el Artículo 12 de la Ley N° 19.549, del acto que no se puede revocar a pesar de contar con los valiosos aportes de destacada doctrina y de allí que ante la duda, nos inclinemos por el criterio que deja librado al Juez el análisis de su procedencia por considerar que de esa manera se asegura mejor el principio de la tutela judicial efectiva. A favor de la solución contraria véase Comadira, Julio R., *La Anulación de Oficio...*, op.cit.; número 4.2.2; p. 184 y número 4.2.3 i); p. 195 y sigs.

adjudicó a “El Rincón de los Artistas SRL”, y que por Resolución N° 101/1994 se dejó sin efecto dicha licitación (fs. 88 del Expediente 2020- 0177001671/93-3).

Agregó que a la luz de lo dispuesto por la Ley N° 19.337, el Hospital Nacional Posadas es un ente descentralizado, persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, enajenar bienes muebles e inmuebles de toda clase con ajuste a las disposiciones pertinentes cuya conducción está a cargo de un director (Artículo 4°, inciso 1°).

Tras caracterizar a la descentralización administrativa sobre la base de que importa la distribución de las competencias públicas entre múltiples entidades administrativas independientes del poder central con personalidad jurídica propia y con un ámbito de competencia exclusiva, entendió que, de acuerdo al texto completo de la ley citada y el Decreto N° 5.720/1972 (Régimen de Contrataciones del Estado) no existía en el caso la facultad de otorgar licitaciones bajo el sistema de anticresis. Indicó que en el campo del derecho público la competencia –que es una carga– supone un texto, motivo por el cual no cabe extender el principio de libertad o capacidad en el derecho privado a los órganos públicos; el postulado según el cual “todo lo no prohibido está permitido” (Artículo 19 Constitución Nacional) no se extiende a la actuación del Estado que se rige, en cambio, por el principio de legalidad.

Sobre esa base restó relevancia al agravio de “El Rincón de los Artistas SRL” en cuanto a que el Hospital Posadas fuera un ente autárquico, pues la autarquía no implica independencia, sino mera facultad de autoadministración, pero de acuerdo a una norma establecida por una autoridad superior. De allí que entendió que la circunstancia de que el hospital pueda o no celebrar determinados actos, no se relaciona-

adolece de un vicio leve o no grave) del que hubieren nacido derechos subjetivos no podrá ser revocado, modificado o sustituido una vez que haya sido notificado. Tal es el principio general que la ley sienta en este primer párrafo, el cual cede –entre otros supuestos– cuando el interesado hubiere conocido el vicio que afectare el acto, en cuyo caso la Administración puede de oficio revocar, modificar o sustituir el acto administrativo regular.

A este último respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema también tiene dicho: “[...] una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave [...]”²⁸.

Así las cosas, deberá convenirse en que una excesiva extensión del criterio de asimilación reseñado pulverizaría la diferencia en el tratamiento que la ley le dispensa a la revocación de los actos regulares –por principio estables o irrevocables en sede administrativa²⁹– respecto de los actos irregulares –revocables en sede administrativa en determinadas condiciones–, y suprimiría incluso el principio de estabilidad del acto administrativo que crea o reconoce derechos subjetivos al administrado, a menos –claro está– que se considere que tal principio no surge de la ley, criterio que no compartimos. En efecto, piénsese en el enorme poder que se le estaría asignando a la Administración pública, que acudiendo al simple expediente de alegar el conocimiento del vicio por parte del interesado (o que en determinadas circunstancias el

²⁸ CSJN, *in re* “Almagro” citada, Considerando 5°.

²⁹ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, *op. cit.* p. 266; Gordillo, Agustín, *Tratado*, *op. cit.*, T. II, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 5ª edición, p. VI-13.

ba con el hecho de que fuera un ente autárquico, sino con que hubiera una norma que expresamente lo autorizara a ello.

Sostuvo que el llamado a licitación es un acto administrativo –declaración unilateral dictada en ejercicio de la función administrativa productora de efectos jurídicos individuales y directos– por lo cual resultan de aplicación las disposiciones de la ley de procedimientos administrativos en cuanto establecen el régimen jurídico de los actos administrativos en sus caracteres, elementos, vicios y nulidades.

Entendió que en el procedimiento licitatorio existe vicio en la competencia, cuando el acto administrativo separable emana de órgano incompetente por ausencia de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos. Su determinación exigía, en el caso, comprobar la existencia de habilitación legal para celebrar el acto administrativo de adjudicación. El órgano era entonces incompetente –en razón de la materia– para llamar a licitación pública bajo el derecho real de anticresis, por lo que al faltar uno de los elementos esenciales del acto administrativo, el llamado a licitación deviene nulo de nulidad absoluta (Artículos 7° inciso a y 14 inciso b de la Ley N° 19.549).

Consideró que aún de considerárselo válido –esto es, dictado por una autoridad competente– no se dio intervención a la Secretaría de Estado de Hacienda (Ministerio de Economía), lo cual hubiera correspondido como en toda medida de gobierno que implique la celebración, a título oneroso o gratuito, de actos relativos a inmuebles estatales por los cuales se constituyan, transfieran, modifiquen o extingan derechos reales o personales (Artículo 1° inciso b, Decreto N° 2.045/1980).

interesado no podía desconocer el vicio que afectaba el acto, tomando en cuenta que no puede invocarse el error de derecho) daría como resultado que para obtener la declaración de invalidez del acto administrativo no necesitaría, prácticamente en ningún caso, acudir a la acción judicial para obtener esa invalidación.

A ello se le podrían agregar dos circunstancias agravantes. Primero, que el acto revocatorio se presumiría legítimo (Artículo 12 Ley N° 19.549) y, segundo, que en caso de que el órgano administrativo procediera a la revocación sin previamente oír al interesado, la nulidad absoluta que de esta última omisión se deriva quedaría purgada con la invocación de la *teoría de la subsanación*, la cual no obstante ser criticada por calificada doctrina, se viene registrando en algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁰.

De manera que la interpretación acerca de la verificación de la existencia de este supuesto de habilitación de la potestad revocatoria del acto regular por la Administración pública debe ser, cuando menos, sumamente estricta o restringida, pues al configurar una excepción a la regla general dispuesta por la norma, el criterio restringido es el que se impone³¹. Debe tenerse en cuenta que –como también lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación– al igual que sucede en el derecho común,

³⁰ Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot –Lexis Nexis, 2003, 2ª edición actualizada, Capítulo 1, p. 17.

³¹ Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 271. Guerrero, Alejandro Osvaldo, “El conocimiento del vicio por el administrado y la estabilidad del acto administrativo irregular. Reflexión crítica en torno de los Artículos 17 y 18 de la Ley N° 19.549, de Procedimientos Administrativos”, *REDA*, N° 17 (septiembre-diciembre 1994), p. 571 y sigs., en especial pp. 574-575.

Sobre la base de tales argumentos y tras indicar que la acción de lesividad resultó innecesaria por aplicación de lo dispuesto por el Artículo 17 de la Ley N° 19.549, entendió que debía confirmar la sentencia de la instancia anterior que había declarado la nulidad del acto.

4) Que la empresa fundó su recurso ordinario de apelación ante esta Corte en agravios que pueden resumirse así: a) la sentencia es autocontradictoria, porque si las Resoluciones Nros. 1.377/1991 y 161/1992, que eran nulas de nulidad absoluta, generaron derechos subjetivos que se estaban cumpliendo y por ello resultó necesaria la iniciación de la acción de lesividad respectiva, no procedía el rechazo de la demanda entablada por su parte contra la Resolución N° 101/1994 que pretendió afectar por disposición de la administración dichos derechos subjetivos. Si, por el contrario, no se estaban afectando derechos subjetivos, debió confirmarse la Resolución N° 161/1992 y rechazarse la demanda entablada por El Rincón de los Artistas SRL, y declarar improcedente la acción de lesividad; b) el director del hospital podía enajenar inmuebles (Ley N° 19.337) y por lo tanto también podía darlos en garantía mediante anticresis. Además –señaló– los contratos administrativos se rigen por sus leyes especiales, por lo que no correspondía aplicar –como lo hizo la Cámara– el Artículo 7° de la Ley N° 19.549 para ponderar su validez; c) el hospital era un ente descentralizado y, en consecuencia, le resultaba “optativo” dar intervención a la Secretaría de Hacienda si sus autoridades decidían enajenar inmuebles (cfr. Artículos 7° del Decreto N° 2.045/1980 y 6° de la Ley N° 22.423); d) no era abstracto abrir juicio acerca de si la cláusula por la que se pretendía derecho de anticresis era accesorio pues, si se consideraba que el llamado a licitación fue nulo por haberse efectuado mediante ese “sistema”, la invalidez de la cláusula respectiva

no existen en este ámbito otras nulidades que no sean aquellas que la propia ley dispone como sanción a una trasgresión de la ley³². De manera que más allá de toda discusión, una interpretación que extienda con exceso los supuestos contemplados en el Artículo 18 al ámbito de funcionamiento del Artículo 17, segunda parte, podría dar como resultado la creación de nulidades por la interpretación que de ellas lleve a cabo –no ya el Juez– sino el propio órgano administrativo.

En ese sentido, apréciase que en el caso previsto por el Artículo 18, para que el acto adquiera estabilidad basta con que sea notificado (la ley no exige que se encuentre firme o consentido) y hayan nacido de él derechos subjetivos y en cambio en el caso previsto por el Artículo 17 ello por sí sólo no es suficiente, pues es necesario, además, que los derechos subjetivos que se hubiesen generado se estén cumpliendo³³. De tal manera que la interpretación bien podría ser la inversa, ya que al ser el acto regular la potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad encuentra un límite más riguroso que en el caso del acto irregular y ello se justifica en la circunstancia de que en el supuesto contemplado por el Artículo 18, el acto administrativo es regular (válido o anulable) y entonces, una vez notificado (remarcamos que la ley no exige que se encuentre firme o consentido) y nacido de él derechos subjetivos su nulidad deberá ser demandada judicialmente y decidida por los Jueces (arg. Artículos 15 y 18 Ley N° 19.549). O, en su caso, revocado por la Administración

³² CSJN, “Meridiano S.C.A. y otras c/ Administración General de Puertos”, sentencia del 24-04-1979, *Revista Régimen de la Administración Pública – Rap*: 9:88 y “Almacenajes del Plata S.A.C. c/ Administración General de Puertos”, sentencia del 24-11-1988, *Fallos*: 311:2385.

³³ Comadira, Julio R., *Procedimientos Administrativos...*, op. cit.; comentarios a los Artículos 17 y 18; apartado 2.2.2, pp. 378-379.

era irrelevante a la luz de lo dispuesto en el Artículo 16 de la Ley N° 19.549. Por otra parte –agregó– el *a quo* nada dijo acerca de la “renuncia” formulada por su parte a la garantía de anticresis; e) la Cámara no fundó la declaración de nulidad de la Resolución N° 1.377/1991.

5) Que tal como lo decidió el *a quo*, el director del hospital sólo contaba con las facultades enumeradas en los Artículos 4° y 5° de la Ley N° 19.337. De esa disposición surgía su competencia para disponer de bienes inmuebles y, en forma implícita, se derivaba su competencia para constituir derechos reales sobre ellos. Sin embargo ésta debía ejercerse con ajuste a las disposiciones pertinentes (Artículo 4° inciso a de la Ley N° 19.337), lo que en el caso no ocurrió. En efecto, para la constitución del derecho real citado se requería –conforme a la reglamentación del Artículo 51 de la Ley de Contabilidad Pública, aprobada por el Decreto N° 2.045/1980– la intervención obligatoria de la Administración General de Inmuebles Fiscales. La misma norma disponía específicamente que la administración a cargo de los organismos usuarios se limitaba al uso y mantenimiento de los inmuebles afectados a su servicio, prohibiéndose los actos de disposición al señalarse que debían abstenerse de celebrar o propiciar actos que implicaran la transferencia de su uso o propiedad a otras entidades públicas o a particulares (Artículo 3°), lo que importaba otro óbice al intento de constituir el derecho real citado.

6) Que no es de aplicación en la especie la previsión del Artículo 7° de ese mismo decreto, en el que la actora pretende fundar la competencia del director del hospital para constituir anticresis: esa norma contempla exclusivamente la venta, transferencia o disposición de bienes inmuebles devenidos innecesarios, en los términos del Artículo 3° del Decreto N° 3.660/1961, al solo efecto de encomendar su venta

pública por razones de oportunidad, mérito o conveniencia mediante la correspondiente indemnización.

En consecuencia, una interpretación que armonice ambas disposiciones bien podría ser aquella que propugna un sector de la doctrina y según la cual para que el requisito del conocimiento del vicio por el interesado pueda considerarse cumplido, es imprescindible su participación dolosa o maliciosa en la formación del vicio que afecta a dicho acto, no bastando cualquier conocimiento o noticia³⁴.

El conocimiento del vicio por parte del interesado debería comportar –entonces– un conocimiento doloso o malicioso; es decir que el interesado haya provocado o participado en su formación, pues la ley lo impone como castigo o sanción a su mala fe³⁵,

³⁴ De lo contrario, la estipulación legal prácticamente no tendría cabida, desde que el error de derecho o la ignorancia de la ley en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad de los actos ilícitos (Artículos 20 y 923 Código Civil).

³⁵ Cfr. voto del Juez Corti en el fallo citado *supra* en nota 25. Gordillo, Agustín, *Tratado...*, *op. cit.*, T.III, p. VI-18; párrafo 10.2. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho...*, p. 271 y especialmente nota 113 en esa misma página. En contra Carillo, Santiago R., para quien se deberá demostrar que el administrado estuvo en condiciones de valorar la legalidad del obrar de la Administración y entonces dependerá de de cuestiones de hecho que deberán ser alegadas y probadas en cada caso. Cfr. del citado “¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio como fundamento de la anulación del acto” (nota al fallo del TS Ciudad Aut. de Buenos Aires recaído con fecha 09-04-2003 en la causa “Labayru, Julia E. y otros s/ queja”), *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 05-12-2003, p. 13 y sigs. y especialmente p. 23, elogiando el criterio expuesto en el voto en disidencia de los Jueces Muñoz y Casás en el fallo que el autor comenta.

a la Secretaría de Hacienda - Administración General de Inmuebles Fiscales. De igual modo, la cuestión no puede subsumirse en lo dispuesto por el Artículo 6° de la Ley N° 22.423 que invoca el recurrente, ya que se refiere a una cuestión distinta: la venta de inmuebles del dominio privado del Estado, innecesarios para el cumplimiento de sus funciones.

7) Que es doctrina de esta Corte que los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes (cfr. *Fallos*: 316:3157). La aplicación de este principio al caso conduce a concluir que el ente licitante no pudo así insertar, en las bases de llamado a Licitación N° 28/1992, cláusulas que no respetaban las disposiciones vigentes en materia de administración y disposición de bienes estatales.

De la omisión de cumplir con las formalidades reseñadas se deriva –tal como lo señaló el *a quo*– la nulidad absoluta de los actos de llamado a la Licitación N° 28/1992 y de adjudicación de esta última por la Resolución N° 161/1992, por lo que se extingue también la Resolución N° 1.377/1991, dictada en el marco del llamado a licitación referido.

Contrariamente a lo que sostiene la recurrente, resulta adecuado aplicar para el examen de la validez de los actos relacionados con contratos administrativos, las disposiciones de la Ley N° 19.549. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del Artículo 7° de dicha ley (texto anterior a la reforma por el Decreto N° 1.023/2001), los contratos administrativos se regían por sus leyes especiales y en forma analógica por las disposiciones del Título III de la ley, esto es, el régimen del acto administrativo.

criterio que recientemente ha recibido la adhesión de un nutrido e importante sector de la doctrina³⁶.

De lo contrario, no cabría hacer ninguna diferencia en el tratamiento que la ley le dispensa a ambas categorías de actos y es sabido que –como bien lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde antiguos pronunciamientos– en lo relacionado con los métodos de interpretación de la ley la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no pueden presumirse, y que la primera regla en esta materia consiste en respetar la voluntad del legislador y en tal sentido debe estarse a las palabras que ha utilizado. Si la ley emplea determinados términos, la regla de interpretación más segura es la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, la misión de los Jueces es dar pleno efecto a las normas sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por aquel en ejercicio de sus propias facultades³⁷.

³⁶ Cfr. Agustín Gordillo (Director) – Mabel Daniele, Osvaldo Siseles, Diego Sarciat, Mario Retjman Farah, Gregorio Flax, Rosaura Cerdeiras y colaboradores, en *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis – Depalma, 2003, p. 211, donde los redactores y colaboradores propugnan una interpretación sumamente cuidadosa de esta excepción so riesgo de convertir en revocable cualquier acto y desnaturalizar en consecuencia la excepción normativa.

³⁷ *Fallos*: 318:1012 y sus abundantes citas entre muchísimos otros.

En este contexto, la inexistencia de regulaciones especiales no podía conducir sino a la aplicación de las previsiones relativas a los actos administrativos, razón por la cual no puede objetarse el examen de los recaudos de validez de los actos impugnados que la Cámara efectuó a la luz de las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.549.

8) Que igual suerte deberán correr las quejas de la apelante vinculadas a la alegada ausencia de tratamiento de sus agravios sobre la “accesoriedad” de la cláusula de constitución de anticresis contenida en el llamado a licitación. Ello es así pues si bien el *a quo* consideró que era abstracto pronunciarse sobre el punto en atención a la declarada ilegitimidad del llamado, de todos modos evaluó la validez de la cláusula respectiva, por lo que el alegado carácter accesorio carece de relevancia.

9) Que, del mismo modo, no resulta reprochable que el *a quo* no haya considerado la “renuncia” que la recurrente efectuó respecto de la “garantía de anticresis” (Capítulos 15 de la demanda y 14 de la expresión de agravios ante la Cámara): esa renuncia era jurídicamente irrelevante pues fue formulada por quien, como la actora, no era titular del derecho respectivo, e inadmisible ya que los pliegos de condiciones generales constituyen reglamentos (*Fallos*: 316:3157), razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones.

10) Que finalmente, deben desestimarse los agravios relativos a la autocontradicción del pronunciamiento apelado. En efecto, más allá de que se trata de una mera reiteración del memorial contra la sentencia de primera instancia que como tal autorizaría a declarar la deserción de este aspecto del recurso, lo cierto es que el apelante carece de interés en sostener esta queja. Es que aun cuando se admitiera por vía de mera hipótesis que del progreso de la acción de lesividad resultaría la invalidez de la Resolución N° 101/1994, ese mismo resultado positivo respecto de la mencionada acción de lesividad obstaría a la procedencia de su reclamo.

Por ello, se declara procedente el recurso ordinario interpuesto por “El Rincón de los Artistas SRL” y se confirma la sentencia apelada. Con costas (Artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvanse los autos.

Carlos S. Fayt.

CAPÍTULO 23

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y MERCOSUR

POR JORGE LUIS SALOMONI

Es abogado, especialista en Derecho Administrativo. En el ámbito académico, fue profesor titular en la Universidad Católica Argentina; es profesor invitado en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Santa Fe, Director del posgrado en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano y profesor titular en la carrera de grado, profesor en la Universidad Nacional de La Plata, en la Universidad Nacional de Buenos Aires, en la Universidad Austral, profesor invitado en la Universidad de Caisa do Soul de Brasil, profesor extraordinario en la Universidad Notarial Argentina y Director de su Instituto de Derecho Administrativo, Secretario del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Miembro del Comité Ejecutivo y Miembro Fundador de la Asociación de Derecho Público del Mercosur y Director de la Revista Actualidad en el Derecho Público.

En otro lugar sostuve que¹, desde mi punto de vista, todo proceso de integración regional constituye, fundamentalmente, un proceso cultural². De ser válida tal afirmación, ello implica necesariamente, que la integración sólo podrá realizarse cuando se vaya conformando un sistema de valores comunes entre los actores del proceso, que incluye una visión del mundo en el que se vive y hacia el cual se pretende ir, y que el propio proceso sea internalizado como bueno por esos mismos ciudadanos de los países miembro de la unión³. Ello podrá ser posible, a su vez, cuando la interacción comunicativa entre

¹Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios Públicos*, Ad-Hoc Editor, Buenos Aires, 1999, p. 415 y ss.

²Es muy importante la visión de Jacques Delors, ex-presidente de la Comunidad Europea, en punto al origen del proceso de integración europeo: "Conocerán ustedes quizás estas palabras que le pido prestadas a Jean Monnet, pero que en realidad nunca fueron dichas: *Si habría que hacerlo de nuevo comenzaría por la cultura*...La convicción, premonitoria, era que una etapa de la construcción europea se estaba produciendo: la de una aventura elitista, esencialmente económica, que consistía en pasar de una estrategia del pequeño escalón a la de un verdadero proyecto político y cultural. Y no se trataba solamente de colgar una cortina cultural sobre un fondo económico, como quien agrega azúcar para disimular la amargura de una poción o, si prefieren, como colocar una cereza sobre una torta opulenta". ("Al principio era la economía...", Revista "Integración Latinoamericana", N° 196, p. 85, INTAL, Buenos Aires, diciembre de 1993).- No hay que olvidar que: "La cultura aparece en la sociedad con ese carácter más o menos unitario que confiere un sistema de referentes de la identidad en el seno de una comunidad". (Llamas, Ángel, "Cultura y Sociedad. Exponentes de una visión desde la crisis de la cultura", en VVAA, "Valores, Derechos y Estado a finales del siglo XX", p., 239, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1996).

³Tomando la perspectiva de las elites dirigentes europeas, se ha dicho que: "Al margen de los nobles ideales de sus visionarios fundadores, la evolución desde la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1952 hasta la Unión Europea en los años noventa puede explicarse casi por completo en términos de un *modus vivendi*: la integración constante ha tenido lugar en gran medida porque la clase política de cada estado creía que era en interés de su propio país. No hay nada inusual en esto; por el contrario, sería raro que estados independientes estuvieran deseosos, a primeras, de negociar su soberanía en favor de arreglos federativos sobre una base distinta del interés nacional". (Norman, Wayne J., "La construcción de una Unión Federal Europea. Una perspectiva filosófica-política", en Revista Internacional de Filosofía Política, N° 7, p., 63, Universidad Nacional de Educación a Distancia-España, Universidad Autónoma Metropolitana-México, 1996).-

los individuos⁴ —cualquiera sea su posición social, política, económica, intelectual— vaya produciendo ese sistema axiológico, y además, éstos vislumbren, y se generen en la realidad, mejores condiciones de vida respecto a las que tenían en el pasado. Esto constituye un nuevo proceso de legitimación de un estadio superior de organización como es la unión, sea ésta, aduanera, económica o política.

La dimensión cultural, es entonces en mi opinión, uno de los más importantes problemas de la integración: sin cultura común no hay real integración.

Entonces, y porque el derecho es cultura⁵, el gran desafío de la hora actual para los juristas de América del Sur, lo constituye, sin duda alguna, el establecer un torrencial y fluido intercambio de ideas que permitan, previa contrastación con la realidad, sentar las bases jurídicas del proceso de integración en general, y del Mercosur en particular.

Por ello, el presupuesto del que parto, es que existe la necesidad de construir un derecho público comunitario contemporáneamente con el avance del proceso de integración. No con posterioridad. Sino reitero y sostengo, que la teorización y construcción de ese derecho público debe ser una base estructural de la construcción global del sistema jurídico de la Comunidad.

No debe olvidarse que transitamos, aún hoy, un largo período histórico que, como bien lo explica Zagrebelsky, se lo puede caracterizar como de “transformación de la soberanía”, —tanto externa como interna en mi concepción—, esto es, por un lado, el desdibujamiento, la pérdida de claridad del concepto que fundó, y sobre el que se asentó, la construcción nacional e individual del derecho público decimonónico⁶, y por otro lado, la consiguiente incerteza sobre su configuración actual y futura, y la ausencia de principios e instituciones nuevas o reconstruidas que refunden la legitimidad del sistema jurídico. De ahí la importancia en un proceso de integración, de intentar la construcción de un derecho público, fundamentalmente el administrativo, que tienda a establecer, a clarificar, a cartografiar en definitiva, el nuevo rumbo. Ello en función de, quizás, un nuevo modelo de Estado y de una nueva o reformulada relación de ese Estado con otros Estados, y con la sociedad y el individuo pertenecientes al mismo.

⁴Para una profundización de la teoría, ver: Habermas, Jürgen, “Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático del derecho en términos de teoría del discurso”. Editorial Trotta, Madrid, 1998.-

⁵“El Derecho forma parte del mundo de la cultura puesto que a través de la objetivación, por medio de mandatos, con origen en conductas humanas, de pautas de vida social, pretende orientar la conducta de los hombres. Esas formas de vida social cristalizadas, esos *standars* de conducta, sobreviven a sus autores, son cultura. El Derecho es cultura y está inserto en una forma general de cultura propia de cada tiempo histórico y también propia de las líneas de evolución y de las influencias producidas en cada sociedad”. (Peces-Barba, Gregorio, “Introducción a la filosofía del derecho”, pp., 84 y 86, Editorial Debate, Madrid, 1988). Desde otro punto de vista, el antropológico, se ha sostenido que, la mayoría de las veces, en el pensamiento jurídico: “Se pasa por alto que lo prima es la concepción del derecho como *forma de pensamiento de una cultura y en el seno de una cultura*; el derecho es esencialmente un elemento cultural. A veces se pierde esta idea, diluida en la tecnicidad de la actividad jurídica o se transforma en un argumento huero y empleado, tanto si conviene como si no, para legitimar reglamentaciones *ad hoc* y *ad hominem*. Pero ésta percepción implica el desafío de *pensar el derecho como cultura*. Es ir mucho más allá de la mera reflexión sobre los instrumentos jurídicos acordados por los sujetos del derecho”. (Broekman, Jan M., “Derecho y antropología”, pp. 18/9, Editorial Civitas, Madrid, 1993).

