

## LOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO REGLA DE DERECHO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE

*ÍNDICE: 1. Neoconstitucionalismo. 2. La globalización del derecho. 3. La construcción del Derecho Administrativo global y los contratos. 4. Reflexiones finales.*

### NEOCONSTITUCIONALISMO.

Aun cuando la doctrina en general no arriesga una definición precisa, el “*neoconstitucionalismo*” se nos presenta como un enfoque moderno de la Constitución que rige nuestros destinos. Algunos autores, con el fin de separar este nuevo punto de vista del constitucionalismo de sus reales orígenes, vinculados al iluminismo del siglo XVIII, y de las formulaciones positivistas del XIX, lo ubican como un fruto natural surgido después de la segunda guerra mundial. Más exactamente, lo precisan en el momento de la Declaración de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas en 1948; coincidente con la Constitución de Bonn de 1949, con su particular tratamiento de los derechos fundamentales del hombre.

Se trata de un abordaje a la Carta Magna comprometido con valores y principios vinculados a los derechos fundamentales del hombre<sup>1</sup> y a su dignidad que exceden su formulación escrita de tal modo que ha impulsado a un debate entre

---

1 Luis Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2005, p. 132.

quienes sostienen que estamos frente a una “*positivización*” del iusnaturalismo y quienes afirman que se trata de una “*iusnaturalización*” del positivismo. También hay una importante corriente, encabezada por Paolo Comanducci, que sostiene que en el “*neoconstitucionalismo*” se esconden una teoría, una ideología<sup>2</sup> y también una metodología<sup>3</sup>.

Nos mantendremos al margen de esos interesantes debates ya que lo dejaremos a cargo de los filósofos del derecho, pues creemos que a ellos les toca. No obstante, avanzamos conscientes de que bajo el manto del “*neoconstitucionalismo*” se cobijan tendencias que son contradictorias entre sí, y de que, también consiste en que los derechos de la Constitución son principios que encuadran en un marco universal consensuado de valores formalmente receptados en convenciones, declaraciones y tratados internacionales que obligan a los Estados y los hacen responsables por sus omisiones y apartamientos.

Pero recogemos su mensaje: estamos ante un encuadramiento del texto constitucional en un orden de valores y principios que legitiman su formulación positiva y que se halla por encima de la impronta constituyente particular; y que se trata de valores y principios, en tal carácter “*reconocidos*” por el texto constitucional, preexistentes y superiores, en donde encuentran

---

2 Alfonso Santiago, En las fronteras entre Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, cap. VI. El autor considera al neoconstitucionalismo “como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional -se podría decir también ideológica- acerca de la misión que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional”.

3 Ver su conferencia Constitucionalización y teoría del derecho en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Anales, tomo XLIV, año académico 2005, Córdoba, p. 175.

legitimidad esas afirmaciones escritas.

Es más, esos valores y principios sostienen con fuerza y vigor el acatamiento mismo al orden constitucional constituyéndose éste en una nueva moral laica exigible más allá del texto escrito coyuntural.

La llegada de este conjunto de valores y principios ha provocado, como consecuencias inmediatas, la valoración de los derechos humanos de rango social, la expansión de los principios de interpretación propia de su régimen y una perceptible desestatización de los derechos Constitucional y Administrativo.

También ha generado una recomposición del rol del Poder Judicial. Señala Santiago que *“la magistratura, que pasa a ocupar un lugar institucional clave, bien diverso del modelo legicentrista decimonónico imperante anteriormente en los sistemas jurídicos de base continental... De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces”*<sup>4</sup>.

Las normas internacionales de protección de determinados derechos fundamentales del hombre adquieren una nueva dimensión y pasan a constituir un orden supra nacional que permite la interpretación universal de valor que lleva al compromiso supra estatal de custodia, en definitiva, de una percepción general acerca de la dignidad del hombre<sup>5</sup>.

