

Sumarios

1. Algunas disquisiciones liminares sobre el debate desatado en torno de la figura del contrato administrativo. - 2. La configuración de una teoría sobre el contrato administrativo. El carácter prescriptivo de la teoría. - 3. El contrato administrativo como una categoría jurídica distinta a la del contrato privado. Estado actual del debate en la Argentina. - 4. Sobre la extensión del sistema y los principios del derecho público a los contratos que celebra el gobierno en los Estados Unidos e Inglaterra. La evolución en el derecho comunitario europeo. 4.1. *La cuestión en los derechos norteamericano e inglés*. 4.2. *La figura del contrato administrativo en el derecho comunitario europeo*. - 5. El desplazamiento del eje de la controversia como consecuencia de unir artificialmente las doctrinas adversas. - 6. Algo más sobre los principales puntos controvertidos en el debate planteado alrededor de la categoría del contrato administrativo. 6.1. *La interpretación de los poderes implícitos en el derecho contractual norteamericano: el caso "Christian"*. 6.2. *La terminación del contrato por razones de oportunidad y la modificación unilateral de los contratos administrativos en el derecho norteamericano*. 6.2.1. La extinción del contrato administrativo por razones de interés público. 6.2.2. La modificación del contrato administrativo. 6.2.3. La extinción del contrato administrativo por incumplimiento a la luz de lo resuelto por la Corte en el caso "Tecsa". 6.2.4. La aplicación de la LNPA a los contratos administrativos. 6.2.5. Los vaticinios y la seguridad jurídica. La falta de construcción de la figura del contrato administrativo. - 7. A modo de conclusión.

De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el Derecho Argentino

"La verdad resulta cuando al trasluz de ese mundo ficticio miramos la realidad".

Ortega y Gasset, *El espectador*, N° VII

1

Algunas disquisiciones liminares sobre el debate desatado en torno de la figura del contrato administrativo

Cuando parecía haberse agotado el debate que tuvo por principal protagonista a la figura del contrato administrativo, luego de la crítica que han recibido los ensayos adversos a la tesis tradicional(1), ha resurgido el interés del Profesor Mairal(2) en reiterar su peculiar visión sobre el derecho administrativo argentino y su proyección a la teoría del contrato administrativo.

Desde ya, adelantamos que si bien algunas de las afirmaciones que se formulan en este último trabajo en punto a la existencia de prerrogativas implícitas de la Administración, resultan coincidentes con la tesis que desde hace muchos años venimos sosteniendo, el punto de partida y determinadas consecuencias que se deducen de dicha postura resultan extrañas al derecho administrativo vernáculo, fundado en principios y reglas con las que se puede o no coincidir, aunque, en cualquier caso, no cabe negarles tipicidad ni autonomía, tanto didáctica como científica.

El debate planteado, como es obvio, en tanto no se circunscriba a meras discusiones verbales ni confunda el contenido con la forma, puede traducir utilidad en la medida que sea susceptible de contribuir al desarrollo dogmático del derecho administrativo en sus diferentes planos (legal, doctrinario y jurisprudencial).

Aun cuando vamos a referirnos aquí tangencialmente al derecho norteamericano de los contratos públicos, la referencia estará orientada a demostrar lo que creemos constituyen omisiones e interpretaciones equivocadas del sistema existente en dicho derecho. Sin embargo, cabe advertir que la mayor parte de las disquisiciones que con gran erudición efectúan últimamente algunos de nuestros doctrinarios, no obstante

la utilidad científica que éstas reportan para el mejor conocimiento del derecho comparado, no arroja suficiente luz para resolver los temas centrales de este debate, que bien podría plantearse y subsistir sin necesidad de acudir a fuentes anglosajonas, ausentes en la formación histórica de nuestro derecho administrativo de fondo.

Porque la circunstancia de que nuestro derecho administrativo, en sus principales construcciones legales, dogmáticas y jurisprudenciales, no se haya mantenido fiel a las del derecho norteamericano no implica contradicción alguna, no sólo por razones que hacen a la diversidad de sus fuentes sino también porque no existe en nuestra Constitución norma ni principio alguno que se oponga a la construcción de un sistema propio y original, basado en la yuxtaposición de fuentes vernáculas, hispano-americanas y europeas, en el marco del molde constitucional que consagra el sistema presidencialista, la forma federal de gobierno⁽³⁾ y las reglas de distribución de competencias entre la Nación y las Provincias, que los constituyentes abrevaron en la fuente constitucional norteamericana (lo cual, obviamente, nadie ha puesto en duda) siguiendo la propuesta que Alberdi formuló en las *Bases*.

Fuera de ello, la tesis según la cual la Constitución argentina es una reproducción de la norteamericana constituye un error histórico doctrinario, y si bien fue en su momento sostenida por Sarmiento y otros, lo cierto es que no resulta exacta, como surge de la interpretación del propio Alberdi, quien al refutar tal postura en un trabajo dedicado especialmente al tema titulado *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, comienza diciendo nada menos que **“para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos”**⁽⁴⁾.

Y si, tal como se ha demostrado a través de los numerosos estudios hechos en el siglo que acaba de finalizar, el proyecto de Alberdi ha sido el modelo en el que se calcó nuestra Constitución⁽⁵⁾, nada mejor que acudir directamente a su fuente doctrinaria más genuina para interpretarla y así aclarar los errores que se vienen repitiendo en algunos sectores del derecho público argentino.

Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, Alberdi nos advierte en dichos *Estudios...* que **“todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial”**⁽⁶⁾.

En efecto, el examen atento de las fuentes y preceptos de la Constitución revela que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del derecho público en los que el apartamiento del modelo norteamericano resulta ostensible, a saber:

(i) el diseño del Poder Ejecutivo como Jefe de la Administración y encargado de la administración general del país (ex art. 86 inc. 1°), lo cual veda la creación de entes o agencias de la Administración dependientes del Congreso⁽⁷⁾ norma que, en su esencia, ha mantenido la Constitución de 1994⁽⁸⁾, si bien la respectiva atribución es concurrente (pero de superior jerarquía) con la que posee el Jefe de Gabinete;

(ii) la atribución al Ejecutivo de la facultad de dictar reglamentos de ejecución y la interpretación constitucional consecuente que admitió que, bajo determinados límites, el Presidente podía dictar reglamentos con fuerza de ley, lo cual se encuentra en la misma línea del art. 67, inc. 7° del Proyecto de Alberdi, que concedía al Congreso la atribución de “dar facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley en los casos exigidos por la Constitución”. Esta tendencia interpretativa de la Constitución histórica ha sido finalmente recogida en la Constitución de 1994, al reconocer las figuras de los reglamentos delegados para materias de Administración o situaciones de emergencia pública (art. 76, CN) y de los reglamentos de necesidad y urgencia, contemplados expresamente, a partir de la reforma constitucional, en el art. 99, inc. 3° de la CN;

(iii) mientras la Constitución norteamericana mantuvo el *common law* y la atribución de los Estados para legislar respecto de materias que para el pensamiento continental europeo y vernáculo integran el derecho privado, la Constitución argentina operó una verdadera revolución legislativa al unificar en el Congreso la potestad de dictar la nueva legislación de fondo en materia civil, comercial y penal, entre otras (ex art. 67, inc. 11 y actual art. 75, inc. 12, CN) lo cual ha permitido aplicar analógicamente al derecho público las normas del Código Civil y Comercial en forma uniforme en todo el país (incluso al derecho público local);

(iv) el federalismo argentino es menos descentralizado que el norteamericano en el Proyecto de Alberdi y en la Constitución de 1853, y si bien esta orientación fue en parte atenuada en la reforma constitucional de 1860, los poderes del gobierno federal en la letra y en la realidad siguen siendo mayores que los de su equivalente en Estados Unidos (v.gr. en materia legislativa).