⁶“Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas (de la soberanía), tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de *contextos* que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen”. (Zagrebelsky, Gustavo, “El derecho dúctil”, pp., 11/2, Editorial Trotta, Madrid, 1995).-

Ahora bien, considero que esa conformación del derecho público comunitario no se podrá realizar únicamente de arriba hacia abajo, esto es, a través de un órgano judicial comunitario o de otra naturaleza que homogeneice, a través de la aplicación del derecho comunitario, a los derechos nacionales; sino que la armonización de esos ordenamientos jurídicos, se deberá realizar fundamentalmente, a través de los propios órganos constitucionales de cada país, es decir, una armonización de abajo hacia arriba, lo que permitirá en mi opinión, en menos tiempo y más eficazmente, la construcción de tal derecho público común. Como se verá más abajo, serán la Administración Pública y los jueces nacional de cada Estado miembro, los principales agentes armonizadores.

Ello permite diferenciar claramente el proceso de construcción seguido por la Comunidad Europea con relación al imaginable en nuestro continente.

En efecto, como ha sostenido González-Varas Ibáñez, "...el Derecho Administrativo europeo en principio se desarrolla a través de esta vía de la aplicación por las Administraciones nacionales, de los principios comunitarios (establecidos por el Tribunal de Justicia)"⁷. Ello significa que ese derecho constituye, para los europeos, el "conjunto de principios jurídico-administrativos, generados en los ordenamientos nacionales en virtud del derecho comunitario"⁸.

Asimismo debe señalarse la dificultad que presentó y presenta la conformación de ese derecho administrativo europeo dadas las marcadas divergencias o contrastes y, también convergencias, que ostentan entre sí los derechos administrativos nacionales, y dentro de ellos, la institución contrato público⁹.

⁷González-Varas Ibáñez, Santiago, "La problemática actual del derecho administrativo europeo", en "Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario", Anno VI, N° 1/1996, p., 5, Giuffrè Editore, Milan, Italia.

⁸E. Schmidt-Assman, "Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht", DVBl, 1993, citado por González-Varas Ibáñez, Santiago, en op., cit., "La Problemática actual...", nota 14.-

⁹Ampliar en el excepcional estudio de Cassese, Sabino, "Le probleme de la convergence des droits administratifs: vers un modele administratif europeén?", en VVAA. "L'Etat de Droit", Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, p. 47, Dalloz, París, 1996, reproducido, en traducción castellana, en la Revista "Actualidad en el Derecho Público", SCS & Asociados Editores, Buenos Aires, septiembre-diciembre de 1996, N° 5, p. 3 y ss.- Este autor sostiene, desde el punto de vista histórico, que en la Europa de los siglos XVI al XVIII existía una identidad fundamental de los modelos, de los métodos y de las actitudes, es decir, del derecho sustantivo: "En el siglo XIX se produce la fractura. Los especialistas de la historia de la comparación jurídica se preguntaron cuales son sus razones. Se definió una de ellas como la adopción del Código de Napoleón que, con las otras codificaciones del siglo XIX, excluyó la aplicación de la *lex alius loci*. Otros atribuyeron la falta a los nacionalismos dominantes del siglo pasado. Otros, finalmente, encontraron la causa de la ruptura en la concepción según la cual la fuente del derecho es la legislación que no puede ser otra cosa que estatal. Nosotros trataremos de ilustrar cómo se formó la oposición entre modelo francés y modelo inglés (modelo civil law —modelo common law, modelo con "derecho administrativo— modelo sin "derecho administrativo") y de definir una doble influencia: por una parte, una influencia político-ideológica; por otra parte, una influencia científica. La idea que queremos exponer es que los modelos se formaron de manera *contrastiva*. En otros términos, que se formaron por oposición, pero de manera compleja". Luego de explicar dicho contraste sostiene que: "Los dos modelos, en tanto, se habían "fijado". Aún habiendo nacido por razones contingentes y en un espíritu de polémica, la divergencia entre el modelo "estatista", propio de los países de civil law y el modelo liberal, propio de los países de common law, aunque el common law sea -como se observó- el subproducto de un triunfo administrativo, se transformará en un elemento adquirido. Incluso, el éxito de Dicey, en el siglo XX, en Europa continental, acordará a esta oposición una nueva vida. Maurice Hauriou, en Francia, reaccionará contra Dicey, explicando la superioridad del modelo caracterizado por el "régimen administrativo" sobre el modelo inglés. En Italia, Romano, luego Zanobini, más prudentes, golpeados por la "construcción" de Dicey, opusieron las administraciones de derecho administrativo a las administraciones sin derecho administrativo. En Alemania solamente, Hatscheck y Koellreuther tomaron su distancia con respecto a la oposición. El contraste, subrayado por razones políticas e ideológicas, fue reforzado por un elemento científico, el de la afirmación de la escuela histórica del derecho, luego, en la misma perspectiva, por el positivismo normativista. Según estas orientaciones, todo derecho es el fruto de una cierta historia y de una cierta cultura (el "*Volksgeist*"). El derecho es por lo tanto ley del Estado. Si es monopolio del Estado, es el producto de un poder soberano que excluye las "intrusiones" de otros sistemas. Las evoluciones no pueden ser sino parciales, no puede haber convergencias. Así termina la vocación "europea" o mejor "universal" del derecho y de sus modelos". No menos interesante resulta el dato sobre el desfase que

Por ello la importancia que ha adquirido la labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la realización del derecho administrativo europeo, "...máxime cuando, al paso que armoniza corrige los planteamientos jurídicos nacionales"¹⁰. Es decir que, la construcción de esta rama del ordenamiento se produce, primordialmente, de arriba para abajo, de la Unión hacia los Estados, del Tribunal de Justicia hacia las administraciones nacionales¹¹.

Las peculiaridades culturales de los países del Mercosur respecto de Europa, la identidad, entre los países sudamericanos, de sus ordenamientos jurídicos en cuanto a sus fuentes y los núcleos de regulación, y la ausencia orgánica en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto de un Tribunal de Justicia de la Comunidad, obligan a la búsqueda de otros sistemas de construcción de los principios e instituciones del derecho administrativo común¹².

Por ello, voy a sostener, en el caso concreto del tema abordado, que los países miembros del Mercosur tienen una semejante base normativa y sistema hermeneúutico sobre los contratos públicos, que pueden denominarse contratos administrativos, y que los principios que surgen de tal sistema deberán ser incorporados al derecho comunitario en los contratos que suscriba el mencionado Mercosur como persona pública internacional.

2. Existencia de la categoría "contratos administrativos" en los distintos ordenamientos nacionales.

Como dije, parto del supuesto que, los cuatro países miembros del Mercosur, tienen una semejante construcción dogmática de los denominados contratos públicos o administrativos. Algunos con la fuerte impronta de la doctrina y jurisprudencia francesas, como Brasil y Uruguay, otros, como en el caso de Paraguay, con una fuerte influencia de la doctrina iusadministrativista orientada al sistema continental europeo, y como el caso argentino, donde, según lo sostengo, la construcción del contrato administrativo, tal cual hoy lo conocemos, fue anterior a la propia construcción francesa, no obstante el importante aporte recibido a través de los años de dicha corriente, tanto a través de la legislación, como de la jurisprudencia y doctrina nacionales.

A los efectos de la demostración de mi hipótesis, recorreré brevemente esa construcción dogmática sobre cada país individualmente considerado. Para ello, seguiré un método de análisis consistente en describir, sucintamente, desde el primer peldaño normativo

se produce en el tiempo: mientras los modelos se fijan en la segunda mitad del siglo, están fundados sobre la observación de los acontecimientos de la primera mitad del siglo XIX, que ya no se correspondían con los acontecimientos del siglo en que se fijan.-

¹⁰González-Varas Ibáñez, Santiago, en op., cit., "La problemática actual...", p. 13. Para éste autor, en el campo del derecho administrativo de los países miembro de la Comunidad Europea se advierte claramente como se han incorporado, a través del Tribunal de Justicia de la misma, los principios de legalidad de la administración, de prohibición de la discriminación, de seguridad jurídica, como los de proporcionalidad, tomado del derecho alemán, de audiencia pública, tomado a su vez del sistema inglés, y de responsabilidad extracontractual del Estado, de construcción francesa. De ahí la importancia de tal Tribunal.-

¹¹"La influencia del derecho público comunitario en los derechos administrativos es doble. Por un lado, es una influencia directa, que se desarrolla a través de relaciones *verticales* entre la Comunidad Europea y cada derecho administrativo nacional. Por otro lado, la influencia es *horizontal*: el derecho comunitario crea una *plataforma*, que constituye un vehículo para los *trasplantes* de institutos de un derecho nacional a otro". (Cassese, Sabino, L'influenza del diritto amministrativo sui diritti amministrativi nazionali", en Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario N° 3/1993, p. 329, Giuffrè editore, Milán, Italia. La traducción me pertenece).-

¹²Desde otra perspectiva, ver el valiosísimo estudio de: Stortoni, Gabriela Andrea, "Sobre la existencia de un derecho administrativo de la integración frente al esquema del Tratado de Asunción", en Anuario de Derecho de la Universidad Austral N° 2, p. 238, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.-

como es la Constitución, hasta los ordenamientos legales vigentes, pasando por las opiniones doctrinarias de más peso en los países integrantes del Mercosur, en su especial referencia a los contratos administrativos.

2.1. Brasil:

En el caso de la República Federativa de Brasil, por la Enmienda a la Constitución Federal N° 19 del 4 de junio de 1998, se dispuso que: “Compete privativamente a la Unión, legislar sobre: ...Normas generales de licitación y contratación, en todas sus modalidades, para las administraciones públicas directas, autárquicas y fundaciones de la Unión, Estados, Distrito federal, y Municipios, en un todo de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 37, XXI, y para las empresas públicas y sociedades de economía mixta, en los términos del Art. 173, apar., 1º, III;...”.¹³

Por su parte, y respecto al procedimiento de selección del contratista particular, el Artículo 37, XXI de la Constitución, establece que: “La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, a los siguientes:...Salvo los casos previstos en la legislación, las obras, servicios, compras y ventas serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, manteniendo las condiciones efectivas de la propuesta, en los términos de la ley, la cual solamente permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones”.

De los apartados transcritos surge, más allá de las semejanzas, una primera diferencia que se observa en cuanto a las formas que adoptaron los países miembros del Mercosur. Y ella radica en que dos países son unitarios (Paraguay y Uruguay) y dos son federales (Argentina y Brasil). Pero se debe observar una nueva diferenciación respecto al derecho administrativo de la contratación pública de los dos países federales. En efecto, mientras la Argentina por imperio de los Artículos 121 y 122¹⁴ de su Constitución, estableció el carácter local del derecho administrativo, dictándose, por ende, cada jurisdicción provincial y municipal, sus normas contractuales públicas, el Brasil optó por otorgarle competencia para el dictado de tal tipo de normas al Congreso Federal, por sobre las legislaturas estatales.

Las normas generales sobre licitaciones y contratos que ordena el transcripto Artículo 22, XXVII de la Constitución Brasileña, fueron dictadas a través de la Ley N° 8.666 de 1993 y su modificatoria N° 8.883 de 1994. Asimismo se dictaron las leyes Nros. 8.987 y 9.074 ambas de 1995, sobre el régimen de las concesiones de servicios públicos, de obras públicas y permisos de servicios públicos.

Cabe mencionar que, además del procedimiento licitatorio general, los contratos regulados por la Ley N° 8.666 son:

i.- El de obra pública.

¹³Artículo 22, XXVII de la Constitución de la República Federativa del Brasil. Cabe destacar que, tanto en lo que refiere a la transcripción de las diversas normativas brasileñas, como a su doctrina científica, la traducción me pertenece.-

¹⁴El mencionado Artículo 121 de CN, prescribe que: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”; y el Artículo 122, a su vez, prescribe que: “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal”.-

ii.- El de prestación o locación de servicios.

iii.- El de compras o suministro.

iv.- El de ventas de bienes muebles o inmuebles.

v.- El de concesión de servicio público y

vi.- El de concesión de obra pública, en todo lo que no esté previsto, para estos últimos dos contratos, en las mencionadas leyes Nros. 8.987 y 9.074.-

Sobre la mencionada norma N° 8.666, el eminente jurista brasileño Carlos Ari Sunfeld, ha sostenido que: “El estatuto, siguiendo las líneas sentadas doctrinariamente, estableció, en su Art. 58, como característica esencial del contrato administrativo en sentido estricto el otorgamiento, a favor de la Administración, de poderes típicos de autoridad pública, a saber: a) el de modificar el contrato unilateralmente, para una mejor adecuación a las finalidades de interés público, respetando los derechos del contratado (inc. I); b) el de rescindirlo unilateralmente (inc. II); c) el de fiscalizar su ejecución (inc. III); d) el de aplicar sanciones motivadas por la inexecución total o parcial de las obligaciones (inc. IV)”.¹⁵

Por su parte, y con relación al contrato de concesión de servicio público, y al denominado permiso de servicio público, la Ley N° 8.987, estableció en su Artículo 2º, que:

“Para los fines de lo dispuesto en esta ley, se considera:

I.- Poder concedente: la Unión, el Estado, el Distrito Federal o el Municipio, en cuya competencia se encuentre el servicio público, precedido o no de la ejecución de obra pública, objeto de la concesión o permiso.

II.- Concesión de servicio público: es la delegación de su prestación efectuada por el poder concedente, mediante licitación, en la modalidad de concurrencia, a una persona jurídica o consorcio de empresas que demuestren capacidad para su desempeño, por su cuenta y riesgo y por un plazo determinado.

III.- Concesión de servicio público precedida de la ejecución de obra pública: la construcción total o parcial, conservación, reforma, ampliación o mejoramiento de cualquier obra de interés público, delegada por el poder concedente, mediante licitación, en la modalidad de concurrencia, a una persona jurídica o consorcio de empresas que demuestre capacidad para su realización, a su cuenta y riesgo, de forma que el acometimiento de la concesionaria sea remunerado y amortizado mediante la explotación del servicio o de la obra por un plazo determinado

IV.- Permiso de servicio público: la delegación, a título precario, mediante licitación, de la prestación de servicio público, efectuada por el poder concedente a persona física o jurídica que demuestre capacidad para su desempeño, por su cuenta y riesgo”.

A su vez, el Artículo 16º, estableció, en lo que aquí interesa, que: “El otorgamiento de la concesión o el permiso no tendrá carácter de exclusividad, salvo en el caso de inviabilidad técnica o económica justificada en el acto a que se refiere el Artículo 5º de esta ley”.

Prescribiendo, finalmente, el mencionado Artículo 5º, que: “El poder concedente publicará, previamente al edicto de la licitación, el acto justificando la conveniencia del otorgamiento de la concesión o permiso, caracterizando su objeto, área y plazo”.

¹⁵Ari Sunfeld, Carlos, “Licitação e contrato administrativo. De acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94”, Malheiros Editores, Sao Paulo, 1994, p. 211.-

Por su parte, la más calificada doctrina iusadministrativa brasileña, en la persona del Maestro Celso Antonio Bandeira de Mello, y sobre el régimen general del contrato administrativo, ha sostenido que: “Fue la doctrina francesa que desarrolló la teoría del contrato administrativo, fuertemente basada en las sentencias del Consejo de Estado. En el derecho brasileño los estudiosos se apoyarán en los autores franceses. Como los administrativistas franceses poco más hacen -en su mayoría y ya hace muchos años- que sistematizar su jurisprudencia, los doctrinarios brasileños, por vías indirectas, teorizan sobre la jurisprudencia francesa en la materia”.¹⁶

Y continúa: “La doctrina brasileña, prácticamente unánime y sin oposición jurisprudencial, denomina contrato administrativo a la figura cuyos trazos fueran bosquejados, reconociéndole las mismas características que le son imputadas en el derecho francés. En cuanto a nosotros, acompañando las enseñanzas del Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello —que trató el asunto con una maestría insuperable—, entendemos que ésta rotulación ‘contrato administrativo’ ha sido utilizada de manera impropia y muy infelizmente, y resulta propiciadora de equívocos. En efecto, sobre tal nombre están radicadas situaciones jurídicas muy distintas, a saber: a) contratos en que los poderes reconocibles del Poder Público vienen directamente de las disposiciones legales y por eso no pueden ser desconocidas aunque las cláusulas contractuales no las establezcan; b) ‘contratos’ en que los poderes de inestabilización de la relación jurídica existirían independientemente de cualquier previsión contractual o normativa explícita. Es lo que ocurre con las *concesiones de servicio público* o de utilización del dominio público. Nos parece, todavía, que en estas hipótesis hay inestabilidad justamente porque el objeto de la relación jurídica sirve para identificarla pero *no es susceptible de un contrato propiamente dicho* y por eso no puede fijarse por obra de la conjunción de voluntades de la Administración y del particular. En suma: el Poder Público, en razón de sus funciones, tiene siempre la disponibilidad sobre el servicio público y sobre la utilización de un bien público; inversamente, el particular jamás puede tenerla, porque está envuelta una cuestión de un bien *extra commercium*”.¹⁷

De acuerdo a las precisiones brindadas concluye que: “...puede definirse al contrato administrativo de la siguiente forma: es un tipo de acuerdo trabado entre la Administración y los terceros en el cual, por fuerza de ley, de cláusulas pactadas o del tipo de objeto, la permanencia del vínculo en las condiciones preestablecidas se sujeta a las cambiantes imposiciones del interés público, resguardándose los intereses patrimoniales del contratante privado”.¹⁸

Finalmente, el profesor de Río Grande do Sul, Juárez Freitas, a modo de síntesis, ha sostenido que, sobre los contratos públicos o administrativos en el derecho brasileño, es imprescindible percibir con claridad que: “...(a) los contratos de la Administración pública en general, normalmente cuando son precedidos de un certamen licitatorio, resultan necesariamente ‘publicizados’, debiéndose observar los principios constitucionales de

¹⁶Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Curso de direito administrativo”, Malheiros Editores S.A., Sao Paulo, 10ª Edicao, 1998, p. 397.-

¹⁷Bandeira de Mello, Celso Antônio, en ob. cit., “Curso de...”, p. 399.-

¹⁸Bandeira de Mello, Celso Antônio, en ob. cit., “Curso de...”, p. 401.- Por otra parte, y desde otro sector de la más importante doctrina iusadministrativa brasileña, se ha definido el contrato administrativo en sentido estricto: “...como el contrato (esto es, el vínculo sinalagmático y obligatorio, consensualmente establecido) administrativo (esto es, subsumido en el sistema del derecho administrativo) celebrado entre la Administración —o quien haga las veces— y terceros, en el que: a) la determinación exacta el objeto es hecha posteriormente a su celebración, por actos administrativos unilaterales; b) las pretensiones de la Administración se materializan en decisiones auto-ejecutorias; y c) es intangible el equilibrio de la ecuación económica financiera inicialmente establecido”.(Ari Sunfeld, Carlos, en ob. cit., “Licitação e contrato...”, p., 214).

derecho administrativo, inclusive cuando son celebrados por entidades paraestatales y sobre la égida de normas iusprivatistas, siendo esencial distinguir, en esta situación, la regencia entre principios y normas, pues habiendo antinomia o conflicto, deben preponderar invariablemente, los principios iuspublicistas en examen, a los contratos administrativos en su conjunto. (b) Los contratos públicos o administrativos presentan características peculiares, trayendo implícitas y explícitas salvaguardas contra la acción arbitraria de los agentes estatales, admitida con plenitud la excepción de incumplimiento para ambas partes. (c) Correcciones hermeneúticas y legislativas deben ser realizadas en la legislación que regula las licitaciones y los contratos administrativos, cuidando de no alterar en exceso las relaciones contractuales, por un lado, no permitiendo retrocesos éticos, por otro lado. (d) El régimen de los pactos administrativos esta determinado por relaciones jurídicas que deben respetar la igualdad esencial subyacente y la asimetría resultante de la multiplicidad de funciones que determinan los contratantes, siendo de notar –tarea que asume la mayor relevancia— la tendencia para una perspectiva según la cual los contratos de la Administración Pública deben ser interpretados sobre la base de los principios regentes del Derecho Administrativo, sin olvidar que tal régimen nunca debe ser visto en oposición de los intereses individuales, sino, al revés, como consagración de un interés mayor, en el cual, fuerza es presumir, todos los intereses atómicos están, o deben estar, democráticamente protegidos”.¹⁹

2.2. Paraguay:

Por su parte, el Artículo 178 de la Constitución paraguaya de 1992, establece que: “Para el cumplimiento de sus fines, el Estado establece impuestos, tasas, contribuciones y demás recursos; **explota por sí, o por medio de concesionarios, los bienes de su dominio privado**, sobre los cuales determina regalías, royaltíes, compensaciones u otros derechos, en condiciones justas y convenientes para los intereses nacionales; **organiza la explotación de los servicios públicos y percibe el canon de los derechos que se estatuyan**; contrae empréstitos internos o internacionales destinados a los programas nacionales de desarrollo; regula el sistema financiero del país, y organiza, fija y compone el sistema monetario.

Y el Artículo 202, inciso 11, establece que: “Son deberes y atribuciones del Congreso: autorizar, por tiempo determinado, concesiones para la explotación de servicios públicos nacionales, multinacionales o de bienes del Estado, así como para la extracción y transformación de minerales sólidos, líquidos y gaseosos”.

Es decir que, en lo que aquí interesa, fue constitucionalizada la potestad legislativa de otorgar concesiones de servicios públicos y de uso de los bienes del dominio privado, constituyéndose, asimismo como una fuente de recursos para el Estado.

A su vez, el principio de la licitación pública para la selección del cocontratante de la Administración Pública, encuentra base constitucional en diversos artículos de la Carta Magna paraguaya. Así lo ha sostenido la más caracterizada doctrina iusadministrativa paraguaya, en la persona de Luis Enrique Chase Plate: “La licitación pública es un procedimiento administrativo, que se fundamenta en el Derecho Paraguayo, en varios preceptos constitucionales, a saber: a) el principio de igualdad, no discriminación y libre concurrencia (Arts. 46, 47, 107 C.N.); es decir, la igualdad de oportunidades ante el Estado”.²⁰

¹⁹Freitas, Juárez, “Estudos de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, Sao Pablo, 2ª edicao, 1997, pp. 192/3.-

²⁰Chase Plate, Luis Enrique, “Los contratos públicos”, Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, 1998, p. 199.-

No obstante la señalada constitucionalización de los contratos administrativos de concesión de servicios públicos y de uso de los bienes estatales, cabe mencionar que la legislación paraguaya es escasa en cuanto a la regulación de los contratos públicos. Así se encuentra la Ley de Organización Administrativa del 22 de junio de 1909, que a través de sus Artículos 192 al 221 regula el “Régimen de las Adquisiciones y de las Obras”.²¹

Por su parte, la Ley N° 1.045 del 23 de diciembre de 1983, estableció el Régimen de las Obras Públicas. Esta norma incluye la regulación del contrato de consultoría y de asistencia. Pero ha sido criticada fuertemente por la doctrina especializada. Se ha sostenido que: “Esta ley conduce a la confusión de dos contratos de naturaleza jurídica diferente: el contrato de obra pública y el contrato de consultoría y asistencia; cada uno de estos contratos debe tener un régimen jurídico diferente. Presumiblemente, esta ley no fue elaborada por especialistas sino por personas profanas en la materia, pues ha venido a distanciar del legislador la buena doctrina”.²²

Para un análisis complementario del régimen jurídico de los contratos administrativos en Paraguay, y la regulación pública de los mismos, debe mencionarse el Artículo 1.898 del Código Civil, que, en lo pertinente, establece que:

“Son bienes del dominio público del Estado...e)...y todas las obras públicas construidas para comodidad común de los habitantes”. Y, por su parte, el Artículo 1.900, también del Código Civil, prescribe que: “Son bienes del dominio privado del Estado...e) los bienes del Estado no comprendidos en el artículo anterior o *no afectados al servicio público*”.

Ello implica que los bienes afectados al servicio se consideran del dominio público, sujetos a su régimen jurídico.

Por su parte, el Artículo 192 de la Ley de Organización Administrativa del 22 de junio de 1909, estableció que las adquisiciones de la administración, suministros y locaciones de obras se harán por medio de licitaciones públicas, a propuesta cerrada que será formalizada en contrato. A su vez, la Ley N° 25 del 2 de setiembre de 1991, modificó el mencionado Artículo 192, estableciendo que las adquisiciones, suministros, arrendamientos, locaciones de obras y servicios para las instituciones del Sector Público que comprende a las entidades de la Administración Central se harán por medio de licitación pública, concurso de precios y contratación directa por vía administrativa. La Ley N° 26, también del 2 de setiembre de 1991, amplía la obligatoriedad de la licitación pública a toda la Administración del Estado, incluyendo a las entidades descentralizadas, autónomas, autárquicas y de economía mixta.

