

---

## EL ESTADO Y LA LEGALIDAD CONVENCIONAL

---

---

ÓSCAR CUADROS

---

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo*. III. *Conclusión: la paradoja que encierra el contrato estatal*.

*Resumen:* El presente estudio tiene como fin determinar si el Estado puede válidamente someterse a la legalidad convencional, es decir, tratar de resolver si es posible limitar contractualmente la potestad legislativa del Estado. La cuestión más relevante es estudiar lo relativo a la teoría del contrato administrativo haciendo un análisis de los fundamentos de la teoría y así ver la viabilidad jurídica de aplicar al Estado la teoría formal del contrato. Se trata de centrar, de modo más general, que el llamado contrato administrativo corresponde con la dinámica general del contrato o, en sentido contrario, traslada una mera decisión unilateral del Estado, arropada con elementos del modelo contractual. Sin embargo, ¿qué sentido tiene para el Estado recurrir al contrato si puede reconocer derechos a las empresas por medio de ley, reglamentos y/o actos administrativos fundados en ley?

*Palabras clave:* Estado, legalidad convencional, contrato, contrato administrativo.

*Abstract:* The present study has as aim determine if the State can validly to surrender to the conventional legality, that is to say, to try to resolve if it is possible to limit contractually the legislative legal authority of the State. The most relevant question is to study the relative thing to the theory of the administrative contract making an analysis of the foundations of the theory and this way see the juridical viability of applying to the State the formal theory of the contract. It a focus, in a more general way, that the so called administrative contract corresponds with the general dynamics of the contract or, in the opposite direction, copy a mere unilateral decision of the State, covered with elements of contractual mold. Nevertheless, what sense has it for the State resort for the contract if it can recognize rights to the companies by means of law, regulations and / or administrative acts been founded on law?

*Key words:* State, conventional law, contract, administrative contract.

## I. INTRODUCCIÓN

Si la regla de derecho que a continuación se expone regulase las obligaciones que nacen de los contratos en el marco de un determinado sistema jurídico, ¿resultaría aplicable a las relaciones contractuales trabadas entre el Estado y las personas físicas y jurídicas no estatales?

*“Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones patrimoniales. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe”.*

A tenor de la tesis que aquí se defenderá, en el nivel de análisis de la *teoría del derecho*, el Estado tiene frente a la *legalidad convencional* una opción irreductible:

- a) Asume su existencia como ámbito normativo específico y se somete a su operatoria, según las características señaladas en la norma antes perfilada; o bien,
- b) Afirma su incompatibilidad con el ejercicio del poder administrativo y elige vincularse con las empresas por medio de leyes, reglamentos y actos administrativos (técnicas unilaterales de licencia, permiso, autorización, etc.).

Si bien en el plano de análisis de la dogmática jurídica cualquier elección tiene viabilidad (según lo atestigua la confrontación entre los sistemas jurídicos anglosajones, favorables a la santidad del contrato, y continentales de raíz francesa, proclives al dirigismo público), en el marco de la alternativa *“convencionalidad o poder administrativo”* la opción a favor de la

vida autónoma y descentralizada del contrato como fuente de legalidad específica es la única que posee afinidad con la categoría normativa contractual, asumiendo a tal institución según su declarado propósito de crear, modificar, transferir o extinguir relaciones patrimoniales mediante el sólo consentimiento de las partes involucradas en el acuerdo. Pretender, por el contrario, que aquello que contractualmente se convino pueda mutarse por voluntad unilateral de uno de los signatarios, el poder administrativo, confronta de modo evidente con la idea misma de legalidad convencional.

En razón de lo expuesto, afirmar que la teoría del contrato es aplicable al Estado importará sostener que, cumplidos ciertos presupuestos de validez, el acuerdo celebrado entre el Estado y una empresa privada, en su condición de fuente de legalidad convencional, es inmune a la ley formal posterior, al reglamento y al acto administrativo, vale decir, a las decisiones normativas unilaterales del Estado. Se trata así de visualizar a la legalidad convencionalmente lograda como un modo singular de satisfacción del principio de legalidad al cual debe ceñirse el accionar del Estado.

Teniendo en consideración que la cuestión más relevante a resolver radica en determinar si el Estado puede válidamente someterse a la legalidad convencional, inmunizando el acuerdo logrado respecto de sus decisiones unilaterales posteriores, la delimitación de la categoría contractual debe realizarse, metodológicamente, en el plano de la teoría del derecho y no en el de la dogmática jurídica, sin perjuicio de las alusiones a soluciones prácticas en el marco de sistemas jurídicos determinados que resulten necesarias.<sup>1</sup> Por ello, la tesis propuesta, que en adelante

---

<sup>1</sup>Así, a modo de ejemplo de perspectiva dogmática, refiere Juan Carlos Casagne -con cita de Moderne y Delvolvé- "... los contratos administrativos, cualquiera sea su evolución, mantendrán siempre una singularidad", razón por la cual "... el intento de suprimir la categoría constituye un esfuerzo ciertamente inútil" -Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo, E.D. Administrativo, 23 de noviembre de 1998, p. 2. Desde una perspectiva diversa, favorable a la adopción estadual amplia de la forma contractual, pueden confrontarse con utilidad los artículos de Delpiazzo, Carlos E., *Los contratos como reglas de derecho*, en la obra de AA.VV. Fuentes del

será denominada teoría formal del contrato, tiene implicaciones de régimen más radicales que las que resultan de afirmar la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo según su formulación francesa.<sup>2</sup> No se trata aquí de centrar la crítica en la admisión de cláusulas exorbitantes implícitas a los contratos administrativos sino de afirmar, de modo más general, que el llamado contrato administrativo se corresponde con la dinámica general del contrato o, en sentido contrario, trasunta una mera decisión unilateral del Estado, arropada con elementos de cuño contractual.<sup>3</sup>

Esto es así porque si bien *a priori* parece cierto que la ausencia de cláusulas exorbitantes implícitas salva la vigencia de la documentación contractual pura y dura, al observar en detalle la cuestión se verá, por un lado, que la existencia de las llamadas cláusulas exorbitantes resulta un corolario necesario de la intervención heterónoma de la legislación estadual sobre las normas autónomas del contrato y que, por otro, lo que caracteriza como implícita a esa intervención no es sólo su falta de expresión escrita en el marco legal formal y reglamentario al cual accederá el *pacto ex* ante la celebración del contrato, sino también la posibilidad de mutar el acuerdo logrado mediante normas legales uni-

---

Derecho Administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2010, pp. 667-677; y Mertheikian, Eduardo, *Los contratos administrativos como fuentes del derecho administrativo*, RAP XXXI, p. 368.

<sup>2</sup>Recuérdese a tal fin el señero estudio de Mairal, Héctor, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, E.D. Administrativo, 18 de septiembre de 1998, pp. 1-20. En sentido concordante: Gordillo, Agustín, *La mutación del contrato administrativo*, en AA.VV. Cuestiones de Contratos Administrativos, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, RAP, Buenos Aires, 2007, pp. 835-838.

<sup>3</sup>La imposibilidad práctica de encontrar un punto de vista neutral respecto de la equidad de la relación contractual, como de cualquier otra relación jurídica, conduce, casi por necesidad, a una posición ajena al pragmatismo. Así, parece contradictorio afirmar que el recurso a teorías de justicia inserta el debate jurídico en un plano de vaguedad favorable a la discrecionalidad y, al mismo tiempo, señalar que más que la *huida del derecho administrativo* debe preocupar la *huida de la justicia que trasuntan ciertas construcciones de derecho administrativo* – Cfr. Mairal, Héctor, *op. cit.*, p. 20... Salvo que se pretenda anidar la cuestión en el marco de una teoría pura del derecho, meramente formal, siempre habrá una idea de justicia implícita en los desarrollos dogmáticos del derecho, sea ésta idea comunitaria, liberal o utilitaria.

laterales dictadas *ex post*, en directa vinculación con el contrato.

Expuesto de otro modo, el deber de obrar con cuidado y previsión que connota la acción de quien contrata con el Estado, circunstancia que lo obliga a repasar el régimen normativo al cual accede el contrato,<sup>4</sup> en ningún caso podría razonablemente referir al eventual ejercicio de facultades normativas que, aun cuando encuentren expresión escrita *ex ante*, pueden importar una mutación material del contrato dispuesta unilateralmente por el Estado mediante leyes formales, reglamentos o actos administrativos dictados *ex post*.

Así, la enunciación legislativa de los llamados poderes de dirección y control, que podrían implicar aun la ejecución directa del contrato fundada en la necesidad pública;<sup>5</sup> la potestad sancionatoria unilateral ejercida mediante el dictado de actos administrativos, presuntamente legítimos y ejecutorios, que deben ser impugnados administrativa y judicialmente según tal condición; y la posibilidad de resolución anticipada del contrato apelando a razones de interés público, constituyen competencias asignadas a la Administración cuya amplitud hace que, aun cuando resultaren expresamente de la ley formal, involucren implícitamente el potencial ejercicio de potestades aptas para que la Administración modifique unilateralmente los contratos suscriptos. Ello es así en tanto, la amplitud de los contenidos implícitos en las potestades expresas asignadas a la Administración constituye un resquicio por donde se filtra la unilateralidad característica del poder normativo heterónomo del Estado. Distinto es lo que ocurre con aquellas potestades del Estado que ingre-

---

<sup>4</sup>Régimen normativo que refiere a la legalidad del objeto del contrato con referencia a la competencia del funcionario contratante y el procedimiento de contratación reglado previsto para el caso. En relación con la regla de previsión expuesta, expresó la CSJN en el precedente "Stamei S.R.L. c/ U.B.A.", J.A. 1989-II-89, considerando 9º, "... la empresa asumió conscientemente el riesgo de la posterior declaración de nulidad pues concurrió... a la formalización del acto, con pleno conocimiento, mucho más allá del que establece la presunción legal por razones de su especialización en la materia, de las normas que rigen tales contrataciones".

<sup>5</sup>Cfr. García Pullés, Fernando, *Potestad de la Administración de ejecutar por sí la prestación a cargo de su contratante*, en AA. VV. *Cuestiones de Contratos Administrativos*, pp. 853-864.

san al contrato por vía de la legislación formal que las establece y cuya integración al pacto resulta de su previsión expresa en el convenio, o bien, de su necesaria integración como requisito de validez del acuerdo suscripto, tal como ocurre con la ley de obras públicas y los contratos de obras públicas.