El cuadro expuesto, con mayor o menor influencia sobre la conclusión que venimos sustentando, revela, sin embargo, hasta qué punto son diferentes ambas Constituciones y da razón a quienes han destacado la importancia de los antecedentes patrios(9), de distintas Constituciones provenientes del derecho comparado, especialmente la de Chile de 1833, y de diversas Constituciones europeas (como la española de 1812)(10) y de los Estados norteamericanos.

Finalmente, otro aspecto de la polémica que vuelve a plantearse es el relativo a la inseguridad jurídica que se atribuye a la teoría del contrato administrativo, como si esta institución fuera la culpable de los males que nos aquejan, e incluso de desalentar la inversión nacional y extranjera hacia obras de infraestructura(11).

En este sentido, la postura que venimos criticando parece ignorar la influencia que en la inseguridad jurídica tienen otros factores de mayor envergadura, como el flagelo de la corrupción administrativa, la inestabilidad fiscal y la crisis severa que afecta a nuestra dirigencia política que se extiende hasta al poder judicial, no obstante los esfuerzos que hacen muchos jueces para preservarlo indemne.

Ante semejante panorama cabe preguntarse si no es acaso una exageración atribuir todos los defectos que exhibe la contratación pública en la Argentina a la teoría del contrato administrativo o al sistema de derecho público, máxime cuando, en sistemas semejantes al nuestro (como el español, por ejemplo) la seguridad jurídica no se cuestiona sobre esa base y a nadie se le ha ocurrido sostener que haya provocado el desaliento de la inversión privada.

La propia realidad contradice semejante interpretación pues atribuir a la teoría del contrato administrativo la decadencia de la inversión privada constituye un verdadero contrasentido habida cuenta del hecho notorio de que nuestro país ha sido receptor de cuantiosas inversiones, especialmente extranjeras, en el marco de los contratos administrativos celebrados a partir de la puesta en marcha del proceso de transformación del Estado y las consecuentes privatizaciones de las empresas públicas.

2

La configuración de una teoría

sobre el contrato administrativo.

El carácter prescriptivo de la teoría

No se puede desconocer que, en el plano científico, existen grandes dificultades para precisar el sentido de lo que constituye una teoría y mientras en algunos casos no se la distingue de la ley, en otros se entiende que el propósito de una teoría es explicar las leyes(12), con particular referencia a las leyes de la naturaleza.

Una teoría científica puede también basarse en lo que se conoce como “términos teóricos” en oposición a los denominados “términos observacionales” y ser considerada como “un sistema deductivo en el cual ciertas consecuencias observables se siguen de la conjunción de hechos observados con la serie de las hipótesis fundamentales del sistema”(13).

A la vista de los distintos géneros de teorías, algunas formuladas en función al tipo de explicación que se pretende proporcionar (el porqué), preferimos utilizar la noción más flexible que se ha dado acerca de lo que se entiende por teoría, es decir, como un cuerpo coherente de conocimientos sobre un campo determinado de objetos.

Con esas salvedades, el principal sentido que tiene la teoría del contrato administrativo consiste en (i) explicar la realidad que traduce el régimen que impera en determinados contratos que celebra la Administración; (ii) analizar la razón de ser (el porqué) de la presencia de un régimen típico, diferente al que rige en la contratación privada (caracterizado por reglas peculiares que imponen limitaciones a la autonomía de la voluntad y por la configuración de garantías y prerrogativas de poder público) y (iii) proponer construcciones dogmáticas en el marco de una tarea articulada entre doctrina y jurisprudencia.

Empero, cabe advertir que el régimen administrativo (denominado exorbitante) se construye no sólo a partir de las normas (leyes y reglamentos) sino también mediante la labor jurisprudencial, generalmente influenciada por la doctrina. La construcción dogmática se opera a través de la interpretación contractual y la creación de principios o instituciones para suplir las lagunas del ordenamiento o resolver nuevos problemas, lo cual, en algunos supuestos, puede traducirse en formulaciones jurídicas novedosas.

Si una de las principales características que exhibe la figura del contrato administrativo (o, al menos, del contrato público), es la presencia de la prerrogativa de poder público (producto necesario del interés público relevante y de la consecuente desigualdad de las partes)(14) va de suyo que carece de utilidad

determinar si el carácter preceptivo del régimen se ha operado mediante una deducción del sistema llevada a cabo por la jurisprudencia (inducida o no por la doctrina) o, simplemente, en virtud de una decisión legislativa, ya que el contenido material del régimen administrativo (que es lo que mayormente importa) resulta ser igual en ambos supuestos, cualquiera sea la fuente en que se origina la prerrogativa.

A igual conclusión cabe arribar cuando la prerrogativa pública emerge del propio clausulado del contrato (en la medida admitida por el ordenamiento) y siempre que no se altere el orden público administrativo, aun cuando, en tales supuestos, no se podrá generalizar su aplicación, extendiéndolo a otros contratos del mismo género o especie, por cuanto las cláusulas de un determinado contrato no integran el régimen administrativo sino el particular de cada acuerdo de voluntades.

En suma, el carácter prescriptivo de la teoría del contrato administrativo depende mucho menos de la doctrina que lo sustenta que de la construcción del régimen administrativo por las leyes y reglamentos así como por la jurisprudencia, hecho que no ha merecido mayores consideraciones en los trabajos escritos a propósito de esta polémica(15).

3

El contrato administrativo

como una categoría jurídica distinta

a la del contrato privado. Estado

actual del debate en la Argentina

Las categorías jurídicas -al igual que las económicas-, si bien son el resultado de un proceso lógico de análisis y generalización, encuentran su razón de ser en la realidad que se desarrolla en un determinado tiempo histórico. Por este motivo, la subsistencia de las categorías se encuentra siempre subordinada a la duración temporal de una realidad determinada, lo cual explica las continuas adaptaciones que aquellas van sufriendo como consecuencia de los cambios que se van operando en el mundo jurídico, influido, a su vez, por los valores que se afirman o decaen en dicho devenir.

En ese plano, la categorización dogmática del contrato administrativo se apoya en el conocimiento de los aspectos esenciales de ese mundo jurídico conformado por las relaciones que se enhebran entre los particulares y el Estado. Este análisis conduce a determinar cuáles son los elementos esenciales que configuran la categoría del contrato en el marco de la actual realidad legislativa y jurisprudencial.

Sobre la base de esta última realidad, pensamos que en el derecho argentino(16) los elementos esenciales que hoy configuran la categoría del contrato administrativo son, básicamente, tres:

(1) la presencia del Estado o de alguna de sus entidades actuando en el ámbito contractual con arreglo al principio de la competencia;

(2) la realización de un interés público relevante (lo cual revela el ejercicio de la función administrativa en sentido material) cuando esta realización hace al giro o tráfico propio y específico de la Administración, bien sea por la naturaleza de la actividad o por el carácter público de los bienes(17);

(3) como consecuencia o efecto de los elementos precedentemente señalados (presencia estatal e interés público relevante) nacen y se configuran las prerrogativas de poder público y las correlativas garantías debidas por la Administración a los particulares, que vienen a compensar la desigualdad contractual conformando el régimen administrativo del contrato.

Sin embargo, el debate actual parece haberse concentrado en torno del último de los aspectos indicados para tipificar la categoría del contrato administrativo, con olvido de que la condición suficiente, en todos los regímenes del contrato público (si se prefiere utilizar esta denominación algo más universal que la clásica del contrato administrativo) es la configuración de la función administrativa, materialmente considerada, como fundamento y explicación del régimen de prerrogativas públicas y de las consecuentes garantías.

Ello es producto de varias circunstancias que oscurecen la controversia y la transforman en una especie de Torre de Babel, mediante un pseudo debate en el que cada cual sólo se ocupa de su versión, sin profundizar sobre las afinidades existentes ni la evolución de las ideas(18).