Para una caracterización general de la situación iusadministrativa paraguaya, se ha sostenido que: “El Derecho Positivo paraguayo se halla, esencialmente, formulado en base al Derecho Privado. La legislación del Derecho Público, sea constitucional o administrativa, además de escasa, es extremadamente deficitaria. Esta situación crea, realmente, un grande vacío legislativo en el ámbito de la Administración del Estado, lo

²¹“Los contratos de la Administración que generalmente son considerados ‘contratos administrativos’, los enumeramos en el siguiente orden: *función pública - concesión de servicio público - obra pública - suministro - empréstito*. No son desde luego los únicos, pero son los que pueden considerarse típicos y lo que se diga acerca de ellos será válido para todos los demás en mayor o en menor medida. Conviene enumerarlos desde ahora para tenerlos presentes como objeto cierto del análisis. Incluso el orden en que están enumerados tiene alguna importancia, en el sentido de que los primeros se apartan más del régimen de los contratos de del Derecho común y los últimos se le asemejan más, en virtud de su propia esencia, según la doctrina dominante, lo que para nosotros es simplemente el mayor o menor grado de incidencia en ellos de las atribuciones legales y constitucionales de la Administración pública...” Villagra Maffiodo, Salvador, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial El foro, Asunción, 1983, p. 209.-

²²Chase Plate, Luis Enrique, en ob. cit., “Los contratos...”, p. 112.-

que hace que los principios del Derecho Público no sean aplicados, a los casos conflictivos, con su verdadero significado y alcance científico y doctrinario. Falta por consiguiente, un cuerpo de normas jurídicas, sistematizado, unificado, que regule la Administración y el Gobierno y, como consecuencia, uno de los campos más codiciados y utilizados en las Administraciones Públicas: Los Contratos Administrativos. La ausencia de sistematización hace que el interprete, sea en la esfera judicial o en la esfera de la administración, ajuste las actuaciones administrativas, a criterios y principios del Derecho Privado”.²³

Y con respecto al supuesto específico de la contratación pública: “La legislación paraguaya no define ni caracteriza la naturaleza del contrato administrativo. Existe un vacío legislativo. Se recurre, entonces, a diferenciarlo mediante un razonamiento que podríamos denominar de ‘base procesal’ o ‘motivo jurisdiccional’. Esta caracterización, a la vez, podría resultar más fácil, si la ley administrativa indicara los recursos que pueden interponerse para impugnar las decisiones o los actos administrativos de la administración. La Ley Orgánica Administrativa del año 1909, no define a la institución que estamos estudiando; la regula bajo el título de Régimen de las Adquisiciones y de las Obras, desde el Artículo 192 al 221, en 29 artículos. Por ello, es de advertir que a falta de definición de la ley habrá que recurrir a las enseñanzas de la doctrina y a los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”.²⁴

2.3. Uruguay:

La Constitución uruguaya establece una regulación dispersa sobre los servicios públicos y su contrato de concesión. Ha dicho el insigne Maestro Enrique Sayagues Laso: “La constitución menciona los servicios públicos: en el Art. 86, al establecer que su creación se hará ordinariamente por ley; en el Art. 51, al exigir la homologación de las tarifas de los concesionarios; y en el Art. 273, inc. 8, que atribuye a las Juntas Departamentales potestad para otorgar concesiones de servicios públicos departamentales o locales. En el primero la expresión ha sido utilizada en su sentido orgánico; en los dos últimos es indudable que tiene el sentido doctrinario propuesto, ya que la concesión sólo es admisible para ciertas actividades estatales”.²⁵

A su vez, el Artículo 65 segundo párrafo, de la Carta Magna uruguaya, establece la potestad del legislador para disponer, en los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias

²³Chase Plate, Luis Enrique, en ob. cit., “Los contratos...”, p. 15.-

²⁴Chase Plate, Luis Enrique, en ob. cit., “Los contratos...”, p. 34.-

²⁵Sayagues Laso, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, Montevideo, 4ª Edición puesta al día 1974 por el Dr. Daniel H. Martins, Tomo I, p., 62. En la concepción de éste insigne jurista uruguayo, no todas las actividades son servicios públicos, y por ende no todas las actividades pueden ser concesionadas. Dentro de esas actividades se encuentran los cometidos esenciales, que: “...son aquellos cometidos del estado inherentes a su calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por el mismo: las relaciones exteriores, la defensa nacional, la seguridad en lo interior, la actividad financiera, etc. En los estados modernos no cabe imaginar que tales cometidos puedan estar a cargo de particulares, ni aún en carácter de concesionarios”. Y finalmente, distingue otra categoría de actividades que denomina servicios sociales: “a) La finalidad de estos servicios es eminentemente social, en el sentido que están dirigidos a obtener en forma inmediata un mejoramiento en el nivel de vida de los individuos, especialmente de aquellos que se encuentren en condiciones menos favorables. Esa finalidad de protección social es fundamentalísima y orienta la organización y funcionamiento de estos servicios. b) Por su propia naturaleza estos servicios no persiguen fines lucrativos y además son generalmente deficitarios, todo lo cual determina un régimen especial de financiación, puesto que sólo pueden desenvolverse mediante el establecimiento de impuestos o contribuciones especiales. c) El cumplimiento de estos servicios constituye en los tiempos actuales un cometido natural del estado; pero la intervención estatal no excluye la actuación de los particulares, quienes pueden también moverse en ese campo ejerciendo un derecho propio, dentro de los límites que fijen las leyes. Es una zona de actividad en la que concurren naturalmente las personas públicas y privadas”. (Ob. cit., “Tratado de...”, pp. 56 y 78/9, respectivamente).-

entre las autoridades de los servicios, y sus empleados y obreros, así como los medios y los procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios.

Por otra parte, en la República Oriental del Uruguay, los contratos públicos están regidos, principalmente por el Decreto N° 95/991, que estableció el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera, denominado TOCAF.

El Artículo 33 de dicho Texto Ordenado, establece que: “Todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos”

El eminente jurista uruguayo, Carlos Delpiazzi, ha sostenido en punto a los sistemas de selección del contratista particular, que: “Nuestro ordenamiento jurídico, ya desde antiguo y también ahora en el Texto Ordenado, (se refiere al Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera ‘TOCAF’, aprobado por Decreto N° 95/991), consagra distintas formas de selección del cocontratante, según que el contrato implique u origine una deuda, genere un crédito o no tenga por resultado, ni una deuda ni un crédito... En el primer caso, es decir, cuando del contrato se deriva una erogación para la Administración, el Artículo 33 del Texto Ordenado dispone que todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública. Quiere decir que nuestro sistema de restricción en la consagración del mismo, resulta tan amplio que nos vemos enfrentados a una verdadera inversión del principio general de libre elección...En el segundo caso, o sea, cuando del contrato se deriva una entrada o recurso, el mismo Art. 33 del TO. Establece que el mismo se realizará mediante los procedimientos de remate o licitación pública...En el tercer caso, o sea, cuando el contrato es económicamente neutro ya que no genera como resultado ni una deuda ni un crédito, nos encontramos frente a la hipótesis de la permuta, ampliada y flexibilizada en su regulación por el Art. 38 del Texto Ordenado”.²⁶

Ahora bien, las normas particulares sobre contratación de obras públicas, son las siguientes: Art. 704 de la Ley N° 14.106/973; Art. 193 del Decreto-Ley N° 14.859/978; Art. 360 de la Ley N° 15.809/986; Art. 97 de la Ley N° 15.851/986; Decreto N° 192/985; Decreto N° 8/990; y para la Concesión de Obras Públicas, el Decreto Ley N° 15.637/984.²⁷

A su vez, las normas sobre contratación de Suministros, están contenidas en el Decreto N° 53/993.

²⁶Delpiazzi, Carlos E., “Manual de contratación administrativa”, Secretaría de la Presidencia de la Nación - Programa Nacional de Desburocratización - Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Montevideo, Uruguay, 1992, T° I, pp. 40/1.-

²⁷Se ha sostenido que: “...el contrato de obra pública es un típico contrato administrativo, regido preponderantemente por el derecho público, lo que no obsta a la aplicación subsidiaria del derecho privado..., es un contrato de ejecución continuada...bilateral o sinalagmático...oneroso y conmutativo...consensual...de colaboración...(y) un contrato de trabajo cuya función consiste en suministrar un ‘opus’...”. Por su parte, el contrato de concesión de obra pública constituye: “...una modalidad de ejecución de las obras públicas, en virtud de la cual, la Administración comete a una persona la realización de una obra pública, facultándola para que, durante un cierto tiempo, cobre determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar su costo. Dos notas son esenciales: a) la realización de la obra pública por el concesionario, y b) la financiación de la misma por los usuarios mediante el pago de una suma de dinero. La obra se realiza por el concesionario a su costo y riesgo y la Administración la faculta para explotarla durante el tiempo necesario para amortizar el capital invertido y obtener intereses del mismo y para cubrir, también los gastos de explotación (conservación de la obra, personal afectado a al misma, etc.)”. (Vázquez, Cristina, “Modalidades de ejecución de la obra pública”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Editorial Universidad Ltda., Montevideo, 1992, pp. 56/59 y 94, respectivamente).

Y finalmente, las normas sobre contratación de Servicios no Personales, como la Concesión de servicios públicos Municipales o Departamentales, Ley N° 9.515/935; y el Pliego General de Condiciones para la Concesión de Servicios de Carácter Regular de Transporte Colectivo de Personas en Líneas Nacionales e Internacionales prescrito por el Decreto N° 518/990.²⁸

Por su parte, los Artículos 477/99 del Código Civil establecen que: “integran el dominio público los bienes incorporales o incorporales, muebles o inmuebles, pertenecientes a cualquier entidad estatal, destinados al uso público directo. Son bienes del dominio privado o fiscal del Estado, aquellos pertenecientes a las entidades estatales que no son dominio público, es decir, que no están afectados al uso público, cuyo destino es el cumplimiento de cometidos esenciales, servicios públicos, servicios sociales u otras actividades a cargo de la Administración”.

Bien ha establecido la doctrina administrativista uruguaya, que: “La distinción entre bienes del dominio público y bienes del dominio privado, es importante para el tema de su posible venta por cuanto los bienes del dominio público son inalienables, es decir, no pueden ser enajenados, por así disponerlo el Código Civil en los Arts. 477 y 1.668. Esta inalienabilidad que establece nuestro Derecho común, no impide que por vía de la ley pueda ocurrir la desafectación del dominio público y, por ende, la habilitación de su venta. Desafectar un bien del dominio público implica sustraerlo al uso público al que estaba destinado. Por lo que se refiere a los bienes del dominio privado, de acuerdo al Artículo 483 del Código Civil están regidos por leyes especiales y requieren para su enajenación de una ley. Quiere decir que no inalienables, pero su enajenación reclama de una norma legal autorizante”.²⁹

Con respecto a la categoría de contrato administrativo, al igual que en la Argentina, en Uruguay: “...la doctrina del Derecho Administrativo durante muchas décadas ha discutido si existen o no los contratos de la Administración o los contratos administrativos. Al respecto, es conveniente asumir como punto de partida la constatación de la realidad, y la realidad demuestra que más allá de diferencias académicas de criterio, la contratación por parte de la Administración es una realidad indiscutible. Nadie puede negar que la Administración contrata, razón por la cual por la cual vamos a prescindir hasta de considerar todas aquellas corrientes doctrinarias que niegan la existencia de los contratos de la Administración. Bien ha podido decir Fiorini que mientras los juristas polemizaban sobre la posibilidad de que el poder público pudiera realizar contratos, la realidad diariamente patentizaba la presencia de relaciones entre el Estado y los particulares, relaciones que han proliferado en forma tal que la Administración Pública ha llegado a constituirse en el mayor consumidor y en el más importante cliente del mercado”.³⁰

Con relación a la ejecución del contrato administrativo, se observa una identidad de régimen jurídico respecto de los restantes países, ya que en Uruguay: “...en general los autores han clasificado las prerrogativas de la Administración, distinguiendo entre la

²⁸De acuerdo a otro sector de la doctrina iusadministrativa uruguaya, se ha sostenido que: “...resulta preferible la expresión concesión de servicios, para individualizar el contrato que tendrá por objeto conceder a un tercero la ejecución de un servicio que en principio debería ser asegurada por la Administración. Obvio resulta señalar que dentro de la clasificación de cometidos estatales que se admita, la concesión sólo será admisible tratándose de aquellos servicios que conforme a la evolución de las ideas imperantes en un momento dado y en una sociedad estatal dada, no deban ser prestados en exclusividad por el propio Estado”. (Silva Cencio, Jorge A., “Servicio público y concesión de servicios”, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1980, p. 28).-

²⁹Delpiazzo, Carlos E., en ob. cit., “Manual de contratación...”, p. 51/2.-

³⁰Delpiazzo, Carlos E., en ob. cit., “Manual de contratación...”, p. 8/9.-

ejecución normal y la ejecución anormal del contrato. En la ejecución normal del contrato no se introducen mayores distinciones respecto a las que se acaban de señalar por parte de la doctrina, que habla de la dirección, del control y de la potestad de modificar. En cuanto a la ejecución anormal del contrato hay que distinguir entre el incumplimiento de la Administración y el incumplimiento del cocontratante. Particularmente, cuando el incumplimiento deriva del cocontratante de la Administración suelen preverse potestades sancionatorias, de tipo pecuniario, de ejecución directa del contrato, o de finalización del contrato sin derecho a indemnización por parte del incumplidor”.³¹

2.4. Argentina:

Como se dijo supra, la República Argentina, de acuerdo a su sistema federal de gobierno, tiene tantos regímenes jurídicos contractuales públicos como tantas jurisdicciones provinciales, municipales y la federal existen. Ello no significa que dichos regímenes sean incompatibles o diferenciales. Se observa, en contrario, una gran similitud normativa y de interpretación, efectuada, esta última, tanto por las diversas Administraciones Públicas, como por los jueces contencioso administrativos de cada jurisdicción.

No obstante ello, puede afirmarse que la categoría unitaria de contrato administrativo, diferenciado del contrato de derecho común, nació con la Organización Nacional (1853), de la mano de los denominados tempranamente en nuestro país, servicios públicos.

Ello a partir de, como sostuve anteriormente³², la originalidad de la norma constitucional argentina utilizada para la concesión de privilegios, esto es, el antiguo Artículo 67 inciso 16³³, que legitimó o justificó la explotación de los servicios públicos por los particulares, y que partió de la concepción, embrionaria en aquella época, de lo que *actualmente* se designa como la titularidad estatal de dichos servicios³⁴.

³¹Delpiazzo, Carlos E., en ob. cit., “Manual de contratación...”, p. 139.

³²Salomoni, Jorge Luis, en ob. cit., “Teoría general...”, p. 125 y ss. Y en “Aporte para una discusión sobre la titularidad estatal de los servicios públicos”, en “Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff”, Juan Carlos Cassagne, Director, Abeledo Perrot, 1998, p. 823 y ss.- Para lo que sigue utilizaré la base conceptual plasmada en ob. cit., “Teoría general de los Servicios Públicos”.

³³Actualmente, Artículo 75 inciso 18 de la Constitución Nacional reformada en 1994. Con otro alcance, se ha dicho que: “...Dispone el Art. 67, inc. 16, (de la) Constitución Nacional, que corresponde al Congreso <Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables ... por concesiones temporales de privilegios>. La atribución del Congreso para legislar sobre servicios públicos se funda en motivos de tres ordenes: 1) Cuando se trata de servicios de *propiedad* de la Nación, pues toda propiedad de la Nación, y más aún si ella está afectada a servicios públicos, debe ser reglada por *ley nacional*. 2) Cuando se trata de servicios *realizados por órganos industriales del Estado* nacional, o sea que el criterio de esta disposición no es el de la propiedad, sino el de la *administración* de servicios. 3) Respecto de los servicios *interprovinciales*, o los que ligen una provincia con un territorio nacional o cualquier punto del territorio de un Estado extranjero. En esta disposición el criterio determinante es el de *jurisdicción* en sentido lato. Se trata de la potestad que el Congreso tiene de reglar el comercio o tráfico interprovincial e internacional o exterior”. (Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 1964, Tomo I, pp. 508/9). Resulta claro que la norma invocada por Bielsa para justificar la competencia del Congreso nacional en los servicios públicos, explica la mención hecha al “progreso” como una función sobre la que se asienta el Estado. Esta norma funda y justifica, entonces, tanto la titularidad estatal del servicio público, como la competencia del poder legislativo nacional.

³⁴Quiero destacar que la tesis que sostengo, en cuanto al fundamento normativo, es contrapuesta, desde una perspectiva del derecho administrativo continental europeo, por la más autorizada doctrina de nuestro país. Ver: Marienhoff, Miguel, “Tratado de derecho administrativo”, Tº III-B, Nº 1150, p. 586, Abeledo Perrot, 1983, y Cassagne, Juan Carlos, “El servicio público y las técnicas concesionales”, diario de la Revista Jurídica *La Ley* del 10 de julio de 1995. Sin embargo respecto a la titularidad estatal de los servicios públicos, Cassagne ha sostenido: “A su vez, la circunstancia de decidir que una determinada actividad constituya un servicio público propio significa encuadrarlo en el ámbito del derecho administrativo —en armonía con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación— cuya titularidad a partir de la *publicatio*, pasa al Estado, no pudiendo los particulares ejercerlo *jure proprio*. Sin embargo esa titularidad no implica que el Estado actúa a título de

Y que por su parte, complementaria y concordantemente con esa concepción, tanto la Confederación Argentina, a través del primer ordenamiento de la organización nacional, como el Estado y Provincia de Buenos Aires, a través de las primeras normas legislativas por las cuales se concedió la explotación de los primeros servicios, esto es, los ferrocarriles, establecieron un *concepto normativo* de servicio público, que incluyó la titularidad de los mismos por parte del Estado, la configuración de los principales caracteres que debía reunir por ser tal, como así también la medida o alcance de las potestades de la Administración durante la ejecución del contrato de concesión.

Y con ello la plasmación dogmática temprana del contrato público de concesión de servicios públicos.

Dichos conceptos normativos, tanto el constitucional como el legislativo, estuvieron vinculados, o fueron la plasmación, de la concepción del Estado que tuvieron en mira los constituyentes, del derecho patrio y de la Recopilación de Leyes de Indias³⁵, reconociendo una originalidad que los alejó de las teorías imperantes en la época y constituyó un adelanto o avanzada respecto a las concepciones que con posterioridad elaboraron, tanto la Corte Federal Norteamericana en función de su norma constitucional, como el Consejo de Estado Francés y la doctrina iusadministrativa de ese país con referencia a su ordenamiento jurídico³⁶.

Así fue que las primeras normas dictadas sobre determinadas actividades que fueron concedidas o delegadas a los particulares, se las denominó, en las mismas normas, servicios públicos, configurándose un régimen jurídico sustantivo y peculiar, diferente al del derecho privado³⁷.

dueño sino como titular de la regulación del servicio público que constituye, en algunos sistemas como actualmente con el nuestro, una actividad de gestión privada y sólo subsidiariamente estatal". Y continúa en la nota al párrafo transcrito clarificando su concepción, que podría denominarse ecléctica: "La doctrina ha criticado el concepto de titularidad: Mairal, Héctor A., *ob.cit.*, R.E.D.A., N° 14, año 5, t. 1993, p. 404 y ss. En realidad, lo que resulta criticable es el régimen jurídico o bien, las consecuencias que se pretenden extraer de dicha titularidad. En tal sentido, quizás sea más conveniente utilizar, en el futuro, el concepto de *declaración legislativa* que refleja mejor lo que significa la *publicatio*, esto es, el sometimiento de una determinada actividad al régimen del servicio público". (Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, sexta edición actualizada, 1998, Tomo II, pp. 421/2).

³⁵La Recopilación reconocía fuentes del derecho romano, del derecho canónico y las legislativas castellanas, entre las que se encontraban, en ésta última: el Fuero Real, Las Partidas, las Leyes de Estilo, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro, la Recopilación de Castilla, el Fuero de Vizcaya y las Ordenanzas de Granada. (de Palacios, Prudencio Antonio, "Notas a la Recopilación de Leyes de Indias", estudio, edición e índices a cargo de Beatriz Bernal de Bujeda, Universidad Nacional Autónoma de México, año 1979).

³⁶Aún desde una óptica cercana a la línea Mayo-Caseros, se ha sostenido que "La Constitución argentina no es ni la copia ni la imitación de ningún ejemplo foráneo, como tampoco el resultado milagroso de una lucubración genial de sus autores. Es el fruto laboriosamente gestado en largos años de lucha y sacrificio. A través de las breves y pequeñas páginas de nuestro código político, flota el recuerdo imperecedero de la sangre, sudor y lágrimas de varias generaciones de argentinos. Cada uno de sus artículos, cada una de sus cláusulas, cada una de sus palabras, tiene profundas raíces en el pasado histórico de la Nación. *Nuestra ley suprema es un instrumento original, con un abolengo que se pierde en las entrañas mismas de la Patria*. Sus autores se inspiraron, es cierto, en los principios de la ciencia política y del derecho comparado y, en primer término en la Constitución norteamericana, pero gestaron algo propio, nacional, amasado, podría decirse, con la arcilla de toda la historia argentina. Sería, además, injusto, olvidar los antecedentes hispanos ya que es de la Madre Patria de donde <nos vienen el sentido de la libertad y el concepto del derecho>". (Linares Quintana, Segundo V., "Gobierno y Administración de la República Argentina", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1959, pp. 254/5).

³⁷A diferencia de la experiencia argentina: "(En España) El servicio público sirve exclusivamente de criterio para la separación jurisdiccional: son contratos administrativos todos aquellos que tengan por objeto las obras y servicios públicos. Aunque la jurisprudencia algunas veces confunda la causa de utilidad o necesidad pública con el objeto del contrato (obras o servicios públicos) normalmente, suele escindir ambos elementos. *El servicio público surge, así, como un criterio jurisdiccional sin adquirir en el momento de su nacimiento la configuración de una categoría jurídica sustantiva*. En este sentido, afirmaba Santamaría de Paredes, que <al establecer la jurisprudencia el principio de la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede conocer más que de aquellos contratos celebrados por la Administración, para una obra o servicio público, ha venido a declarar contratos

Al momento de la sanción de la Constitución de 1853, existían dos órdenes jurídicos en el territorio de la hoy República Argentina. Por un lado, la Confederación Argentina, con sede en Paraná, y por el otro, la Provincia y Estado de Buenos Aires, con sede en el puerto de Buenos Aires, que se había separado de la mencionada Confederación.

Coincidentemente, tanto uno como otro, sancionaron contemporáneamente, reglas jurídicas que establecieron el mencionado concepto normativo de servicio público.

Así, la Confederación Argentina sancionó el 9 de diciembre de 1853, el Estatuto de Hacienda y Crédito, cuyo Título IV, "Crédito Público", Capítulo I, Artículo 3º, prescribió que:

"Toda suma que el Congreso Federal Argentino dispusiere anticipar al Poder Ejecutivo nacional, para el giro de banco, *construcción de obras públicas o para el servicio público*, sean en fondos públicos o en billetes circulantes, como moneda corriente, será inscripta en el libro de crédito público y firmado por todos los miembros del Congreso concurrentes a la sesión"³⁸.

La norma pretranscripta, constituyó la primera legislación argentina donde se crea-utiliza el concepto servicio público, y la garantía de su constitución y prestación, se le atribuye específicamente como cometido o potestad, al propio Estado.

A su vez, la Ley N° 24 del 27 de junio de 1855³⁹, por la cual se autorizó al Poder Ejecutivo de la Confederación "...para conceder el privilegio de la construcción de un ferrocarril, desde un punto de Paraná hasta la ciudad de Córdoba, bajo condiciones lo más aproximadamente posible, a los términos del acuerdo del dos de abril del presente año"⁴⁰. Dicha ley fue acompañada de unas "bases del servicio" que operó como reglamento del mismo, y del que surgen los primeros rasgos atribuibles al servicio público, estableciendo, en lo que aquí interesa:

i.- Cómo se dijo, se estableció el carácter de regularidad del servicio, al sancionar las bases jurídicas y técnicas a las que debería sujetarse el mismo.

ii.- La reversión al Estado, al final de la concesión, de los bienes afectados al servicio, como "los terrenos del camino y toda la parte inmueble..."⁴¹.

iii.- El valor residual de los bienes, al prescribir que "los carruajes y todos los efectos inmuebles, serán, llegada aquella época, tasados en su justo valor y pagados a la empresa por el Gobierno, a quien pertenecerá de ahí en adelante"⁴².

iv.- El carácter público de los bienes afectados al servicio, al establecer que, "el ferrocarril y todas sus dependencias, serán consideradas como propiedad *particular*; y gozarán de la especial protección del Gobierno Nacional y local, hasta con fuerza armada, si le fuere reclamada"⁴³.

civiles todos los demás de la Administración que no son para obras o servicios públicos>. Como postulaba, también en este mismo orden de ideas Fernández de Velazco, <en nuestro Derecho positivo no se encuentra un concepto propio de la noción de servicio público>". (Villar Ezcurra, José Luis, "Servicio público y técnicas de conexión", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 43/4).

³⁸Adla, 1852-1880, p. 96 y ss.

³⁹Colección "Congreso Federal del Paraná" - Leyes sancionadas en el año 1855, pp. 191/2.

⁴⁰Artículo 1º de la Ley N° 24.

⁴¹Artículo 5º de las Bases del servicio.

⁴²Artículo 6º de las Bases del servicio.

⁴³Artículo 11 de las Bases del servicio. Es claro que, no se refiere a la propiedad privada, sino a una clase de propiedad que califica como "particular", y que la iguala con la propiedad pública. De allí, el especial sistema de "protección" de la misma establecida por la ley.

Entre otras disposiciones.

Resulta evidente que no se menciona el concepto de servicio público como la hace la ley del Estado y Provincia de Buenos Aires, y como se verá más abajo, ya que aquel concepto estaba contenido en el pretranscripto Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación Argentina.

En segundo lugar, se encuentra el Decreto Legislativo de fecha 9 de enero de 1854⁴⁴ que autorizó al Poder Ejecutivo del Estado y Provincia de Buenos Aires, para *conceder licencia* para la construcción y explotación, por particulares, de un ferrocarril al Oeste, y en lo que aquí interesa, para la demostración de la originalidad de la conformación del derecho público nacional, sujeta dicha concesión, a las siguientes bases:

i.- Se estableció el carácter de *regularidad* de prestación del servicio público al sujetar tal explotación por parte de los particulares, a las bases jurídicas que se dictaron a tal efecto en la norma en análisis. Cabe destacar que con posterioridad, todas las normas de concesión para la explotación de ferrocarriles que se dictaron, hicieron remisión a las bases dictadas en este Decreto Legislativo⁴⁵.

ii.- Se estableció el carácter de *continuidad* del servicio público al sancionar la discontinuidad o suspensión por un año⁴⁶ del trabajo del camino con la caducidad de la concesión, salvo casos fortuitos o de fuerza mayor⁴⁷. Asimismo, se estableció que "...las gracias, excepciones y privilegios concedidos por el presente decreto a la sociedad del ferrocarril, cesarán a los cincuenta años o antes si el ferrocarril *permaneciese un año sin funcionar*"⁴⁸.

iii.- Se previó que, para el caso de ser necesario ocupar terrenos privados para la construcción del ferrocarril, utilizar la potestad expropiatoria "...para objetos del servicio público..."⁴⁹, poniendo a cargo de la sociedad privada el pago de las indemnizaciones correspondientes⁵⁰.

⁴⁴Cuya naturaleza jurídica es de ley en sentido formal, dada la naturaleza, a su vez, de Estado Independiente de la Provincia de Buenos Aires y las potestades atribuidas a la Honorable Sala de Representantes, primer órgano legislativo de ese Estado. Colección: "Leyes del Estado y Provincia de Buenos Aires, Período Legislativo I-Año 1854-1855", pp. 28/30.

⁴⁵Ver, por ejemplo, Ley N° 135 de fecha 26 de junio de 1857 de la Provincia de Buenos Aires en ob. cit., "Leyes...", p. 232.