En el sentido expuesto, aun cuando pueda asignársele expresamente ciertas competencias a la Administración, su ejercicio unilateral con fundamento en razones de bien común o interés público bastará para desbaratar la economía propia de la creación autónoma de la regla contractual.<sup>6</sup> En igual orden de ideas, si se consagra un amplio poder modificatorio unilateral para la Administración, la exorbitancia de tal régimen no resultará de su comparación con las reglas del derecho privado sino con la forma normativa descentralizada que el contrato implica en su condición de institución jurídica. Tanto la modificación de los efectos del contrato mediante el dictado de leyes formales que refieran directamente a ellos, cuanto el ejercicio administrativo de potestades de mutación, ejecución directa y resolución unilateral del contrato, importan poderes normativos unilaterales que no guardan afinidad con la propuesta formal del contrato como fuente autónoma y descentralizada de obligaciones que son para las partes la ley misma.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>Así, por ejemplo, en el sistema jurídico argentino es dable asumir que la potestad estatal de resolver unilateralmente el contrato con fundamento en razones de oportunidad, mérito o conveniencia resulta explícita, dada la remisión que a la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.549) hace el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Decreto 1023/2001) en su artículo 36, al expresar *"Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente"*. La norma reglamentaria refiere al Título III de la LPA, cuyo artículo 18, *in fine*, señala que el acto administrativo regular *"... podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados"*.

<sup>7</sup>Aun cuando se afirme que el régimen no contempla poderes implícitos, pues la competencia legislativa formal y material se presume y la actividad administrativa unilateral adquiere de esa fuente virtualidad jurídica; al momento de la evaluación económica del riesgo expropiatorio el baremo que el contratista utilizará será tan elevado como la tasa de retorno que se preverá.

Por lo tanto, ratificando lo expuesto al comienzo, emplaazar adecuadamente la forma autónoma y descentralizada del contrato en el ámbito estadual involucra un desafío mayor al implicado en la crítica a la tesis francesa del contrato administrativo. Se trata de resolver si es posible limitar contractualmente la potestad legislativa heterónoma y autocrática del Estado, en tanto pueda impactar directamente en el acuerdo suscripto con el particular, pues sólo este recurso podría situar al Estado como un contratante ordinario, con las mismas posibilidades de invocación legal y de tutela jurisdiccional que su contraparte. Parece claro que la facultad de legislación general del Estado, amparada en su soberanía, no podría ser válidamente limitada por vía contractual pues tal situación importaría desconocer la condición del Estado como agencia política. Sin perjuicio de ello, el impacto de tal poder general sobre la vida del contrato sólo podrá ser lateral o indirecto y, en sus efectos, quedará salvado mediante la recepción normativa o jurisprudencial de las teorías de la imprevisión y del hecho de la administración, para el caso de mutaciones reglamentarias.

Según la diáfana prosa de Hamilton: *“Es imposible, teóricamente, reconciliar la idea de una promesa que obliga, con la existencia de un poder de hacer las leyes que pueden variar el efecto de aquella promesa”*;<sup>8</sup> en palabras de la Suprema Corte de los Estados Unidos, el argumento relativo a que el gobierno no puede restringir por contrato el ejercicio de los poderes soberanos puede ser contestado afirmando que es propio de la soberanía autorizar al Estado a contraer obligaciones que no podrán ser luego desconocidas por el Congreso. Expresa el Alto Tribunal: *“... the right to make binding obligations is a competence attaching to sovereignty ... The Congress cannot invoke the sovereign power of the people to override their will as thus declared”*.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup>Cita realizada por Gaspar Ariño Ortiz -con referencia al discurso pronunciado por Hamilton al Senado de los Estados Unidos, en fecha 20 de enero de 1795, en su estudio: *Contrato y Poder Público. La figura del Contrato Administrativo en el Derecho Español y Europeo*, en AA.VV., *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje a Miguel S. Marienhoff, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 867-901, en particular, p. 869.

<sup>9</sup>*Perry v. United States* 294 U.S. 330 (1935).

Por ello, el *quid* a resolver aquí radica en hallar respuesta a la pregunta relativa a la posibilidad de compatibilizar las normas autónomas y descentralizadas que hacen a la forma contractual con el ejercicio del poder estatal, hacedor del ámbito público de legalidad monopólica y heterónomamente impuesto a los individuos. A responder tal cuestión se dedican, dentro del desarrollo de este trabajo, los apartados primero: exposición de la teoría del contrato administrativo; segundo: análisis crítico de los fundamentos de la teoría; y, tercero: viabilidad jurídica de aplicar al Estado la teoría formal del contrato.

En caso de que las instancias anteriores fueran superadas de modo exitoso, probándose la tesis relativa a la aptitud estatal para la generación de acuerdos autónomos y descentralizados, la última cuestión que debería afrontarse no resulta menos acuciante: ¿qué sentido tiene para el Estado recurrir al contrato si puede reconocer derechos a las empresas por medio de ley, reglamentos y/o actos administrativos fundados en ley? Esta es la cuestión que remite, en última instancia, a la justificación pragmática del mantenimiento de la lógica contractual en su aplicación a cierto ámbito de relaciones jurídicas trabadas por el Estado. La última sección del desarrollo de este trabajo estará dedicada a buscar respuesta a tal interrogante.

## II. DESARROLLO

### A. *La dogmática tradicional del contrato administrativo*

Por diversas razones, que se analizarán en la próxima sección, la *teoría formal del contrato* es considerada inaplicable al Estado en el ámbito de la dogmática del derecho administrativo de raíz francesa –continental, de gran influencia en latino américa. En esos sistemas jurídicos la categoría del llamado contrato administrativo implica la vigencia de una teoría híbrida resultante de la intersección entre el poder administrativo y el ámbito de la legalidad convencional.

Así, el contrato administrativo refleja aquella porción de los contratos de la administración, connotados por la aplicación de un régimen jurídico de derecho público y sujetos, por lo tanto, a la jurisdicción administrativa o a los tribunales con competencia contencioso-administrativa en los sistemas de jurisdicción única judicial. Por su parte, ese régimen de derecho público importa la existencia de poderes (competencias) que configuran un régimen que exorbita el ámbito de libertad de negociación de las partes dentro del derecho privado.

Las competencias estatales en el marco del contrato administrativo pueden estar expresas en la ley formal que regula el contrato, sus reglamentos o en el mismo documento contractual; o bien, estimarse implícitas, a modo de poderes generales inherentes al régimen del contrato administrativo, implicando en la práctica:

- a) *Poder de dirección, inspección y control* (que puede incluir la potestad de *ejecución directa* del contrato por parte de la Administración);
- b) *Poder de sanción unilateral*; y,
- c) *Poder de modificación (ius variandi) o de terminación unilateral del contrato por razones de interés general.*

Las competencias ejercidas por el Estado en el marco del contrato trasuntan actos administrativos, dotados de sus caracteres propios de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria. Tales actos administrativos deben impugnarse según su régimen característico, tanto desde la perspectiva del procedimiento administrativo (necesidad de recurrirlos en tal sede), cuanto desde el perfil del proceso judicial (exigencia de agotamiento previo de la vía administrativa y deducción de la acción dentro del plazo de caducidad).

De modo tutelar, el régimen de derecho público garantiza al contratante compensaciones económicas a consecuencia del ejercicio de tales poderes, en particular de la competencia que autoriza *el ius variandi* y la resolución unilateral, y de otras circunstancias tales como el dictado de actos estatales que im-

pactan indirectamente en la ecuación económico-financiera del contrato (hechos del príncipe) y riesgos imprevisibles (teoría de la imprevisión).<sup>10</sup>

Del modo expuesto, el contrato administrativo se configura como una categoría substancialmente distinta al contrato civil, producto de la convergencia entre los requerimientos de un poder administrativo que actúa en resguardo del interés público y la necesidad de tutelar el equivalente económico fruto de la legalidad convencional.<sup>11</sup> Además, conforme a esta teoría, la delimitación normativa de la libertad de negociación del funcionario contratante acota el margen consensual del contrato, reduciéndolo a un esquema legal al cual el contratista privado sólo presta adhesión. De este modo, el contrato vale en tanto reposa en la ley formal y en los reglamentos dictados en su consecuencia, base normativa que fundamenta las potestades expresas e implícitas del poder administrativo.<sup>12</sup>

Parte de la doctrina suaviza el enfoque anterior refiriendo al contrato estatal como un acuerdo entre partes matizado por la presencia subjetiva de un contrayente singular, como es el Estado en gestión de administración de intereses generales. Tal finalidad justificaría la exorbitancia del régimen jurídico aplicable, autorizando la distinción entre:

- a) *Contratos administrativos*, que responderían a la tipología antes señalada;
- b) *Contratos de la administración*, regidos total o parcialmente por el derecho privado en función de su objeto privado

---

<sup>10</sup>Cfr. Franck Moderne, *La contratación pública en el Derecho Administrativo francés contemporáneo*, en AA.VV. *La Contratación Pública*, 1, Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern –dirección– Hammurabi, Buenos Aires, 2207, pp. 253-274, en particular pp. 271-274. André de Laubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudamet, *Droit Administratif*, 17<sup>o</sup> édition, L.G.D.J., Paris, 2002, pp. 277-279. Jean Rivero, Jean Waline, *Droit Administratif*, Dalloz, 19<sup>o</sup> édition, Paris, 2002, pp. 125-132.

<sup>11</sup>Cfr. Pérez Hualde, Alejandro, *Contratos Administrativos: versión crítica*, en la obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ismael Farrando – Director, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 456-457.

<sup>12</sup>Barra, Rodolfo C., *La sustantividad del contrato administrativo*, ED Administrativo, viernes 23 de abril de 1999, pp. 1-7, en particular, apartado III.

o mixto y sujetos a la jurisdicción judicial o al fuero civil, salvo que les resulte aplicable, *por extensión*, el régimen de derecho público ante el uso abusivo de la forma contractual privada;<sup>13</sup> y,

c) *Otras formas convencionales no contractuales*, tales como los simples convenios y los conciertos de administración,<sup>14</sup> también llamados *contratos sobre actos y potestades administrativas*,<sup>15</sup> mediante los cuales se lleva adelante el denominado *gobierno por contrato*;<sup>16</sup> categoría que en la doctrina alemana implica el ámbito propio y exclusivo de los *contratos públicos*.<sup>17</sup>

A modo de aserto dogmático de aplicación de la tesis del *contrato administrativo*, se ha señalado en un profundo estudio sobre la materia que a tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el contrato administrativo *“Es un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas... en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal... cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado...”*<sup>18</sup>

<sup>13</sup>Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 29-32.

<sup>14</sup>Moderne, Frank, *op. cit.*, p. 260.

<sup>15</sup>Cassagne, Juan C., *op. cit.*, p. 33.