Pero si algo explica la razón de ser de la figura del contrato administrativo (o si se prefiere del contrato público) es, precisamente, la configuración de los tres elementos que se han apuntado, los cuales

producen consecuencias en el régimen del contrato que nada tienen que ver con las reglas que rigen las relaciones jurídicas privadas fundadas en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad.

En tal sentido, la teoría se justifica, aún limitada al plano del régimen jurídico, cualquiera fuera la interpretación que se le asigne a la cláusula exorbitante, ya sea que se niegue su configuración implícita, o bien que se la afirme para todos los contratos, o sólo para algunos, como se ha propiciado en el campo de la doctrina.

En cualquier caso, como las distintas doctrinas que se vienen sosteniendo precisan afirmarse positivamente a través de la recepción jurisprudencial, el problema que se plantea se proyecta con relación a las fuentes del derecho administrativo, o sobre la conveniencia que la ley acote la creación jurisprudencial.

Sobre la base de esas ideas el esquema de las posturas existentes acerca de la categoría del contrato administrativo en la doctrina argentina puede sintetizarse así:

(i) la doctrina clásica que, partiendo de un criterio material o finalista y de un régimen administrativo típico del contrato administrativo, distinto al del contrato civil, admite el reconocimiento de cláusulas exorbitantes implícitas en el contrato administrativo⁽¹⁹⁾ o del régimen exorbitante típico de la función administrativa⁽²⁰⁾, afirmando la configuración de potestades implícitas de la Administración, especialmente para modificar los contratos y revocarlos, así como para proceder al rescate de una concesión de servicio público⁽²¹⁾ e incluso para imponer sanciones por incumplimiento pese a no hallarse especialmente contempladas en el contrato;

(ii) una corriente que, como evolución de la doctrina clásica, apunta a darle mayor efectividad al *pacta sunt servanda* para garantizar la ejecución de los contratos y las cuantiosas inversiones que se llevan a cabo en la contratación pública. En esta línea se ubica la doctrina que brega por la atenuación de las prerrogativas de poder público en el ámbito contractual y el rechazo de las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas⁽²²⁾, habida cuenta que ellas -en nuestro país al menos- se prestan a toda clase de arbitrariedades y no resultan muchas veces compatibles con las finalidades públicas, que no estriban tanto en el peso de los poderes estatales para decidir unilateralmente la modificación o terminación de los contratos (lo que no implica que pueda llegar a operarse mediante texto expreso y con las debidas garantías) sino en cumplir los contratos con arreglo a los principios de gestión privada autónoma, adjudicación a precios competitivos y equilibrio de intereses durante la marcha del contrato, en un sistema en el que deben imperar la transparencia y las medidas que previenen y sancionan la corrupción;

(iii) por último, existe también una postura intermedia que, si bien se encuentra, en general, más inclinada a la tesis más flexible y menos autoritaria sobre el contrato administrativo, pretende revivir los antiguos esquemas y principios que regían en la concesión de servicios públicos (hoy día influidos más que nunca por las reglas que impone la economía globalizada) sosteniendo que en este tipo de contratos existe un régimen “más severo para el contratista en función de la necesidad de tutelar el interés de los usuarios del servicio que aquí él presta en condiciones monopólicas o de exclusividad”⁽²³⁾.

A nuestro juicio, el interés que debe prevalecer es el interés de la comunidad que puede o no ser coincidente con el del concesionario o el de los usuarios del servicio (ej. equilibrio entre tarifas e inversiones necesarias para asegurar en el futuro la seguridad y calidad del suministro) y que incluso puede ser tanto futuro como potencial. En definitiva, quien debe resolver los conflictos que enfrentan esos intereses es el Estado, mediante órganos independientes alejados de toda influencia política partidista, sin crear sanciones no contempladas expresamente en el marco contractual.

La tesis de Gordillo (que no se debería haber ignorado en esta polémica) parte del rechazo de la arcaica concepción del contrato de la Administración regido por el derecho civil y coloca a una especie de contratos (concesión y licencia de servicios públicos) bajo el régimen de las facultades implícitas de la doctrina clásica, que era, precisamente, la vigente en las concesiones de servicios públicos del siglo pasado.

Las dificultades que plantea esta *divissio* de las diferentes clases y subclases de contratos de la Administración, expuesta con propósitos didácticos, se parecen a algo así como al árbol de Porfirio, ya que se ramifica excesivamente la aplicación de los principios esenciales y comunes de derecho público en el plano contractual, proyectándose de distinta manera en los llamados contratos de colaboración. Así -por caso- en determinados contratos de colaboración, como en los de obra pública, no procederían las sanciones implícitas y regiría la *exceptio non adimpleti contractus* mientras que en las concesiones y licencias de servicios públicos ocurriría lo contrario, creándose una diferencia de tratamiento jurídico sin que exista ley o mandato constitucional expreso que de pie a semejante interpretación. En suma, cuando la ley no distingue, no cabe formular discriminaciones que afectan los derechos de los contratistas privados, máxime cuando no existe un motivo razonable que justifique tales diferencias de tratamiento jurídico puesto que las críticas a las facultades exorbitantes implícitas y a las sanciones implícitas,

formuladas con relación al contrato de obra pública, resultan extensibles a las concesiones y licencias de servicios públicos.

4

Sobre la extensión del sistema y los principios del derecho público a los contratos que celebra el gobierno en los Estados

Unidos e Inglaterra. La evolución

en el derecho comunitario europeo

4.1. La cuestión en los derechos norteamericano e inglés

Sin el propósito de abordar en detalle la amplia gama de aspectos que se han venido debatiendo, quizás con una extensión excesiva y fuera del foco de las cuestiones centrales que se agitan en esta controversia, trataremos de exponer el verdadero estado de la evolución en cuanto a la existencia o inexistencia de un régimen propio del derecho administrativo, aplicable a ciertos contratos que celebra el Estado, distinto del régimen que rige los contratos privados.

Es este último sentido el que caracteriza la evolución actual del derecho anglosajón, cuya doctrina confiesa su franca admiración por la construcción francesa del contrato administrativo y, lejos de ridiculizarla, ha dicho que “la invención del contrato administrativo, destinado a cumplir tales objetivos (referidos a la aplicación de la equidad a las contrataciones de servicios y obras públicas) fue un **aporte notable** de los tribunales y juristas franceses a la ciencia jurídica”(24).

Por su parte, la doctrina norteamericana ha culminado la evolución antes señalada terminando por reconocer las grandes diferencias que existen entre la contratación pública y la privada(25). De lo contrario, de aplicarse directamente los principios del *common law*, la terminación unilateral de los contratos en forma anticipada, cuando el interés público lo requiere (extinción del contrato por razones de oportunidad) carecería de fundamentación jurídica ya que nunca podría admitirse esta técnica en el campo de la contratación privada.

Es que -como ha observado la propia doctrina anglosajona- el interés público es la parte más destacable de la contratación pública, el cual se preserva a través de las prerrogativas de poder público(26). Si el interés público constituye la causa del régimen administrativo del contrato y no a la inversa, el régimen público del contrato, que es consecuencia de la presencia de ese interés público relevante, pese a ser una de sus características principales, no constituye la nota central de la figura del contrato administrativo, ya que de lo contrario se estaría prescindiendo de la sustancia que legitima y justifica el régimen de derecho público que lo caracteriza.

Por este motivo, y en la misma línea de la crítica que en su oportunidad hicimos a la postura sostenida por Mairal(27), pensamos que asiste razón a Bianchi en cuanto señala que en los Estados Unidos Cibiric y Nash(28) recurren al mismo fundamento(29), que el primero de los autores citados descalifica.

A su vez, para Turpin, si bien el derecho administrativo inglés parte de principios distintos no se advierten diferencias de significación entre el régimen de los contratos con prerrogativas gubernamentales, que él denomina públicos, con el que rige en los contratos administrativos del derecho francés(30). Esta es precisamente la evolución que marca toda la cuestión y que parece haber pasado inadvertida por la doctrina que criticamos.