En este aspecto, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas de 1948 se constituye en un hito fundamental en el nacimiento de este nuevo orden jurídico internacional, proyectándose en

4 Santiago, ob. cit., cap. VI, p. 4.

5 Peter Häberle, El Estado constitucional, estudio introductorio de Diego VALADÉS, trad. de Héctor FIX-FIERRO, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 81.

un orden económico internacional acerca del cual ya nos hablaba un sanjuanino, eminente constitucionalista, hace casi cincuenta años: don Pablo Ramella<sup>6</sup>.

Es la línea trazada, también entre nosotros, por Germán Bidart Campos para quien el derecho internacional de los derechos humanos reviste prelación aún sobre el derecho de la integración y el derecho comunitario<sup>7</sup> ya que, como se ha destacado, la mencionada Declaración Universal de las Naciones Unidas, se ha constituido en un “*denominador axiológico común*” sobre las ideas de dignidad, libertad e igualdad humanas<sup>8</sup>.

De igual modo, decimos, el concepto de constitución rebasa su percepción positiva, excede la clasificación tradicional de García Pelayo, en cuanto a su enfoque sociológico, racional normativo e histórico material, y nos lleva de la mano de Häberle a una concepción cultural de la Constitución. Cultural en el sentido enfocado por la filosofía alemana, en especial por los existencialistas, considerándola producto de todos los elementos de la cultura de un pueblo, de su riqueza espiritual. Su arte, su literatura, sus costumbres, sus tradiciones, sus valores, religiosos y de los otros, su orden jurídico, todo su entramado cultural desemboca en el acto constituyente.

Observa acertadamente Cassese la presencia

6 Pablo Ramella, Derecho Constitucional, 2da edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 611.

7 Germán José Bidart Campos, Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 21.

8 María Luisa Marín Castán, Declaración Universal de Derechos Humanos y dimensión axiológica de la Constitución, en Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú, directores Raúl Morodo y Pedro De Vega, tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 1731.

de un orden binario en el cuál las particularidades conviven con un sistema de principios comunes donde, por un lado, la variedad extrema y creciente de regímenes nacionales y subnacionales, mientras por el otro, una malla que gradualmente se va extendiendo de principios y procedimientos universales<sup>9</sup>.

Los valores y principios supra estatales, reconocidos en los textos constitucionales, constituyen un marco de acatamiento que se impone sobre los textos fundamentales y compromete a los estados particulares con una especial visualización de la dignidad humana como piedra angular de la interpretación y aplicación constitucional.

En una nota que pone en evidencia la magnitud cualitativa de la obra de Juan Bautista Alberdi, la Constitución Argentina se adelantó a algunas de estas consideraciones que hoy atribuimos a la postmodernidad. El art. 28 CN no sólo establece, ya desde 1853, la presencia de “*principios, garantías y derechos*” que no pueden ser desvirtuados por las normas legales que se dicten en su consecuencia, sino que, además, se refiere a ellos como “*reconocidos*” aceptando así su preexistencia y superioridad, y abriendo la posibilidad de que pueda considerarse válidamente que existen derechos “*con*” normas y “*sin*” normas, como lo destaca Bidart Campos<sup>10</sup>. Podríamos decir que nuestra Carta Magna estaba ya preparada para estos tiempos de universalización de valores y principios que sobrevendría cien años después de su dictado.

De esta visión de la persona humana y de sus derechos como nuevos ejes del sistema

<sup>9</sup> Sabino Cassese, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma, 2006, p. 104.

<sup>10</sup> Bidart Campos, *Las transformaciones...*, ob. cit., p. 59.

jurídico se advierte el riesgo de avanzar hacia un desplazamiento de las normas constitucionales destinadas a la organización del poder y a garantizar el marco jurídico político de desenvolvimiento institucional<sup>11</sup>.

Pero en el caso argentino debemos tener presente que esta obra se ve completada por la Reforma constitucional de 1994 en la medida en que también introdujo la expresión escrita de principios y valores concretos como los de *“equidad y solidaridad”* (art. 75 inc. 2 y 8 CN), de *“igualdad de oportunidades”* (art. 75 inc. 2, 19 y 23 CN), el progreso económico *“con justicia social”* (art. 75 inc. 19 CN), el *“desarrollo equilibrado de provincias y regiones”* (art. 75 inc. 19). Agrega a ellos, el derecho a un *“ambiente sano”* (art. 41 CN) y, concretamente en el terreno de los servicios públicos y del consumo, el derecho a la *“libertad de elección”* y a un trato *“equitativo y digno”* (art. 42 CN).