<sup>16</sup>Cfr. H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, eight edition, Oxford, London, 2000, p. 777. El *gobierno por contrato* importa una tercera vía en relación con la gestión de los bienes públicos mediante la mancomunación de gestión pública y privada: Cfr. Ostrom, Elinor, *El Gobierno de los Bienes Comunes –La evolución de las instituciones de acción colectiva–*, Fondo de Cultura Económica, 2º edición en español, 2011, México.

<sup>17</sup>Singh, Mahendra P., *German Administrative Law –In Common Law Perspective–*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg New York Tokyo, 1985, pp. 50-51.

<sup>18</sup>Coviello, Pedro J. J., *La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN*, en AA. VV. *La Contratación Pública*, 1, cit., pp. 89-135. Coviello funda su definición en lo expuesto por la CSJN en los precedentes “YPF c/ Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes s/ cobro de australes” (Fallos 315:158); “Dulcamara c/ ENTEL” (Fallos 313:376); y, “Cinplast I.A.P.S.A. c/ ENTEL s/ Ordinario” (Fallos 316:212).

Puede observarse que la definición propuesta resulta base adecuada para expandir los efectos de la teoría del contrato administrativo a otro tipo de situaciones, tales como las relativas a las vinculaciones contractuales entre particulares y personas jurídicas privadas que cumplen funciones delegadas por el Estado, asociando la teoría del contrato administrativo con la satisfacción amplia de finalidades públicas.<sup>19</sup> Testimonia tal aserto lo decidido por el Tribunal Cimero argentino en un precedente del año 2007, en el cual puso de manifiesto que "... cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter llega a un acuerdo de voluntades, sus consecuencias quedan regidas por el derecho público".<sup>20</sup>

Llegados a este punto cabe formular los siguientes interrogantes: ¿es sustentable esta tesis teniendo en consideración la economía propia de la forma contractual?; ¿no constituye acaso una ficción tal apelación a una forma contractual distorsionada por la presencia del poder administrativo?; ¿permite el empleo del argumento de la diversidad substancial del contrato estatal modificar la asignación convencional de sentido a la noción de contrato sin privarla de un contenido normativo cierto?, ¿de qué hablamos cuando hablamos de contrato administrativo?

Previo a lograr respuestas adecuadas a las preguntas formuladas resulta necesario revisar de modo crítico los fundamentos del enfoque ortodoxo. A tal análisis está dedicado el numeral siguiente.

---

<sup>19</sup>Esta es la doctrina de la *delegación transestructural de cometidos* expuesta por Barra, Rodolfo, *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 247, y en su *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, Ábaco, Buenos Aires, 2006, p. 605; y de la línea jurisprudencial en que se inserta el caso "Schirato c/ Estado Nacional", CSJN (Fallos 304:490). Véase también: Coviello, Pedro J. J., *El caso O.C.A.: una aclaración conceptual de la Corte en materia de contratos administrativos*, L.L. 1996-E. pp. 76-78. CSJN "Cooperament c/ Instituto Argentino de Promoción del Intercambio s/ repetición" (Fallos 263:510).

<sup>20</sup>"Intense Life S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de (Secretaría de Salud Pública) s/ cobro de sumas de dinero", I. 423. XLI, 20 de febrero de 2007, considerando 4°.

*B. Análisis crítico de los fundamentos del enfoque ortodoxo*

Según los términos de exposición elegidos, la imposibilidad de reconocer vida autónoma a los contratos celebrados por el Estado no quedaría limitada a los llamados contratos administrativos, dada la vaguedad implícita en la definición otorgada a tales instrumentos. Así, la satisfacción de un fin público por parte de un sujeto estatal, o de una persona jurídica privada en ejercicio de funciones estatales delegadas, podría justificar la ampliación indefinida de tal concepto difundiendo la intervención heterónoma de la legislación formal y reglamentaria sobre el pacto suscripto entre las partes.<sup>21</sup>

Observada en el plano de la teoría del derecho, la intervención legislativa propia de la teoría del contrato administrativo encubre una idea radical: el Estado sólo puede obligarse mediante la ley o, lo que es lo mismo, sólo la ley obliga al Estado. El contrato suscripto por el Estado sería sólo una fuente precaria de obligaciones, siempre sujeta a la intervención unilateral de la ley o del reglamento, pues es la ley la única y verdadera regla de cimentación del compromiso político - social<sup>22</sup> mediante el establecimiento de baremos de igualdad formal y material.

Tal aserto guarda directa vinculación con el modo en que el sistema jurídico francés organizó burocráticamente su Administración, aislada del judicial, y con el basamento que esa misma ley formal otorgó a los derechos de propiedad, en lo que constituye una clara manifestación de su adhesión a los postu-

---

<sup>21</sup>Tal fue lo que aconteció en el precedente OCA c/ SIDE de la CSJN –ED Administrativo, lunes 13 de abril de 1998, pp. 1-3, con nota de Julio R. Comadira, *La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento-*, en el cual se calificó como “administrativo” en virtud de su objeto a un contrato de transporte de valijas postales con documentación confidencial suscripto entre la Secretaría de Inteligencia de Estado (SIDE) y la empresa de correo privado Organización Coordinadora Argentina S.A. (OCA), poniéndose de manifiesto, en su considerando 7° “*Que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes se relativiza en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquellas están, de ordinario, subordinadas a una legalidad imperativa*”.

<sup>22</sup>Cfr. Alain Supiot, *Homo Juridicus* –Ensayo sobre la función antropológica del derecho–, Siglo XXI editores, 2° Ed., 2012, Buenos Aires, Argentina, p. 128.

lados del racionalismo jurídico.<sup>23</sup> La ley garante el cumplimiento de las convenciones revelándose como fuente arquetípica de las obligaciones; por ello, la intervención unilateral de las decisiones de la Administración respecto del contrato encuentra su fundamento en las necesidades realizativas de la ley formal que es el eje del pacto político que garantiza el reguardo de la propiedad mediante una justa e igualitaria distribución de los bienes.<sup>24</sup>

En sentido diverso, el *common law*, sistema en el cual la protección de los derechos, en particular del derecho de propiedad como garantía de la *libertad*, ha sido percibida históricamente como un propio de la actuación del judiciario,<sup>25</sup> resulta completamente permeable al reconocimiento del contrato como modo de transacción de los derechos de propiedad. De allí surgiría la percepción relativa a que la intervención legislativa del Estado sobre el contrato afecta la santidad de aquel pacto cuyas palabras obligan y otorgan acción para demandar su cumplimiento

---

<sup>23</sup>En palabras de Eduardo García de Enterría, la Revolución Francesa entroniza el *reino de la ley*, del cual surge el *Derecho Público*, a diferencia de la tutela centralmente judicial de los derechos provista por el *common law*. Cfr. La Lengua de los Derechos –*La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*–, Alianza, España, 1994, pp. 145-152. El derecho de propiedad privada constituye el eje de las relaciones jurídicas que se trazan en el ámbito de la sociedad civil, es decir, luego de la salida del estado de naturaleza, estadio pre político y pre contractual. En el estado de naturaleza las relaciones entre los hombres se dibujan según el modo en que se aprecia su condición antropológica: como lobos del hombre en la visión de Hobbes; como ángeles prisioneros desde la mirada de Rousseau; como seres racional – *razonables* desde la perspectiva de Locke.

<sup>24</sup>En tal sentido, expresa Gustavo Zagrebelsky: “... la realización y la protección de los derechos correspondía incondicionalmente al legislador. La fuerza de la ley era lo mismo que la fuerza de los derechos”, *El derecho dúctil –Ley, Derechos, Justicia–*, Trotta, 9ª Ed., 2009, Madrid, España, pp. 52-53.

<sup>25</sup>Explica Roberto Cortés Conde, al referirse a las teorías de la representación política en Inglaterra, que tuvieron su origen, según una antigua tradición sajona, en los tribunales del condado, cortes en donde se discutían derechos posesorios para cuya prueba “... se invocaban las costumbres antiguas que debían certificar jurados (*jurys*) que integraban varias personas en representación de los campesinos libres. Todo el condado estaba representado en el *jury*. Los derechos políticos estuvieron vinculados a la relación del hombre con la tierra (los tenían sólo los campesinos no enfeudados). Las cortes del condado fueron perdiendo con el tiempo funciones judiciales y se convirtieron en la base de la representación política”. Cfr. *Poder, Estado y Política –Impuestos y sociedad en la Argentina y en los Estados Unidos*, Edhasa, Argentina, 2011, p. 46.

ante un juez que puede ordenar su ejecución o que, en su caso, puede condenar a quien lo incumple a resarcir el perjuicio causado, haciendo efectiva la responsabilidad civil del incumplidor.<sup>26</sup> El Estado tendrá, entonces, el mismo estándar de sujeción a la ley y los mismos recursos de acceso a la jurisdicción que el particular, pudiendo así el contrato cumplir un rol conforme a su función característica como medio jurídico de transacción de los derechos de propiedad.<sup>27</sup>

Según resulta del desarrollo anterior, el régimen especial del contrato administrativo encuentra su quicio en su dependencia de la ley formal y del reglamento, normas generales que justifican el ejercicio de prerrogativas por parte de la Administración en pos de satisfacer el interés público. De este modo, la diversidad substancial de la forma propia del contrato administrativo resulta de su imbricación con la ley como pauta básica de satisfacción del bien común, mediante una justa distribución de los bienes transados. Así, la ley como eje de organización de una acción estatal guiada por la igualdad, la justicia distributiva como propósito implícito al diseño legal formal y el interés público como medida concreta de las prerrogativas acordadas a la Administración que ejecuta las políticas diseñadas por la ley,

---

<sup>26</sup>Wade, William & Forsyth, Frederick, *Administrative Law*, p. 801, citan *the Bankers' case* (1690-1700, en relación con créditos en *default* oportunamente contraídos por la Corona) y el precedente que involucró al *War office* (1874) ante el reclamo de recompensa de un inventor de artillería pesada que alegaba un acuerdo de pago con esa oficina del rey, a modo de descripción cabal de la trascendencia institucional de las acciones de responsabilidad contractual como modo de resguardar la propiedad privada.