⁴⁶Plazo otorgado para comenzar los trabajos "...del camino de hierro..." a partir del otorgamiento del privilegio de hacerlo, Artículo 2º, inciso 3º del Decreto Legislativo del 9 de enero de 1854.

⁴⁷Artículo 2º, inciso 13º.

⁴⁸Artículo 2º, inciso 12º.

⁴⁹Artículo 2º, inciso 6º.

⁵⁰Es muy interesante señalar, como una clara muestra del origen de las fuentes de derecho y por ende el ordenamiento jurídico de referencia tenido en cuenta por los legisladores contemporáneos a la sanción de la Constitución Nacional de 1853, que en el debate parlamentario de la ley en análisis, al discutirse en particular el mencionado inciso 6º, el Representante Tejedor sostuvo que a su entender no existía ley de expropiación aplicable al territorio bonaerense, por lo que propuso que se declarara de propiedad pública los terrenos por donde pasara el ferrocarril. A ello "...los señores Vélez Sársfield, Esteves Saguí y Azcuénaga se opusieron a la enmienda diciendo que existía la "ley de partida" estableciendo el derecho de expropiación; que habiendo una ley general, era redundante hacer una declaración particular, y que actualmente se estaba poniendo en practica la mencionada ley en el camino de la costa". Diario de Sesiones de la Sala de Representantes, 1º Sesión Ordinaria del 2 de enero de 1854. El criterio sostenido por estos últimos triunfó en la votación por 24 votos contra 3. Es indudable el origen hispánico y de propia construcción del Derecho Patrio del cual partieron nuestros primeros legisladores.

iv.- El Estado se reservó el derecho de propiedad y titularidad de hasta un tercio de las acciones de la sociedad anónima creada por la ley para la explotación del servicio⁵¹. Esto constituyó un antecedente muy importante respecto de la participación del Estado en los resultados de la explotación. Es decir, se estableció una concesión bajo la modalidad onerosa.

v.- El Estado obligó a la concesionaria a transportar gratis "...la correspondencia pública y la fuerza armada, o artículos de guerra, toda vez que el Gobierno determinase hacerlo".⁵²

El régimen jurídico que surge de las analizadas tempranas normas de nuestra Organización Nacional, resulta, en mi opinión, un anticipo visionario, de la posterior, y por supuesto más elaborada, construcción francesa de la denominada Escuela del Servicio Público, ello tanto respecto de la noción misma de servicio público, como de la noción del posteriormente denominado contrato administrativo. Ello demuestra la originalidad de nuestro derecho público⁵³.

En cuanto al orden jurídico actual, la Constitución argentina reformada en 1994, reintrodujo explícitamente el concepto servicio público en el propio plexo normativo —Artículo 42— ausente desde la Reforma Constitucional de 1949. No obstante ello, sostengo que la Constitución de 1853 contenía implícitamente dicho concepto, al mencionar a los ferrocarriles en su antiguo Artículo 67 inciso 16.

En el orden federal, y en punto a la legislación contractual pública, se pueden identificar, en lo que aquí interesa, a los siguientes contratos típicos:

i.- Compraventa por cuenta de la Nación, locaciones, arrendamientos, trabajos, que no constituyan obras públicas o suministros, permisos y concesiones de uso del dominio público o privado: Artículos 55 a 64 del Decreto Ley N° 23.354/56, denominada Ley de Contabilidad, y su Decreto reglamentario N° 5.720/72 de compras del Estado, y su modificatorio N° 1.792/88.

ii.- Obras públicas: Ley N° 13.064 del 13 de octubre de 1947, y sus leyes y decretos complementarios y reglamentarios. Cabe destacar que, en este contrato, se receptó, veintiún años antes que en la legislación común —Artículo 1.198 del Código Civil reformado en 1968— la teoría de la imprevisión a través de la Ley N° 12.910, del 2 de enero de 1947, denominada "de reconocimiento de variaciones de costos".

iii.- Concesión de obras públicas: Ley N° 17.520 del 7 de noviembre de 1967, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 23.696 del 18 de agosto de 1989.

iv.- Por otra parte, no existe en nuestra legislación positiva un régimen general para el contrato de concesión de servicios públicos. Este tipo de contratos se rigen por su propio plexo normativo, constituido por normas constitucionales mencionadas, las legales y reglamentarias especiales, los Pliegos de Bases y Condiciones Generales y Particulares, el contrato, etc.⁵⁴ No obstante ello, de acuerdo al Artículo 11, *in fine*, del Reglamento de la Ley N° 23.696, aprobado por Decreto N° 1.105/89, el régimen de la concesión de obra

⁵¹Artículo 2º, inciso 2º.

⁵²Artículo 2º, inciso 8º.

⁵³No me cansaré de reiterar, que creo necesario realizar una reconstrucción de las bases de nuestro derecho administrativo en función de nuestras propias fuentes, a los efectos de determinar, por lo menos algunas, de las causas de las disfuncionalidades que se advierten en ese sistema jurídico.

⁵⁴Dichos regímenes jurídicos son por demás diversos. Así por ejemplo, las concesiones de servicios públicos: de electricidad, Ley N° 24.065; de gas, Ley N° 24.074; de agua, Decreto N° 999/92; de teléfonos, Decreto N° 1.185/90 y su modificatorio 702/95, entre otros. Todos ellos además, como se dijo, con sus respectivos pliegos de bases y condiciones generales y particulares.

pública resulta de aplicación analógica, hasta tanto se sancione el cuerpo normativo pertinente, a las concesiones de uso y de servicio.

Todas las normas mencionadas, tanto generales como particulares, establecen el principio de la licitación pública para la selección del contratante particular, como así también las excepciones al principio, y con ello el sistema de procedimiento rígido para tal selección⁵⁵. No obstante ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Meridiano S.C.A. c. Administración General de Puertos”⁵⁶, del 24 de abril de 1979, y confirmado posteriormente en el caso “Almacenes del Plata c/ Administración General de Puertos”⁵⁷, del 24 de noviembre de 1988, estableció que, a falta de norma expresa que exija la licitación pública para elegir al cocontratante, o sea, ante la ausencia de fundamento legal, debe estarse por la validez del acto que se dicta para la selección del contratante particular, lo que implica la recepción residual del sistema de libertad de elección o de libertad de actuación de la Administración Pública.

Con relación a las características del contrato administrativo, en cuanto a su definición, potestades y prerrogativas estatales, derechos del contratista particular, modos normales o anormales de conclusión del contrato, etc., la abrumadora mayoría de la doctrina iusadministrativa argentina, con los matices naturales de cualquier indagación científica, están contestes en atribuirles semejantes configuraciones, vinculadas fundamentalmente a la concepción francesa o denominada “continental europea”, al igual que los restantes países integrantes del Mercosur.⁵⁸

No obstante la historia normativa y conceptual brevemente analizada, y las contestes interpretaciones judiciales y doctrinarias, muy recientemente, se ha reeditado una antigua discusión sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo en nuestro derecho, introducida por el prestigioso administrativista Héctor Mairal⁵⁹ y contestada, en una primera instancia por el eminente profesor Juan Carlos Cassagne⁶⁰.

Digo reiteración porque esta misma discusión, como dije en otra parte⁶¹, fue impulsada en el año 1925 por la Junta Consultiva de Abogados de Ferrocarriles, que estaba conformada por los profesionales del derecho representantes de las compañías inglesas concesionarias de los ferrocarriles de nuestro país. En un artículo de doctrina suscrito por “La Redacción” del Boletín de la Junta, se dijo respecto al derecho administrativo, exteriorizando, estos juristas, una rara sensación de ‘terror’, que:

⁵⁵Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir: “En los contratos de la administración se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación y entre éstos, se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente”. (In re: “Hotel Internacional Iguazú, S.A. c/ Gobierno nacional”, de fecha 22-04-86, *La Ley*, 1986-D-397).

⁵⁶*El Derecho*, t. 83, p. 444, con nota de: Cassagne, Juan Carlos, “Principios del derecho administrativo en un fallo de la Corte”.

⁵⁷*La Ley*, 1990-A-620, con nota de: Maiorano, Jorge Luis, “La Corte mantiene su doctrina en materia de selección del contratista estatal”.

⁵⁸Para un análisis exhaustivo de las posiciones doctrinarias mencionas, desde nuestra Organización Nacional hasta el presente, ver: Salomoni, Jorge Luis, en ob. cit., “Teoría general...”, Capítulos I, II y IV.

⁵⁹Mairal, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, en Suplemento de Derecho Administrativo de *El Derecho*, N° 9589 del 18-9-1998, p. 1 y ss., entre otras publicaciones.

⁶⁰Cassagne, Juan Carlos, “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, *El Derecho*, 180-773. Y más recientemente, su libro *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, especialmente, Capítulo VIII.-

⁶¹Salomoni, Jorge Luis, en ob. cit., “Teoría general...”, pp. 188/9.-

“El derecho administrativo, nueva rama del derecho que aún se debate entre dificultades para asumir fisonomía propia sin haberlo logrado hasta el presente sino de manera parcial y fragmentaria, aparece en la actualidad como un campo abierto a todas las teorías y, algunas veces, a todas las fantasías. En su formación apresurada influyen en alto grado la fascinación de lo novedoso —hay teorías que sólo tienen el valor de la novedad— y la satisfacción o tranquilidad espiritual que produce el hallazgo de doctrinas destinadas a justificar los puntos de vista de sus cultores. Si bien la tendencia que lleva al hombre a tentar vías, a crear un <nuevo derecho>, en este mundo pululante de aspiraciones y necesidades, es una fuerza propulsora de la evolución, real o aparente, en su reverso presenta en cambio mucha opacidad. De derechos nuevos existe toda una copiosa floración de variados matices desde el <Derecho Proletario> expuesto por Máxime Leroy al <Derecho Constitucional> de León Duguit, y con frecuencia bajo el eufemismo de un *Nuevo Derecho se cobijan ideas amorales o deshonestas...El Derecho Administrativo, cual hoy lo exponen sus teorizadores, no está exento de taras*. Atormentado por el ansia de constituirse de una vez, desdeña a menudo con jactancia infantil, la aplicación de los principios básicos del derecho civil. Sin embargo, ellos sintetizan más que nada el criterio de un hombre probo, que, aun cuando se pretenda, no se conseguirá empequeñecer con llamarle despectivamente criterio *civilista*, como para decir criterio sencillo, estrecho, inadecuado a las modalidades del tiempo”⁶².

Y concluirá con la siguiente consecuencia para las concesiones de servicios públicos como la ferroviaria:

“Se arguye que el interés particular del concesionario debe subordinarse siempre al interés público. Esta máxima no es verdadera sino en casos excepcionales, cuando los intereses en pugna son ambos legítimos, inconciliables y excluyentes. De lo contrario debe primar el interés legítimo, aunque fuese el interés de uno solo, o habría que reconocer también a los pobres, que son mayoría, el derecho de repartirse los bienes de los ricos, que son minoría. Cuando es posible una solución conciliadora, la máxima es falsa; es una de tantas mentiras de que esta sembrado el campo político. *Mientras el estado no acepte la unidad de la moral y no se despoje, como en 1879 la nobleza de Francia en el <jeu de paume> de sus privilegios medioevales, el derecho administrativo no franqueará la zona nebulosa que aún le rodea*”⁶³.

En 1925, entonces, se intentó nuevamente, como una continuidad de la denominada línea “Mayo-Caseros”, enterrar nuestro pasado, nuestras instituciones jurídicas, y en algunos casos nuestros propios intereses nacionales. Resulta asombroso observar como se repiten en la historia las discusiones sobre distintas cuestiones —una vez como tragedia y otra vez como comedia, como lo dijo acertadamente Karl Marx—, aunque ninguna repetición es tan insistente como cuando se trata de la tensión que se produce entre una concepción que promueve la distribución de bienes y servicios y otra que la niega, cuando la tensión se manifiesta entre quienes luchan por sus derechos y quienes tratan de mantener los privilegios alcanzados. En la actualidad el Profesor Mairal, por la similitud argumental que sustenta, puede considerarse como el re-continuador de la doctrina sostenida por la mencionada Junta de Abogados de Ferrocarriles.

⁶²“El Derecho Administrativo y las Concesiones Ferroviarias”, “Boletín de la Junta de Abogados de Ferrocarriles”, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cía., Buenos Aires, 1925, Tomo I, p. 151.-

⁶³Idem anterior, p. 162.-

3. El Mercosur como persona jurídica pública internacional y la categoría contratos administrativos

Resulta conocido que los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea no regularon ningún aspecto de las contrataciones públicas. Probablemente las resistencias para tal vertebración obedezcan a diversas causas. Para Mattera, la inexistencia de un verdadero mercado de contrataciones públicas en la Comunidad Europea, se debe fundamentalmente a:

- i.- La intervención del Estado en la vida económica, política, y social.
- ii.- La activación y fomento de actividades locales.
- iii.- El saneamiento de problemas económicos coyunturales.
- iv.- Y a cuestiones psicológicas e ideológicas sobre lo nacional, la soberanía, etc., que serían reacias a la integración.⁶⁴

A dichas causales podría agregarse la diferencia de regímenes jurídicos administrativos entre los países miembros de la comunidad, que impidieron establecer normativas comunitarias uniformes sobre las grandes etapas de la contratación pública, a saber: modo de selección del contratista particular, ejecución del contrato y modos de terminación.

Es por ello que: “La primera Directiva aprobada por las Comunidades Europeas en materia de contratación pública, es la Directiva de la Comisión 70/32/CEE, de 17 de diciembre de 1969, relativa a los suministros de productos del Estado, a sus entes territoriales y a las personas jurídicas de Derecho público”.⁶⁵

Pero en realidad el primer cuerpo normativo fue dictado poco después, a través de las Directivas referidas a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obra y en la adjudicación de contratos públicos de obras por medio de agencias o sucursales (Directiva 71/304/CEE), a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (Directiva 71/305/CEE), y a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (Directiva 77/62/CEE). Como se observa, recién en la década del 70 comienza la producción normativa sobre los contratos públicos.

Por lo que “...para el Derecho comunitario (europeo) lo significativo es el carácter público o no del contrato, es decir, que el poder adjudicador sea o no una Administración pública o un organismo de derecho público. Así pues, la primera incidencia que sufre la categoría de contrato administrativo le viene del ámbito subjetivo de las Directivas comunitarias”.⁶⁶

Por otra parte, el concepto francés o español de servicio público es desconocido por el derecho comunitario europeo, y “...por el contrario recoge en el Artículo 90 figuras cercanas: las empresas públicas o no, a las que se concedan derechos especiales o exclusivos, las encargadas de la gestión de servicios de interés económico general y los monopolios”.⁶⁷ La doctrina española ha entendido que el mencionado Artículo 90 del Tratado de Roma, engloba a cuatro tipos de empresas: a) Las empresas públicas; b) Las

⁶⁴Mattera, Alfonso, “El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento”, p. 386, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

⁶⁵Razquin Lizarraga, Martín M^a, “Contratos Públicos y Derecho Comunitario”, Aranzadi Editorial, Pamplona, España, 1996, p. 47.-

⁶⁶Razquin Lizarraga, Martín M^a, en ob. cit., “Contratos Públicos...”, p. 244.-

⁶⁷Razquin Lizarraga, Martín M^a, en ob. cit., “Contratos Públicos...”, p. 248.-

empresas (públicas o privadas) titulares de derechos especiales o exclusivos; c) Las empresas (públicas o privadas) encargadas de la gestión de servicios de interés económico; y d) Las empresas que gestionen Monopolios Fiscales.⁶⁸ Esto es, se trata de uniformar por sobre los disímiles ordenamientos nacionales.

Como se vio más arriba, a diferencia de la experiencia europea, en los derechos nacionales de los países integrantes del Mercosur, se podría afirmar que el régimen del contrato público o administrativo es único o uniforme, no obstante matices o detalles que no empañan su columna vertebral común.

El Mercosur, como persona jurídica de derecho internacional, de acuerdo a lo establecido por el Artículo 34 del Protocolo de Ouro Preto, debe, en mi opinión, adoptar un régimen de contrataciones comunitarias que, respete, esté en sintonía, con la legislación de los países miembro, así como con la cultura jurídica desarrollada a través de sus respectivas historias institucionales.

Para ello debe, además de dictar normas semejantes a las dictadas en los países miembro para la contratación pública, establecer un sistema de control externo de las Administraciones Públicas que se ejercite conjuntamente con los órganos comunitarios previstos en el Protocolo de Ouro Preto.

Con relación al control de la contratación pública, efectuada tanto por las Administraciones Públicas como por sus delegados concesionarios, licenciatarios y permisionarios, y para evitar la discriminación de trato de la empresa nacional de un país miembro respecto de una empresa nacional del Estado que compra, dicho control se debería realizar a través, también, de entidades descentralizadas de tales Administraciones centrales, sean éstas nacionales, provinciales o estadales, y/o municipales. Hasta el presente no existen organismos públicos especializados en el control de la discriminación de trato. No obstante ello, en todo lo concerniente a compras de los ya mencionados concesionarios, licenciatarios y permisionarios, el control debería ejercerse a través del Ente Regulador con competencia en el servicio o actividad.

Finalmente, en lo concerniente al control cruzado entre los Estados miembro y el Mercosur, la entrada en vigencia del Protocolo de Ouro Preto, en mi opinión, ha dotado a la Unión de un órgano con competencia en el control, tanto del cumplimiento de las reglas del servicio público, como de la no discriminación en el trato de la empresa nacional de un país miembro en el direccionamiento del poder de compra estatal. Me refiero a la Comisión de Comercio del Mercosur, establecida en el Capítulo I, Sección III, del mencionado Protocolo.

Del juego de los Artículos 16, 19 y 21 del Protocolo en análisis, surge la atribución de una amplísima competencia en cabeza de la mencionada Comisión, en todo lo vinculado al arancel externo común, los instrumentos de política comercial común, y de consideración de reclamaciones, tanto de los Estados parte, como de los particulares, relacionadas con las situaciones previstas en los Artículos 1º ó 25 del Protocolo de Brasilia. Dicha competencia la ejerce, además de otras modalidades, primordialmente a través del control.

A su vez, el Artículo 20 del Protocolo establece que la Comisión de Comercio se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. En el caso de las primeras serán obligatorias para los Estados miembro.

⁶⁸Cfr., Díez Moreno, F., "La incidencia del artículo 90 del Tratado CEE en el sector eléctrico", Noticias CEE, Madrid, núm. 58/1989.

Todo ello conforma, en mi opinión, un sistema de control comunitario que puede permitir, conjuntamente con los controles nacionales, una doble malla de protección para "...neutralizar los efectos de los grandes monopolios en detrimento de los usuarios, y de los potenciales nuevos prestadores..."⁶⁹, como así también evitar el trato discriminatorio en la contratación pública.

Finalmente, cabe sostener que, en mi opinión, existe otro ordenamiento transnacional que debe integrarse al ordenamiento del Mercosur como constituyendo un único orden jurídico, y éste es la Convención Americana de los Derechos Humanos. Ello así, por dos motivos: en primer lugar, porque la normativa comunitaria no contiene declaración de derechos alguna, y en segundo lugar, porque constituye una excelente oportunidad para transformar o rediseñar, al derecho administrativo de los países miembro por la influencia de aquel ordenamiento y de su peculiar sistema hermenéutico, en el sentido de hacer que los derechos de los particulares y de la sociedad frente al Estado *latu sensu* finalmente valgan.⁷⁰

Todos los Estados miembro del Mercosur incorporaron el Pacto de San José de Costa Rica a sus ordenamientos internos, siendo Brasil el último en ratificarlo con fecha 25 de setiembre de 1992. Cabe mencionar que este país, luego de un largo y persistente reclamo de la comunidad jurídica de ese país, se sometió, en diciembre del año 1998, a la jurisdicción supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada y regulada por los Artículos 52 y siguientes de esa Convención.⁷¹

En función de la mencionada adopción, por los países miembro, de la Convención Americana de los Derechos Humanos y de la jurisdicción supranacional de la Corte establecida por ese Pacto, he sostenido que⁷², del Orden Público Comunitario que surge del Preámbulo⁷³ de la Convención, y del juego de sus Artículos 28.3⁷⁴ y 24⁷⁵, se instaura un sistema tal que, partiendo del principio de intangibilidad de los derechos establecido en el mencionado Art. 28.3, y conectándolo al principio de igual protección de la ley –Artículo 24 de la Convención– para cada individuo miembro de cada uno de esos Estados, que constituye una aplicación del principio general de igualdad, surge el

⁶⁹Muñoz, Guillermo Andrés, en op., cit., "El control de los servicios...".

⁷⁰Cfr., Salomoni Jorge Luis, "Objetivos del Mercosur", en Revista de la Administración Pública, N° 168, p., 31, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1992.-

⁷¹Cfr., Salomoni, Jorge Luis, en ob. cit., "Teoría general...", p., 437.

⁷²Salomoni, Jorge Luis, "Procedimiento administrativo y Mercosur. Una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos", en "Procedimiento Administrativo. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho", Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 551 y ss., y en ob. cit., "Teoría general...", p. 443 y ss.

⁷³"...el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce y establece, al igual que la Convención Europea que, '...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino *que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*, razón por la cual justifican una protección internacional...'. Ello significa el reconocimiento, y la aceptación de los países miembros, que los derechos humanos son superiores y anteriores a los Estados nacionales, y que no se obtienen por la pertenencia de la persona humana a un determinado Estado; estableciéndose a su vez, una subordinación de esos Estados, al sistema de protección de los derechos humanos previstos en la Convención. Tal declaración permite *fundar el Orden Público del Mercosur* que se antepone jerárquicamente al orden público interno de los Estados miembro. Y esto así, independientemente que las normas de la Convención tengan rango supraconstitucional, constitucional (Argentina-Paraguay) o subconstitucional (Brasil-Uruguay)". (Salomoni, Jorge Luis, en ob. cit., "Teoría general...", pp., 441/2).-

⁷⁴Artículo 28.3: "Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención".

⁷⁵Artículo 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de ley".

derecho de aquellos últimos de invocar, ante la Administración Pública o el Poder Judicial local, la norma más favorable a sus derechos de cualquier Estado Miembro, la que debe aplicarse como principio emergente del mencionado Artículo 24.

Es decir, la norma material y/o procesal más protectora de un Estado miembro, se transforma en un principio general del derecho comunitario, que se traslada al otro Estado miembro a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos⁷⁶.

Por lo tanto, el Tribunal comunitario que armonizará los derechos de las personas, y en consecuencia los límites al poder, tanto nacional como Comunitario, será, en definitiva, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Esto es, existirán un órgano de armonización primaria que será el juez nacional competente en la materia de que se trate, y un órgano de armonización secundaria que será la mencionada Corte Interamericana.

Reitero, en una asociación de Estados todo nacional de cada Estado miembro tiene el derecho a igual protección, en los mismos términos, que la máxima protección que se halla alcanzado en alguno de los Estados Miembro para esos mismos derechos⁷⁷.

Todo lo expuesto se complementa con el Artículo 29 de la Convención Americana, que establece, en lo que aquí interesa, que ninguna disposición del Pacto puede ser interpretada en el sentido de:

“...b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes, de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno...”.

“El caso referido en la letra b) es tradicional en el derecho internacional del trabajo ya que se remonta al párrafo 8 del Artículo 19 de la Constitución de la OIT y asegura que el reconocimiento y la protección internacional de derechos y libertades (en el estándar mínimo aceptable), no puede producir el efecto de reducir, limitar o restringir derechos reconocidos con mayor amplitud por el derecho interno o por otros tratados internacionales... Por su parte, el Artículo 29 b) tiene su equivalente en el Artículo 60 de

⁷⁶No debe confundirse el sistema planteado con el proveniente del derecho comparado. No se trata de utilizar el derecho “extrajero” para fundamentar una decisión administrativa o judicial, sino que se trata de la aplicación directa del ordenamiento jurídico más protector de los derechos humanos a través del Pacto de San José de Costa Rica. Para una explicación del método del derecho comparado, ver: Casal, Patricia Marcela, “Recepción del derecho extranjero como argumento. Derecho comparado”, Fundación Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997.-

⁷⁷En general, el funcionamiento del sistema sería de la siguiente manera: un nacional argentino tiene un conflicto en la relación de consumo con un fabricante o un prestador de servicios públicos. Además de invocar las normas argentinas de protección de los derechos del consumidor y las reglas del servicio en su caso, invocará a la administración y juez intervinientes, la norma más protectora dictada en cualquier país integrante del Mercosur. En este caso, la Ley N° 8.078 del 11-9-90 que dispone sobre la protección del consumidor y otras providencias en la República del Brasil. Un nacional de Paraguay solicita la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 de la República Argentina. Y así para cada nacional de cada país miembro respecto de cualquier ordenamiento de otro país miembro más protector de los derechos humanos. Los ordenamientos implicados, y que se solicita al juez nacional aplicar, constituyen derecho interno del país en que se aplican, trasladados a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos. La hermenéutica de la norma invocada por el nacional de otro país, que se le haya otorgado en el país de origen, deberá ser consultada a los abogados especializados de éste último país mediante informes con valor y responsabilidad legal. Debo agradecer esta última sugerencia al Profesor y amigo Paulo Motta de Curitiba, Brasil. Debo señalar que mecanismo, puede ser invocado, en los países federales como Argentina y Brasil, por un residente en una provincia o estado, respecto de un ordenamiento de otra provincia o estado del mismo país, cuyo ordenamiento sea más protector de los derechos humanos.-

la Convención Europea que dispone que ninguna de las disposiciones de la Convención será interpretada en forma de limitar o afectar los derechos del hombre y las libertades fundamentales que pudieran estar reconocidas conforme a la ley de las partes contratantes o a cualquier otra convención de la que esa Parte contratante sea parte”⁷⁸.

Respecto de la interpretación del Pacto, la Corte Suprema ha establecido, en la causa “Ekmekjian, Miguel v. Sofovich, Gerardo y otros”, de fecha 7 de julio de 1992, que:

“...la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, Art. 1º)”⁷⁹.

En idéntico sentido se expidió en la causa “Girolodi, Horacio David y otro sobre Recurso de Casación”, con fecha 07-04-95, al establecer el alcance de los conceptos contenidos en la cláusula en análisis, tomando como propios los vertidos por la Corte Interamericana, al decir que:

“...a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la Comunidad Internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del Art. 1º de la Convención, en cuanto a los Estados parte deben no solamente <respetar los derechos y libertades reconocidos en ella>, sino además <garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción>. Según dicha Corte, <garantizar> implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del Art. 1.1 de la Convención (Opinión Consultiva Nº 11.90 del 10 de agosto de 1990: <Excepciones al agotamiento de los recursos internos>, párr. 34). *Garantizar entraña, asimismo, <el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos> (ídem, párrafo 23)”*⁸⁰.