La principal diferencia para Turpin radica en el campo de la interpretación del contrato administrativo del derecho francés, la cual se encontraría “teñida por los fines especiales para los cuales existen dichos contratos y por una concientización judicial especial de las necesidades de interés público, así como también por el interés judicial de garantizar los derechos de los particulares contra quienes podría ejercerse la fuerza pública”(31).

Y no obstante que no puede negarse que, en definitiva, el derecho comparado se proyecta siempre a través de un proceso de influencias recíprocas, tampoco cabe desconocer la *ius publicacion* que se viene operando en el derecho contractual inglés, tras los procesos de privatización, en el que no resulta extraño que se acuda al modelo del *contrat administratif* del derecho francés(32).

Esta evolución, inversa a la que ha descripto la doctrina que criticamos, es la que se está produciendo en el seno del derecho inglés, en otras instituciones fundamentales como el sistema de los recursos contra los actos del gobierno, la responsabilidad por los actos legislativos y la introducción de algunos principios propios del derecho comunitario, como el de la confianza legítima, todo lo cual indica que se afirma la

tendencia a distinguir -aun cuando siempre seguirán existiendo zonas grises- el sistema de derecho público -regido por leyes especiales- del sistema de derecho privado o común de la Administración(33).

Así ha podido afirmar Bell(34) que después de muchos años de desconfiar de la idea de tratar el derecho público de una manera diferente del derecho privado, fundamentalmente en el plano de los recursos, el derecho inglés parece acercarse a las ideas establecidas en el derecho francés. El citado autor afirma que a partir del caso “O’Reilly v. Mackman” (25/10/1982), el derecho inglés ha dejado atrás la antigua doctrina de Dicey para aproximarse al sistema francés de derecho administrativo ya que, al incorporar en forma más limitada, las nociones de “autoridad administrativa” y de carácter “exorbitante” de los poderes de la administración, “se descubre una problemática común a los dos sistemas”(35).

De otra parte, la limitada difusión geográfica que se atribuye a la teoría del contrato administrativo se contrapone con la recepción de principios y técnicas propias del derecho público de esta categoría contractual que se viene llevando a cabo en el derecho comunitario europeo a través de un proceso evolutivo(36).

4.2. La figura del contrato administrativo en el derecho comunitario europeo

En cuanto a la escasa difusión geográfica que Mairal asigna a la concepción francesa del contrato administrativo (actualmente tiene más trascendencia para nosotros la versión española que ha alcanzado un notable desarrollo doctrinario y legal) ello no pasa a ser otra de las erróneas visiones de su enfoque que contradice la subsistencia de la categoría que, incluso, ha sobrepasado el estricto ámbito al que confina a la figura del contrato administrativo en sus reiterados ensayos críticos.

El mérito de una determinada concepción dogmática y del sistema que la contiene, así como la virtud o utilidad de cualquier principio jurídico, no pueden juzgarse a la luz del tamaño del territorio en el cual se aplican (y aun sin desconocer que la fuerza del proceso de globalización introduce cambios en las instituciones de los Estados). No obstante ello, lo cierto es que lo que viene aconteciendo en el ámbito del derecho administrativo europeo y hasta del derecho inglés (como antes se señaló) es precisamente un proceso de signo opuesto, donde las influencias recíprocas introducen elementos de derecho público en los contratos que se celebran en los países anglosajones mientras que, en cierto modo, se generan también posibilidades de aplicación del derecho privado en el campo de la contratación comunitaria(37).

Para los que sostenemos (y ésta es hoy la tesis mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia), siguiendo la teoría clásica en la Argentina(38) (que tiene su fuente en las doctrinas francesa y española) la posibilidad de que la Administración acuda a las formas privadas de contratación(39), la evolución que se viene operando alrededor de la figura del contrato administrativo en el derecho consuetudinario europeo (incluso la extensión de ciertos principios de derecho público a las contrataciones que se celebran entre particulares) no puede sorprendernos, ya que sólo traduce la evolución natural de una institución jurídica.

En efecto, la instauración -en forma preceptiva- de procesos de selección que aseguran la publicidad y la concurrencia de oferentes a contrataciones de naturaleza privada (ya sean contratos en los que una de las partes sea el Estado, o bien, que se trate de determinados contratos entre particulares), indica una fuerte interferencia de reglas de derecho público en contrataciones que en algunos países de Europa no requerían ser efectuadas mediante procedimiento públicos de selección y de adjudicación.

Y aunque se sostenga que la finalidad es ahora la de promover la competencia y las libertades de mercado, tales objetivos son evidentemente públicos y no son objeto normal del giro o tráfico civil o mercantil, fuera de que ningún privado procura, por sí mismo, promover la competencia (sin perjuicio de que resulta conveniente a todos que el Estado o una organización comunitaria promueva dicho objetivo, erigiéndolo como uno de los principios fundamentales de la contratación, incluso de la pública).

De otra parte, en el sistema comunitario europeo se reconocen, en el ámbito de la contratación administrativa, las prerrogativas de poder público, imponiéndose la observancia del principio de legalidad, lo cual hace a las características del régimen propio del contrato administrativo. Por eso ha podido decir recientemente González-Varas Ibañez que “el sistema comunitario de contratos sigue abiertamente el modelo francés. Existe una regulación específica para los contratos administrativos de las instituciones comunitarias donde se afirma la sujeción de la voluntad contratante a presupuestos especiales de legalidad y se adaptan ciertas prerrogativas públicas típicas de la contratación administrativa. No se ha querido seguir el modelo alemán o británico...”(40).

La cuestión central que plantea la teoría del contrato administrativo es la admisión de una figura contractual cuya naturaleza difiere del contrato privado, y está regida por principios y un régimen de derecho público que surge del ordenamiento, o bien, a través de la creación jurisprudencial. Pero, en vez de centrar el debate en la creación de instituciones por parte de la jurisprudencia como fuente de producción de los principios de la dogmática jurídica administrativa, Mairal produce el desplazamiento del eje de la controversia trasladándolo al de las cláusulas exorbitantes implícitas (que es una nota de cada sistema jurídico) cuya aceptación o interdicción no modifica los fundamentos y fines que hacen a la sustantividad del contrato administrativo.

Con ello provoca, en forma artificial, la unión de las doctrinas adversas, y no obstante que en el último de sus ensayos parece haberse hecho eco de nuestra opinión al respecto (al formular -por ejemplo- una crítica separada a la tesis absolutamente “ius publicista” de Barra, más orgánica que sustantiva) lo cierto es que continúa ignorando o al menos evita criticar, por razones que desconocemos, la tesis, totalmente opuesta a la suya, que viene sustentando Gordillo sobre las concesiones de servicios públicos y de obras públicas (que este autor extiende, incluso, a los contratos de licencia que tienen por objeto la prestación de servicios públicos).

Asimismo, al abordar la crítica a la concepción clásica sobre el contrato administrativo, nos parece que es justo guardar un mínimo sentido de fidelidad y respeto con quienes forjaron el derecho administrativo argentino y dedicaron varios años de su vida al estudio de los contratos administrativos. Tal el caso de nuestro inolvidable maestro Marienhoff, pues no obstante las diferencias que se tengan en temas puntuales del derecho administrativo, nadie puede desconocer los aportes notables que hizo este eximio jurista a la construcción actual de nuestro derecho administrativo, librándolo de muchas de las doctrinas autoritarias que lo tuvieron cercado durante muchos años(41) (v. gr. en materia de responsabilidad del Estado).

Pero para quien lea los primeros ensayos de esta polémica, resulta que hemos confundido el camino de nuestras fuentes constitucionales encandilados con la fórmula francesa del contrato administrativo, exagerando incluso las soluciones que brinda la doctrina gala, sobre todo, en el caso de Marienhoff, uno de los juristas más brillantes y creativos de su generación sobre quien Mairal concentra la mayoría de las críticas(42).