<sup>27</sup>Señala Alain Supiot que la mutación a la regla del derecho romano a tenor de la cual *ex nudo pacto actio non nascitur* –ineficacia de la palabra dada per se, pues para la existencia de contrato además del consentimiento se requería satisfacer ciertas formas tales como la promesa y el juramento, o actos materiales, como la entrega de la cosa-, opera desde 1212, en razón de la *Glossa Ordinaria* del Decreto de Graciano, mediante la cual se le atribuyó fuerza jurídica a la obligación de respetar los simples acuerdos, protegiéndolos con una acción; criterio luego adoptado definitivamente por la labor de los posglosadores y rezeptado, finalmente, en el artículo 1134 del Código Napoleón. *Op. cit.*, pp. 135-138. Esta circunstancia explicaría, según se verá más adelante, que las nociones amplia y restringida del contrato obedecen al diverso modo de recepción del derecho romano en el continente y en Gran Bretaña.

demandan un sector normativo distinto al que regula al contrato civil que, desde tal perspectiva, sólo es un modo jurídico de transacción de los derechos de propiedad -enfoque empírico e individualista-, y no un medio político de satisfacción del principio de legalidad y del logro del bien común, tal como ocurre con el contrato administrativo -enfoque racional y colectivista-.

Sin embargo, tanto las bases fundamentales de la tesis del contrato administrativo cuanto las aseveraciones pragmáticas que les resultan consecuentes pueden ser criticadas desde la perspectiva de la teoría formal del contrato.

En primer lugar, en relación con la crítica de los fundamentos de la teoría del contrato administrativo, es posible sostener que la apelación estatal a la forma contractual como vía de vinculación con un individuo o empresa privada importa para el Estado un modo diferente de sujeción al principio de legalidad. Así, en el ámbito contractual, satisfechas ciertas condiciones relativas a la forma en que el acuerdo debe suscribirse para resultar válido, el Estado honra el imperio de la ley ateniéndose estrictamente al ámbito de legalidad convencionalmente pactado, proyectando un horizonte de previsibilidad respecto de sus actos como modo de satisfacción del “interés público”. No hay bien común político por fuera del cumplimiento estricto de la ley heterónomamente impuesta o autónomamente creada, marco conceptual en el que puede comprenderse la previsión contenida en el artículo 1, sección 10, de la Constitución de los Estados Unidos de América, a tenor de la cual: *“No State shall ... pass any ... Law impairing the Obligation of Contracts ...”*<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Explica Laurence Tribe que si bien esta cláusula no fue originalmente prevista para ser aplicada a los contratos estatales, manteniendo los estados sus poderes de policía y dominio eminente, la elección de respeto estatal de tal cláusula resulta del sentido profundo implicado en el deber del Estado de “mantener sus palabras”, en palabras de Tribe: *“For its own purposes, a government may find it convenient, sometimes indeed imperative, to signal its trustworthiness and thus to induce the sort of reliance that it could instead have spurned. When government makes that choice, a powerful argument may be advanced that the most basic purposes of the impairment clause, as well as notions of fairness that transcend the clause itself, point to a simple constitutional principle: government must keep its word”*, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1988, p. 619.

En segundo término, es dable reconocer que en el ámbito del contrato la correcta distribución de los bienes no depende de la interacción entre el pacto y la ley sino que resulta de la eficiente asignación de recursos propia del convenio. Es preciso entender que el contrato es una institución del mercado y que, como tal, funciona según una lógica conmutativa que no obsta el logro de resultados eficientes en términos sociales. Por ello, la confianza en la ley como única manifestación de la justicia distributiva, al tiempo que desconoce las fallas del Estado, menosprecia el modo en que los seres humanos resuelven sus relaciones de intercambio, sin que esto implique marginar del debate las fallas del mercado.<sup>29</sup>

Aun desde un perfil crítico se ha sostenido que *“La dinámica del principio de igualdad... conduce a sustituir en la medida de lo posible el ejercicio unilateral del poder por el contrato, lo unilateral por lo bilateral, lo heterónimo por lo autónomo. Pero al invadir el terreno de la heteronomía, el Derecho de los contratos se impregna de ello y se convierte en instrumento de dominación de las personas”*.<sup>30</sup> Es por ello que el dirigismo público sobre el contrato, que ha reconocido estadios de singular intensidad,<sup>31</sup> implica hoy, de modo más matizado, una propuesta de igualación real entre las partes mediante el equilibrio de los términos de negociación. Esto puede advertirse, entre otros campos, en la moderna legislación sobre derechos de los consumidores y de los usuarios, normas que arbitran respuestas administrativas eficaces respecto de los daños que resultan a modo de consecuencias directas de ese desequilibrio de poder.<sup>32</sup>

Finalmente, a diferencia de la teoría del contrato administrativo que está arraigada en una visión clásica de la justicia y el

---

<sup>29</sup>Cfr. Samuelson, Paul A., Nordhaus, William D., Pérez Enrí, Daniel, *Economía*, Mc Graw Hill, Buenos Aires, 2008, p. 43.

<sup>30</sup>Supiot, Alain, *Homo Juridicus*, op. cit., p. 151.

<sup>31</sup>Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, segunda edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, capítulos III y IV. Lorenzetti, Ricardo L. *Las normas fundamentales del derecho privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe – Buenos Aires, cap. XV.

<sup>32</sup>Cfr. Habermas. Jürgen, *Facticidad y Validez –Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso–*, Trotta, Madrid, España, 1998, p. 486.

derecho, la teoría formal del contrato encuentra su fundamento filosófico jurídico en la tesis kantiana a tenor de la cual, en el marco de la sociedad civil, no es posible establecer una distinción entre el derecho público y el privado que supere el umbral de lo didáctico. Es posible que se estime que tal afirmación es por demás pretenciosa considerando que el contenido de este trabajo impide abordar la cuestión con el detalle que merece, no obstante, su enunciación resulta necesaria pues las aplicaciones del debate tradicional en la materia en gran medida resultan determinadas por el posicionamiento de los doctrinarios en relación con lo que cada uno estima es el ámbito de alcance del derecho público, cuestión que hace declinar la discusión al terreno de las afirmaciones dogmáticas, perdiendo consistencia teórica.<sup>33</sup>

Contribuye a la confusión la substantivación de la asignación de contenidos jurisdiccionales al ámbito de los tribunales administrativos o “contencioso administrativos”, al punto de afirmarse, tautológicamente, que son propias de la jurisdicción administrativa todas las relaciones jurídicas regidas por el derecho administrativo según una lógica característica del círculo hermenéutico que poco contribuye a despejar las sombras que proyecta la teoría madre.<sup>34</sup>

En términos históricos la clásica distinción entre un derecho privado, centrado en el mercado y sus instituciones, con gran margen para la creación autónoma de las reglas jurídicas,<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup>Con las salvedades indicadas, baste decir, con plena conciencia de su precariedad asertiva, que según la teoría de justicia formal kantiana, expuesta en la obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, “La división suprema del derecho natural no puede ser la división entre derecho natural y social... sino la división entre derecho natural y civil: el primero de los cuales se denomina derecho privado y el segundo derecho público. Porque al estado de naturaleza no se contraponen el estado social sino el civil: ya que en aquel puede muy bien haber sociedad, sólo que no civil (que asegura lo mío y lo tuyo mediante leyes públicas), de ahí que el derecho en el primer caso se llame privado”, Kant, Immanuel, 1797, 242 in fine-. Se consultó la edición de Altaya, Barcelona, España.

<sup>34</sup>Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan: “La distinción contratos administrativos-contratos privados es, pues, exclusivamente en su origen una distinción a efectos jurisdiccionales y no sustantivos (Curso de Derecho Administrativo, I, décima edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 676).

<sup>35</sup>Cfr. Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, 2º edición ampliada y revisada, 9º reimpression, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 150.

y un derecho público enfocado hacia la creación heterónoma de normas cuya finalidad consistía en la reglamentación de los derechos individuales a través del ejercicio restringido del poder de policía y la contención normativa del obrar de la Administración por medio de la asignación de competencias y el establecimiento de procedimientos para su ejercicio, se ve desdibujada ante el embate que todo el sistema jurídico recibe del principio de igualdad material que viene de la mano del cambio del paradigma de derecho liberal burgués por el paradigma del Estado social de derecho.<sup>36</sup> De este modo, las áreas propias de la autonomía de la voluntad se ven afectadas por las directivas diseñadas por un legislador comprometido con el funcionamiento eficiente de tales instituciones en términos de igualdad material, evento que tiende a disolver los rígidos cánones de diferenciación otrora trazados.<sup>37</sup> El derecho es percibido como un código o lenguaje común impuesto tanto a la lógica de la acción de la agencia política estadual, cuanto a las instituciones de la sociedad civil y del mercado.<sup>38</sup>

Desde una perspectiva pragmática, suele alegarse que la realidad del contrato administrativo como categoría substantiva obedece al reconocimiento debido: *a)* A la existencia incontrastable de un poder público que no reconoce ataduras formales allende la ley; *b)* A que el contrato administrativo en su operatoria práctica resulta un modo de garantizar los derechos del contratista tan eficaz como el contrato civil; *c)* A la realidad de los poderes normativos del Estado, fundados en su calidad de organización soberana dotada de poder reglamentario de los

---

<sup>36</sup>Habermas, Jürgen, *op. cit.*, pp. 478-479.

<sup>37</sup>La cuestión resulta dependiente del modo de comprensión del ámbito característico de la legislación civil. Su percepción como un modo de reglamentación del derecho de propiedad, su transacción mediante contratos y el establecimiento de criterios de reparación frente al daño (sumado a la determinación de la persona, sus relaciones familiares y la transmisión de la propiedad *mortis causa*) amplía el contenido frente al acotado margen que resulta de su consideración como parte del sistema jurídico que regula las relaciones entre particulares.

<sup>38</sup>*Cfr.* Niklas Luhmann, *Sistema y función*, pp. 41-144, *passim*. En la obra: *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Paidós, 1990, Barcelona, España.

derechos individuales, que no pueden ser suprimidos por convención o contrato; y, c) A la existencia de formas contractuales atípicas, sin correlato en el ámbito del derecho privado. Es dable ahora considerar de modo crítico tales argumentos.

Existen importantes estudios que dan cuenta que el peso del poder público vence toda barrera de consideración formal del contrato, imponiéndose de hecho a la lógica convencional. En este sentido, en sistemas jurídicos tales como el inglés y el de los Estados Unidos, la predica formal desde sus bases no se correspondería con la práctica real de la contratación, tanto desde la estructura normativa cuanto desde la ejecución contractual.<sup>39</sup> De modo contrastante, se afirma que la evidencia del peso del Estado en la negociación y, por ende, en la redacción de las cláusulas convencionales, no perjudica la comprensión que ciertos sistemas jurídicos realizan en relación con la lógica convencional y su preservación.<sup>40</sup>

Más allá de las apreciaciones prácticas que de modo incontrastable se imponen a toda construcción teórica,<sup>41</sup> parece claro que, al menos en Inglaterra y los Estados Unidos, las pautas básicas de interpretación del sistema no resultan favorables a admitir la existencia de un régimen diferencial de los contratos públicos, vale decir, a una teoría singular que los distinga del género *contratos*. Así lo afirma expresamente cierta doctrina;<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup>Ariño Ortiz, Gaspar, *Contrato y Poder Público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo*, op. cit., passim. En igual sentido se expidió Alberto B. Bianchi en un enjundioso estudio titulado “*Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)*”, ED Administrativo, jueves 28 de octubre de 1999, pp. 1-16, y viernes 26 de noviembre de 1999, pp. 5-16.