Es en ese ámbito en el que se agregan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados expresamente por el art. 75 inc 22 CN y la obligación expresa impuesta al Congreso de la Nación de *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”* (art. 75 inc. 23 CN). Texto que abre la posibilidad de efectivizar y regular directamente derechos contenidos en los tratados de derechos humanos que no están expresamente contemplados en el texto constitucional.

La cultura que muestra un concepto nuevo y general de la dignidad humana se impone por sobre

---

11 Así lo señala Santiago, ob. cit.

la voluntad de los estados<sup>12</sup>, de sus constituciones particulares y de los contenidos precisos de su orden normativo derivado, adelantándose, en algunos casos, como nuestra Corte Suprema en “*Ekmekdjián c. Sofovich*”<sup>13</sup>, a la formulación positiva que luego sobrevendría con la Reforma constitucional en 1994.

La presencia de cláusulas que abren el texto constitucional a la vigencia de tratados internacionales, como nuestro art. 75 inc. 22 CN, pone en evidencia clara esta tendencia mundial, que algunos autores marcan como de fuerte limitación al constitucionalismo. De igual modo ocurre con la admisión constitucional expresa de la posibilidad de sometimiento a competencias y jurisdicciones de organizaciones supra estatales contenida en nuestro art. 75 inc. 24 CN<sup>14</sup>.

## LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO.

Estas previsiones constitucionales han traído como consecuencia la presencia efectiva de tribunales internacionales donde se ventilan conflictos que escapan a la jurisdicción de los estados particulares, por una parte, mientras que –por la otra–, los jueces de nuestro propio sistema judicial argentino aplican esos tratados por encima o, también, por el costado, de los textos legales y aun de los constitucionales. Es el llamado control de “*convencionalidad*”.

Esta realidad se impone en estos tiempos en que, además –como se ha señalado con acierto–, nuestro ordenamiento jurídico se encuentra

---

12 Luigi Ferrajoli, Pasado y futuro del Estado de derecho, en Miguel Carbonell, ob. cit., p. 21.

13 Fallos, 315:1492.

14 Cassese, ob. cit., p.183.

fuertemente devaluado<sup>15</sup>. Es por eso que numerosos reclamos en materia vinculada a contratos en la Argentina se encuentran planteados y en trámite ante el CIADI.

El CIADI funciona en el ámbito del Banco Mundial y ha sido acordada su intervención en numerosos tratados internacionales de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por Argentina entre 1990 y 2001 con cincuenta y siete naciones y también interviene en arbitrajes por controversias surgidas en el ámbito de otros tratados internacionales como el NAFTA.

Es en este contexto, donde la irrupción de los principios generales *“quiebra el carácter estatal de las fuentes del derecho”*<sup>16</sup>, se caracteriza por mostrarnos un nuevo Derecho Administrativo también, consecuentemente, *“desestatizado”* gracias a dos efectos: el primero es el desarrollo de un derecho administrativo internacional no ligado a un estado determinado, sino a administraciones globales, y el segundo consiste en la afirmación de reglas globales, producidas por tratados o por organizaciones internacionales, dirigidas a los estados y a los privados interesados<sup>17</sup>.

Nos encontramos con un mundo caracterizado por el choque de fuerzas incontroladas todavía y por el surgimiento de valores que pretenden someter a esas fuerzas bajo el imperio de principios y normas que nos permitan comenzar a superar, una vez más, como allá en 1215, en Inglaterra, la

---

15 Héctor Mairal, El efecto de la crisis económica en el Derecho, en Aniversario de la Revista de Administración Pública RAP, 23 de septiembre de 2004.