Y aunque no vamos a utilizar la ironía doctrinaria para responder a los adjetivos que personalmente nos endilga, no parece que la debilidad argumental que exhibe la crítica pueda superarse por el hecho de que se haga eco de las opiniones de un jurista francés no expresadas en escrito o documento alguno(43) y transmitidas de un modo indirecto.

Igualmente, la opinión de dos especialistas norteamericanos(44) en derecho internacional, que afirman que los principios tradicionales del derecho administrativo francés “tornan problemático el moderno derecho de financiación de proyectos”, sin exponer fundadamente las razones ni los principios que lo obstaculizan, no constituye la “mejor confirmación” de la postura sostenida ya que sería algo así como apoyarse en meras expresiones carentes de toda demostración científica.

En definitiva, al desplazar el eje de lo que debe ser la discusión lógica sobre la categoría del contrato administrativo y fijarlo arbitrariamente en la cuestión de las cláusulas exorbitantes implícitas se produce una deformación interpretativa más, como consecuencia de unificar en la misma posición de “cultores y propagandistas” de la concepción francesa sobre el punto a quienes, desde hace muchos años, venimos pronunciándonos en contra de la admisión de las cláusulas exorbitantes implícitas en los contratos administrativos del derecho argentino(45).

Sin embargo, haciéndose eco de nuestra crítica, en el último de sus artículos (aunque sin reconocerlo de un modo expreso) Mairal corrige parcialmente ese defecto de su enfoque inicial y formula una nueva clasificación más cercana a la realidad, aunque las continuas generalizaciones críticas, que sigue llevando a cabo, quitan coherencia a la evolución de su pensamiento.

Es que la categoría del contrato administrativo encuentra justificación y sentido en aspectos principalmente sustanciales (fundamentalmente la presencia de un interés público relevante como elemento dinámico de la función administrativa y causa del contrato) mientras que las prerrogativas de poder público, junto con las garantías, y las características o elementos típicos del régimen administrativo del contrato, aparecen como consecuencia de su sustantividad principal y no a la inversa.

La prerrogativa de poder público, ya sea expresa o implícita (que rechazamos) no puede así, nunca convertirse en el elemento esencial(46) de la categoría del contrato administrativo sino en una de sus características. La sustantividad del régimen jurídico del contrato administrativo es, en este sentido, derivada. Por lo demás, no hay que olvidar tampoco el papel que cumple el sistema de nulidades, basado en la violación al orden público administrativo o del mero interés público, para delimitar el campo del contrato administrativo y diferenciarlo del contrato privado.

Algo más sobre los principales puntos controvertidos en el debate planteado alrededor de la categoría del contrato administrativo

Sin la pretensión de agotar la amplia gama temática expuesta en los trabajos que han venido a ampliar el círculo del contenido de la polémica originalmente planteada, nos proponemos abordar a continuación algunos de los aspectos más controvertidos.

6.1. La interpretación de los poderes implícitos en el derecho contractual norteamericano: el caso “Christian”

La doctrina del caso “Christian” (resuelto por la “*Court of Claims*” en el año 1963) refleja, como es sabido, la doctrina según la cual, si existe una prerrogativa estatal referida a la potestad de revocar el contrato en el ordenamiento administrativo, el hecho de que no se la incluya en sus cláusulas en forma expresa no indica que el gobierno carezca del poder de revocar el contrato celebrado con el contratista.

Según Bianchi, dicha jurisprudencia implica el reconocimiento de las cláusulas exorbitantes implícitas en el derecho norteamericano en tanto que, para Mairal, ello es lo que acontece de ordinario con la aplicación al contrato de los poderes expuestos que surgen del ordenamiento sin que tal circunstancia implique el reconocimiento de una facultad exorbitante implícita en el contrato ¿Quién tiene razón?

Aunque dichos autores no utilizan la categorización que formula Aja Espil en torno a la diferencia que existe entre poderes inherentes y poderes implícitos(47), lo cierto es que, pese a que la interpretación de Bianchi sea también posible en el plano exegético (pues lo implícito es lo que se entiende incluido en una cosa sin expresarlo) y quizás resulte procedente sostenerla en el derecho norteamericano(48), la de Mairal traduce el sentido de lo que siempre se ha entendido (por cierto que, de un modo convencional, en la doctrina argentina) en cuanto se reputan tales aquellas facultades que surgen del reconocimiento de la categoría administrativa del contrato(49) sin necesidad de texto expreso. No se trata pues de las facultades que tienen su fuente en el ordenamiento, sino de cláusulas que constituyen potestades o prerrogativas de la Administración, cuyas facultades fueron reconocidas por vía jurisprudencial.

Sin embargo, nos parece que asiste razón a Bianchi en cuanto a la conclusión a la que arriba acerca de la subsistencia, en los hechos, de la facultad resolutoria implícita en el derecho norteamericano que rige la contratación pública, aspecto que, seguidamente, pasamos a considerar.

6.2. La terminación del contrato por razones de oportunidad y la modificación unilateral de los contratos administrativos en el derecho norteamericano

6.2.1. La extinción del contrato administrativo por razones de interés público

Como ha señalado Turpin, en su conocido estudio comparatista, una característica generalizada en los sistemas de contrataciones públicas radica en conferir prerrogativas especiales a la Administración a fin de proteger el interés público, entre las que ubica la terminación unilateral del contrato(50).

A su vez, Cibinic-Nash han señalado que de acuerdo a las reglas establecidas en el caso “Christian” el contratista posee derecho a la indemnización del lucro cesante cuando el gobierno carece de la potestad de revocar el contrato (se entiende que en forma expresa). Parece, entonces, que acierta Bianchi en cuanto señala que la revocación sin cláusula contractual expresa (y aun, agregamos, violando un ordenamiento que exige incluir la respectiva facultad) no generó la nulidad de la revocación ni prohibió la rescisión(51) sino “el derecho a una indemnización mayor”, y que ello viene a traducir un criterio similar al seguido en el fallo “Sánchez Granel c. Dirección Nacional de Vialidad” en el que, de cara a la revocación de un contrato por razones de interés público, la Corte Suprema reconoció a la empresa actora el derecho al pago del lucro cesante, si bien morigerado por la aplicación analógica del art. 1638 del cód. civil(52).

Es evidente que Mairal no ha replicado esta importante objeción de Bianchi, y aguardamos que esclarezca su interpretación sobre el punto, ya que de otro modo la comparación que hace se desvanece tanto como las principales críticas que formula, en este punto, sobre el derecho argentino.

Por lo demás, las incertidumbres que plantea en el derecho norteamericano la llamada *termination* por conveniencia de los contratos del Estado (figura que puede traducirse por resolución o rescisión unilateral por razones de interés público) parecen ser bastante mayores, o al menos no son menores, a las que genera la incorrecta aplicación en el derecho argentino de las prerrogativas estatales.

En efecto, fuera de algunos supuestos difíciles de probar y de tendencias jurisprudenciales que después fueron restringidas, algunos juristas (Pearlman y Goodrich) consideran que virtualmente no existen limitaciones sobre el derecho de la Administración a resolver un contrato(53).

Pero lo cierto es que, según indican Cibinic-Nash, la rescisión ilegítima por incumplimiento que decreta la Administración privando al contratista de las “ganancias esperadas”(54), hace soportar al contratista un sacrificio patrimonial por una causa que es imputable al gobierno.

Sin embargo, no obstante que el autor que criticamos parece haber dudado sobre el alcance de nuestra postura (aunque en su último artículo la considera más afín a la suya) lo cierto es que, con las reservas del caso en cuanto a la subsistencia de la categoría del contrato administrativo y los fundamentos en que se apoya, puede reconocerse fácilmente que su “tesis” -contraria a la admisión de las cláusulas exorbitantes implícitas- viene a coincidir -más que con el derecho norteamericano- con la posición que venimos sustentando desde hace años, si bien inadvertida en su primer ensayo crítico, cuyo desconocimiento pretendió en su momento justificar en la perplejidad que le provoca “lo proteico de su doctrina y lo ocasionalmente hermético de su prosa”(55).