<sup>40</sup>Mairal, Héctor, *La teoría del contrato administrativo y el Derecho Norteamericano*, E.D. Administrativo (t. 2000), pp. 525-542. Ramírez Calvo, Ricardo, *Los poderes implícitos e inherentes del presidente de los Estados Unidos de América y su influencia en el Derecho Público Argentino –Uso y abuso de la jurisprudencia estadounidense–*, ED Constitucional, martes 22 de octubre de 2002, pp. 1-3, y viernes 22 de noviembre de 2002, pp. 2-6.

<sup>41</sup>Oliver W. Holmes reivindicó en su célebre paper “The Path of the Law”, 10 Harvard Law Review 457 (1897), el valor de los conceptos básicos, de la “jurisprudencia” como modo de interpretación del sistema jurídico global.

<sup>42</sup>Wade, William and Forsyth, Frederick, op. cit., p. 775.

así resulta de la no inclusión de la temática en los textos de *administrative law*;<sup>43</sup> así surge de la exclusión aplicativa a la materia contractual que se formula en la sección IV de la *Administrative Procedure Act* (1946) de los Estados Unidos; y así lo refleja la circunstancia de que, en general, los textos específicos de contratos del Estado refieran a las competencias de los funcionarios actuantes y al modo procedimental en que estos deben expresar válidamente los compromisos que asume el Estado mediante su representación.<sup>44</sup>

Segundo: ¿es la garantía del régimen una pauta diferencial a considerar? Esta pregunta resulta fácil de responder aunque difícil de avalar científicamente. La lógica de conformación política de cada sistema estadual obedece a un sinnúmero de factores y variables que delinear el espíritu de la legislación y de la práctica jurídica. Las instituciones francesas son, en tal sentido, un modelo de originalidad de acuerdo con su conformación histórica; la dificultad surge cuando se intenta trasladar ese modelo a esquemas culturales no plenamente identificables con su matriz.

Así, que la teoría del contrato administrativo funcione eficazmente en Francia en modo alguno implica que ese modelo sea extrapolable a otros países. Toda la conformación del sistema francés da cuenta de la primacía de la ley en la organización política;<sup>45</sup> que la teoría del contrato público tenga matices singulares allí, no es algo que sorprenda. Ahora bien que la misma teoría funcione en otros Estados, menos desarrollados institucionalmente y más proclives a prevalerse de sus amplias zonas

---

<sup>43</sup>Cfr. Strauss, Peter L., Rakoff, Todd D., Farina, Cynthia R., *Gellhorn and Byse's Administrative Law cases and comments*, revised tenth edition, Foundation Press, 2003; Breyer, Stephen G. and Stewart, Richard B., *Administrative Law and Regulatory Policy*, third edition, Little, Brown and Company, Boston, 1992; Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, a casebook, fourth edition, Little, Brown and Company, Boston, 1994.

<sup>44</sup>En el caso de los Estados Unidos, de conformidad al régimen federal de adquisiciones (*Federal Acquisition Regulation*). Cfr. Keyes, W. Noel, *Government Contracts*, second edition, West Publishing CO., St. Paul, Minn, 1990, Chapter 1.

<sup>45</sup>Cfr. Cuadros, Oscar A., *Responsabilidad del Estado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, capítulo I. Véase, en particular, la evolución del sistema francés de responsabilidad aquiliana estatal en el siglo XIX.

de atribución discrecional de competencias a la Administración, constituye un desafío evidente.<sup>46</sup> En estos Estados, la teoría del contrato administrativo puede servir a la conformación del fenómeno denominado "*patria contratista*", prevaleciendo los funcionarios de tales ámbitos discrecionales, lagunosos e indeterminados, para favorecer a empresarios amigos y para favorecerse por su intermedio. En estos Estados, la lógica contractual formal parece colaborar con mayor eficacia con el estado de derecho y la gestión de los bienes públicos.<sup>47</sup>

En tercer lugar, parece claro que la administración carece de facultades para limitar por vía contractual las potestades legislativas del Congreso,<sup>48</sup> en tanto esas facultades refieran a su competencia general para reglamentar los derechos, en particular el derecho de propiedad. Tales competencias incluyen los poderes que resultan de la declaración de emergencia por medio de una ley formal que asume una situación fáctica de grave riesgo económico y que podría autorizar una mayor intensidad regulatoria. Estos poderes, tanto los normales cuanto los que derivan de la emergencia, afectan al derecho de propiedad en toda su extensión, incluyendo los contratos celebrados por el Estado o por los individuos y corporaciones, teniendo implicancias también en el modo de determinarse las consecuencias indemnizatorias que resultan de sus incumplimientos (responsabilidad civil).<sup>49</sup>

No obstante, tales poderes no afectan, *per se*, la lógica formal del contrato. La regla de inmunidad del pacto frente a la ley, el reglamento y el acto administrativo posterior a su celebración refiere a tales instrumentos jurídicos en directa vin-

---

<sup>46</sup>Resulta de utilidad confrontar, a tal respecto, la obra de Françoise Dreyfus, *La invención de la burocracia* –servir al Estado en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos, Biblos, 2012, donde se da cuenta de la profesionalidad característica de la burocracia francesa. En tal contexto, el cumplimiento de la palabra dada no parece depender de la forma de un contrato sino de otras variables políticas.

<sup>47</sup>Cfr. Poder Ciudadano, *Contrataciones Públicas Vulnerables*, Embajada Británica en la Argentina, Buenos Aires, 2006.

<sup>48</sup>Cfr. Mairal, Hector A., "De la peligrosidad...", *op. cit.*, p. 2.

<sup>49</sup>Cfr. Farrando, Ismael, *La emergencia pública y los contratos administrativos*, en AA. VV. *Cuestiones de Contratos Administrativos* –en homenaje a Julio Rodolfo Comadira-, Rap, Buenos Aires, 2007, pp. 839-852.

culación con cada contrato celebrado por el Estado según su consideración singular. Desde la perspectiva de la teoría formal del contrato la única competencia legal que puede singularmente ejercer el Estado ex post la celebración de un contrato es la expropiación, en tanto se satisfagan los recaudos constitucionales a tal fin.

Por último, la admisión de formas contractuales atípicas, sin parangón en el "*derecho privado*", tales como las presentes en las formas *concesionales*, en particular en la concesión de servicios públicos, no parece ser una consecuencia de la originalidad de la contratación pública sino de la mayor amplitud acordada a la fórmula contractual en el marco del *civil law*.

En tal sentido, es probable que la tendencia a contractualizar relaciones jurídicas unilaterales radique en la falta de distinción entre la noción amplia de contrato, fundada en la promesa (oferta) de uno/unos aceptada por otro/otros, regla del consentimiento de la cual es ejemplo el artículo 1137 de código civil argentino;<sup>50</sup> y la noción restringida de contrato –de origen anglosajón– que adiciona al consentimiento, como recaudo de obligatoriedad del pacto convencionalmente logrado, la existencia de *consideration* definida como la causa, motivo, precio o beneficio en favor de una de las partes,<sup>51</sup> o la responsabilidad, dada, sufrida o asumida por la otra parte. De este modo, en el derecho anglosajón la "*fuerza moral*" del contrato devendría de dos ideas fundamentales, la autonomía y la reciprocidad, vale decir, del deber de recompensar a otro por los beneficios que él proporciona.<sup>52</sup> Por ello se afirma en doctrina que la exigibilidad legal de una promesa a partir de la existencia de reciprocidad (*consideration*) resulta un corolario lógico del rol propio de los contratos como facilitadores del movimiento eficiente de los re-

---

<sup>50</sup>A tenor del cual la noción de contrato resulta de la declaración de voluntad común formulada por dos o más personas con el propósito de reglar sus derechos.

<sup>51</sup>Black's Law Dictionary, Sixth edition, 1997, p. 306. Cfr. Coloma, Germán, *Análisis Económico del Derecho –privado y regulatorio–*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, pp. 117-118.

<sup>52</sup>Sandel, Michael J., *Justiça –O que é fazer a coisa certa–*, 4º edição, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2011, pp. 182 y 187.

cursos económicos mediante el intercambio voluntario y contra prestacional.<sup>53</sup>

Es por ello que la utilización de la fórmula de la *licencia* en el caso de las *public utilities*, en lugar de la concesión de servicios públicos de raíz francesa, resulta reveladora de la condición unilateral del marco legal y reglamentario en que se desenvuelve la prestación del servicio.<sup>54</sup> No hay en este caso *reciprocidad* en la vinculación entre el prestador y el Estado pues el primero obtendrá del usuario la contraprestación por la provisión del servicio. Por el contrario, la acepción amplia del contrato como acuerdo de voluntades autoriza a concebir a las formas concesionales como contratos pues es cierto que media un "*si quiero*" por parte del prestador respecto de su sumisión a las normas que heterónomamente regulan el servicio.<sup>55</sup> También es posible entender, desde esta perspectiva, la existencia del llamado gobierno por contrato, es decir, la extensión de la forma contractual a situaciones que pueden ser reguladas por ley, *v. gr.* relaciones promocionales o de fomento, medio ambientales, etc.<sup>56</sup>

Ahora bien, en pureza conceptual: ¿son tales relaciones afines a la lógica formal del contrato como modo autónomo de

---

<sup>53</sup>Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, fifth edition, Aspen Publishers, 1998, New York, pp. 108-111. Se ocupa el autor citado de aclarar que desde una perspectiva económica, la apreciación de la reciprocidad por parte de los tribunales quedará acotada a la evaluación de su existencia y no a la adecuación de los términos de intercambio, pues son éstas y no los jueces las que están en mejores condiciones de evaluar tales términos, sin perjuicio de la pertinente evaluación judicial de inexistencia de *duress*, es decir, de ausencia de coerción o amenazas que afecten la libre decisión de los contratantes.

<sup>54</sup>A efectos de graficar la diversidad de enfoques confrontar: Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, a casebook, fourth edition, Little, Brown and Company, Boston, 1994, p. 17 –donde se describe el *licensing power*–; y, René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15<sup>o</sup> édition, Paris, 2001 –donde se explican los modos de gestión directa y delegada de los servicios públicos–.