16 Häberle, El Estado..., ob. cit., p. 237. En igual sentido Juan Carlos Cassagne, Globalization and its impact on the rule of law, en Javier Robalino Orellana and Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Global Administrative Law. Toward a Lex Administrativa, Cameron May, London, 2010, p. 7.

17 Cassese, ob. cit., p. 73.



ley de la selva que hoy nos envuelve y colocar a este nuevo soberano bajo el imperio de la ley.

Los intereses y las lealtades de la globalización son distintos. Destaca Spota que *“la globalización en cierta forma, pero siempre con gran importancia y trascendencia, arremete y en los hechos desintegra la concentración de poder que significan tanto los estados naciones como las propias comunidades económicas o políticas”*; por ello *“lo característico será la negativa con mayor o menor éxito de las franjas de poder globalizadas a sujetarse al plexo legislativo de estados naciones o de comunidades económicas. Allí radicará y ya radica el centro o lugar de colisión”*<sup>18</sup>.

Y la civilización de ese conflicto es la misión de esos órganos administrativos, de esos conjuntos normativos, de esa jurisprudencia administrativa y judicial internacional que conforman los instrumentos del nuevo *“Derecho Administrativo Global”* en la medida en que encarnen los valores y las conductas que le den contenido jurídico.

Y son esos contenidos los que resultarán decisivos para la verdadera globalización del derecho; pues si responden a imposiciones forzadas por aquellos que están en condiciones de imponer su voluntad en razón de su poder efectivo, comercial, financiero, político, etc., no habrá propiamente un derecho sino un conjunto de reglas con mayor o menor grado de adhesión en función de la debilidad relativa de cada incorporado.

Como señala Fayt, *“esto centra la cuestión en decidir si la Comunidad de las Naciones debe ser gobernada por las cosas o gobernada por el hombre, si la economía mundial globalizada es una fuerza elemental incontrolable que domina la vida*

---

18 Alberto Antonio Spota, Globalización, integración y Derecho Constitucional, revista jurídica La Ley, tomo

*humana y puede, como un alud, precipitarse sobre ellos y sumirlos en crisis imparables. La producción de mercaderías no puede seguir siendo la deidad de nuestro tiempo. De ahí la imperiosa necesidad del señorío del hombre sobre las cosas y la defensa de la unidad, la solidaridad y la fraternidad como valores fundamentales del espíritu humano*<sup>19</sup>.

Pues “tanto economicismo y endiosamiento de la eficiencia como valor supremo nos colocan ante el abismo insondable de la desigualdad, pocas veces vista y tan injusta como en nuestros tiempos”<sup>20</sup>.

Es posible concluir en que todos los avances del constitucionalismo moderno en materia de derechos fundamentales como a la vida, a la libertad, en el terreno de las relaciones laborales, de la seguridad social, de la salud pública, del medio ambiente sano, de los servicios públicos, etc. han sido progresos que se han verificado en el marco jurídico del estado de derecho pero en un contexto de fuerte apoyo interdependiente con otros estados mediante el empleo de los organismos y tratados internacionales. Principios de profunda raigambre en los cimientos del derecho como lo son el “*pro homine*”, el “*pro actionem*” y el “*pro debilis*” han irrumpido con fuerza inusitada en nuestra interpretación constitucional y aun en su texto<sup>21</sup>. ¿Cuál, sino el principio “*pro debilis*”,

19 Carlos S. Fayt, Génesis de la sociedad posesiva de mercado. De la revolución comercial a la revolución industrial y la globalización, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 241.

20 Alberto Dalla Vía, El nuevo estado en el nuevo milenio, en Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo lucas Verdú, directores Raúl Morodo y Pedro de Vega, tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 245.

21 21 Germán Bidart Campos, Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio “*pro homine*”, en Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, coordinadores, El Derecho Constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 16.

sirve de soporte al nuevo art. 42 CN sobre el que se asienta formalmente la doctrina constitucional argentina sobre los servicios públicos?

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2) establece que: *“cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”*.