La aplicación práctica del sistema propuesto en el campo de los contratos administrativos, consistiría en la posibilidad, de todos los habitantes de cada país miembro del Mercosur, de invocar, por ejemplo, el régimen de la Constitución Federal de Brasil que, en punto a ello, establece:

“Los contratos gubernamentales en general están sujetos a su invalidación a través de la acción popular (CF, Art. 5º, -LXXIII), que, más allá de implicar la existencia de un vehículo de examen judicial inaplicable a los contratos privados (que, de por sí, ya sería un dato del régimen del contrato administrativo), vincula su validez a la no existencia de lesión al

⁷⁸Gros Espiell, Héctor, “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, pp. 129/30.

⁷⁹La Ley, 1992-C-543.-

⁸⁰Travieso, Juan Antonio, “Derechos Humanos y jurisprudencia. Doctrina y legislación argentina e internacional”, Eudeba, Buenos Aires, 1998, p. 194 y ss.

patrimonio público, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico cultural, vinculación esta extraña al derecho privado”.⁸¹

4. Conclusión:

Como se ha podido demostrar, el sistema jurídico de la contratación administrativa en los países miembro del Mercosur, resulta común, basado en los mismos principios y, en algunos casos, en las mismas normas. El Mercosur no podría tener o dictar un ordenamiento jurídico diferente al explicitado.

Ello va de la mano de la preocupación principal que motivó el interrogante que formuló uno de los más importantes juristas europeos contemporáneos, el italiano Sabino Cassese⁸², sobre cual era nuestra tarea como hombres de la cultura ante una reforma constitucional, aplicable al caso en análisis, por la incidencia que la normativa comunitaria puede tener sobre los ordenamientos nacionales. Y la respuesta se basó en el entendimiento que “...una constitución (y un ordenamiento jurídico) tiene su *background* político, pero debe tener también un *background* cultural...”, que se traduce en una cultura jurídica que debe constituir un estímulo para iniciativas concretas. Es decir, promover una argumentación racional anclada en nuestra cultura que permita detectar los fines valiosos a los cuales se tiende en un tiempo y en una sociedad determinada, y los instrumentos posibles para su logro. La cultura jurídica debería ser, entonces, la precursora de la reforma del ordenamiento o el guardián de la vigencia del mismo.

⁸¹Ari Sunfeld, Carlos, en ob. cit., “Licitacao e contrato...”, p. 202.

⁸²“Cultura giuridica e riforma costituzionale”, en “L’Amministrazione e la costituzione. Proposte per la costituente”, p. 163 y ss., Il Mulino, Bologna, 1993.

Capítulo XI

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I. Introducción

1. Algunas premisas

1.1. Objeto del análisis

En el cap. X hemos clasificado la actividad administrativa distinguiendo¹ el acto y el contrato administrativo.² El objeto del presente cap. es analizar este último para explicar sus rasgos generales y matices o grados de diferenciación jurídica interna, que permitan a su vez ensayar subclasificaciones que mejor expresen tales distinciones.

Debe quedar en claro, una vez más, que lo que aquí interesa es determinar el régimen jurídico concreto antes que calificaciones abstractas, aunque existe una importante producción jurídica al respecto que constituye la base de análisis de todo estudio. Lo más importante es a nuestro juicio la razonabilidad del objeto y precio de la contratación, la eficiencia del gasto incurrido, la equidad de las tarifas, etc. Ello resulta, entre otros textos, de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Históricamente el tema se ha enfocado y querido

^{1.1} *Supra*, cap. I.

^{1.2} *Infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. IV. Como explicamos en el cap. I, no nos embarcamos en la búsqueda o negación de la “esencia” o “sustancia” de un vocablo jurídico. Sin embargo, una interesante controversia puede verse en nuestro medio entre MAIRAL, HÉCTOR A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655 y CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo,” *ED*, 180: 773; pero el debate continúa: MAIRAL, “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo,” *ED*, 180: 849 y “La ideología del servicio público,” *RDA*, 14: 359 (Buenos Aires, Depalma, 1993). Ver también los diversos trabajos de COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La teoría general del contrato administrativo a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 98 y ss., nota 57 *in fine*; “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 111: 845; “El concepto de contrato administrativo,” en AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 166 y ss.

solucionar por la vía procedimental del sistema de selección del contratista estatal,³ lo que hasta ahora no ha resultado eficaz en nuestro medio.⁴

1.2. *El sujeto de la contratación*

Es generalizado el punto de partida de que al hablar de contratos administrativos o contratos de la administración nos referimos como mínimo a contratos celebrados por una persona estatal: la administración nacional centralizada o descentralizada, pero no personas jurídicas no estatales, sean ellas públicas o privadas.⁵ Los contratos que celebran las personas públicas no estatales y las personas privadas que ejercen funciones públicas no suelen ser incluidos en dicha categoría.⁶

Aunque se les reconoce a veces que pueden dictar actos administrativos,⁷ es más excepcional que se admita que celebren contratos administrativos. Ello no quita que en el régimen de concesiones y licencias de servicios públicos los prestadores de los servicios públicos estén sometidos a algunos requisitos propios de la contratación pública, notablemente la publicidad y la licitación como reglas de sus contratos, la ausencia de subsidios cruzados, la realidad de la

^{1,3} Ver MAIRAL, HÉCTOR A., *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Buenos Aires, Depalma, 1975; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones)*, Buenos Aires, Depalma, 2000; FIORINI, BARTOLOMÉ y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública (Selección del contratista estatal)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972; DROMI, ROBERTO, *La licitación pública*, Buenos Aires, Astrea, 1975; GRECA, ALCIDES, *La licitación y el privilegio en los contratos administrativos*, Santa Fe, Univ. Nac. del Litoral, 1941; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *La licitación pública*, Montevideo, 1938; LÓPEZ-ELÍAS, JOSÉ PEDRO, *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*, México, D.F., UNAM, 1999; LUCERO ESPINOSA, MANUEL, *La licitación pública*, México, D.F., Porrúa, 1993; ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE, *La licitación pública en Costa Rica*, San José, UCR., 1975; BOQUERA OLIVER, JOSÉ M., *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, Madrid, IEP, 1963, p. 100; BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA, *Da licitação*, San Pablo, Bushatsky, 1978; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, "Licitação," San Pablo, RDT, 1980; VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Direitos dos licitantes*, San Pablo, Malheiros, 1994, 4ª ed.; FERRAZ, SÉRGIO y VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, San Pablo, 1995, 3ª ed.; ADILSON ABREU DALLARI, *Aspectos jurídicos da licitação*, San Pablo, Saraiva, 1992; SUNDOLF, CARLOS ARI, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1994; FERNÁNDES DE OLIVEIRA, RÉGIS, *Licitação*, San Pablo, RDT, 1981; MOTTA, CARLOS PINTO COELHO, *Licitação e contrato administrativo*, Belo Horizonte, LÊ, 1990; *Apontamentos sobre legalidade e licitação*, Belo Horizonte, UCMG, 1982; LOPES MEIRELLES, HELY, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, RDT, 1977; DAYRELL, CARLOS LEOPOLDO, *Das Licitações da administração pública*, Río de Janeiro, Forense, 1973; BRITTO, CARLOS AYRES, *O perfil constitucional da licitação*, Curitiba, ZNT, 1997; CITADINI, ANTONIO ROQUE, *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*, San Pablo, Max Limonad, 1997, 2ª ed.; FERREIRA DE OLIVEIRA, IVO, *Diligências nas licitações públicas*, Curitiba, JM, 2000.

^{1,4} En igual sentido LÓPEZ-ELÍAS, *op. cit.*, pp. 86-7.

^{1,5} Así BIELSA, MARIENHOFF, ESCOLA: COVIELLO, "La teoría general...", *op. cit.*, p. 99, nota 2.

^{1,6} En la opinión afirmativa BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 247 y ss.; es la excepción en la jurisprudencia: COVIELLO, *op. cit.*, p. 101 y ss., 104, 113, 114; *Fallos*, 304-1: 490, *Schirato*, 1982.

^{1,7} Desarrollamos el tema *infra*, t. 3, cap. I, § 11, "El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales;" §12, "Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales," pp. 11-25.

contratación, etc.⁸ En el segundo caso se aplicarán frecuentemente los principios de la licitación pública, por lo que se imponen algunas consideraciones liminares al respecto, pues como se verá la relación contractual cambia mucho en uno y otro caso.

1.3. *La licitación pública y los pliegos*⁹

Suele ser afirmación corriente que la licitación pública no es un requisito de validez del contrato administrativo a menos que la ley lo exija,¹⁰ lo cual es una petición de principio pues casi todas las normas legales lo hacen y en cualquier caso la propia administración es remisa a contratar sin el techo protector de una licitación.¹¹ Sin embargo, no debemos pecar de ingenuidad y creer que ello cumple el requisito supranacional de *publicidad* que exige el art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción: esa publicidad requiere no solamente la publicación 1º) del llamado, sino también 2º) de la adjudicación y su monto y 3º) del precio final que resulta de la ejecución total del contrato con sus modificaciones. Todo ello debe publicarse en el Boletín Oficial de la Nación y en la Internet: hay que utilizarla no para propaganda sino para difusión genuina de información útil.

De allí no se sigue tampoco la consecuencia que frecuentemente la administración extrae que puede poner en el pliego absolutamente cualquier privilegio, aun el más arbitrario, sin que ello importe violación al orden jurídico. Esa opinión resulta insostenible, pues es obvio que los pliegos deben ser conformes a la legislación¹² y *a fortiori* a la Constitución; en la práctica, sin embargo, no se encontrarán casos de anulación de normas de pliegos de bases de licitaciones públicas. También deben ser conformes a los principios jurídicos de *equidad* y *eficiencia* que exige el mentado art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Un ejemplo son las normas por las que el licitante se autoconfiere el derecho a dejar sin efecto la licitación y no adjudicar a nadie, sin dar para ello razón o fundamento alguno, ni tener los oferentes derecho siquiera al resarcimiento de los gastos incurridos, ni aun a la devolución del precio abonado por el pliego.

Normas de ese tipo son tan claramente arbitrarias e inconstitucionales que no se puede entender cómo la jurisprudencia no las ha anulado hasta ahora y las aplica bajo el manto del voluntario sometimiento del oferente y el posterior

^{1.8} Ver Fallos, 306: 2040, 1984, *Dufour*; COVIELLO, *op. cit.*, p. 115, nota 48.

^{1.9} El desarrollo del tema lo realizamos *infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. XII, "La licitación pública."

^{1.10} Una relación de la doctrina argentina en COVIELLO, *op. cit.*, p. 131, notas 82 y 84.

^{1.11} Lo explicamos en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Editorial Civitas, 1981.

^{1.12} Ver CSJN, *Espacio S.A.*, 1993, Fallos, 316-3: 3157, referenciado también en COVIELLO, *op. cit.*, p. 130.

pacta sunt servanda, según el caso. En otras materias se han producido cambios que objetivamente deberían hacerse extensivos a la licitación.¹³ A la inversa, justo es reconocer que ello ocurre en materia de los contratos administrativos del segundo grupo o la categoría intermedia de la evolución, pues en las concesiones o licencias de servicios públicos de la última década del segundo milenio y comienzos del siglo XXI, se encuentra a veces la experiencia opuesta.

2. La evolución del objeto contractual y su régimen jurídico

2.1. Época primigenia¹

En la Argentina del siglo XIX y primeras décadas del XX el contrato administrativo más importante era la concesión de servicios públicos,² cuya construcción se hizo de hecho extensiva al resto de los contratos administrativos, aunque éstos fueran de menor importancia y distinta realidad jurídica y económico-financiera.

2.2. Época intermedia, de las nacionalizaciones

A partir de las nacionalizaciones de las décadas del 40 y 50 —en la Argentina— del siglo XX el crecimiento del sector público de la economía aumentó el número de contratos de obras públicas y suministros, entre otros. Pasaron a ser las figuras contractuales dominantes del derecho administrativo. En cambio, el contrato de concesión de servicios públicos quedó virtualmente olvidado, carente de referente empírico en la realidad. El régimen de los contratos administrativos de esta época fue siendo modificado en forma progresiva, tanto legislativa como jurisprudencialmente, alejándolo cada vez más de la vieja concesión de servicios públicos con la cual ya poco tenía que ver.

^{1,13} CSJN, Fallos, 318-2: 1154, *Video Club Dreams*, año 1995, LL, 1995-D, 247, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA: “Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams»),” LL, 1995-D, 243, en que uno de los votos de la Corte reconoce el hecho de que actos de acatamiento a la norma luego impugnada no “traducen una clara voluntad de someterse a las normas impugnadas en el *sub lite*. Por el contrario, dichos actos revelan —más bien— la intención de no quedar marginada del circuito de comercialización de videos” (cons. 6°). El criterio es hacer prevalecer la necesidad de no quedar excluido del negocio por sobre la supuesta voluntad de acatar el régimen en cuestión; debería también aplicarse en materia de licitación pública. La antigua jurisprudencia del “voluntario acatamiento” a las normas ilegales o irrazonables de la administración ha sido una de las fuentes más fructíferas de la corrupción administrativa. Sin embargo la jurisprudencia no cambia. Para peor, la ley de emergencia 25.344 faculta discrecionalmente a rescindir contratos sin pagar la indemnización ordinaria, lo cual es un claro instrumento de potencial extorsión, en manos de los funcionarios políticos. Las normas reglamentarias han introducido, en buena hora, una cierta restricción: decreto 1.116/00 y res. 48/00, B.O. 5-I-01, pp. 9-10.

^{2,1} Para una relación histórica más lejana, en el derecho comparado, ver FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, *Derecho administrativo. Contratos*, México, D.F., Porrúa, 2000, pp. 1-23, 25-56.

^{2,2} La historia se habría de repetir al final del siglo XX tanto para la concesión como para la licencia.

2.3. La reforma del Estado

Con la reforma del Estado, a partir de 1989 el sector público de la economía se reduce y con él los contratos que celebraba el Estado cuando tenía un rol activo en la economía: obra pública, suministro, concesión de uso del dominio público, etc. Aparecen ahora otra vez como manifestación fundamental de la contratación administrativa, las concesiones y licencias de servicios públicos, generalmente en condiciones de monopolio o exclusividad.³

Los regímenes jurídicos de los contratos del sector público de la economía en la época anterior y la presente, no son ni pueden ser los mismos, pues ha cambiado mientras tanto toda la relación económica subyacente.

2.4. La reforma constitucional

2.4.1. El art. 42

La reforma constitucional de 1994 refuerza los presupuestos constitucionales tradicionales de los servicios públicos prestados bajo condiciones de monopolio o exclusividad. Es el efecto conjunto de la reforma del Estado, primero,⁴ y de la

^{2,3} Ver SALOMONI, JORGE LUIS, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios públicos. Control y protección*, Buenos Aires, UBA y Ciudad Argentina, 1996; AA.VV., *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos Jurídicos, financieros y técnicos*, Caracas, EJV, 2000; BIELSA, RAFAEL, *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, 1937; BLONDEAU, ANGE, *La concession de service public*, París, Dalloz, 1933; COMTE, PHILIPPE, *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public. Un aspect de l'évolution du droit public contemporain*, París, Sirey, 1934; FANELLI EVANS, GUILLERMO E., "Las subvenciones en las concesiones de obra y de servicios públicos," en AA.VV., *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. VI; GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *La teoría del servicio público*, Madrid, Reus, 1923; GONZÁLEZ VERGARA, ARIEL, *La concesión, acto administrativo creador de derechos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965; LÓPEZ PELLICER, JOSÉ A. y SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ L., *La concesión administrativa en la esfera local*, Madrid, IEAL, 1976; ORIANNE, PAUL, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruselas, Larcier, 1961; ORTIZ, EDUARDO, "Aspectos legales de las concesiones ferrocarrileras," *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 27 (San José, 1975); PEÑA VILLAMIL, MANUEL, *La concesión de servicios públicos*, Asunción, Lapacho, 1957; PICCIRILLI, RODOLFO, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1936; PISIER-KOUCHNER, EVELYNE, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, París, L.G.D.J., 1972; RAMOS, JUAN P., *Ensayo jurídico y social sobre la concesión de servicios públicas*, Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1937; ROMERO PÉREZ, *Apuntes sobre el servicio público*, San José, Ed. Univ. de Costa Rica, 1978; SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., "Noción y elementos del servicio público," en AA.VV., *Los servicios Públicos. Régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 12; *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, pp. 243-4, nota 243, recordando a la Sala III en *Edesur c. ENRE* (1996): "el principio del informalismo en favor del administrado no puede ser invocado por la recurrente con la misma intensidad que pudiera hacerlo en general otro interesado;" SILVA CENCIO, JORGE A., *Servicio público y concesión de servicios*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1980; VÁZQUEZ FRANCO, GLADYS, *La concesión administrativa de servicio público*, Santafé de Bogotá, Temis, 1991; IV CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *Régimen jurídico de la concesión de servicio público*, Buenos Aires, imprenta "Artes Gráficas," 1936; INSTITUTO DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

^{2,4} UGOLINI, DANIELA P., "El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos," *ED*, 148: 869.

reforma constitucional, después, lo que obliga a una revisión de las clasificaciones de los contratos administrativos. La reforma constitucional, bueno es recordarlo, prevé en el art. 42 que los servicios públicos monopolizados de hecho o de derecho deben ser regulados y controlados por entes independientes con participación de los usuarios,⁵ la tutela de cuyos derechos e intereses debe procurar. Por ahora tanto el legislador como el Poder Judicial incumplen esta norma.

2.4.2. *Continuación. El art. 76*

Al propio tiempo, el art. 76 prohíbe la delegación al Poder Ejecutivo Nacional y por ende la subdelegación que éste viene habitualmente haciendo a Secretarías de Estado.⁶ Con el transcurso del tiempo debe progresivamente desaparecer esa reglamentación subdelegada de las Secretarías y desde luego también la del Poder Ejecutivo, puesto que no se trata aquí de una materia interna de la administración sino de los derechos de los usuarios. Aquí, son los tres poderes del Estado que se hallan remisos en cumplir y hacer cumplir el nuevo principio constitucional. Distinto es cuando el Congreso invoca una real emergencia pública y hace la delegación con este alcance, como fue el caso de las leyes 25.414 del año 2001 (derogada por ley 25.556) y 25.561 del año 2002. De todas maneras, aun en esta ley la delegación es efectuada al Poder Ejecutivo y no parece incluir la facultad de subdelegar.

2.4.3. *El rol de los entes reguladores*

De acuerdo al nuevo esquema constitucional solamente los entes previstos en el art. 42 tienen tales facultades reglamentarias, en virtud de la ley del respectivo marco regulatorio; por ahora ello no ha llegado a la realidad.

Deberán dictarse tales leyes e instrumentarse los respectivos entes en los servicios otorgados bajo concesión o exclusividad y que todavía carecen de ellos o los tienen creados por Decreto; en su defecto la justicia deberá aplicar en forma directa el texto constitucional, supliendo la omisión legislativa.

3. *Un punto de inflexión en el desarrollo del contrato administrativo no monopolístico o exclusivo*

3.1. *La nacionalización de los servicios públicos concedidos*

Ya dijimos que la idea de “servicio público” despertó casi siempre una resonancia a necesidad pública, bien común, etc. y llevó a soluciones para restringir las po-

^{2.5} Ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed. ampliada y actualizada, comentario al art. 42, § 3.4, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 377-8; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, I, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5.

^{2.6} *Supra*, cap VII, § 13.3.

testades del prestador, que además tenía y tiene mayor poder que el propio gobierno, en favor de la protección de los usuarios del servicio, representados por el poder público concedente. Eso fue el pasado distante, casi remoto, pero que produjo muchas teorías y principios: relaciones especiales de sujeción, facultades unilaterales administrativas de modificar las modalidades de prestación del servicio, etc.

Ante la dificultad de controlar tales monopolios o privilegios y al amparo de nuevas teorías económicas, en las décadas del '30 al '90 del siglo XX el contrato de concesión de servicios públicos dejó de ser el contrato administrativo por antonomasia que era a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX y pasó en apariencia al desván de los recuerdos. Los Estados decidieron tomar a su cargo la prestación, nacionalizando o estatizando los servicios prestados por particulares y creando al efecto diversas formas de empresas públicas: es la época del florecimiento de múltiples tipos de formas jurídicas por las cuales el Estado realizaba estas actividades.¹

Se redujo al mínimo la figura de la concesión de servicios públicos o incluso se la eliminó del plano de la experiencia. Fue la época del máximo desarrollo histórico del Estado de Bienestar, la planificación, el Estado como sujeto activo de la economía, etc.²

3.2. *El crecimiento del sector público y su contratación*

Al crecer el sector público de la economía, fueron cobrando creciente importancia, tanto en número como montos, una serie de contratos administrativos que antiguamente no eran igualmente frecuentes: contratos de obras públicas, de suministros, etc. La importancia cualicuantitativa del sector público de la economía³ era del orden del 50% del producto bruto nacional, lo que provocaba un parecido crecimiento de sus formas de contratación, entre otros fenómenos de aquel entonces.⁴

Alrededor de ellos se construyó el nuevo régimen de los contratos administrativos de esa generación. La concesión monopólica o exclusiva de servicios públicos

^{3.1} Una descripción de esta antigua historia se puede encontrar en nuestro art. "El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina," *LL*, 141: 1030 (1971), reproducido en el libro de ANDRIEU, PEDRO ENRIQUE, *Empresas públicas*, Buenos Aires, Macchi, 1975, cap. XII, pp. 681-724.

^{3.2} Exponemos el tema en el cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," § 1.2 y señalamos su bibliografía en la nota 1.4 de ese cap.

^{3.3} A cual dedicamos buena parte de los esfuerzos de nuestros primeros veinte años de investigación, 1960-1980: *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966; *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967; *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, O.E.A., 1967; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Ed. conjunta de la Agencia para el desarrollo (A.I.D.) y Macchi, México y Buenos Aires, 1973; *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1981.

^{3.4} P. ej., lo explicado en nuestro art. "Algunos problemas jurídicos de la actuación internacional de las empresas públicas argentinas," *RADA*, 11: 42 (Buenos Aires, 1976).

había quedado en el pasado, sin referencia empírica. La lucha de esta época fue, a la inversa de la anterior, tratar de reducir los privilegios que se había reservado al Estado concedente para tutelar los derechos de los usuarios. Ahora los usuarios eran los “administrados” del propio Estado y los terceros sólo ocasional y limitadamente se veían afectados por los contratos estatales ahora frecuentes.

Esta variación de contratos reales significó, para los nuevos contratos de mayor frecuencia de utilización, un cambio de encuadre en los problemas que los juristas debían analizar y fue produciendo una variación en los principios con los cuales se habrían de enfocar en esa época, tales problemas de los contratos del Estado.

No estando de por medio el “servicio público” y la obligación de preservar los derechos de los usuarios cautivos, tanto en la prestación del servicio como en la tarifa monopólica, se fueron morigerando o incluso eliminando muchos de los caracteres clásicos de la concesión de servicio público de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

Ello nos llevó a la década del 90 del siglo XX, posteriormente a la reforma del Estado, con un doble desfasaje: estaba bien desarrollada la teoría⁵ y la experiencia de contratos administrativos que ya no tienen tanta importancia práctica (obra pública, suministros); ha quedado en cambio casi olvidada la jurisprudencia y doctrina constitucional de interpretación de las concesiones y licencias monopólicas o exclusivas.⁶ Pero ambos regímenes subsisten y convie-

^{3.5} Ampliar y comparar en ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, 2 vols.; BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, 2ª ed., p. 189 y ss.; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Contratos administrativos*, Caracas, EJV, 1992; ARIÑO ORTIZ, GASPAS, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo,” en AA.VV., *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, op. cit., cap. VI; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española,” *RAP*, 23: 193 (Madrid); DI RENZO, FRANCESCO, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1969; FLAMME, MAURICE, *Les marchés de l'Administration*, Bruselas, 1955; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La figura del contrato administrativo,” *RAP*, 41: 99 (Madrid, 1963); HAINAUT, JEAN PIERRE y JOLIET, RENÉ, *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, Bruselas, 1963; INSTITUTO URUGUAYO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Contratación administrativa*, Montevideo, FCU, 1989; JÈZE, GASTÓN, *Les contrats administratifs*, París, Marcel Giard, 1934, 4 vols.; LAMARQUE, JEAN, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, L.G.D.J., 1960; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE; MODERNE, FRANK y DELVOLVÉ, PIERRE, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, París, LGDJ, 1983, 2ª ed.; MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, JOSÉ LUIS, *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias*, obra y lugar citados; MONTORO PUERTO, MIGUEL, *Contratos administrativos atípicos*, Madrid, ENAP, 1969; PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL Y IV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Contratos públicos*, Mendoza, 1978; RICHER, LAURENT, *Les contrats administratifs*, París, Dalloz, 1991; ROEHRSEN DI CAMMERATA, GUGLIELMO, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1967; ROMERO PÉREZ, *Los contratos del Estado*, San José, EUED, 1989; ALVAREZ GENDÍN, SABINO, *Los contratos públicos*, Madrid, Reus, 1934.

^{3.6} El interés se ha reabierto con motivo de estos contratos “redescubiertos.” Ver la polémica MAIRAL-CASSAGNE: *supra*, nota 1.2.

ne no confundirlos: aplicar a unos los caracteres jurídicos del otro sería un error importante de derecho.

4. *La evolución de la doctrina de los contratos de la administración*

Esas marchas y contramarchas de la contratación estatal y su régimen jurídico no son sólo propias de nuestro país; ellas también aparecen, de distinta manera, en cada Estado. Es así como existen distintas orientaciones en el mundo y en la evolución histórica del derecho de cada país, acerca del concepto y de la existencia misma de los contratos administrativos.