<sup>55</sup>Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández dan cuenta (*Curso de Derecho Administrativo*, I, décima edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 685) con singular claridad del modo en que opera la legislación general en relación con la regla *res inter alios nec nocet* en el marco de ciertas vinculaciones contractuales en que participa el Estado.

<sup>56</sup>Cfr. Supiot, Alan, *Homo Juridicus* –Ensayo sobre la función antropológica del derecho–, Siglo XXI editores, 2007, Buenos Aires, p. 131.

transacción de derechos de propiedad?, es dable estimar que no; son, en todo caso, modos unilaterales y heterónomos de asignar derechos por medio de la ley y el reglamento.<sup>57</sup>

Según ha sido desarrollado, valorizar la forma autónoma de legalidad que importa el contrato y aplicarla al Estado exige revisar el concepto relativo a la legalidad comprendida desde el perfil de la ley formal y de la gestión administrativa de los intereses según pautas de *bien común*. Para el Estado, someterse a la legalidad contractual importa atar su accionar a pautas claras y definidas logradas mediante procedimientos que garantizan la transparencia y aseguran un resultado eficiente desde el punto de vista de la asignación de los derechos de propiedad. Por ello, analizados críticamente los principales fundamentos otorgados a la teoría tradicional del contrato administrativo, resulta oportuno debatir acerca de la teoría formal del contrato y su viabilidad aplicativa al Estado, tanto desde la perspectiva jurídica (satisfacción del principio de legalidad), cuanto desde el perfil de la economía del contrato.

---

<sup>57</sup>Las afirmaciones precedentes dan cuenta de la singularidad del contrato de concesión de obra pública en el cual el pago total o parcial de la obra resulta del peaje abonado por los usuarios (salvo la modalidad de peaje en la sombra donde la obra, según el uso, es pagada por el Estado). Cfr. Guiridlian Larosa, Javier, *Contratación Pública y Gestión de Infraestructuras (nuevas formas de gestión y financiación)*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004. Por su parte, la concesión de uso de bienes del dominio público y otras concesiones tales como la concesión minera, importan contratos de los cuales surgen derechos personales, evento que, en el caso de la primera, parecería romper con la pretensión de edificar una teoría de los derechos reales administrativos, reconociéndose al concesionario como titular de una relación jurídica real de *tenencia absoluta*. Frente a relaciones contractuales que tiene alguna claridad definitoria, como la consultoría, el suministro y el empréstito (respecto de la condición jurídica de éste último contrato Cfr. Piaggio, Lucas A., *Naturaleza jurídica del empréstito público e incidencias en su régimen de ejecución*, RAP, Colección Thesis, Buenos Aires, 2009; Estela B. Sacristán, *Naturaleza contractual del empréstito público*, ED miércoles 29 de septiembre de 2010, pp. 1-6); la función pública presenta un grado de sujeción reglamentaria particular. El funcionario no negocia siquiera el precio del contrato (salario) con la agencia estatal ¿Basta esa circunstancia para excluirlo de la categoría contractual? Diversas razones, entre ellas la posibilidad de renuncia del empleado como modo de extinción del vínculo concurren a reconocerle carácter contractual.

### C. *La dinámica del contrato y su pertinente aplicación al Estado*

Según la fórmula propuesta al comienzo de este trabajo, existen tres líneas fundamentales definitorias de la forma contractual:

- a) *Modo de instrumentación jurídica y contenido patrimonial*: Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones patrimoniales. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante;
- b) *Libertad de negociación en la determinación del objeto*: Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley;
- c) *Aplicación a modo de ley entre las partes (estabilidad respecto de las expectativas de comportamiento)*: Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe.

Repasemos ahora la viabilidad aplicativa de tales presupuestos a la realidad de los contratos suscriptos por la persona jurídica Estado.

#### **a. Modo de instrumentación jurídica y contenido patrimonial**

El Estado puede concurrir a la formación del contrato mediante actos jurídicos.

La aseveración relativa a que el contrato requiere el consentimiento unánime de dos o más personas, siendo por tal razón un acto jurídico bilateral,<sup>58</sup> es, a juicio de la teoría formal del

---

<sup>58</sup>Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos –Civiles. Comerciales. De Consumo. Teoría General*, 2º Ed. actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Bogotá, México, Santiago, p. 14.

contrato, plenamente aplicable a los contratos estatales. Nada obsta a que el Estado se vincule contractualmente mediante actos jurídicos, prescindiendo de las decisiones unilaterales ejecutorias características de los actos administrativos. De hecho, la comprensión del contrato como fuente autónoma de obligaciones impone que las partes acudan con iguales armas, es decir, en situación de igualdad formal. De otro modo, el pacto no satisfará adecuadamente la transacción patrimonial que implica. Sin embargo, esta afirmación contrasta, en aquellos países que se han atenido al molde francés del contrato administrativo, con las opiniones clásicas de la doctrina, con un sector importante de la legislación y con ciertas decisiones jurisprudenciales.

En particular, en la Argentina se ha señalado, en tal sentido, que *"Todo contrato administrativo es, substancial y esencialmente, un acto administrativo bilateral... Así como en derecho privado el acto jurídico bilateral constituye la esencia de todo contrato... también en derecho administrativo el acto administrativo bilateral es la base de todo contrato administrativo y, en general, de todo contrato celebrado por la Administración Pública"*,<sup>59</sup> y también que: *"...en definitiva, ¿qué es un contrato administrativo sino un "compositum" de actos administrativos singulares modelados en función de una finalidad práctica específica"*, agregándose a paso seguido *"... el acto administrativo de adjudicación de un contrato, la sanción impuesta al contratista o la rescisión del convenio no pueden sino estar sometidos a los requisitos consignados en el artículo 7º de la ley y al régimen diseñado en la ley para las diversas vicisitudes del obrar administrativo"*.<sup>60</sup>

Cierto es que tal posición recibió el embate de autores que mantuvieron la doctrina relativa a la unilateralidad del acto

<sup>59</sup>Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III – A, 4º Ed. actualizada, reimpresión, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 39-40.

<sup>60</sup>Grecco, Carlos M., *Procedimiento Administrativo y Contratos Administrativos (variaciones sobre el artículo 7º, párrafo final de la Ley N° 19.549)*, en AA.VV. *Contratos Administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, 2000, Buenos Aires, p. 136. En sentido contrastante, en los Estados Unidos de América, la *Administrative Procedure Act* de 1946 (ley federal de procedimientos administrativos), establece en su Sección IV, de modo expreso, su no aplicación a los contratos que celebra el Estado federal.

administrativo,<sup>61</sup> con fundamento en que tales actos, a diferencia de los contratos, son obligatorios y compulsivos.<sup>62</sup> Hoy se dirá que se presumen legítimos y son ejecutorios en razón de que expresan el ejercicio de potestades legalmente conferidas a los funcionarios que los dictan, integrando el ámbito normativo heterónimo estatal.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente "*Metalmecánica S.A.C.I. c. Gobierno de la Nación*", admitió la categoría del acto administrativo bilateral en relación con actos administrativos resultantes de una relación jurídica nacida de un régimen de promoción industrial establecida por leyes y reglamentos,<sup>63</sup> y, en el precitado caso "*Oca c/ SIDE*" (sentencia del 17 de febrero de 1998) el Alto Tribunal alineó su decisorio conforme al dicotómico enfoque contrato estatal/derecho público – contrato privado/derecho civil. En este precedente, la CSJN revocó una sentencia de la sal III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que implicaba un nuevo pronunciamiento del mismo tribunal conforme lo ordenado por la propia Corte en un fallo anterior (de fecha 10 de agosto de 1995). En este nuevo fallo el tribunal *a quo* reconsideró que al no existir vicios de la voluntad imputables al acto estatal que concurrió al contrato celebrado, éste mantenía su validez. Al volver sobre el tema el Tribunal Címero estimó que aplicar principios de derecho público a la solución del caso importaba evaluar los vicios que pudieran afectar a su causa y a su finalidad de acuerdo a los estándares establecidos en el artículo 7° de la LPA. Por su parte, en la causa "*Gypobras S.A. c/ Estado Nacional*" (1995), la Corte Suprema estimó que los plazos de impugnación previstos en el título IV de la LPA resultan aplicables a los pleitos relativos a relaciones jurídicas originadas en contratos celebrados por la administración.<sup>64</sup>

<sup>61</sup>Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Volumen I, Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 95-98.

<sup>62</sup>Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2° Ed., Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 17.

<sup>63</sup>Fallos 296:672, considerando 6°.

<sup>64</sup>Fallos 318:441, en especial, considerando 6°.

Desde la perspectiva legal, el *régimen de contrataciones para la Administración nacional, decreto delegado 1023/2001*, expresa en su *artículo 1° in fine* que media una presunción relativa a que toda contratación de la Administración Nacional es índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado. A su turno, el *artículo 4°* informa una larga enumeración de contratos administrativos entre los que incluye a la compraventa, los suministros, los servicios, las locaciones, la consultoría, los alquileres con opción a compra, las permutas, las concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, las obras públicas, las concesiones de obras públicas y las concesiones de servicios públicos y licencias. El *artículo 5°* declara excluidos del régimen legal a los contratos de empleo público, las compras por caja chica, los contratos comprendidos en operaciones de crédito público y los que se celebren con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, o bien que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos. Sin perjuicio de ello, ha sido objeto de crítica doctrinal la incompatibilidad existente entre el régimen consagrado por el reglamento de contrataciones para la Administración Nacional y el resultante del régimen legal relativo a la creación de infraestructuras públicas, cuidadoso de la forma contractual pura como medio de garantizar el retorno de la inversión realizada por el financista del proyecto.<sup>65</sup>

Si bien la concepción del contrato estatal como acto administrativo bilateral sólo se aplica a los llamados contratos administrativos, especie del género contratos de la administración

---

<sup>65</sup>Mairal, Héctor A., *La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas*, La Ley, publicación especial: El Contrato Administrativo en la actualidad, mayo de 2004, pp. 3-18, *passim*. Léase también el profundo estudio de Aguilar Valdez, Oscar, *Contratación Administrativa y financiamiento –La relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructuras públicas*, en AA.VV. La contratación pública 1, op. cit., pp. 561-596. Véase también el decreto 1299/00, sobre promoción de la participación privada en el desarrollo de infraestructuras.