Esta obligación, además, debe ser interpretada de acuerdo con las pautas que rigen específicamente la materia de los derechos humanos en general, como los principios *“pro homine”*, expansivo o progresivo, de interacción, de promoción, de universalidad y de indivisibilidad. En especial, el principio expansivo, o *de progresividad*, es el que impone la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar un estándar mínimo de vigencia de los derechos humanos, por ello *“se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”* como lo prevé el art. 2-1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>22</sup>.

La Corte Internacional del Pacto de San José

---

22 22 Néstor P. Sagüés, La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, en José Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell, Derechos humanos y Constitución en Ibero

de Costa Rica ha sostenido que *“este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para el cual el Estado debe ‘adaptar’ su actuación a la normativa de protección de la convención”*<sup>23</sup>... y también que tiene el *“deber general del Estado de ‘adecuación’ a las disposiciones transnacionales”*, es decir, *“un país que ha celebrado un tratado debe modificar (amoldar) su preceptiva interna para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”*. Como dice la mencionada Corte Internacional, *“esta disposición es válida universalmente y ha sido definida por la jurisprudencia como un principio evidente”*<sup>24</sup>.

Finalmente, el mismo Tribunal ha señalado recientemente que *“la prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo*

---

23 Casos “Yatama vs. Nicaragua” (sentencia de 23 de junio de 2005, serie C n° 127, párr. 170); “Lori Berenson Mejía” (sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C n° 119, párr. 220); “Instituto de Reeducción del Menor” (sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C n° 112, párr. 205) y “Bulacio” (sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, párr. 142).

24 Casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C n° 154, nota 6, párr. 117); “Instituto de Reeducción del Menor” (cit., párr. 205), y “Bulacio” (cit., párr. 140).

*de discriminación, y de la forma más efectiva posible*<sup>25</sup>.

Nos sirve de norte en este análisis recordar que Germán José Bidart Campos nos hizo notar que *“la obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”*... *“también se vulnera el deber internacional si no se adoptan las medidas realmente conducentes para dar efectividad al tratado”*<sup>26</sup>.

De este esquema de fundamentación surge la mecánica propia de introducción de los derechos humanos que requieren de una actividad positiva del Estado y que vienen por ello acompañados de instrumentos de organización y de procedimiento para hacerlos efectivamente vigentes<sup>27</sup>.

La doctrina italiana<sup>28</sup>, aunque de un modo crítico, ha puesto de manifiesto la realidad que significa el desarrollo de un derecho administrativo internacional, no legado por el estado, con una administración global, y una afirmación de reglas

---

25 Corte Interamericana, caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 96.

26 Germán José Bidart Campos, La responsabilidad del Estado en los tratados con jerarquía constitucional, en Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, directores, Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 427.

27 Conrado Hesse, Significado de los derechos fundamentales, capítulo III en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manual de Derecho Constitucional, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 102.

28 Cassese, ob. cit., p. 73; el autor sostiene una posición crítica por cuanto afirma que el derecho administrativo es esencialmente estatal.

globales, producto de tratados y de organizaciones internacionales, pero dirigidas a los estados y a los particulares; pues el derecho global no se funda en la soberanía de los estados<sup>29</sup>.

Esa malla de principios y procedimientos que destacala doctrina italiana, se convierte en un listado de limitaciones al constitucionalismo tradicional, pues este: 1) debe admitir un orden superior a la constitución; 2) debe soportar la introducción de normas extrañas en el derecho interno; 3) acatar decisiones de tribunales extranjeros que juzgan en función de una normativa superior y ajena a la constitución; 4) que ese derecho internacional llegue más allá de los tratados de base de acuerdo de los estados parte<sup>30</sup>.

El Derecho Administrativo Global existe porque existe la actuación administrativa global<sup>31</sup>; parte de esa actuación es la de nivel contractual de los estados también sujetos de ese Derecho.

## LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y LOS CONTRATOS.

Los instrumentos de construcción de este espacio global tienen origen en tratados, declaraciones, acuerdos, normas administrativas de organismos internacionales, de bancos de crédito multilateral, de organizaciones de comercio, etc. Se enriquece con normas y pautas que surgen de las

---

29 José Luis Meilán Gil, *Global Administrative law and human rights*, en Javier Robalino Orellana and Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Global Administrative Law. Toward a Lex Administrativa*, Cameron May, London, 2010, p. 13.