4.1. *La negación de la categoría de los contratos administrativos*¹

En una primera orientación, la más antigua, se interpreta que todos los contratos celebrados por la administración —una persona estatal— con sujetos privados de derecho están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay allí una categoría nueva de contratos, además de los privados. Esta es p. ej. la solución clásica de la doctrina alemana, donde sin embargo se admite la categoría del contrato interadministrativo, que es el celebrado entre distintas administraciones.

4.2. *La negación del contrato civil de la administración*

Los autores norteamericanos se refieren a los contratos “del gobierno” dando por sentado que, dentro de una miríada de normas, jurisprudencia y costumbres especiales, de todos modos existe una única categoría genérica de contratos de la administración.² También hay un derecho común de las contrataciones de los organismos internacionales.³ Si bien existen abundantes referencias a la contra-

¹ Un desarrollo del tema en HAINAUT y JOLIET, *op. cit.*, t. II, p. 70; FROMONT, MICHEL, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, París, 1960, p. 188; GIACOMETTI, Z., *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich, Polygraphischer Verlag, t. I, 1960, p. 442; ESTORNINHO, MARÍA JOÃO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990. Pero la doctrina alemana no es pacífica: HELFRITZ, HANS, *Verwaltungsrecht*, Hannover, 1949, p. 43 y la cuestión es terminológica: si se parte demasiado rígidamente de que un contrato supone igualdad entre las partes, puede entonces decirse que la administración no “contrata.” BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 15, quien recuerda a MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1949, t. I, p. 27 y ss.

² WHELAN, JOHN W., *Federal Government Contracts. Cases and Materials*, Nueva York, The Foundation Press, Inc., 1985, p. 1 y ss.; MITCHEL, J. D. B., *The Contracts of Public Authorities. A Comparative Study*, Londres, G. Bell and Sons Ltd., 1954; PUGLIESE, FRANCESCO PAOLO, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti D’America (Government Contracts)*, Padua, Cedam, 1974; SANTA MARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1903, 6ª ed., p. 714.

³ WESTRING, GÖSTA, *Adquisiciones internacionales de bienes y servicios. UNITAR y CCI*, Washington, Banco Mundial, 1987. En el caso de las contrataciones de empréstito público hechas por un país bajo su propia ley soberana, la solución tradicional es considerarlo parte del poder tributario del Estado; cuando el contrato se celebra y ejecuta en el exterior se rige, en cambio, por el derecho y la jurisdicción comunes de ese lugar. Comp. FERNÁNDEZ RUIZ, *op. cit.*, cap. XVI, § 1, “El contrato de empréstito público,” pp. 367-73.

tación privada en el sector público estatal,⁴ básicamente no hay un contrato puramente privado de la administración, pero sí distintos tipos de regímenes jurídicos de contratos del Estado, con mayores o menores elementos de derecho público.⁵

4.3. *La distinción clásica entre contratos civiles y administrativos*

En una segunda forma tradicional de ver la cuestión se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. Es claro que la distinción está emparentada con otras: acto civil y acto administrativo, dominio privado y público, etc., como ya lo explicamos.⁶ Una primera diferencia con el criterio anterior es que supone que realmente existe el contrato puramente civil del Estado. El criterio utilizado para hacer la distinción es sumamente variado, según los autores y el país e incluso la época de que se trate. En esta posición hay una suerte de idea implícita de que el contrato civil fuera lo normal y el contrato administrativo lo excepcional, sobre todo porque una vez identificado el segundo como tal, quedará sometido a las reglas especiales del derecho administrativo antes que las del derecho común. A su vez, en los casos no previstos se recurrirá analógica o supletoriamente al resto del derecho administrativo antes que al derecho civil o comercial, cuestión esta última harto compleja que requiere un cuidadoso estudio en cada caso.⁷

4.4. *Continuación. Los tres supuestos clásicos de contrato administrativo*

Según este criterio descriptivo un contrato de la administración puede ser “administrativo” por una cualquiera de las siguientes razones.⁸

^{4,4} Ver en especial RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Administraciones públicas y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

^{4,5} Ver, así, nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, 1ª ed., pp. 48-9; 2ª ed, pp. 166-7; en este t. 1, 1ª ed., 1974, cap. VI, pp. 5-6. Dice BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 15, “el centro de discusión está ahora, en la diferenciación de los diversos tipos de contratos que celebra la Administración;” “En realidad, toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración. Todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado.” “Por otra parte, no se presenta este régimen como uniforme en los llamados contratos administrativos, pues varía según los cuerpos normativos que regulan cada figura contractual” (pp. 52-3).

^{4,6} En el cap. VIII “Relaciones del derecho administrativo” de este primer vol.

^{4,7} La Corte tiene dicho que “son de aplicación a los actos administrativos, por analogía, las disposiciones sobre nulidades del Código Civil” [...] *Fallos*: 295:165, año 1976, *La Superiora. Bodegas, Viñedos y Olivares S.A.*, “lo que significa que no hay subsidiariedad sino simple adecuación a las modalidades propias del derecho que rige aquellos actos” (301:292, *Meridiano*, 1979; 311: 2385, *Almacenes Del Plata SAC*, 1988; COVIELLO, *op. cit.*, pp. 131-2; CASSAGNE, “Principios del derecho administrativo en un fallo de la Corte,” *ED*, 83: 444).

^{4,8} LAUBADÈRE, “Contratos de la administración: caracteres y diferencias,” AA.VV., *Contratos públicos*, *op. cit.*, pp. 38-43; LAUBADÈRE; VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de Droit Administratif*, t. I, París, LGDJ, 1992, 12ª ed., pp. 653-65. Ver VÁZQUEZ, ADOLFO ROBERTO, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, cap. III y ss.

4.4.1. *Determinación de la ley*

El primer caso —tradicional y unívoco en la jurisprudencia y la doctrina nacional y comparada— es aquél en que el carácter administrativo del contrato surge por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común.

Sin duda es un pleonismo, ¿pero no lo es acaso toda definición? En todo caso, la aplicación de este criterio sólo es posible dentro del ámbito espacial de vigencia de la ley que así caracteriza al contrato. No podría aplicárselo, pues, a contratos celebrados y ejecutados en el exterior.⁹ Tal sería principalmente el caso, en nuestro país, del contrato de obra pública (ley 13.064), la concesión de obra pública (decreto-ley 17.540/72, modificado por la ley 23.696),¹⁰ el contrato de suministros (decreto 436/00) y el contrato de empleo público (ley 25.164) si es que se reconoce carácter contractual a la relación que une al funcionario o empleado con el Estado;¹¹ las concesiones o licencias de servicios públicos de gas, electricidad, etc., de acuerdo a sus respectivos regímenes legales.¹²

4.4.2. *Voluntad de las partes*

El contrato también puede ser administrativo por determinación expresa o implícita de las partes, aun en ausencia de un texto legal expreso que lo califique de administrativo. Se dice que ello ocurre cuando la administración contrata bajo un régimen de “cláusulas exorbitantes” al derecho común, esto es, régimen y/o cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado.¹³ Si la administración contrata:

1º) bajo un procedimiento de derecho público como es la licitación pública, con un pliego de bases y condiciones impuesto por la administración en forma unilateral;

2º) incluye cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades (extinción unilateral por acto administrativo, multas por retardo, pérdida de la fianza o del depósito de garantía, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, etc.);

^{4.9} O sea, los contratos de crédito externo.

^{4.10} Ver p. ej. FANELLI EVANS, *La concesión de obra pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1989; BARRA, “La concesión de obra pública en la ley de reforma del Estado,” *RAP*, 136: 9 (Buenos Aires, 1990); nuestro art. “La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por concesión,” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. II; ASSINI, NICOLA y MAROTTA, LUCIO, *Le concessione di opere pubbliche*, Padua, Cedam, 1981.

^{4.11} Ver BARÓ, DAISY L., *La relación de empleo público*, Buenos Aires, FDA, 1982; ILDARRAZ, BENIGNO, “Las nuevas modalidades en el ejercicio de la función pública,” en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, op. cit., cap. VII.

^{4.12} La ley reguladora del ENRE es la 24.065 (B.O. 16-I-92); la otra ley reguladora, del gas, bastante similar, es la 24.076 (B.O. 12-VI-92).

^{4.13} Ver BARRA, *Principios de derecho administrativo*, op. cit., p. 166 y ss. y sus remisiones.

3º) se exime asimismo de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos, salvo el reconocimiento de intereses reducidos;

4º) excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato;

5º) da carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratistas en su caso (la provisión de bienes, obras o servicios a los concesionarios o licenciatarios), etc.

En tales casos la conclusión es obvia: se interpreta por simple pleonismo que el contrato ha quedado automáticamente, por la propia voluntad de las partes contratantes, sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración.¹⁴ Lo expuesto no adelanta la validez de tales cláusulas exorbitantes al derecho común.

4.4.3. *El interés público de los usuarios afectados*

Por fin, aunque un contrato celebrado en ejercicio de funciones administrativas públicas no esté incluido en el derecho público por disposición de la ley (4.4.1.) ni por la voluntad expresa o implícita de las partes al incluir cláusulas exorbitantes al derecho privado (4.4.2.), puede todavía ser un contrato administrativo si se refiere en forma directa a la prestación o al funcionamiento de un servicio público (p. ej., el contrato de concesión o licencia de servicios públicos) o en cualquier caso si tiene por objeto directo de algún modo asociar (*lato sensu*: concesión, licencia, permiso, gerenciamiento, subcontratación de obras, suministros o servicios, etc.) al contratante privado a la gestión de un servicio público.¹⁵

En nuestro país tanto la jurisprudencia como *a fortiori* la doctrina han tendido a utilizar formas más amplias pero en definitiva menos precisas y puntuales, diciendo que la caracterización como contrato administrativo requeriría nociones tales como las de fin o interés público, o utilidad pública, o que pueda afectar una necesidad o fin público o de bien común.¹⁶ La conclusión que sacamos es que parece una aclaración superflua. Sería lo mismo que incluir en la definición de acto administrativo, reglamento administrativo o función administrativa, el “fin público.” Si adoptamos el criterio de que el emisor del acto o del contrato es una entidad estatal, ésta por definición sólo puede perseguir fines públicos.

¹⁴ LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 284-5 y 287; el criterio se mantiene en LAUBADÈRE; VENEZIA y GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif, op. cit.*, pp. 653-65; WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, 1963, 9ª ed., p. 572.

¹⁵ LAUBADÈRE, *op. loc. cit.*; LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. loc. cit.*

¹⁶ BERÇAITZ, *op. cit.*, 1952, 1ª ed., p. 214; 1980, 2ª ed., p. 206 y ss.; una exposición general en COVIELLO, *op. cit.*, p. 102 y ss. La Corte menciona el mismo criterio finalista, pero dice en otros casos que siempre el Estado actúa por definición en la prosecución del fin público; o que el mero fin público no determina el carácter del contrato. En la primera línea los *obiter dicta* de Fallos 253:101, *Empresas Rodríguez*, año 1962; 263: 510, *Cooperamet*, 1965; 316: 212, *Cinplast* (1993), más el caso *YPF c. Provincia de Corrientes*, 315: 158, 1992 y otros no publicados que reseña el mismo COVIELLO, p. 110 y ss. En la segunda 270: 446, *Albano*, 1968.

Ello incluye los contratos de concesión y permiso de uso del dominio público, guiados por la cláusula, usualmente expresada en los pliegos, llamada de “precario;” hasta ahora los tribunales se han resistido a calificar de ilegal una cláusula de tal índole,¹⁷ posiblemente guiados por la vieja idea del supuestamente “voluntario” sometimiento a un régimen reglamentario, que ya hemos criticado en otro lugar.

En la concesión o licencia de servicios públicos, el privilegio que supone su otorgamiento por el Estado, en restricción al principio de libre competencia, sólo es compatible con la Constitución si se interpreta el contrato en forma restrictiva.¹⁸ Ello incluye en particular el control de los costos¹⁹ para la formación de la tarifa.²⁰ Por lo mismo, deben interpretarse en forma amplia las causales de caducidad del privilegio de exclusividad o de la concesión misma.²¹

5. La gradación de los diversos contratos de la administración

5.1. No hay sólo dos categorías de contratos de la administración

Sea que se admita una gradación en la globalidad de los contratos de la administración, o que se parta de la posición que distingue los contratos *privados* de la administración globalmente de los contratos que son *administrativos* alternativamente por la disposición expresa o implícita de la ley, la voluntad expresa o implícita de las partes, o el objeto del contrato,¹ hay siempre distintos regímenes

^{4.17} Ver así GRECCO, CARLOS M. y MUÑOZ, GUILLERMO A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992. Un saludable cambio, que ojalá persista, se advierte en *Vera González*, CSJN, *Fallos*, 319-2: 1899, 1996, *DJ*, 1997-1, 914, en que se exige para la revocación “la existencia de motivos serios y razonables que lo justifiquen,” más dictamen jurídico previo. Ver *infra*, t. 3, cap. IX, § 4.5.2, “La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo.”

^{4.18} Ver nuestro art. “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” *LL*, 1995-A, 217 y sus referencias; reproducido en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. III.

^{4.19} Reales, no imaginarios; justificados, no absurdos.

^{4.20} Ver el ya citado fallo de la Sala IV *in re Telintar S.A.*, *LL*, 1995-A, 220 y los demás antecedentes reseñados en la CSJN, en el voto de BOGGIANO y VÁZQUEZ en *Telintar S.A.*, *LL*, 1997-B, 320; ARIÑO ORTIZ, *Las tarifas de los servicios públicos*, Universidad de Sevilla, 1976; BUZELAY, ALAIN, *Vérité des prix et services publics*, París, LGDJ, 1971; MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos*, San Pablo, 1941.

^{4.21} DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN MIGUEL, *El incumplimiento en la concesión de servicios públicos*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979; Madrid, Montecorvo, 1988, 12ª ed.; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1947; GRECCO y MUÑOZ, *op. cit.*; SILVESTRI, ENZO, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milán, Giuffrè, 1956; VALLE FIGUEIREDO, *Extinção dos contratos administrativos*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1986. Un ejemplo interesante en nuestro derecho es si se declarará o no antes de 1997 la pérdida de la exclusividad de las licencias telefónicas, con base en sus reiterados y múltiples incumplimientos: sobrefacturación constante, prestación de servicios que les están prohibidos, subsidios cruzados, etc.

^{5.1} Hay otros criterios: a) el formal: si se ha hecho licitación pública y hay un pliego de condiciones habría contrato administrativo; b) el criterio de la jurisdicción, de acuerdo al cual si corresponde la jurisdicción “contencioso-administrativa” el contrato es administrativo, etc.

jurídicos para regular diferentes contratos administrativos, o privados con notas administrativas.

En suma pensamos básicamente que no hay dos categorías de contratos, civiles y administrativos, sino toda una gama, susceptible de clasificación, que comienza desde *a)* contratos celebrados por la administración en un virtual pie de igualdad *jurídica* con otro sujeto de derecho público o privado, o incluso, *b)*, en situación de desventaja; o *c)* con ligeras notas de derecho público a favor de la administración y, por fin, *d)* contratos en que aparece un *crescendo* de potestades y privilegios estatales. Tendríamos así: *a)* en el primer caso, la compraventa de inmuebles, *b)* en el segundo, el contrato de crédito externo;² *c)* en el tercero, el subsidio, la subvención,³ la donación; *d)* en el cuarto, locación y concesión o permiso de uso del dominio privado o público del Estado, contrato de suministro⁴ y de obra pública,⁵ relación de empleo público;⁶ concesiones de obras públicas, concesiones y licencias de servicios públicos, contrato de empréstito público interno.⁷ Dicho en otras palabras, aunque reduzcamos la clasificación a dos categorías, contratos civiles y administrativos de la administración, la segunda especie es susceptible de subdivi-

^{5.2} Nuestro art. “El contrato de crédito externo,” en la *Revista de Administración Pública*, 97: 423 (Madrid, 1982), reproducido en el libro colectivo *Contratos administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 187 y ss. y en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. IV. Ver también ECK, FRANÇOIS, *L’État emprunteur et prêteur*, París, PUF, 1971.

En este contrato se ha llegado a que el dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación aceptando la validez del contrato —elemento interno de validez— se suscriba en el exterior, buscando el reaseguro externo de la validez del contrato. La existencia de un completo dictamen elaborado o suscrito *in situ* por el máximo organismo de asesoramiento letrado del país, explicando desarrolladamente la validez del contrato y sus cláusulas, tiene por efecto que el país no puede luego de buena fe invocar una supuesta violación del derecho público interno argentino ante un tribunal extranjero. Ver el ejemplo publicado en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1863-1993*, *op. cit.*, p. 198 y el art. de LÓPEZ OLACIREGUI, MARTÍN y RODRÍGUEZ GALÁN, ALEJANDRA, “El rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los convenios económico-financieros internacionales,” igual libro, p. 176 y ss. y *RDA*, 15-16: 235 (Buenos Aires, Depalma, 1994), aunque no contiene el referido anexo; en nuestro antes citado art. incluimos como anexo del libro colectivo, tomado textualmente del Boletín Oficial de la Nación, el *modelo* de dictamen que más antiguamente se debía suscribir. El mecanismo se halla ahora más perfeccionado.

Ver también ZUPPI, ALBERTO LUIS, “La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública,” *LL*, 1992-D, 1118 y *supra*, cap. VI, § 1.4.2.2 y cap. IV, § 3.1.

^{5.3} Ver p. ej. SCHEUING, DIETER HELMUT, *Les aides financières publiques aux entreprises privées en droit français et européen*, París, Berger-Levrault, 1974.

^{5.4} Ver entre otros ABERASTURY, PEDRO, “El contrato de suministro,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy*, *op. cit.*, p. 311 y ss.

^{5.5} Ver, entre otros, DRUETTA, RICARDO, “El contrato de obra pública,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy*, *op. cit.*, p. 316 y ss.

^{5.6} BARÓ, *op. cit.*; DOCOBO, JORGE, “La relación jurídica de empleo público,” en el libro colectivo antes citado, p. 188 y ss.

^{5.7} Ver nuestro art. “Emergencia residual en la deuda pública interna. (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991),” *LL*, 1995-C, 839, reproducido en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. V y sus remisiones bibliográficas actuales e históricas.

siones en atención a diversos regímenes jurídicos *dentro* del sistema del derecho administrativo.

Clásicamente se ha buscado explicar notas generales comunes a estos distintos regímenes jurídicos, pero debe tenerse cuidado en advertir que no se trata de una suerte de inducción empírica válida de reglas generales de las cuales luego se pueda deducir su aplicación a un caso concreto, sino que es tan sólo una generalización de tipo didáctico, ilustrativo.⁸ El régimen concreto hay que buscarlo en el conjunto normativo de cada contrato determinado e individualizado, interpretado claro está conforme a los principios generales del derecho. Es la versión que adoptamos en 1966 en nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*⁹ y que reproducimos inalterada en el libro colectivo *Contratos administrativos*.¹⁰ Parte de la doctrina recogió esta idea, en el sentido que “en esta categoría de contratos, es necesario puntualizar que los mismos no tienen, en absoluto, un régimen uniforme de preponderancia de derecho público. No encontramos en todos ellos las mismas cláusulas exorbitantes ni las mismas normas de derecho público.”¹¹ En esas publicaciones nos orientamos a señalar la existencia de una gradación sin intentar la clasificación que ahora nos parece útil postular, ante la nueva realidad pública contractual acaecida después de la reforma del Estado en nuestro país.

5.2. La clasificación actual en tres categorías. En general

Por lo que hace a nuestro derecho actual, pensamos que puede resultar útil agrupar tres tipos principales de regímenes jurídicos de contratos celebrados por la administración.

Esta forma de ver la cuestión es considerar que en realidad entre los distintos contratos que celebra la administración se encuentran:

1º) algunos más próximos a la esfera del derecho privado, con un virtual pie de igualdad entre las partes, sin ser con ello totalmente contratos privados; son los que han existido siempre;

2º) otros, con regímenes intermedios que tomaron forma y crecieron al amparo del extendido sector público de la economía que existió hasta fines de la década del 80 del siglo XX. Tenemos luego:

3º) los contratos que tienen un régimen más severo para el contratista en función de la necesidad de tutelar el interés de los usuarios del servicio que aquél presta en condiciones monopólicas o de exclusividad.

^{5.8} Nos remitimos al cap. I, “El método en derecho” de este vol.; ver también *Introducción al derecho*, edición como e-book publicada gratuitamente en www.gordillo.com.ar

^{5.9} Buenos Aires, Macchi, 1966.

^{5.10} Edición originaria de la A.A.D.A., Buenos Aires, 1977, luego reimpressa por Astrea, t. I, Buenos Aires, 1982, pp. 9-19.

^{5.11} BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 51.

Esto es así más claramente desde el proceso de reforma del Estado iniciado con las leyes 23.696 y 23.697¹² y sobre todo con la sanción del art. 42 de la Constitución nacional¹³ y normas concordantes.¹⁴ En esta visión de *tres grandes grupos* de contratos de la administración: 1º) los primeros tienen mayor dosis de derecho común, 2º) los segundos se rigen por un derecho administrativo de coordinación o cooperación y 3º) los últimos están sometidos a un derecho administrativo más estricto, de subordinación. El caso 2º) puede surgir de la determinación expresa o implícita de la ley o de la voluntad de las partes; sus eventuales efectos frente a terceros son limitados y puntuales en el tiempo. En el caso 3º) el régimen jurídico emerge de la interpretación constitucional restrictiva del monopolio o privilegio de servicio público y de la consecuente necesidad de tutelar el derecho del usuario, privado de libertad de contratación.¹⁵ Allí los efectos frente a terceros son sustantivos, *constantes y permanentes*; son la nota principal que tipifica el contrato y constituye la causa fáctica y jurídica a las limitaciones que el orden jurídico impone al prestador del servicio, como lo requiere el art. 42 de la Constitución. De allí que la CICC exija expresamente la *equidad* como un principio jurídico rector de la contratación administrativa: la equidad debe serlo tanto en lo que hace a la tarifa como a los demás derechos e intereses del usuario que prescribe la norma constitucional. En la categoría intermedia de un contrato administrativo de cooperación jurídica, puede existir o no subordinación económica del contratante, en tanto que en la tercera categoría hay máxima subordinación jurídica del contratante pero éste se halla dotado de un poder económico y político equiparable o superior al de la administración. Ocurre con esta última categoría de contratos algo parecido, pero de sentido contrario, a lo que es la interpretación clásica del contrato de trabajo: ante la subordinación económica del obrero o empleado, el derecho busca compensar esa desigualdad atribuyendo mayor tutela jurídica al empleado que al empleador.¹⁶

En el contrato que confiere monopolio o exclusividad estatal, ante el mucho mayor poder económico y político del contratista, que además tiene por concesión

^{5.12} UGOLINI, “El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos,” *op. loc. cit.*

^{5.13} “Los consumidores y usuarios [...] tienen derecho [...] a la protección de su(s) intereses económicos [...] a la libertad de elección. Las autoridades proveerán [...] a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales [...] previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

^{5.14} P. ej., la tutela del usuario frente a los concesionarios o licenciatarios del Estado en condiciones de monopolio o exclusividad surge también del art. 86 de la Constitución referido al Defensor del Pueblo; de la ampliación del amparo frente a particulares en el art. 43; de la tutela del medio ambiente en el art. 42, etc.

^{5.15} El art. 42 de la CN refuerza la jurisprudencia previa, como explicamos en “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” *op. cit.*

^{5.16} “La idea central en que el Derecho [...] se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.” RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, p. 162.

o licencia del Estado un mercado de usuarios cautivos y forzosos, se torna indispensable conferir mayores poderes y facultades al usuario.¹⁷

5.3. *Los contratos próximos al derecho común, interno o externo*

Ya hemos explicado¹⁸ que en la primera categoría, contratos de la administración regidos por el derecho común, hay de todas maneras alguna presencia del derecho público, ya que por de pronto la regla para juzgar la aptitud contractual del Estado no es la capacidad del derecho privado sino la competencia del derecho administrativo. Es necesario también haber cumplido con determinados requisitos jurídicos previos a la contratación que son parte del derecho público y no del derecho privado (dictamen jurídico previo del organismo permanente de asesoramiento letrado; en ocasiones, autorizaciones o aprobaciones de determinados órganos del Estado; como regla, el procedimiento de licitación o concurso público previo a la contratación).¹⁹ De todas maneras, es del caso mencionar que algunos contratos en apariencia más “privados” en cuanto al objeto tienen en realidad normas sustantivas de derecho público.²⁰ Dentro de los contratos de la administración regidos en alguna medida por el derecho privado, los hay que lo están al amparo del derecho privado *interno* (compraventa de inmuebles ubicados en el país)²¹ y los que están sometidos al *derecho privado extranjero*: una compraventa de inmuebles ubicados en otro país, celebrada y ejecutada en él; un contrato de crédito celebrado y cobrado por el país o una agencia de él y cobrado e instrumentado en otro país.²² En este último caso lo usual es en realidad que las condiciones las imponga en buena medida el acreedor.²³ Allí el deudor no tiene supremacía económica ni jurí-

^{5.17} Ello, para contrarrestar el creciente afán negociador de sus potestades por las administraciones públicas. Ver HUERGO LORA, ALEJANDRO, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Civitas, 1998.

^{5.18} Entre otras, *Introducción al derecho administrativo*, 1ª ed., *op. cit.*, pp. 48-9; 2ª ed., *op. cit.*, pp. 166-7; 1ª ed., en 1974, del t. 1 del *Tratado de derecho administrativo*, cap. VI, pp. 5-6, § 3.3.4; 2ª ed. de 1994, igual referencia; en sentido similar DROMI, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, 3ª ed., p. 208; del mismo autor, “Contratos de la Administración: régimen jurídico unitario,” *Rassegna dei Lavori Pubblici*, n° 11, Roma, noviembre de 1977, separata, p. 10; BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pp. 42-5.

^{5.19} Similares consideraciones en BREWER CARÍAS, *op. cit.*

^{5.20} Nuestro art. “El contrato administrativo de concesión minera,” *JA*, 1980-IV, 714; reproducido en *Contratos administrativos*, t. II, Astrea, 1982, pp. 49-60; “La caducidad de la concesión minera: hacia una concepción publicista de la concesión de minas,” en *Jurisprudencia Riojana*, julio-agosto de 1980, p. 22 y ss.; “Hacia una concepción publicista de la concesión de tierras,” *RADA*, 11: 27 (Buenos Aires, 1976).