(género que, conforme a la doctrina tradicional, incluye también a los contratos celebrados por el Estado al amparo del derecho privado); evento en función del cual en el caso de los contratos no administrativos del Estado se aplicaría la regla civil de modo llano y, por lo tanto, la ausencia de derecho público en la relación autorizaría a considerar a la actuación del Estado por medio de actos jurídicos, es decir, no administrativos stricto sensu; el reglamento de contrataciones lo impide de hecho conforme su calificación amplia del contrato administrativo, al punto de la desaparición de hecho de la categoría del contrato de la administración.<sup>66</sup>

Ahora bien, desde la perspectiva de la teoría formal del contrato, la visualización del pacto como fuente autónoma de obligaciones respecto de derechos patrimoniales (derechos de propiedad) resulta incompatible con el contenido legislativo heterónimo implicado en el acto administrativo. En tal sentido, sólo la noción de acto jurídico o de mero pronunciamiento administrativo, tratándose de derechos cuya fuente es convencional y, por lo tanto, cuyo reconocimiento no depende del Estado, parece resultar afín a la lógica convencional.<sup>67</sup>

En este orden de ideas se inscribe la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Serra, Fernando H. y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, en cuyo considerando 21 se expresa: *“... desde el punto de vista procesal, el derecho a accionar judicialmente para obtener el reconocimiento del crédito que invoca la actora nació de la relación instaurada entre las partes, que se plasmó en el contrato que celebraron, y no del acto administrativo que rechazó su petición, en la medida en que éste en nada afecta a los términos de la relación jurídica originalmente establecida entre los contratantes. En efecto, la negativa de*

---

<sup>66</sup>A poco que se analice la diferencia que en doctrina se traza entre contratos administrativos y contratos de la administración se verá que la doctrina del doble ámbito de actuación del Estado, en el marco del derecho público y del derecho privado, es una moderna reedición del viejo postulado de la doble personalidad del Estado.

<sup>67</sup>Mairal, Héctor A., *Los meros pronunciamientos administrativos*, *Derecho Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 651-661, en particular, p. 658.

*pago efectuada por la Municipalidad... sólo posee aquella virtualidad... sin que en sí misma goce de aptitud para modificar la relación jurídica sustancial fijada por el acuerdo de voluntades –contrato- y la serie de actos administrativos que le otorgaron a aquel su naturaleza ius administrativa. Esto es así en la medida en que el acto precitado no ejecuta ni tampoco interpreta el contrato sino sólo exterioriza una circunstancia incidental y accesorio en la relación entre las partes, en el caso, si el crédito pretendido por el particular ya fue saldado. Por el contrario, para dilucidar tal cuestión será, en todo caso, el contrato y no la negativa de pago la que deberá ser la guía principal para la decisión que, en su momento, tome el juez de la causa”.*<sup>68</sup>

Es claro que desde el perfil de análisis asumido los *poderes de dirección y control* del contrato por parte de la Administración se verán matizados ante la imposibilidad de ejercerlos por medio de decisiones unilaterales y ejecutorias; en tanto que otras prerrogativas, tales como la de ejecución directa del contrato tendrán un margen sumamente acotado o inexistente de operación. En el caso de las *potestades sancionatorias* su vigencia según el convenio suscripto importará desvincularlas de la *potestad sancionatoria estatal* como ámbito de ejercicio del poder punitivo del Estado por parte de la Administración, en aquellos casos en que ese poder punitivo resulta inescindible de la labor administrativa.<sup>69</sup> Además, con independencia de las reglas de estabilidad de los actos jurídicos de las partes y del modo de impugnación convencionalmente pactado o del que resulte de la legislación formal o reglamentaria a la cual accede el contrato de que se trate (que es indisponible para las partes según se verá en el apartado siguiente), no habrá criterios legales que resulten de las normas que establecen los baremos de impugnación administrativa y judicial de los actos administrativos. ¿Resultan estas consideraciones obstáculos insuperables para la gestión de los intereses estatales?

<sup>68</sup>Fallos 316:2454

<sup>69</sup>El estándar implicado en la pauta de inescindibilidad sirve a la distinción entre delitos y faltas y puede fundamentar el ejercicio de un ámbito acotado de poder punitivo ejercible por la administración con sujeción a los principios de legalidad, tipicidad, razonabilidad, culpabilidad y debido proceso.

La premisa relativa a que el Estado concurre a la ejecución del contrato (no a su negociación) en igualdad de armas, es relativa. De hecho, sólo implica restar poderes a la Administración del Estado, poderes que son ganados por la rama judicial de la misma agencia política, salvo que se sujeten las controversias a tribunales arbitrales, situación apta para generar interrogantes que exceden el marco conceptual de este trabajo.<sup>70</sup> Ahora bien, esa pérdida de poder relativa es contrarrestada por la mayor eficacia que se reconoce al contrato como modo de transacción de los derechos patrimoniales, eficacia que redundará en previsibilidad de la conducta de las partes, reducción de las tasas de retorno de las inversiones, mayor acceso al crédito, etc. Por ello, con singular realismo, se ha puesto de manifiesto que las facultades implícitas y expresas propias del régimen del contrato administrativo "... *atentan contra la seguridad jurídica, elevando los costos de transacción. Estos costos en definitiva, son transferidos al Estado por vía del precio cotizado o por la disminución de la calidad del bien o el servicio contratado*".<sup>71</sup>

#### **b. Libertad de negociación en la determinación del objeto**

El funcionario contratante debe tener competencia legal formal para concurrir al acto jurídico contractual; es la ley la que le da la posibilidad de decidir aun frente a la ley. El ejercicio regular de la competencia importa para el funcionario la obligación de cumplir con el procedimiento de selección/forma previsto para la selección del contratista. La licitud del objeto del contrato resulta determinada por el recto ejercicio de la competencia discernida a favor del funcionario por la ley y por el cumplimiento del procedimiento formal previsto para seleccionar al contratante estatal.

---

<sup>70</sup>Resulta de singular utilidad confrontar esta afirmación con las normas previstas en el código civil argentino en relación con el contrato de locación de obra (Libro II – Secc. III – De La Locación – Capítulo VIII “De la locación de servicios”, artículos 1631/1647 bis,

<sup>71</sup>Bustamante, Jorge E., *El contrato administrativo*, AA.VV. Contratos Administrativos, *op. cit.*, pp. 215-219, en particular, p. 218.

Es dable compartir que el ejercicio de una competencia por parte de un funcionario público requiere de una potestad legalmente conferida,<sup>72</sup> vale decir, que la competencia no puede resultar de una disposición administrativa que importe una manifestación de auto programación de la Administración.<sup>73</sup> En el caso, la competencia del funcionario que representa al Estado en la contratación y el procedimiento reglado de determinación de esa decisión, habitualmente mediante licitación o concurso público, resulta una manifestación de la sujeción de la competencia al modo en que la ley impone su ejercicio. En el caso del Estado, tales manifestaciones se revelan como límites constitucionales formales al ejercicio del poder que determinan las condiciones de organización, procedimiento y validez de los actos que le son imputables como persona jurídica y no a una limitación a su libertad de negociación impuesta por normas de derecho público.

En el caso del contrato estatal, la competencia y el procedimiento para su ejercicio no son sino elementos de vinculación del contrato a la ley, tal como acontece, en ausencia del Estado, con la capacidad de las personas jurídicas y el modo en que ciertos contratos deben perfeccionarse (*contratos reales*), "*La ley forma parte de la estructura de todo contrato, por encima de las personas, de las cosas, del espacio y del tiempo. Y la ley siempre es la palabra del Garante, ya se trate de la República en la tradición francesa o del juez en los sistemas de common law*".<sup>74</sup>

El principio normativo central de la licitación pública es la igualdad. Se hace publicidad para lograr concurrencia como condición *sin qua non* del concurso de ofertas y se garantizan prácticas transparentes para lograr la razonable adjudicación del contrato. Así, publicidad, concurrencia, razonabilidad y transparencia sirven a la igualdad, revelándose la licitación o concurso público como un modo de favorecer la competencia por el mercado.

---

<sup>72</sup>Mairal, Héctor A., *Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos)*, RAP, Buenos Aires, 2011-1 y 2, Buenos Aires, Argentina.

<sup>73</sup>Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 515.

<sup>74</sup>Supiot, Alain, *Homo Juridicus*, *op. cit.*, p. 141.

Tal como ocurre con el discernimiento, la intención y la libertad que connotan a los actos jurídicos válidos, ejecutados sin vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, simulación y fraude) por las personas físicas; las personas jurídicas actúan los poderes que resultan de las imputaciones normativas estatutarias (sociedades comerciales, asociaciones y fundaciones) o legales (personas jurídicas estatales), competencias cuyo ejercicio legal requiere el cumplimiento de ciertos procedimientos de determinación de los actos (en el caso de los contratos: procedimientos de selección del contratista). Es entonces la competencia (ley, reglamento y acto administrativo de alcance general) la que determina el contenido posible del contrato. Esa delimitación del objeto del contrato por medio de la competencia no obstaculiza la libertad contractual comprendida como sometimiento *ex post* a la regla convencionalmente lograda.<sup>75</sup>

### **c. Aplicación a modo de ley entre las partes (estabilidad respecto de las expectativas de comportamiento)**

Formalizado en cumplimiento de las condiciones anteriores el contrato funcionará como ley entre las partes, resultando inmune frente a la ley y los reglamentos dictados *ex post*, como así también respecto a los actos administrativos cuyo dictado esté fundado en tales normas. En la interpretación del contrato la licitud de su causa (finalidad) debe apreciarse objetivamente de acuerdo al estándar aplicable a los actos imputables a las personas jurídicas. La buena fe objetiva condiciona la aplicación de la doctrina de los actos propios a favor del Estado.