En resumidas cuentas, si la potestad de revocar un contrato administrativo por razones de oportunidad no surge del ordenamiento, de la documentación contractual o del propio contrato (en todos los casos en forma expresa) no cabe admitir su procedencia, dado que prevalece el principio del *pacta sunt servanda*. Y en cuanto a la posibilidad de extender las facultades que emergen de la LNPA (art. 18) tratándose de una potestad que pertenece al poder legislativo y que equivale a una expropiación de derechos, por razones de interés público, ello resulta contrario a la Constitución, pues sería tanto como postular la legitimidad de una delegación genérica y sin plazo en cabeza del Poder Ejecutivo, conforme lo hemos sostenido, después de la reforma constitucional de 1994, con fundamento en los arts. 76 y 17 de la CN(56).

6.2.2. La modificación del contrato administrativo

Otra de las prerrogativas de poder público que caracterizan el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos sustancialmente por el derecho privado, es la potestad modificatoria o *ius variandi*, la cual, cuando está expresamente pactada, surge del ordenamiento o de la documentación contractual, y la Administración está habilitada a ejercer en la medida que respete el conjunto de principios inherentes a la observancia de la legalidad y de la garantía del mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato.

Lo que no cabe admitir es que esta prerrogativa, como toda facultad que emerge de una potestad, se configure como una cláusula exorbitante implícita en los contratos administrativos, tal como lo venimos sosteniendo tanto con carácter general(57) como, particularmente, respecto del *ius variandi*.

Ello no ha sido óbice para que Mairal afirme ahora que nuestra posición parecería acercarse a la postura (que él denomina estricta) que no admite la potestad modificatoria implícita en el contrato administrativo y aproveche nuevamente la ocasión (en un artículo que versa sobre la teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano) para desfigurar nuevamente nuestra teoría, aun cuando no necesitaba hacerlo para fundar la suya.

En tal sentido, llega a la conclusión de que parte de la confusión obedece a la oscura noción de régimen exorbitante que esgrimimos. Para que el lector pueda comparar, lo que hemos dicho es que dicho régimen “se nutre de un conjunto de prerrogativas de poder público y de garantías que se integran a través de una serie de principios institucionales elaborados por la doctrina y la jurisprudencia”(58).

Las frases posteriores en las que Mairal tiene a bien criticar la noción de régimen exorbitante revelan las dificultades que tiene para captar este aspecto de la teoría del contrato administrativo, pues comienza diciendo (con referencia a nuestra postura) que dicho régimen sería “entendido como un conjunto de reglas emanadas de la doctrina y de la jurisprudencia”(59) (*sic*) cuando de la mera comparación con la frase que citamos precedentemente surge que una cosa es explicar cómo se nutre el régimen (el ordenamiento) y otra cuestión, aunque complementaria, es cómo se integran las prerrogativas y las garantías por medio de la jurisprudencia.

Aclaremos que lejos estamos de ridiculizar el razonamiento de nuestro distinguido polemista, pero nos vemos obligados a cotejar ambas posturas recurriendo a las expresiones textualmente utilizadas para demostrar la manera en que generaliza y deforma nuestro pensamiento.

En efecto, veamos lo que significa la frase que pretende desfigurar con su interpretación y para ello, nada mejor que descomponer la noción de régimen administrativo o exorbitante que hemos dado, de la cual surge:

(a) que el régimen se nutre de prerrogativas de poder público y de garantías, siendo obvio que, como negamos la configuración de potestades implícitas, la fuente del régimen, en materia de potestades, será siempre el ordenamiento, sin perjuicio de la posibilidad de celebrar un pacto sobre el ejercicio (Romano) de ellas (porque las potestades, en sí mismas, son irrenunciables, aunque no lo es su ejercicio);

(b) que ese conjunto de prerrogativas de poder público y de garantías se “integran” a través de una serie de principios institucionales elaborados por la doctrina y la jurisprudencia. Aquí es donde nos parece radica la confusión en que incurre Mairal porque una cosa es afirmar que las prerrogativas y las garantías se “integran” con los principios institucionales elaborados por la doctrina y la jurisprudencia y otra muy distinta es que las prerrogativas y las garantías del régimen exorbitante sean elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia, sin perjuicio de su diferente valor como fuentes del derecho administrativo.

Y si bien el tema de las fuentes constituye otra cuestión, lo cierto es que ni la doctrina ni la jurisprudencia poseen aptitud para crear potestades ni tampoco para reconocer potestades que no surjan, en forma expresa, del ordenamiento jurídico.

En cambio, lo que sí pueden hacer la doctrina (sólo como fuente indirecta) y la jurisprudencia, es una labor de integración de las citadas prerrogativas y garantías del régimen exorbitante con los principios del derecho administrativo (v. gr. con los principios de buena fe, *lex contractus*, competencia, razonabilidad, el equilibrio económico-financiero del contrato administrativo, la confianza legítima, la inalterabilidad del contrato, etc.).

Veamos, entonces, cómo se produciría la integración de tales principios en el supuesto de que la Administración tuviera acordada la prerrogativa de modificación unilateral (en forma expresa) por el ordenamiento, documentación contractual o surgiere ella del propio contrato. En tal caso, existen límites jurídicos para la procedencia de la modificación que son similares a los que rigen en aquellos casos en que la variación se lleva a cabo por acuerdo de partes, como suele acontecer en las concesiones y licencias de servicios públicos.

Por de pronto, la modificación no podría, en principio, sin alterar la regla de la competencia y el principio de legalidad, (ej. igualdad de los oferentes en el proceso de selección) transgredir límites establecidos en el ordenamiento, la documentación contractual y el contrato, así como no podría alterar el objeto esencial del acuerdo de voluntades ni las obligaciones esenciales, aparte del juego de los principios de *lex contractus* e inalterabilidad del contrato (que hemos desarrollado en otro trabajo⁽⁶⁰⁾, al cual nos remitimos).

En lo que concierne a la modificación unilateral de los contratos por razones de oportunidad, en el derecho norteamericano, esta prerrogativa se encuentra generalmente admitida en el ordenamiento en forma expresa pero, al ser necesario acordar el nuevo precio entre las partes⁽⁶¹⁾, la situación viene a resultar similar a lo que ocurre en nuestro país cuando la modificación se realiza en forma consensuada sin que, al menos que nosotros sepamos, se haya reconocido en los Estados Unidos al oferente perdidoso el derecho a oponerse a una modificación posterior después de un tiempo razonable. Esta es una demostración más de que, aun en forma pragmática y sin reconocer el principio del equivalente económico en la contratación pública, el derecho norteamericano arriba, en los hechos, a una situación semejante a la que surge de los principios generales y de las prerrogativas que imperan tanto en el derecho continental europeo como en el derecho argentino.

6.2.3. La extinción del contrato administrativo por incumplimiento a la luz de lo resuelto por la Corte en el caso “Tecsa”

La reciente doctrina que ha sentado la Corte Suprema en el caso “Tecsa”⁽⁶²⁾ viene a reafirmar la categoría del contrato administrativo caracterizada por la existencia de prerrogativas de poder público, particularmente respecto de la extinción contractual dispuesta por una empresa del Estado a raíz del incumplimiento de las obligaciones esenciales asumidas por el contratista privado.

En este sentido, antes de pasar al análisis de los principales aspectos del fallo de la Corte, resulta de interés exponer un panorama sucinto de los principios y reglas aplicables a la materia en el ordenamiento nacional.

Lo primero que hay que despejar es el problema terminológico que suele introducir alguna confusión en el tema, ya que mientras en la concesión de servicios públicos la figura extintiva del contrato por incumplimiento de una obligación esencial recibe el nombre de caducidad, en los contratos de obra y de suministro recibe la denominación de rescisión unilateral.