^{5.21} No debe olvidarse que siempre hay normas especiales de derecho público que deben cumplirse para la compra o venta de un bien inmueble del Estado.

^{5.22} Nuestro art. “El contrato de crédito externo,” *op. cit.* En igual sentido, LALIVE, PIERRE, *Réflexions sur l'État et ses contrats internationaux*, Ginebra, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1976, p. 16 y sus referencias de la nota 11; ECK, *op. loc. cit.*, LÓPEZ OLACIREGUI y RODRÍGUEZ GALÁN, *op. loc. cit.*; ZUPPI, *op. loc. cit.*

^{5.23} Aunque LÓPEZ OLACIREGUI y RODRÍGUEZ GALÁN destacan el creciente rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en la mejora de las cláusulas de los contratos, *op. cit.*, p. 177 y ss.

dica. La situación del deudor es la misma que tiene cualquier deudor en un contrato de crédito privado (operaciones de crédito bancario o financiero, hipotecas, etc.). En el caso del Estado, aun en tales hipótesis hay límites de derecho interno, p. ej. que la renuncia a la inmunidad soberana sobre los bienes del país no alcanza a los del dominio público incluidos en el art. 2340 del Código Civil.²⁴ Pero el contrato celebrado y ejecutado en el extranjero se rige por la legislación y jurisdicción del lugar de celebración y ejecución del contrato.

5.4. *El contrato de derecho interno con relativa subordinación económica del contratista al Estado*

En el tipo de contrato regido claramente por el derecho administrativo pero en que no hay otorgamiento de concesiones o licencias de monopolio, exclusividad o privilegio frente a terceros, el que contrata con la administración *no sólo está a veces en una situación de inferioridad económica sino que también lo está desde el punto de vista jurídico*.²⁵ Lo dicho acerca de la relativa subordinación económica del contratista es válido en algunos contratos: suministros, pequeños o medianos contratos de obra pública, empleo público, subvención, subsidio, concesiones y permisos de uso del dominio público y privado del Estado, empréstito público interno. El régimen del contrato administrativo, en esta categoría de contratos, no trata de compensar la eventual inferioridad del contratante, sino que por el contrario la acentúa.

5.5. *El contrato de derecho interno con subordinación del usuario al contratista y supremacía económica de éste*

Hay así una notoria diferencia jurídica entre los contratos en que la administración confiere al titular de una concesión o licencia un monopolio o exclusividad frente a los usuarios, de los contratos en que el contratista no tiene privilegios monopólicos sobre los usuarios forzosos, ni el contrato tiene efectos jurídicos sustanciales sobre terceros.²⁶ Los efectos frente a terceros *no se encuentran* en los contratos próximos al derecho privado, pero tampoco son dato tipificante en los

^{5.24} LÓPEZ OLACIREGUI y RODRÍGUEZ GALÁN, *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1863-1993*, pp. 188-9.

^{5.25} Comp. BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 219.

^{5.26} Pueden existir efectos puntuales sobre terceros, p. ej. la facultad expropiatoria en las concesiones mineras, la ocupación temporánea y la contribución de mejoras en el contrato de obra pública (BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pp. 49-50): pero son casos limitados. Un concesionario de minas o un contratista de obra pública podrá *alguna vez* venir a expropiar, ocupar un terreno o cobrar una contribución de mejoras a un núcleo *limitado* de personas; pero un prestador de un servicio público hace *todo* eso y además *siempre* cobra a *todos* los usuarios, una tarifa de difícil control. Desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, pues, nada tienen que ver los excepcionales efectos frente a terceros de algunos contratos administrativos clásicos con la *generalidad y permanencia* de los efectos de un servicio prestado bajo monopolio o exclusividad.

contratos administrativos de la época intermedia: obra pública,²⁷ suministro, función pública. Por ello ese tipo de efectos no puede ser una caracterización apta para *todos* los contratos administrativos. En esta óptica, cuando la administración confiere con suficiente autorización legal potestades de monopolio o exclusividad sobre los usuarios, es una condición de equilibrio constitucional del poder concedido o licenciado monopólicamente, que exista tutela suficiente y adecuada del interés de los usuarios cuyos derechos y deberes se ven afectados o modificados por el poder monopólico concedido.²⁸ Ese monopolio, en efecto, se traduce en un grado de subordinación jurídica del co-contratante respecto de la administración que requiere compensación. El régimen jurídico debe asegurar la protección del usuario y su defensa contra el potencial abuso de poder monopólico del concesionario o licenciatario: pero ello requiere un Estado equilibrado en su presupuesto.²⁹

II. *Los tres grandes tipos de contrato administrativo, en particular*

6. *La concesión o licencia de servicios públicos*

Los caracteres que veremos ahora fueron creados con relación al contrato de concesión de servicios públicos, extensibles a la licencia de servicios públicos y a la concesión de obra pública; su fundamento¹ es la tutela de los derechos e intereses de los usuarios del monopolio o exclusividad otorgada por el Estado.² Ese funda-

^{5.27} En las obras públicas de la provincia de Buenos Aires la ley autoriza al contratista, si existe un porcentaje de vecinos que están de acuerdo en la realización de la obra, a percibir de ellos parte del costo en concepto de contribución de mejoras. Pero este tipo de efecto puntual y en una sola vez no tiene comparación alguna con la situación del usuario del servicio público. Lo mismo puede decirse de la facultad expropiatoria y de ocupación temporánea del concesionario de minas, si se lo considera contrato administrativo como por nuestra parte lo hacemos, aunque esta calificación no es aceptada en la doctrina nacional de derecho minero. Ver nuestro art. "El contrato administrativo de concesión minera," *op. loc. cit.*

^{5.28} BERCAITZ, *op. cit.*, p. 213. Hoy en día cabe agregar, desde luego, al indispensable ente regulador independiente que explicamos *infra*, cap. XV, "Los entes reguladores."

^{5.29} En estos casos el acreedor es a veces más poderoso que el Estado local, a través del gobierno extranjero que lo representa. Las concesiones y licencias, por la magnitud de la inversión generalmente son otorgadas a un conjunto de corporaciones multinacionales, asociadas varias para un solo contrato, de las cuales una o más son empresas públicas de otros Estados. Al momento de renegociar la deuda y también antes y después, tales países inquieran acerca del estado de sus contratos de concesión o licencia y a veces obtienen beneficios que la realidad internacional impone. Si el Estado no tiene equilibrio fiscal y debe vivir del crédito internacional, ve reducidas sus potestades sobre sus concesionarios o licenciarios.

^{6.1} Comp. PRITZ, "La concesión de servicios públicos," en AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 230 y ss.; MAIRAL, "El servicio público," igual libro, p. 143 y ss.; SALOMONI, "Regímenes de los bienes públicos en las concesiones o licitaciones de servicio público," igual obra, p. 302 y ss.; CITARA, *El servicio público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995; BARRA, "Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público," *LL*, 1982-B, 363; SARMIENTO GARCÍA, "Noción y elementos del servicio público," *op. cit.*, p. 9 y ss.; *Concesión de servicios públicos, op. cit.*

^{6.2} MAIRAL ha criticado un sesgo ideológico en esa antigua interpretación constitucional: "La ideología del servicio público," *RDA*, 14: 259 (Buenos Aires, Depalma, 1993) y nuestro comentario opuesto en "La interpretación...", en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. III.

mento se amplía con el art. 42 de la Constitución de 1994. Principios paralelos se elaboraron para el contrato de empréstito público *interno*, al que muchos niegan por ello carácter contractual aun cuando no se trate de un empréstito público forzoso. El fundamento de estas restricciones en el contrato de empréstito público interno, a lo largo de toda la historia de otros países y del nuestro, ha sido generalmente el estado de necesidad pública.³

6.1. Necesidad de autorización legislativa

Sólo el Congreso puede dar concesiones de monopolio o privilegio. Tal como dice MARIENHOFF su otorgamiento “es, siempre, de competencia *legislativa*;⁴” “Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay «privilegios» implícitos.”⁵

Este principio se halla indirectamente violado cuando la ley autoriza al P. E. nacional a hacer todo el proceso de otorgamiento, fijar bases y condiciones, etc. A partir del art. 76 de la Constitución de 1994 se trata de una atribución legislativa que no puede ya delegarse al P. E. por no tratarse de cuestiones internas de administración. A mayor abundamiento, cuando el P. E. o sus órganos dependientes interpretan o modifican cláusulas del pliego o del contrato *en favor* del concesionario o licenciatario están excediendo el marco constitucional de competencia. Si lo hacen sin previa audiencia pública la inconstitucionalidad es mayor.⁶

6.2. Interpretación restrictiva de sus potestades y amplia de los derechos de los usuarios

La interpretación restrictiva de todos los derechos y potestades del concesionario o licenciatario, es la única manera de preservar la constitucionalidad del privilegio o monopolio que se le confiere en contra de las reglas de la libre competencia que consagra la Constitución.⁷ Como lo recuerda la Sala IV de la CNFed. CA,⁸ es un

^{6.3} Nuestros arts. “La emergencia administrativa argentina de 1989-1992,” en el *Libro de Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz*, San José, Costa Rica, Colegio Santo Tomás de Aquino, 1994, p. 433 y ss.; “El estado actual del derecho administrativo,” *RDA*, 14: 300-2 (Buenos Aires, Depalma, 1993), reproducido en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. I; “Legalidad y urgencia en el derecho administrativo,” en la *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica y Asociación Costarricense de Derecho Público, San José, 1981, p. 289 y ss.; reproducido en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. VI.

^{6.4} *Op. cit.*, p. 624.

^{6.5} *Op. cit.*, p. 626.

^{6.6} Ver *infra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública” y el principio de publicidad establecido en el art. III, inc. 5, de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

^{6.7} Nuestro art. “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” *op. loc. cit.*

^{6.8} *In re Telintar S.A. —incidente— y otros c/ Comisión Nac. de Telecomunicaciones —M° de Economía y OSP— s/ proceso de conocimiento*, LL, 1995-A, 220. La CSJN confirmó el fallo en 1997 con dos interesantes votos fundados, LL, 1997-C, 320, *Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A.*, con nuestra nota “Las ganancias sin límite objetivo alguno,” reproducido en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 60, p. 138 y ss.

principio de antigua data aquel conforme al cual: “las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo (confr. doct. de Fallos 105:26).”⁹

En efecto, “Esa forma de interpretación cobra sentido al resultar indispensable que los privilegios o monopolios se funden en el interés colectivo, única y exclusiva razón que los legitimaría y los haría encuadrar dentro del marco constitucional, debiéndose tener presente, además, que el monopolio o privilegio debe limitarse a los servicios estrictamente indispensables, teniéndose siempre como mira la garantía de un fin público.”¹⁰

“En otras palabras, dicha interpretación encuentra su fundamento en que toda vez que el servicio público fue creado para satisfacer necesidades de la comunidad, la creación de monopolios o regímenes de exclusividad *nunca puede ir en detrimento de los usuarios.*”¹¹

Así p. ej., “*el derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja [...] debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia.*”¹²

6.3. Control del monopolio y del abuso de posición dominante

La situación de monopolio o exclusividad lleva fácilmente a los concesionarios o licenciatarios a exceder el marco de su autorización contractual y exigir a los usuarios gravámenes y gabelas no previstas en el pliego de la licitación. Ejemplos de estas conductas abusivas son la exigencia de garantías de pago en forma previa a la prestación (en materia de gas a los grandes consumidores), la sobrefacturación de conceptos no autorizados, “errores” deliberados en la facturación (casos típicos en materia telefónica),¹³ o la utilización de los medios financiados al amparo del monopolio o exclusividad para realizar prestaciones comerciales que les están vedadas pues han sido reservadas para la libre competencia (p. ej., la prestación de servicios de video por las empresas telefónicas mientras gozan de exclusividad). Encontramos en estas conductas un doble tipo de infracción normativa. En primer lugar, existe el ilícito penal de abuso de posición dominante en el mercado. Pero aunque la legislación argentina preexistente no sancionaba al monopolio por el solo hecho de serlo, en cambio la Constitución establece expresamente la obligación de las autoridades de tutelar a los usuarios frente al poder monopólico: la Constitución presume al monopolio como una situación desfavorable a los derechos de los usuarios y establece, en consecuencia, derechos y tutelas especiales para resguardar su posición subordinada aunque no

^{6.9} Cap. XV, apartado b), primer párrafo, del fallo citado.

^{6.10} Cap. XV, apartado b), segundo párrafo.

^{6.11} Tercer párrafo.

^{6.12} Cap. XVI, tercer párrafo.

^{6.13} Tales como aplicar tarifas no vigentes, según se advierte en el B.O., 15-VI-95, p. 12, en los considerandos de una resolución de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

haya ilícito penal. Corresponde así la cesación de la conducta antijurídica y la reparación del daño, además de la puesta en funcionamiento de mecanismos de prevención. La sanción por este tipo de actos, en tanto sean sistemáticos, es la pérdida de la exclusividad o de la licencia y el resarcimiento de daños y perjuicios, además de las sanciones penales¹⁴ que puedan corresponderles por abuso de posición dominante en el mercado y la devolución de las ganancias excesivas a que ahora nos referimos.

6.4. Reducción de ganancias excesivas

Cuando en libre competencia un empresario tiene grandes ganancias, queda simplemente sometido al régimen impositivo pertinente. Cuando obtiene grandes ganancias merced al abuso de un poder monopólico o de exclusividad concedido o licenciado por el Estado, debe devolverlas a los usuarios en lo que excede una ganancia razonable de acuerdo a las circunstancias del caso (p. ej., el riesgo que la inversión tenía; si la ganancia es producto de sobrefacturación o de legítima evolución de los negocios, etc.). Es el principio que surge de la ley de defensa del consumidor, ley de orden público que contempla la recomposición del contrato por el juez para ajustarlo a derecho. La vía procesal prevista por esta ley es el proceso de conocimiento más abreviado de cada jurisdicción, lo cual puede implicar el juicio sumarísimo o el sumario.¹⁵

Tal como se ha recordado en los votos de BOGGIANO y VÁZQUEZ en el caso *Telintar S.A.*,¹⁶ sólo cabe reconocer “el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, *más la utilidad justa y razonable que constituye su retribución; pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objetivo alguno* (doctrina de Fallos 231: 311; 258: 322, consid. 6°; y 262: 555, consid. 10).”

La ecuación económico financiera de estos contratos nació o devino arbitraria, es decir inconstitucional. En suma, debe cuidarse “que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable.”¹⁷ también el Consejo de Estado francés exige la *equivalencia honrada u*

^{6.14} Con todo, así como equiparamos el poder económico al poder político en el cap. IX, “Las funciones del poder,” cabe también abrigar escepticismo de la vindicta penal, porque puede encontrarse aquí otra aplicación del favoritismo que se ha señalado en la persecución penal de los funcionarios públicos por oposición a los particulares: ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 35, IV, 2, p. 511. La “marcada tendencia a privilegiar al estado” que señala este autor es extensible, como lo señalara CICERÓN, a todos los poderosos. Son los “esfuerzos doctrinarios [por] ampliar el poder punitivo en perjuicio del administrado [...] y reducirlo en beneficio del administrador en el mismo supuesto;” “un poder punitivo estricto para el contribuyente [común] y benigno para el homicidio estatal” (ZAFFARONI, *op. loc. cit.*).

^{6.15} En la Nación, desde la reforma procesal del 2002, sólo el sumarísimo.

^{6.16} CSJN, LL, 1997-C, 320. Ver *supra*, nota 6.8.

^{6.17} ESCOLA, *Tratado integral...*, *op. cit.*, vol. I, *Parte General*, pp. 453-4.

honestas entre las cargas y los beneficios.¹⁸ Cabe recordar, por fin, que la prohibición de la excesiva onerosidad es ya un principio general de derecho internacional privado.¹⁹

6.5. Lesión

En algunos de estos contratos, particularmente los celebrados en condiciones manifiestamente desventajosas para el Estado y la sociedad, en épocas de estado de necesidad pública como fueron los años 1989/91, puede resultar aplicable el principio de la lesión.²⁰ Este instituto, aplicable tanto al derecho privado como público, sanciona la “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación” que obtenga una de las partes merced a “la *necesidad*, ligereza o inexperiencia” de la otra, lo que se presume *juris tantum* cuando existe una “notable desproporción de las prestaciones,” a tenor del art. 954 del Código civil. La lesión, que en sus orígenes se relaciona con el delito de usura,²¹ queda así hoy vinculada al problema de las ganancias excesivas cuando existe situación de monopolio o exclusividad otorgada por el Estado en situación de lesión subjetiva. RISOLÍA puntualiza que en tanto la prescripción de la nulidad de los actos administrativos por vicio de la voluntad es de dos años, la de la lesión es de cinco años y se pregunta que si “se admite que el Estado puede y en ocasiones debe ocurrir ante el Poder Judicial para demandar la nulidad de sus propios actos a raíz de los vicios de error, dolo o violencia [...] ¿Cómo se explicaría —si es así— que no pueda invocar la lesión a los mismos fines en los términos del art. 954 del Código Civil?”²²

^{6.18} *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno LÉON BLUM, *Conseil d'État*, 21-3-1910.

^{6.19} ZUPPI, “La interpretación de la Convención de Viena de 1980 (CISG) (Compraventa internacional de mercaderías),” *LL*, 1997-F, 1290, § III, 3, I).

^{6.20} Considera aplicable el art. 954 del Código Civil a los contratos administrativos MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, “La lesión y el Derecho Administrativo,” *JA*, 1976-II, 686. Se ha manifestado en contra MARIENHOFF, “La «lesión» en el Derecho Administrativo,” *JA*, 1975, 468; “De nuevo sobre la «lesión» en el Derecho Administrativo. Improcedencia de su invocación por el Estado. Lo atinente al administrado,” *JA*, 1976-III, 766. RISOLÍA, MARCO AURELIO, “La lesión subjetiva: su invocación por el Estado o contra el Estado,” en *120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983*, Buenos Aires, EUDEBA, 1983, p. 21 y ss., expresa que esa es la “sana doctrina” y que nunca ha invocado el Estado la lesión subjetiva, aunque no parece descartar la hipótesis de que ello ocurra; para ese supuesto prevé sanciones mayores, pero no la nulidad del acto, lo que no parece coherente: “De cualquier modo y para la triste hipótesis de la claudicación del Estado ante los trusts o empresas multinacionales, nos parece recordar del caso que la Constitución Nacional baldona a quienes la consientan (art. 29) y que la ley penal castiga duramente los delitos contra la seguridad y la dignidad de la Nación (Cód. Pen., tít. IX, arts. 214 y sigs.),” *op. cit.*, p. 29. Cuando las sanciones son terribles, no siempre se aplican: a veces una más modesta nulidad y recomposición del contrato, pedida y declarada *judicialmente*, puede ser más efectiva y por ende ejemplarizadora.

^{6.21} RISOLÍA, “La lesión subjetiva: su invocación por el Estado o contra el Estado,” *op. cit.*, p. 25, remite a las leyes alemanas de 1880 y 1893 y al art. 175 *bis*, CP.

^{6.22} RISOLÍA, *op. cit.*, p. 29. Su respuesta negativa al interrogante que plantea es menos plena de énfasis que éste.

6.6. Ausencia de libertad contractual

La limitación de la libertad contractual de las partes es una nota típica de estos contratos, pues la administración está constreñida a seguir los procedimientos de contratación fijados por la ley y el contratista está más limitado aun, por la ley y por los pliegos de condiciones impuestos por la administración, lo que hace que el contrato sea típicamente un contrato de adhesión; ello no significa que no pueda luego cuestionar las normas a que se sometió, pues tal acatamiento ha sido fruto de la necesidad de no quedar excluido del negocio, pero ello ya requiere un pronunciamiento jurisdiccional y los jueces son remisos en declarar la nulidad de cláusulas del pliego. El principio teórico, aunque no necesariamente la realidad práctica, es que las cláusulas del pliego de la licitación no pueden luego modificarse en la ejecución del contrato sino por aplicación de teorías más o menos excepcionales como la imprevisión, el caso fortuito o la fuerza mayor, etc.²³ Pretendidas renegociaciones tarifarias que se han intentando promediando el contrato, como la telefónica, son pues ilegales en este sistema jurídico, a menos que reduzcan la tarifa de todos los usuarios. Los pliegos que rigieron el llamado a licitación pública nacional e internacional para otorgar la concesión o licencia también deben tenerse presentes: su importancia radica, obviamente, en que por el principio de igualdad y competencia o concurrencia de la licitación²⁴ no puede el Poder Ejecutivo o el ente de aplicación en el nuevo sistema constitucional del art. 42, mejorar las condiciones bajo las cuales el servicio fue adjudicado, ni interpretar a favor lo que debe ser interpretado en contra. Así el decreto de adjudicación está subordinado al pliego de bases y condiciones que rigió la licitación, aunque éste emane de autoridad jerárquicamente inferior, también por el clásico principio según al cual “La decisión individual no puede contravenir el reglamento dictado por un órgano jerárquicamente inferior en los límites de su competencia.”²⁵ El pliego, a su vez, debe ser conforme a las normas superiores,²⁶ con lo cual mal podría dar p. ej. “derecho” a extravagantes ganancias en cercenamiento a la libertad contractual y a la libre competencia que son la base del sistema constitucional.

^{6.23} Tales limitaciones son igualmente de aplicación en los contratos administrativos comunes, salvo las leyes y principios que autorizan su modificación, como era anteriormente el régimen de variaciones de costos, las modificaciones de proyecto, dificultades materiales imprevistas, etc. Sobre el principio general *Fallos*, 311-2: 2831, *Radeljak* (1988); 308-1: 618, *Hotel Internacional Iguazú S.A.* (1986); *Montes* (1992), todos referenciados en COVIELLO, *op. cit.*, pp. 127-8. Acerca de las excepciones ver nuestro art. “Mayores costos, imprevisión, indexación,” en AA.VV., *Contratos Administrativos*, *op. cit.*, t. I, pp. 103-14.

^{6.24} Nuestro art. “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública,” *RDA*, 11: 293 a 318 (Buenos Aires, 1992), e *infra*, t. 2, cap. XII, “La licitación pública.”

^{6.25} *Supra*, cap. VII, § 15: PTN, *Dictámenes*, 33: 202; 77: 305; 81: 236, etc.; ZANOBINI, GUIDO, “Sul fondamento giuridico della inderogabilità dei regolamenti,” *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, t. IX, parte 1ª, p. 411 y ss., etc. La solución es uniforme.

^{6.26} CSJN, *Fallos*, 291: 290, *Sociedad de Electricidad de Rosario*, 1975; 316-3: 3157, *Espacio*, 1992, citados en COVIELLO, *op. cit.*, p. 130.

6.7. Desigualdad jurídica de las partes

La desigualdad *jurídica* de las partes es otra nota típica de este contrato, que se traduce en que la administración pública tiene respecto al contrato la atribución de “a) adaptarlo a las necesidades públicas colectivas, variando consiguientemente, dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del contratante; b) ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratante, en forma directa y unilateral y por cuenta de éste; y c) dejarlo sin efecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del co-contratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan.”²⁷ Esta es una de las facultades regulatorias que la administración no pierde en virtud de la *vacatio iuris* de la legislación delegada, el 24 de agosto de 2004,²⁸ pues son facultades que emergen del contrato administrativo.

6.8. Privilegio de la decisión unilateral ejecutoria

“El privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, previa al conocimiento judicial, que impone al co-contratante la obligación de su cumplimiento inmediato.”²⁹ “En mérito a este privilegio especial, la administración puede decidir ejecutivamente sobre la perfección del contrato y su validez, sobre su interpretación, sobre la revisión y modificación de las prestaciones debidas por el co-contratante, sobre la determinación de situaciones de incumplimiento, imponiendo sanciones y haciéndolas efectivas³⁰ [...] El co-contratante debe obedecer y sólo le es dado recurrir *ex post*, contra las resoluciones administrativas, dentro de los plazos que establezca el ordenamiento jurídico.”³¹

6.9. Facultad sancionatoria

La administración pública tiene generalmente reconocida, tradicionalmente, la facultad de imponer sanciones al contratista por incumplimiento, aunque ellas no estén expresamente previstas en la ley o en el contrato.³² Pero con el progresivo avance de las técnicas contractuales, que producen documentos muy minuciosos acerca de las potestades sancionatorias de la administración, avanza la idea de que ello importa una restricción de aquella potestad a sólo lo expreso o razonablemente implícito en el texto del contrato o, desde luego, en la ley.

^{6.27} BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 279.

^{6.28} *Infra*, t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social.”

^{6.29} DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 454.

^{6.30} Respecto a la facultades de la administración en el ámbito de la Ley de Emergencia, ver VEGA, SUSANA E., “Contratos en el sector público,” en CRIVELLI, JULIO CÉSAR, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, cap. III, pp. 109-24.

^{6.31} DIEZ, *op. cit.*, p. 455.

^{6.32} DIEZ, *op. cit.*, pp. 518-9; BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 274; CSJN, Fallos, 167: 145, S.A. Buenos Aires Town and Docks Tranways Ltd., 1932; 202: 97, S.A. Cía. Central Argentina de Electricidad, año 1945 y otros.

6.10. Mutabilidad del contrato³³

La mutabilidad del contrato importa que si el interés público lo justifica, podría adaptárselo y modificárselo; es su *flexibilidad*, frente a la rigidez de los contratos privados.

No necesita el Estado invocar la teoría de la imprevisión, el caso fortuito o la fuerza mayor para modificar un contrato de esta naturaleza: esas son causales para modificar el contrato a pedido del concesionario o licenciatario. El concedente tiene en cambio facultades más discrecionales. Dice GASTÓN JÈZE³⁴ que el Consejo de Estado ha proclamado, de manera inequívoca, el principio fundamental que rige en materia de contrato de concesión de servicio público: “La Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el normal funcionamiento del servicio.”³⁵ “Al imponer al concesionario un servicio diferente del previsto por las partes contratantes, la Administración no excede sus poderes.”³⁶ “Este principio es hoy indiscutido en la jurisprudencia.”³⁷

Esta misma cita y este mismo énfasis en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés es retomado por MARIENHOFF en nuestro medio. Del mismo modo recuerda JÈZE al Comisario de Gobierno CORNEILLE en sus conclusiones al *arrêt Société d'éclairage de Poissy*,³⁸ en el sentido que “la organización del servicio no es de competencia del concesionario [...], que, por consiguiente, esta organización podrá modificarse en cualquier momento, según las necesidades sociales y económicas del momento.”³⁹

6.11. Efectos jurídicos frente a terceros

La peculiaridad de que el contrato administrativo de concesión o licencia de servicios públicos puede producir y efectivamente produce, *efectos jurídicos frente a terceros*, cosa que no ocurre en el contrato de derecho privado, debe verse con

^{6.33} SACRISTÁN, ESTELA B., “*Ius variandi* y modificación de precios en los contratos administrativos,” RAP, 219: 5 (Buenos Aires, 1996); FANELLI EVANS, “El *ius variandi* en los contratos administrativos,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 197 y ss; FERNÁNDEZ RUIZ, *op. cit.*, pp. 38-9.