El contrato puede prever su resolución anticipada, por voluntad de una de las partes o de común acuerdo, previendo también los costos reembolsables y los beneficios que deben pagarse y el modo y tiempo en que este pago debe efectuarse. También puede prever ciertas mutaciones que no impliquen el cambio de

---

<sup>75</sup>Es útil confrontar el citado precedente OCA c/ SIDE a efectos de visualizar con claridad la dualidad de enfoques entorno a este punto.

su objeto sino su adecuación conforme a las variables de avance, en caso de que el contrato sea de tracto sucesivo y la ejecución continuada fuese prolongada, tal como ocurre con la obra pública, permitiendo su renegociación sin lesión al principio de igualdad en la selección del contratista.<sup>76</sup>

En el caso del Estado, tales potestades deben resultar de una ley formal que otorgue al funcionario la competencia para resolver anticipadamente o mutar razonablemente el objeto del acuerdo. Para el particular contratante tal posibilidad debe resultar del contrato suscripto en los términos antes indicados pues la posibilidad de renuncia/resolución/rescisión importará en cualquier otro caso su responsabilidad por incumplimiento del pacto. Desde la teoría formal del contrato tampoco median obstáculos para aceptar previsiones contractuales que establezcan un modo singular de impugnación de los actos jurídicos emanados del Estado, cualquiera sea la denominación que estos actos reciban (*v. gr.* órdenes de servicio); pactándose de tal modo que las partes se obligan a impugnar en determinada forma y tiempo. Puede la ley establecer un plazo especial de prescripción de las acciones que nacen de la relación contractual. En tales circunstancias, no media inconveniente en aceptar que la *excepción de incumplimiento contractual* podrá ser invocada por ambas partes en la medida que el incumplimiento sea *grave y trascendente, involucrando a la obligación principal con función de equivalente para las partes*.<sup>77</sup>

No hay, entonces, problema alguno en reconocer contractualmente tales competencias con fundamento en una ley que habilite su ejercicio. El punto crucial radica en sostener que tales poderes son pasibles de ejercerse por vía de actos administrativos legítimos y ejecutorios impugnables por un procedimien-

---

<sup>76</sup>Cfr. Pérez Hualde, Alejandro, *Renegociación de Contratos Públicos*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002. Beltrán, Gambier, "El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos", *Revista de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, N° 19/20, pp. 441-460.

<sup>77</sup>Mertheikian, Eduardo, *Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos*, AA. VV. *Contratos Administrativos*, cit., pp. 277/289, en particular p. 289.

to legal que apareja caducidad de derechos, tratándose así a los contratos como actos administrativos cuyo dictado puede implicar decisiones unilaterales de la Administración de contenido cuasi expropiatorio, tal como resulta de la aplicación del artículo 18 de la LPA a los contratos del Estado.<sup>78</sup>

La buena fe, como pauta básica de interpretación del contrato, emerge de la satisfacción cabal de los recaudos legales y reglamentarios que determinan el objeto del pacto y el procedimiento de selección del contratista como parámetros objetivos de resguardo del interés público comprendido como interés en la correcta administración de los bienes públicos. Esa apreciación objetiva de la buena fe impide la imputación de actos propios a la Administración que resulten del apartamiento de las pautas legales y reglamentarias que condicionan la actuación del funcionario que decide la contratación. Sin perjuicio de ello, los parámetros interpretativos que resultan de los baremos de confianza legítima (buena fe subjetiva) serán útiles en la evaluación judicial de la relación contractual.<sup>79</sup>

#### **d. ¿Por qué debería el Estado acudir a la forma contractual para vincularse con las empresas privadas?**

Las estipulaciones que las partes realizan convencionalmente respecto de derechos, obligaciones, potestades y sanciones, crean normas jurídicas.<sup>80</sup> La participación de los individuos en la formación de esas normas constituye la pauta que las diferencia de las normas creadas unilateralmente por el Estado, de allí que Kelsen sostuviera: "... *la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada...* Por

---

<sup>78</sup>Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 3, El acto administrativo, 4° edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.

<sup>79</sup>Cfr. Coviello, Pedro J. J., *La protección de la confianza del Administrado*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

<sup>80</sup>Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, 2° edición ampliada y revisada, 9° reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 150.

*la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, el [contrato] no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual".<sup>81</sup>*

La asociación conceptual entre *contrato* y *derecho privado* guarda estricta vinculación con la evaluación jurídica del contrato en el marco de las relaciones estaduales propias del *paradigma liberal* del derecho, conforme al cual el Estado restringía su actuación a actividades no prestacionales. En tal marco podía apreciarse al contrato como una institución exclusiva de la autonomía de la voluntad entendida como acuerdo entre partes privadas.

Contemporáneamente el contrato se revela con un modo imprescindible de vinculación entre el Estado y las empresas a fin de satisfacer los múltiples fines prestacionales propios de la agencia política. El Estado precisa de servidores que lo representen, de empresas que le suministren sus insumos, de sujetos que le brinden asesoramiento técnico específico, de financistas para sus obras de infraestructura, de constructores especializados, etc. Para desarrollar tales tareas el Estado requiere redefinir los modos tradicionales de gestión presupuestaria anualizada de obras públicas y apelar a mecanismos financieros y de garantía propios del intercambio comercial.<sup>82</sup> En los ámbitos antes descritos el reconocimiento de derechos por medio de la ley resulta insuficiente pues no se trata de la reglamentación del derecho de propiedad en términos de compatibilización de libertades, sino de operaciones económicas de *producción, distribución y acceso a*

---

<sup>81</sup>Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, se ha confrontado la 4° edición de EU-DEBA, Buenos Aires, 1999, p. 143.

<sup>82</sup>Tales como el fideicomiso, el *leasing*, etc. En muchos casos, estos mecanismos exigen redefinir el concepto de dominialidad pública y aun el concepto tradicional de dominio privado, admitiéndose la propiedad superficiaria como alternativa.

*los bienes* en sentido directamente conmutativo e indirectamente distributivo.<sup>83</sup>

No obsta a tal conclusión la limitada participación de la persona privada en la construcción de las reglas del pacto con el Estado, que resultan de leyes y reglamentos preestablecidos, pues lo relevante de la apelación al contrato radica en su inalterabilidad unilateral posterior.<sup>84</sup> Háyase aquí la respuesta relativa a la economía del contrato, la forma contractual sirve al Estado y a la empresa en tanto implica una garantía de previsibilidad de las conductas de las partes signatarias de la norma jurídica autónomamente creada; norma que funciona de modo inductivo del *comportamiento eficiente* de los actores del mercado, colaborando en la reducción de los costos de transacción.<sup>85</sup> Es por ello que se afirma: *“Al hacer cumplir las promesas, los tribunales permiten que los individuos asuman compromisos creíbles de cooperar entre sí, y... generan incentivos para la cooperación eficiente”*.<sup>86</sup>

### III. CONCLUSIÓN:

#### LA PARADOJA QUE ENCIERRA EL CONTRATO ESTATAL

Según los postulados del Estado constitucional de derecho, corresponde al legislador establecer el programa al cual debe ajustar la Administración su tarea propia de gestión de los *bienes públicos*, obrar que también quedará sometido a la *judicial review*<sup>87</sup>. Para realizar y concretar esa tarea de gestión de los *bienes*

<sup>83</sup>Lorenzetti, Ricardo L., *Las normas fundamentales del derecho privado*, op. cit., p. 469.

<sup>84</sup>Tal como ocurre, en general, con la contratación de adhesión.

<sup>85</sup>Lewis A. Kornhauser, Derecho de los contratos, en Spector, Horacio, compilador, *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2004, p. 114.

<sup>86</sup>Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 287.

<sup>87</sup>Así, la Constitución provee los límites formales al ejercicio del poder –organización, procedimiento y condiciones de validez de las decisiones estatales– y los límites materiales a las atribuciones del legislador en relación con la reglamentación de los derechos. El judiciary defiende los derechos individuales mediante el resguardo del

*públicos*, en algunas ocasiones, la Administración acude a empresas del sector no estatal. En ciertos casos esos vínculos Estado/empresas son trabados de modo unilateral, mediante la ley, el reglamento y el acto administrativo fundado en la ley; en otros, de modo convencional, recurriéndose al gobierno por contrato o al contrato formal. De entre estas últimas formas, visto que el gobierno por contrato solo es un modo de suavizar el ejercicio heterónimo del poder,<sup>88</sup> el contrato formal importa una apelación al modo de transacción de derechos de propiedad en el mercado.

Sin embargo, en ciertos sistemas jurídicos, cuando el Estado acude al contrato formal procura que la apelación a tal fuente autónoma de las obligaciones no le prive de su ropaje de príncipe legislador, razón por la cual se reserva diversas facultades expresas e implícitas. La paradoja radica en que, al actuar de tal manera, la Administración subvierte la dinámica contractual que es autónoma y descentralizada, pretendiendo insertarla en la lógica del poder heterónimo que ejerce como agencia política; poder que atiende, en última instancia, a una justa distribución de los bienes que, en principio, parece ajena a la conmutatividad propia de la forma contractual.<sup>89</sup>

El contrato se revela así como un traje incómodo para el Estado, demasiado estrecho para satisfacer objetivos de bien común cuya realización requiere de ropa más amplia que permita

---

cumplimiento estatal de los límites constitucionales formales por medio del control del debido proceso adjetivo (*judicial review*) y de los límites constitucionales materiales por medio del debido proceso substantivo, o debido proceso de la ley (*control de constitucionalidad*), resolviendo también los conflictos jurídicos entre individuos y corporaciones mediante la adjudicación singular de las reglas jurídicas emanadas de la organización estadual (*sujeción imperativa de los individuos al derecho heterónoma y autónomamente creado*). En tal esquema, corresponde a la Administración gestionar los bienes públicos de acuerdo al programa que le traza el legislador –fundamentalmente, pero no exclusivamente, mediante la asignación presupuestaria–. Esto obedece a la comprensión del Estado como agencia.

<sup>88</sup>Según explica Elinor Ostrom, se trata de una vía intermedia entre El Leviatán y la privatización, *El gobierno de los Bienes Comunes*, op. cit., pp. 46-69.

<sup>89</sup>Cfr. O'Donnell, Guillermo, *Democracia, agencia y estado*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2010.

mayor flexibilidad de movimientos. Lo que no puede observarse con facilidad es que esa estrechez del ropaje contractual refleja su propia e indisponible condición jurídica formal en aras a la satisfacción de sus propósitos, pues el contrato es el modo autónomo de asegurar la eficacia en la asignación de recursos en el marco del mercado. De modo tal que, interferido heterónomamente ese ámbito autonómico se verá privado de servir a sus fines, vaciándose de sentido.

Por lo tanto, si se pretende insertar la lógica de la gestión administrativa de los bienes públicos en la dinámica contractual deberá asumirse que el contrato formal involucra para el Estado un horizonte diverso de satisfacción del principio de legalidad, principio que no se satisfará mediante una gestión heterónoma de la conducta de los seres humanos sino mediante una regulación autónoma de ciertos derechos de propiedad. De otro modo, aunque se lo llame contrato, trasuntará una decisión unilateral del Estado, privada de lograr los resultados propios de la economía del contrato.

No obstante, siempre subsistirá la dificultad real relativa a que el Estado pueda percibir su desdoblada función respecto de los contratos que suscribe: de un lado, parte contratante sujeta a la ley previa, sin poderes de mutación y sometido a la autoridad de su rama judicial; de otro, garante de la estabilidad de las promesas empleadas en ese mismo pacto en su condición de príncipe legislador: ¿demasiada tentación?

Recibido: 25-06-2012  
Aprobado: 14-12-2012