En cuanto a las normas aplicables, ellas son: a) en principio, el art. 21 de la LNPA invocable por analogía en virtud del principio contenido en el art. 7° *in fine* de dicha ley, b) la aplicación analógica del art. 1204 del cód. civil, en lo que respecta a los plazos que rigen la intimación previa a falta de una estipulación expresa en la ley, documentación contractual o en el propio contrato, y c) la prevalencia de las prescripciones de las leyes especiales (como es, por ejemplo, la ley de Obras Públicas) o de las cláusulas pactadas en cada contrato sobre el art. 21 de la LNPA, en tanto no se haya violado algún principio propio del orden público administrativo⁽⁶³⁾.

Lo cierto es que, tal como lo hemos sostenido(64), de cara a la prescripción del art. 21 de la LNPA que autoriza a la Administración a declarar la caducidad (y por extensión la llamada rescisión unilateral) carece de interés práctico determinar si la respectiva cláusula fue prevista o no en el contrato, sin perjuicio del deber de las partes de respetar las modalidades convenidas en cada pacto singular.

Una vez que ha sido expuesto el escenario normativo, la doctrina del fallo -en lo que atañe a las facultades de la Administración para declarar la rescisión unilateral o la resolución contractual por incumplimiento- se resume en dos puntos fundamentales, a saber:

(i) la afirmación de que aun cuando no estuviere expresamente contemplado en el contrato, el poder de rescisión constituye una prerrogativa ínsita en todo contrato administrativo. En este caso, dicha expresión de la Corte tiene que interpretarse en el sentido de que es una prerrogativa que considera incluida en todo contrato administrativo el cual, en virtud de los intereses públicos a los que sirve, no podría contemplar una solución distinta y menos rígida que la condición resolutoria implícita que el Código Civil considera incluida en los contratos privados. Por lo demás, ello ocurriría siempre, de aplicarse analógicamente la facultad contenida en el art. 21 de la LNPA.

Sea, entonces, por una razón u otra, la potestad revocatoria por incumplimiento debe considerarse comprendida dentro del régimen de cualquier contrato administrativo puesto que se desprende del propio ordenamiento, con lo que no se trata técnica ni convencionalmente de una cláusula exorbitante implícita, motivo por el cual la crítica que realiza Mairal del fallo parece no guardar coherencia con la interpretación que hace del caso “Christian”(65), en el que la prerrogativa surgía del ordenamiento norteamericano.

(ii) la configuración de la potestad para declarar la resolución o rescisión unilateral por incumplimiento, o bien, la caducidad de una concesión de servicios públicos no impide que se pacte una estipulación expresa en los respectivos acuerdos de voluntades, en cuyo caso la rescisión debe sujetarse a lo establecido en ellos. Y si bien el pliego que regía el contrato habilitaba en tales casos a la empresa (en el caso, se trataba de SEGBA, S.A.) a resolver el contrato de pleno derecho sin previa intimación, una cláusula semejante resultaría violatoria del principio contenido en el art. 21 de la LNPA que exige la previa intimación y el otorgamiento de un plazo razonable para que el contratista cumpla con la obligación convenida. Este principio, fundado en la prevalencia del fin contractual o del concreto interés público, no resulta disponible para la Administración porque ella no puede actuar sus competencias públicas con arreglo al principio de libertad negocial, pues se encuentra limitada por el fin público en preservar el cumplimiento del contrato.

Pero en cualquier caso, al declarar que la resolución por incumplimiento fue legítima, el fallo da cuenta de las reiteradas y fehacientes intimaciones que formuló la empresa estatal antes de concretar la decisión de rescindir unilateralmente el contrato, con lo que el contenido de la sentencia no merece reparos en el plano de la justicia material.

6.2.4. La aplicación de la LNPA a los contratos administrativos

Un punto importante, tanto en el plano teórico como en el práctico, es el relativo a la aplicación de los preceptos del Título III de la LNPA a los contratos del Estado y, particularmente, a los contratos administrativos.

Como es sabido, el art. 7° *in fine* de la LNPA prescribe que “los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente Título, si ello fuese procedente”.

Para interpretar este precepto se suele partir de la distinción entre el acto administrativo unilateral (denominado también acto administrativo) y la figura del contrato administrativo(66) para de allí deducir que resultan categorías diferentes en su configuración jurídica, ya sea porque el contrato representa también la expresión de una voluntad privada en sus elementos constitutivos(67) o bien, porque se considera que prevalece el criterio de la ley que consagra la distinción entre ambas especies(68) de acto jurídico de la Administración Pública(69).

A partir de esta diferente realidad y sin desconocer que la discusión, en determinados aspectos, resulta en buena medida semántica (incluso para autores que sostienen, en el fondo, la misma postura), se ha pensado en que sólo por analogía o en forma supletoria (ante el vacío legal)(70) se aplican al contrato administrativo las normas del Título III de la LNPA con relación a los elementos compatibles con esta figura, que también están presentes en la regulación del acto administrativo, aunque sin alterar la regla según la cual los contratos administrativos se rigen, en primer lugar, por sus normas y principios especiales.

En este punto, la postura de Gordillo contrasta con la concepción de Mairal quien, no obstante criticar la expresión “en lo que fuere procedente” aplica en realidad un criterio limitado sobre la analogía que reduce significativamente la aplicación del precepto (art 7°, *in fine* de la LNPA) a las normas que rigen “los requisitos de validez para la formación de la voluntad estatal”, que “se aplican a todos los contratos del Estado”(71).

Pero en la mayoría de las interpretaciones doctrinarias parece haber coincidencia en que las normas del Título III se aplican, en principio, a los contratos administrativos en defecto de normas o principios de las leyes especiales que rigen cada contrato (v.gr. obra pública y suministro).

Así lo han sostenido tanto Grecco(72) como Bianchi(73), al igual que Jeanneret de Pérez Cortés quien ha señalado, además, que es “lo público” (el sujeto y la actividad) con sus fines lo que determina la existencia de un régimen de derecho público, exorbitante del derecho privado (en cuanto propio del derecho público y no de las mal llamadas “cláusulas exorbitantes implícitas”) y lo que puede justificar, en su caso, también la existencia de cláusulas exorbitantes, pactadas”(74).

Por nuestra parte, hemos interpretado que al prescribir la analogía en tanto ella fuere procedente, el art. 7° *in fine* contempla fundamentalmente tres situaciones: a) la incompatibilidad de las normas de la LNPA con las prescripciones de las leyes especiales que siempre prevalecen; b) la incompatibilidad con la propia institución contractual y c) la inaplicabilidad de las prerrogativas de poder público en los contratos regidos, en punto a su objeto, por el derecho privado(75) criterio que, en lo básico, coincide con el de Jeanneret de Pérez Cortés(76).

Por esas razones, el art. 7°, *in fine* de la LNPA constituye un escollo insuperable para poder aplicar la interpretación de Mairal, la cual, llevada al extremo, en el caso de los contratos que él mismo reconoce como administrativos y que no se encuentran regulados por una ley especial (ej. concesión de servicios públicos) conduce a soslayar la aplicación de las normas sobre nulidades del Título III de la LNPA. Resulta evidente, pues, que la aplicación en tales supuestos de los preceptos del Código Civil constituye un retroceso jurídico que no encuentra justificación alguna, además de contradecir la tendencia que exhibe la jurisprudencia que, por ser suficientemente conocida, obviamos indicar en esta circunstancia.

Queda en pie, sin embargo, una importante cuestión que Mairal plantea con justicia aunque con una fundamentación errónea. Ello constituye, acaso, otra demostración más de cómo podría haber coincidido con la concepción que venimos exponiendo hace varios años sin forzar los principios ni la categoría del contrato administrativo y sin admitir que se le superpongan potestades implícitas (en el sentido que no surgen del ordenamiento).