30 Cassese, *ob. cit.*, p. 184.

31 Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Approach to the principles of Global Administrative Law*, en Javier Robalino Orellana and Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Global Administrative Law. Toward a Lex Administrativa*, Cameron May, London, 2010, p. 37.

relaciones, de las conductas, desarrolladas por los protagonistas que se desenvuelven en ese terreno. Entre esas relaciones ubicamos a los contratos, que es el motivo de este análisis.

Coincidimos con Moreno Molina<sup>32</sup> en que la contratación pública es uno de los ámbitos *“que mejor refleja en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este derecho administrativo global”*. Como destaca el autor, en estos días contamos con legislación, acuerdos, órganos de decisión y jurisprudencia, que han fijado principios y normas de procedimiento en relación con los contratos.

Pero debemos estar atentos a dos realidades en materia de contratación pública global. Una es la realidad de la Unión Europea, que se desenvuelve bajo un sistema consolidado de normas y de instituciones fortalecidas a tal punto de haber construido una verdadera constitución común, y otra –muy distinta– es la que nos presenta el resto de los países que están fuera de esquemas sólidos.

En el terreno amplio de las contrataciones que están desligadas de esos esquemas completos, en tanto y en cuanto no poseen los organismos y los institutos reguladores de las distintas situaciones contractuales en modo organizado, la realidad es que son tratados parciales, con contenidos breves, que brindan algunas pautas básicas y algunas instituciones de aplicación.

Y dentro de este segundo esquema, también hay que distinguir las realidades que atraviesan las contrataciones entre organismos privados y aquellas que comprometen en sus términos algún organismo público estatal. El primer supuesto ofrece menos dificultades que el segundo.

32 José Antonio Moreno Molina, Derecho global de la contratación pública, Foro de Jóvenes Administrativistas, AIDA, IDEA, editorial Ubijus, México, 2011, p. 1.

El régimen público impone a los contratos administrativos otro parámetro de ponderación de la eficiencia en ese terreno, pues, no la habrá en modo alguno si se sacrifica en forma directa o indirecta, el objetivo de la imposición del régimen público; en otras palabras, y como ya dijimos, no hay eficiencia si no se sostienen en forma permanente los valores –no económicos- que determinan, inspiran, guían y condicionan el accionar de la administración.

Los factores directos que determinan, inspiran y sirven de guía al accionar de la administración en el ámbito de la contratación son aquellos objetivos políticos que sirven de causa a la decisión legal, normalmente de base constitucional, de atribuir a determinada autoridad de la administración las competencias para concurrir al acuerdo de voluntades; y también los que ha previsto la normativa legal que determina la finalidad de aplicación de los fondos.

Los factores indirectos que la condicionan al momento de contratar y ejecutar su cometido, son aquellos que, sin estar estrechamente vinculados al accionar concreto de ese procedimiento de contratación, son inevitables para la administración en su accionar. La política de protección del ambiente, de protección del trabajo digno, de fomento de sectores

–como la contratación de personas liberadas de las prisiones por cumplimiento de condena con fines dirigidos a su reinserción social-, etc. son condicionantes que la administración no puede soslayar.

A la hora de medir la eficiencia, entonces, será imprescindible tener en cuenta ambos factores porque son ellos los que jamás pueden ser sacrificados, so pretexto alguno, en el



accionar de la administración. Jamás podría haber calidad o eficiencia contractual sobre la base del apartamiento a alguno de esos factores fundamentales.

De acuerdo a la norma internacional ISO 9000:2000, calidad es el *“grado en que un conjunto de características inherentes cumple con los requisitos”*. Esos requisitos, en el caso de la contratación pública, en primer lugar, son aquellos factores directos que guiaron al legislador cuando le atribuyó al organismo público la competencia para llevar adelante el acuerdo de voluntades y determinó el fin de la inversión de los fondos; en segundo lugar, debe tenerse en cuenta a los factores indirectos que condicionan su actuación.