^{6.34} *Principios generales del derecho administrativo*, t. IV, *Teoría general de los contratos de la administración. Primera Parte. Formación. Ejecución de los contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 239.

^{6.35} En la nota 87 de la p. 139 aclara JÈZE que se trata de una transcripción de la doctrina del CONSEIL D'ÉTAT, *arrêt* del 11 de marzo de 1910, *Compagnie française des tramways*, *Recueils*, p. 216 y ss., RDP, 1910, p. 274 y ss.

^{6.36} En la nota 88 se remite JÈZE al Comisario de Gobierno LÉON BLUM en sus conclusiones sobre el caso *Compagnie française des tramways*. Allí agrega BLUM, en la cita de JÈZE sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado, que: “La convención no establece, de manera inmutable, *ne varietur*, las cargas asumidas por el concesionario” (p. 240, nota 88 *in fine*).

^{6.37} P. 240.

^{6.38} *Recueils*, p. 124; RDP, 1918, p. 242 y ss.

^{6.39} Nota 89 de la p. 240.

precaución:⁴⁰ un ejemplo de estos efectos es la tarifa que el concesionario o licenciatario de un servicio monopólico cobrará a los usuarios forzosos, a raíz del contrato de licencia o concesión.⁴¹

Esos efectos jurídicos frente a terceros requieren una tutela especial del usuario forzoso, en especial en lo atinente a la tarifa⁴² pero también, desde luego, en lo que hace al servicio. Aquí cobra relevante aplicación el conjunto de principios jurídicos que para la contratación pública exige el art. III, inc. 5°, de la Convención Interamericana contra la Corrupción: además de la *publicidad*, la *equidad* y *eficiencia* para los usuarios. El principio constitucional del art. 42 de la Constitución tiene ahora también consagración supraconstitucional.

6.12. *Responsabilidad civil frente al usuario*⁴³

Como consecuencia de los efectos que el contrato tiene respecto de terceros por ausencia de libertad del usuario, tarifa fijada por el Estado, posible abuso de poder dominante, etc., nace un importante principio de responsabilidad del concesionario o licenciatario frente a los usuarios y terceros.

Ello ocurre especialmente con los cortes de suministro de energía eléctrica, salvo la eximente de caso fortuito o fuerza mayor cuando ella procede. En tales casos se indemniza el daño emergente de los aparatos dañados por el corte o la sobrecarga, como la pérdida de horas laborales como consecuencia del corte de luz, sin perjuicio de las multas que se apliquen en beneficio de los usuarios, trasladándolas a una reducción de las tarifas.

6.13. *La audiencia pública como garantía constitucional del usuario*⁴⁴

La audiencia pública es uno de los instrumentos para la defensa de tales derechos de los usuarios, junto con la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación.⁴⁵ Ya puede decirse que este requisito, exigido expresamente por la ley en materia de gas y energía eléctrica, es en verdad de naturaleza constitucional y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados, con sus características propias, haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate.

^{6.40} Es el principio *res inter alios acta o pacta tertiis non nocent*. Si el contrato o su renegociación no se ajusta al inc. 5° del art. III de la CICC, no pueden ser obligatorios para los usuarios.

^{6.41} Ampliar en BERCAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, op. cit., cap. XIII, p. 277 y ss.

^{6.42} Tema en el cual la justicia no suele intervenir eficazmente en forma preventiva.

^{6.43} Ver GHERSI, CARLOS A., *Responsabilidad de empresas telefónicas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994; GHERSI (coord.), *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores*, Buenos Aires, Nova, 1994.

^{6.44} Desarrollamos este tema *infra*, t. 2, op. cit., cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

^{6.45} Ver *infra*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 14.1, “El Defensor del Pueblo.”

6.14. *Inaplicabilidad de la exceptio non adimpleti contractus*

Es propio de estos contratos la inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, esto es, la negación del derecho del concesionario o licenciatario a exceptuarse de cumplir con sus obligaciones si la administración no ha cumplido con las suyas propias.

De acuerdo a este criterio, aunque la administración no cumpla con las obligaciones que ha asumido contractualmente, el contratista debe de todos modos cumplir fielmente con su parte del contrato: “El ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio.”⁴⁶ Este criterio es sustancialmente diferente en los contratos administrativos que no importan monopolio o exclusividad, según veremos más adelante.

6.15. *Necesidad constitucional de un ente de contralor independiente*

Tal como ha llegado a consagrarse el derecho al debido proceso no solamente para los actos individuales de la administración, sino también para los actos generales, con el alcance de que los de tal naturaleza requieren previa audiencia pública, así también puede hoy en día sostenerse que el debido proceso incluye la existencia de organismos imparciales e independientes del poder concedente, que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios, como lo prevé el art. 42 de la Constitución, sujeto al necesario contralor jurisdiccional.

Así como el sistema de división de poderes previo a la Constitución de 1994 era que el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que la juzga no la dicta ni ejecuta, ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que *el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle*. Es pues el mismo principio, actualizado, de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona.⁴⁷

“La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las metas diarias de la política,”⁴⁸ por lo cual son indispensables garantías tales como la inamovilidad en los cargos del ente de contralor;⁴⁹ de otro

^{6.46} BERCAITZ, *op. cit.*, p. 291.

^{6.47} Nuestro art. “Organismos de control, Primeras Jornadas Nacionales sobre Instituciones Administrativas en la Reforma Constitucional,” *RAP*, 194: 107 (Buenos Aires, 1993).

^{6.48} COMADIRA, JULIO RODOLFO, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS),” *ED*, 162: 1134, reproducido en su obra *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 217 y ss.

^{6.49} COMADIRA, *op. loc. cit.*

modo las tarifas de los usuarios caerán presa del *lobby* y servirán de pieza de cambio “en aras de las metas diarias de la política.”⁵⁰

Otro de los fundamentos de este sistema es la tensión con el poder central: “una cosa es esta influencia lógica y razonable del poder político sobre la administración y otra la manipulación constante de sus decisiones según las conveniencias del momento, o la medida burda del cese fulminante por una diferencia de opinión con la autoridad política de turno.”⁵¹

Cuando se estudiaba hace décadas en Francia las diferencias entre la planificación por comisiones o por el Ministerio del ramo, siempre se entendió que la segunda alternativa era la más peligrosa para los intereses colectivos, porque quitaba transparencia al proceso y dejaba al poder político más lábil y maleable frente a las presiones del poder económico. Esta es una cuestión más que fundamental en un país como el nuestro, en el cual bajo la seudo impronta del presidencialismo se encubre toda clase de negociación entre el poder económico y la autoridad de turno, a espaldas de la opinión pública. Cabe agregar a ello las frecuentes gestiones de los embajadores en defensa de sus inversores nacionales, gestiones que se hacen más fáciles cuando el sistema es cerrado e hipercentralizado. Además es ese poder político mismo, quien ha dado la concesión al poder económico y puede, de hecho, renegociarla... Más aun, es reconocido que una causa eficiente de la privatización con entes reguladores de control fue la inoperancia de los controles de la administración central, en especial los ministerios y secretarías.⁵² Por todo ello “se exige una autoridad reguladora dotada al mismo tiempo de preparación técnica, independencia política y legitimación democrática.”⁵³ La legitimación democrática nace del sistema de designación, por concurso y con estabilidad, pues la democracia no es sólo una forma de acceder al poder sino también de ejercerlo.⁵⁴

6.16. In maxima potentia, minima licentia

Se trata en suma del antiguo principio de derecho inglés, conforme al cual al más poderoso le corresponde la mínima libertad, la mínima licencia.⁵⁵

^{6.50} COMADIRA, *op. cit.*, § 2; ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, cap. XI, pp. 376-7: “el poder político es incapaz de escapar a la tentación de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las exigencias inmediatas de la política diaria.”

^{6.51} ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, p. 387. Cuando ello ha ocurrido en nuestro país, como en el absurdo caso de la intervención del P.E a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones porque defendía los derechos de los usuarios frente a los abusos de las licenciatarias, la justicia se ha mostrado esquiva a la hora de brindar la tutela judicial efectiva para resguardar la independencia del órgano de control. Negar esa tutela a quien cumple una función cuasijurisdiccional es, en el Poder Judicial, negarse a sí mismo.

^{6.52} CINCUNEGUI, JUAN BAUTISTA, “Entes reguladores de servicios públicos,” *RAP*, 188: 11.

^{6.53} ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, p. 365.

^{6.54} RIVERO, JEAN, “Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits,” *Mélanges Jean Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1963, pp. 813-36, reproducido en el libro *Pages de doctrine*, t. I, París, LGDJ, 1980, pp. 563-80.

^{6.55} BLACK'S LAW DICTIONARY, *op. cit.*, p. 708.

7. *El contrato administrativo no monopolístico o exclusivo*

Es así como en esos por aquel entonces nuevos contratos de obra pública, suministro, etc., se advertía todo lo siguiente:

7.1. *La colaboración.* No hay una relación jurídica de subordinación, sino más bien de *colaboración*.¹

7.2. *Flexibilidad y mutabilidad del contrato.* La flexibilidad y mutabilidad de tales contratos fueron reducidas por la propia legislación, que impone límites bajos (10 o 20 %) más allá de los cuales no puede obligarse al contratista a aceptar la modificación.² También la jurisprudencia impuso importantes limitaciones a dicha facultad en este tipo de contratos.³ Podría en realidad concluirse que la facultad de modificar contratos que no se refieran a la prestación de un servicio público existe sólo en la medida que la ley lo reconozca expresamente, lo que ocurre en mayor medida en el contrato de función pública.

7.3. *Facultades sancionatorias.* La facultad administrativa de imponer *sanciones* al contratista *debe estar fundada legal o contractualmente*, siendo inadmisibles que la administración pretenda imponer sanciones para las cuales no esté expresamente autorizada por la ley o el contrato; este tipo de sanciones se interpretan restrictivamente y si el pliego dispone que en caso de rescisión del contrato el contratista “perderá la fianza,” se ha considerado que lo pierde sólo en forma *proporcional* a la parte no cumplida y que para que la pérdida sea total a pesar de no ser el incumplimiento total, así debe aclararlo expresamente el contrato.⁴

7.4. *Exceptio non adimpleti contractus.* La clásica inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, a tenor de la cual si el contratista dejaba de cumplir con sus obligaciones ante el incumplimiento administrativo debía considerarse que él era el único responsable, debiendo extinguirse el contrato por su exclusiva culpa, también ha sido modificada en esta categoría de contratos administrativos. Se entiende actualmente en tales contratos que si bien el contratista no puede, ante el incumplimiento administrativo, interrumpir sus tareas y exigir la extinción por culpa exclusiva de la administración, *sí puede al menos interrumpirlas sin incurrir en culpa él mismo*.⁵ En tales casos se entiende que por un incumpli-

^{7.1} Así WALINE, “L'évolution récente des rapports de l'État avec ses co-contractants,” *Revue du Droit Public*, 1951, t. 67, p. 5 y ss.; PTN, *Dictámenes*, 97: 127.

^{7.2} Así la ley 13.064 de obras públicas, arts. 30, 38 y 53 inc. a).

^{7.3} Así CSJN, Fallos, 312-1: 84, *Marocco*, 1989; 314-1: 491, *Necón*, 1991; 308-1: 618, *Iguazú*, 1986, todos ellos comentados en COVIELLO, *op. cit.*, p. 126 y ss.; SACRISTÁN, *op. loc. cit.*

^{7.4} PTN, *Dictámenes*, 70: 292; 77: 126 y otros.

^{7.5} No es una *decisión* sino un *procedimiento*: en casos normales, no puede el contratista súbitamente y sin previo aviso suspender o interrumpir su trabajo; debe advertir oportuna y adecuadamente las dificultades que le ocasionan y ocasionarán los incumplimientos administrativos y aumentar progresivamente la severidad de sus advertencias de acuerdo con las circunstancias fácticas. El resultado: que la administración no alegue que ha sido sorprendida. Tomando una paráfrasis literaria, sería la “crónica de una suspensión anunciada.”

miento mutuo el contrato se extingue por culpa recíproca o concurrente o, lo que es lo mismo, sin culpa de ninguna de las partes.⁶ Obviamente ésta y las demás morigeraciones no se aplican a la concesión o licencia de servicios públicos.

7.5. *La buena fe contractual.* El principio general de la buena fe, de numerosas aplicaciones,⁷ suele ser recordado en materia de contratos administrativos que serían así esencialmente de *buena fe*.⁸ En su virtud la administración no debe actuar como si se tratara de un negocio, ni tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio de aquél.

7.6. *La equidad.* Se sostiene que si bien la equidad no es fuente del derecho administrativo, debe ser tenida en cuenta por la administración al resolver casos concretos sometidos a su decisión y en los cuales podrían verse comprometidos los principios que la informan, admitiéndose, en suma, soluciones de equidad en los contratos administrativos.⁹ Así el contrato debe ser equitativo para ambas partes y para los terceros en su caso; de allí que el principio también esté incluido en la CICC, art. III, inc. 5° (ley 24.759). Esta controversia se presenta constantemente, cada vez que se autoriza un aumento de la tarifa para financiar nuevas obras. Las asociaciones de usuarios suelen cuestionar la equidad y equilibrio del reajuste, a más de sus aspectos formales.

7.7. *Teoría de la imprevisión.* Se atempera la regla *pacta sunt servanda* en la esfera administrativa, admitiéndose la “teoría de la imprevisión” para obtener una equitativa recomposición contractual en los supuestos de aplicación del principio.¹⁰

7.8. *La ecuación económico financiera del contrato.* La reestructuración de la ecuación económico financiera del contrato devino frecuente, especialmente en los

⁶ PTN, *Dictámenes*, 69: 98 y decreto 15.159/59, B. O. del 24/XI/59, en igual sentido; 82: 220; 85: 207; 94: 91 y decreto 10.551/65, del 24/XI/65, en igual sentido; 96: 514. Este criterio administrativo fue receptado por la jurisprudencia de la CSJN, *Fallos*, 316-1: 212, *Cinplast*, 1993.

⁷ Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El Principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999, 3ª ed.

⁸ Así CSJN, *Fallos*, 182: 502, *Besana*, 1938; BIELSA, *Estudios de derecho público*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1950, pp. 110-2; PTN, *Dictámenes*, 70: 219; 77: 311; 83: 180, etc.

⁹ *Dictámenes*, 79: 77; 83: 180; 85: 135-40.

¹⁰ Ver nuestro art. “Mayores costos, imprevisión, indexación,” en el citado libro colectivo *Contratos administrativos*, t. I, p. 104 y ss.; ley 12.910 y sus reglamentaciones; CNFed. Civil y Com., LL, 121: 645, *Oks Hnos. y Cía. S.A.*, con nota de SPOTA, ALBERTO G., “Contrato administrativo sometido a la teoría de la imprevisión contractual;” MARIENHOFF, “La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino,” *JA*, 1959-V, 106, sec. doctr.; TELLO, ROBERTO, *La teoría de la imprevisión en los contratos de derecho público*, Buenos Aires, Abeledo, 1946; *La teoría de la imprevisión en los contratos de servicios públicos*, Buenos Aires, Talleres Gráficos “Suevia,” 1942; GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo,” *Revista de Administración Pública*, 2: 83 (Madrid, 1950); TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, La Plata, 1966, p. 227 y ss., p. 232 y ss.; BADENES GASSET, RAMÓN, *El riesgo imprevisible*, Barcelona, Bosch, 1946.

casos de corrección monetaria en que el régimen de actualización o variación de costos, más comúnmente conocido como mayores costos, pasó a tener un rol estelar en el sistema. El principio de la estabilidad de la ecuación económico financiera del contrato se manifestaba en muchas instituciones y llegó a ser formulado en términos enfáticos.¹¹ Ese sistema tuvo un freno con la ley de convertibilidad y su prohibición de ajustes de precios por corrección monetaria.¹² Subsistieron sin embargo algunos desajustes, como el aumento tarifario por la inflación estadounidense, prevista en los contratos previos a la ley 23.928 que devino carente de sustento fáctico al producirse localmente, a la inversa, deflación. En el 2002 el *Bouleversemend* es total y llevará seguramente años recomponerlo.

8. El contrato “privado” de la administración

Pasamos con ello a hacer una exposición resumida de los grandes trazos de esta clasificación en tres grupos de los contratos de la administración.

8.1. En el derecho interno

La evolución del molde clásico del contrato administrativo de tipo intermedio entre la concesión o licencia y el contrato de derecho privado, no implica un retorno a la teoría antigua de que esos contratos de la administración son contratos civiles, ni que existan contratos de la administración pura e íntegramente regidos por el derecho común. Ello es así por dos razones diversas: 1º) una es que siguen existiendo muchas reglas propias del derecho público en los llamados contratos administrativos que hemos venido analizando (suministro, obra pública, etc.); 2º) la otra es que los clásicamente considerados “contratos civiles de la administración” han sufrido una crisis y evolución en sentido inverso. En efecto, se ha advertido que “son muy raros —si es que los hay—,” los contratos de la administración “que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial y deben, por tanto, calificarse de privados. La realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado;” “Quizá sea más acertado prescindir de la expresión *contrato administrativo*, que sugiere una idea de oposición con los contratos de derecho privado [...] y referirse, en cambio, a los *contratos de la administración*.”¹

^{7.11} BARRA, “La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos,” *ED*, 62:727; *Los actos administrativos contractuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1989, p. 127; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, “As cláusulas de reajuste de preços nos contratos administrativos,” en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, *op. cit.*, cap VI.

^{7.12} Ley 23.928, art. 7º, hoy modificado por ley 25.561. Ver ALEGRÍA, HÉCTOR; RIVERA, JULIO CÉSAR; GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL y HUTCHINSON, TOMÁS, *La ley de convertibilidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 271 y ss., “La desindexación de los contratos administrativos.”

^{8.1} SAYAGÜÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, pp. 536-7, quien recuerda en la última opinión a SANTA MARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 714. Sobre la inexistencia de actos o contratos de la administración regidos exclusivamente por el derecho privado ver las referencias de la nota siguiente.

Por nuestra parte, creemos que el criterio a adoptarse en cuanto a la posible existencia de *contratos privados* de la administración en el derecho interno es el mismo que debe tenerse en lo que respecta a la supuesta existencia de *actos privados* de la administración. Dijimos con relación a estos últimos² que los actos emanados de órganos administrativos están casi siempre regidos en cuanto a su competencia, voluntad y forma por el derecho administrativo y que sólo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado, por lo que la predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos como actos de derecho público, esto es, actos administrativos.³

El mismo razonamiento es aplicable a los contratos “civiles” de la administración: todo lo referente a la *competencia* de los órganos que los celebran, al *procedimiento* de contratación, a las *formas* pertinentes, etc., se rige por el derecho público. No es posible fundar la *competencia* de un órgano estatal en la regla de la *capacidad* del Código Civil; ni afirmar que aunque la legislación administrativa exija la licitación pública,⁴ pueda prescindirse de ella porque no figura en el Código Civil; ni que si de acuerdo al derecho administrativo un decreto del Poder Ejecutivo es suficiente título traslativo del dominio de una tierra fiscal a manos privadas, sea necesaria escritura pública,⁵ etc.

La conclusión es la misma que respecto a los supuestos actos civiles de la administración: podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto (y aun así sin excluir principios de derecho público como la razonabilidad), pero lo dominante sigue siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato en su totalidad como un contrato de derecho civil.⁶

8.2. En el derecho externo

La situación del Estado como deudor de un contrato de crédito externo es tal vez ligeramente mejor que la de un deudor hipotecario bancario: no le pedirán la quiebra ni le rematarán los bienes (aunque pueden a veces embargarle bienes en el extranjero), tampoco le mandarán cañoneras como antaño; pero el orden económico internacional le hace en cualquier caso imposible al Estado simplemente “repudiar” la deuda.

^{8.2} Ver *supra*, cap. VIII, donde reiteramos conceptos antes expuestos en *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 64-6; *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 165-6; *Derecho administrativo de la economía*, *op. cit.*, pp. 137-9; opinión que recuerda y comparte SARMIENTO GARCÍA, “Noción y elementos del servicio público,” *op. cit.*, p. 12; en igual sentido DROMI, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 208.

^{8.3} Este criterio ha sido seguido en PTN, *Dictámenes*, 92: 74.

^{8.4} Como señalaba DE VEDIA, *op. cit.*, p. 488, la ley de contabilidad exigía la licitación pública, “sin discriminar entre contratos de Derecho Privado y los de Derecho Público.” Lo mismo es aplicable a la legislación actual que se enfatiza con el art. III inc. 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

^{8.5} Así lo dispone la ley 4167, art. 3º.

^{8.6} Ver *supra*, cap. VIII. A igual conclusión se llega aplicando los principios clásicos para la distinción entre contratos civiles y administrativos.

El sistema económico internacional lo obliga, inexorablemente, a renegociarla si no la puede pagar.⁷ Estos datos de la realidad jurídica y económica, obtengan o no nuestra adhesión, no permiten mostrar en el derecho positivo al cual se ha sometido la celebración y ejecución del contrato, una categoría contractual en que la situación del deudor sea sustancialmente distinta de la de cualquier otro contrato de crédito.

8.3. *El contrato de crédito externo en un marco de endeudamiento estructural*⁸

El progresivo endeudamiento de nuestro país lleva a su eclosión en el año 2001 y siguientes.⁹ Podemos y debemos, en el orden interno, hacer consideraciones sobre el origen de la permanente necesidad de recurrir al crédito externo;¹⁰ pero es necesario tener presente que no modifican su régimen jurídico en el extranjero. Ello tiene efectos no solamente sobre el contrato de crédito externo, sino también sobre la concesión o licencia de monopolios o exclusividades.

El Estado argentino adopta de vez en cuando medidas sobre aumento de los *ingresos públicos* e incremento de la *deuda pública* interna y externa, pero pocas sobre *ahorro* del gasto público. A la demora producida en ajustar el gasto público real¹¹ se suman, con un efecto sinérgico o potenciador, erogaciones que no guardan relación con la escasez de recursos, más la permanente imposibilidad de lograr una ecuación razonable entre el costo presupuestario en materia social, educativa, sanitaria, etc. y el valor de los servicios que se prestan.¹²

Lo más difícil de todo pareciera ser erradicar los gastos que elevan incausada e irrazonablemente el gasto público, fenómeno recurrente en la historia argentina,

^{8.7} Así el relato de los hechos en el caso *Welterover*, resuelto en 1992 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, publicado en *LL*, 1992-D, 1124, con nota de ZUPPI, “La inmunidad soberana...,” *op. cit.* Ver *infra*, cap. VI.

^{8.8} Para un mayor desarrollo del problema nos remitimos al cap. IV.

^{8.9} Ver nuestro artículo “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64. Ver también *supra*, cap. IV, “Condicionamientos económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio.”

^{8.10} Decía POSADA en 1898 que el uso del crédito se justificaba para invertir en obras de rédito futuro o si no “bien pueden implicar gastos en razón: 1.º de una gran calamidad pública: una guerra; y 2.º, de una mala administración, por imprevisión, inmoralidad, etc., etc., en cuyo caso la deuda supone carga grave improductiva” (POSADA, ADOLFO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898, pp. 412-3).

^{8.11} Con todo, ante la “vulnerabilidad externa,” según sus fundamentos, se celebra el “compromiso federal por el crecimiento y la disciplina fiscal,” aprobado por ley 25.400 (modificada por ley 25.570), cuyo objetivo es “alcanzar el equilibrio fiscal” (art. 8º).

^{8.12} “El Estado ha de aumentar su efectividad social, sus actuaciones han de ser productivas en términos sociales [...] *La relación entre el coste de las organizaciones y los resultados obtenidos no guarda proporción:*” INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Congreso iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Madrid, Alcalá de Henares, 1985, p. 30.

no realizar obras públicas innecesarias ni menos aun contratar con alguien simplemente porque otorga crédito; no emplear el gran contrato superfluo para recaudar fondos “políticos,” con lo cual el costo social es doble: la “recaudación” y la erogación innecesaria del Estado.

De allí que el dictado de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su art. III inc. 5° exige la *eficiencia* de la contratación pública, deba verse como un imperativo jurídico tanto supranacional como interno, operativo al destino que se da a los fondos externos en el presupuesto interno y su ejecución.

9. Conclusión

En suma, los contratos que celebra la administración tienen todos un régimen en parte de derecho público, pero que no es uniforme; todos pueden ser denominados “contratos administrativos,” sin perjuicio de que existen gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público.

Si antiguamente podíamos encontrar dos categorías bien definidas y totalmente opuestas de contratos de la administración, los civiles y administrativos, hoy en cambio encontramos un acercamiento de los extremos, que no alcanza a ser total y que deja subsistentes matices susceptibles de agrupación en tres grandes conjuntos.

Dentro de esa zona cubierta por los contratos administrativos corresponde ubicar como más próximos al derecho administrativo clásico de fines del siglo pasado y comienzos del presente, a las concesiones y licencias de servicios públicos en condiciones monopólicas o de exclusividad, el contrato de empréstito público interno y en menor medida la concesión de obra pública. Es la aplicación más intensa del derecho público.

Un segundo grupo se integra con el contrato de función pública, la concesión y el permiso de uso del dominio público y privado del Estado; en menor grado, los contratos de suministros y obra pública.

Más cerca del derecho privado encontramos el contrato de compraventa de inmuebles, el de locación y luego los demás contratos: cesión, permuta, donación, préstamo, etc. que, bueno es reiterarlo, no se mantienen siempre con sus típicos caracteres civilistas.