De todos modos cabe aclarar que la introducción de los requisitos del régimen público en la determinación de la eficiencia de la contratación administrativa no significa establecer la irracionalidad económica en su funcionamiento o la implantación de criterios autoritarios o confiscatorios. Solo significa la determinación de los factores preponderantes en su análisis, el canal por donde debe transitar su ejecución contractual y los límites en el control de su cumplimiento.

Y es a este sistema normativo, que rige la existencia misma de la contraparte contractual de quien concurre a contratar en el marco del derecho administrativo local, y lo hace desde el marco internacional, al que luego se pretende desconocer a la hora de plantear los conflictos en el ámbito de las soluciones internacionales.

En cualquier ámbito que se analice la realidad contractual de un estado miembro frente a un sujeto particular, más o menos globalizado, no puede escapar a una adecuada ponderación, el reconocimiento de aquellos principios que guiaron

el accionar del organismo público que contrató. Sobre todo cuando en el marco del contrato se incorporaron, y se transfirieron en su ejercicio, privilegios públicos que son los que hicieron necesario el carácter público del contrato.

Estos elementos públicos también contribuyen a la construcción del derecho administrativo globalizado, pues ignorarlos sería un grave defecto de percepción de la realidad contractual que se analiza y se somete a aplicación. Y en esa misma medida se encuentra sometido a principios propios de ese ámbito global, donde los derechos humanos fundamentales tienen particular significado y presencia<sup>33</sup>.

El Estado que contrata, tanto cuando lo hace a nivel local como cuando fuera a nivel internacional, va acompañado de su sujeción a reglas propias de las que no puede apartarse y esa circunstancia no es ignorada por su contraparte. Esas reglas tienen efectos que no hay que magnificar; coincidimos con la doctrina española en la medida en que considera que *“el problema no ha de plantearse en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismos, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la administración sobre la abstracta institución contractual”*<sup>34</sup>.

Debemos tener en cuenta que la administración concurre al ámbito del contrato como medio apto para la realización de sus cometidos públicos sin estar obligada a ello; pues cuenta con otros instrumentos jurídicos que le permiten realizar esos fines. Pues, entonces,

---

33 Meilán Gil, ob. cit., p. 17 y 32.

34 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, notas de Agustín Gordillo, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, 1ª edición argentina, Thomson-Civitas, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 694.

habiendo recurrido a ese instituto jurídico, debe someterse a sus reglas propias, sobre todo a sus principios esenciales, que lo rigen desde los tiempos del Derecho Romano, como el *“lex inter partes”* y el *“pactae sunt servandae”*, sin los cuales no hay contrato; ni público, ni privado, ninguno.

Y si bien, en principio, no es posible someter en modo definitivo los destinos públicos a compromisos contractuales asumidos por una administración coyuntural, tampoco es posible admitir la salida indemne y sin reparación suficiente al contratista particular tercero de buena fe cuya protección es principio generalizado en el sistema jurídico; sistema general al que no escapa el Derecho Administrativo.

No debemos olvidar, como destaca Rodríguez-Arana Muñoz con acierto, que en el mundo global concurren –al menos– dos culturas frente al sistema político: la europea, donde el centro del sistema es el Estado y la norteamericana donde ese centro está en el individuo y la sociedad<sup>35</sup>.

La jurisprudencia de nuestra CSJN, siguiendo al art. 1198 CCiv, ha establecido que *“los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Dicha regla tiene singular importancia en los contratos administrativos, en los cuales se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”*<sup>36</sup>.

Enelcontratopúblico,nacionalointernacional,

---

35 Rodríguez-Arana Muñoz, ob. cit., p. 43. 36 CSJN, Fallos, 3316:382.

36 Rodríguez-Arana Muñoz, ob. cit., p. 43. 36 CSJN, Fallos, 3316:382.

lo que entendió y pudo entender la administración al contratar, su finalidad perseguida y el contenido exacto de su única intención posible, de acuerdo al principio de legalidad, es por principio general, formal y oficialmente conocido por su contraparte privada en la contratación, sea que fuera local o extranjera; es una presunción “*iure et de iure*”.

Tampoco es secreto su sometimiento a los principios que el Reglamento de Contrataciones del Estado describe en su art. 3º, bajo el título “*Principios generales*”, donde detalla los que regirán la gestión de las contrataciones: a) razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; b) promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; c) transparencia en los procedimientos; d) Publicidad y difusión de las actuaciones; e) responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; f) igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

Estos principios han sido sostenidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y refrescados hace no mucho tiempo en el fallo “*Lix Klett*”<sup>37</sup>, donde se referencia a una trayectoria muy importante de ese Tribunal en su respaldo. Así se mencionan expresamente, y se remite a ellos, los casos “*Hotel Internacional Iguazú*”<sup>38</sup>

---

37 Expte. n° L.249.XLV, fallo del 31 de julio de 2012. Un excelente análisis de este fallo puede consultarse en Luciano D. Caparoz, Los principios que rigen a los contratos administrativos de acuerdo a la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en Micro Juris del 1 de febrero de 2013, cita: MJ-DOC-6132-AR.

38 CSJN, Fallos 308:618.

(1986), “Radeljak”<sup>39</sup> (1988), “Vicente Robles”<sup>40</sup> (1993), “Más Consultores”<sup>41</sup> (2000), “Servicios Empresarios Wallabies”<sup>42</sup> (2000), “Ingeniería Omega”<sup>43</sup> (2000), “Carl Chung Ching Kao”<sup>44</sup> (2001), “Magnarelli”<sup>45</sup> (2003), “Laser Disc”<sup>46</sup> (2003), “Indicom”<sup>47</sup> (2004) y “Roberto Punte”<sup>48</sup> (2006).

El fallo “Lix Klett” mencionado recuerda otros dos principios, el de programación, en la medida en que fulmina con su inexistencia aquellos contratos que no están debidamente programados con su correspondiente partida presupuestaria con respaldo legal. Se ajusta al art. 6 del RCE que impone: “Cada jurisdicción o entidad formulará su programa de contrataciones ajustado a la naturaleza sus actividades y a los créditos asignados en Ley de Presupuesto de la Administración Nacional”; y el de legalidad, en tanto y en cuanto exige imperiosamente el cumplimiento de las formas legales que el RCE impone. Dice: “la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”.

En cuanto a esos factores indirectos, fundados en otros valores importantes pero involucrados en forma general, como la protección del ambiente sano comprometido en todos los

---

39 CSJN, Fallos 311:2831.

40 CSJN, Fallos 316:382.

41 CSJN, Fallos 323:1515.

42 CSJN, Fallos 323:1841.

43 CSJN, Fallos 323:3924.

44 CSJN, Fallos 324:3019.

45 CSJN, Fallos 326:1280.

46 CSJN, Fallos 326:3206.

47 CSJN, Fallos 327:84.

48 CSJN, Fallos 329:809.

actos de la administración, le impedirán también asumir riesgos objetivos que suelen ser habituales en la contratación privada. Un empresario que conduce sus propios bienes, y sus propios riesgos, puede asumir, de hecho lo hace frecuentemente, la posibilidad de tener que enfrentar responsabilidades administrativas, civiles y hasta penales. Algo inadmisibles en un funcionario que no es dueño de los bienes ni responsable de las consecuencias de los riesgos que asume en cumplimiento de sus funciones.

### REFLEXIONES FINALES.

Sin duda alguna la actividad contractual pública de la Administración contribuye a la construcción de un Derecho Administrativo Global; y esta interacción en el ámbito internacional es un resorte de construcción de un orden internacional que cada vez es más requerido por el conjunto de naciones.

Y estas conductas relevantes desde el punto de vista jurídico, tienen un ámbito de normas y de principios –y valores- que las encausan y orientan, y que no pueden ser ignoradas por los estados en nuestra civilización actual.

La construcción de esta realidad jurídica se nos impone como un desafío especial para quienes buscamos expresarnos a través de la docencia universitaria y del asesoramiento jurídico especializado en el Derecho Público.

Chacras de Coria, 9 de enero de 2014.