Porque, en realidad, para no aplicar a los contratos administrativos -por ejemplo- las normas sobre modificación o revocación por razones de oportunidad, Mairal propicia negar el alcance de la aplicación analógica de prácticamente todos los elementos y del régimen jurídico del acto administrativo, lo cual constituye una postura exagerada, no adoptada por autor alguno desde la sanción de la LNPA, treinta años atrás (al menos que nosotros sepamos).

Un análisis más riguroso de la cuestión indica que en materia de la posibilidad de modificar o revocar el contrato administrativo por razones de oportunidad sin ley declarativa de utilidad pública lo que ocurre es que la Administración no se encuentra habilitada a decretarla en forma unilateral. ¿Cuáles son los fundamentos de esta interpretación?

Como salvo Mairal (y en forma limitada)(77), la mayoría de la doctrina se ha inclinado por considerar la prerrogativa de modificación o revocación unilateral por razones de interés público como una potestad implícita de la Administración en materia contractual(78) o bien, la incluye dentro de la potestad que prescribe el art. 18 de la LNPA se justifica que reiteremos la doctrina que expusimos en nuestro libro sobre el contrato administrativo(79).

“Entre los problemas interpretativos que el precepto plantea, sobresalen los inherentes al órgano que declara el interés público como fundamento de la extinción del contrato administrativo, a la extensión del resarcimiento y finalmente, a la aplicabilidad del principio de la previa indemnización que rige en materia de expropiación (art. 17, CN)”.

“Hemos sostenido, con anterioridad(80), que el interés público en que se fundamenta la extinción del contrato por razones de oportunidad debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal, no pudiendo constituirse en un mero cambio de criterio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades. Esta solución se impone a fin de no violar el principio *lex inter partes* que prescribe el art. 1197 del cód. civil puesto que en tal caso, las cláusulas contractuales no formarían “para las partes una regla a la que deben someterse como la ley misma” y el contratista estaría sometido a una potestad revocatoria de la

Administración cuyo ejercicio o sujeción no fue pactada ni resulta susceptible de ser calculada dentro de un margen de razonable previsibilidad contractual”.

“Al propio tiempo, la aplicación de la norma contenida en el art. 18 *in fine* de la LNPA(81) tiene, necesariamente, que armonizar con la garantía constitucional del derecho de propiedad, consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional, la cual exige que todo sacrificio patrimonial sea precedido de una ley declarativa de la utilidad pública y, como es sabido, el precepto constitucional prevalece sobre cualquier prescripción legislativa (art. 31, CN). En este sentido, si todo sacrificio de un derecho privado en razón del interés público se halla sujeto a la garantía que exige la sanción de una ley que lo declare junto con la previa indemnización (conforme se desprende del art. 17, CN) es evidente que la delegación al Poder Ejecutivo que prescribe el art. 18 *in fine* de la LNPA, no puede configurar una delegación genérica ni en blanco, ya que ello se encuentra vedado, aun cuando se trata de materias administrativas, por un precepto constitucional expreso, introducido por la reforma constitucional de 1994. Esta cláusula constitucional prescribe la necesidad de que el Congreso fije un plazo para el ejercicio de la delegación y establezca sus bases (lo que es a todas luces incompatible con una delegación genérica). Sobre este punto se debe tener presente, además, que de conformidad con lo dispuesto por la cláusula transitoria octava de la Constitución Nacional, de no mediar una ratificación expresa por parte del Congreso de la Nación, la delegación conferida por el art. 18 *in fine* de la ley 19.549 [ED, 42-917] caducará al cumplirse el plazo de cinco (5) años de la vigencia de dicha cláusula. Por lo demás, no parece justo ni lógico extrapolar las consecuencias reparatorias del régimen de la expropiación y negar su aplicabilidad en un aspecto tan trascendente, como es el de las garantías constitucionales, máxime cuando se reconoce que se trata de situaciones que se rigen por principios similares. Ahora bien, en el supuesto de que se dictase la ley que, concretamente, declare el interés público y habilite a la Administración a ejercer la potestad genéricamente atribuida por el art. 18 de la LNPA (la ley no indica el titular de la habilitación) se plantea la cuestión inherente al alcance de la indemnización”.

“Aunque se trata de una postura que no es pacífica en la doctrina(82) ni puede extraerse con certeza de las decisiones que exhibe la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal(83), seguimos sosteniendo el criterio que abona la indemnización integral(84) (compresiva del daño emergente y del lucro cesante), en cuanto resguarda la incolumidad del patrimonio del contratista afectado con la revocación del contrato (art. 17, CN) y protege contra la tentación en que muchas veces incurren los funcionarios con el objeto de incumplir el contrato sin que la Administración asuma el costo integral del perjuicio (que se circunscribe al daño emergente), costo que, en definitiva, se transforma en una pérdida para el contratista. Además, la indemnización para ser justa y armonizar con dicha garantía constitucional tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo al plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada. Los efectos que produce el acto administrativo que decide revocar un contrato por razones de oportunidad son siempre *ex nunc* pero recién operan a partir del momento en que se han cumplido todas las exigencias constitucionales (ley declarativa de utilidad pública y previa indemnización) lo que requerirá que la Administración deposite judicialmente -con carácter previo- el importe del valor objetivo del contrato y los daños que sean una consecuencia inmediata de la revocación (daño emergente y lucro cesante). Así lo impone también el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 18) que es uno de los fundamentos principales de la responsabilidad del Estado”(85). Esta doctrina ha sido recientemente sostenida por Fonrouge(86) en un trabajo especial sobre la materia.

6.2.5. Los vaticinios y la seguridad jurídica. La falta de construcción de la figura del contrato administrativo

No obstante que Mairal haya avanzado en el camino hacia la construcción de una tesis sobre el contrato administrativo, particularmente en alguno de los puntos que se debaten en la actualidad en torno del régimen jurídico, lo cierto es que continúa sin realizar siquiera la descripción de la categoría, aferrado a la idea que todo depende de la ley, lo cual implica renunciar a la discusión acerca de los fines que deben perseguir los contratos administrativos, que es el fundamento que justifica la introducción de prerrogativas de poder público en el contrato administrativo. Quizás pueda ser un criterio pragmático, pero toda su crítica a la teoría tradicional, aun con las afinidades que manifiesta con la que venimos sosteniendo, culmina, en definitiva, en un positivismo legalista. Algo similar acontece con la postura que asume sobre el servicio público, que bien podría coincidir con una definición legal que establezca que los bares y casas de comida realizan una actividad de servicio público y disponga que los prestadores de la actividad están obligados a mantener abiertos los locales en determinados horarios, con precios uniformes y sin poder ejercer el derecho de admisión y las demás libertades propias de un negocio privado. La teoría del servicio público, su categorización y el régimen jurídico, en función de los fines que persiguen ciertas actividades que satisfacen necesidades primordiales de la población, se justifican en la medida que contribuyen a los objetivos de mantener la calidad y eficiencia de las respectivas prestaciones (art. 42,

CN) pero también obran como límites dogmáticos racionales a los posibles abusos legislativos o judiciales, o bien provenientes de las partes involucradas en la relación jurídica (concesionarios y usuarios).

Por lo demás, en gran parte de su crítica subyace la idea, que en su momento advertimos, tendiente a eliminar las diferencias entre contratos públicos y privados, llegando a decir que por “influjo del derecho comunitario europeo” no deberíamos extrañarnos si en los próximos años se operase “una profunda renovación de la teoría francesa del contrato administrativo”(87).

Este vaticinio lo consideramos equivocado y nos parece que se encuentra bastante alejado de la realidad que exhibe la evolución del derecho comunitario europeo que, en materia contractual, introduce principios y prerrogativas con carácter general que marcan una clara tendencia hacia la *ius publicación* del derecho contractual comunitario(88). Así ha dicho Gonzalez-Varas que “tras las directivas comunitarias el principio de libertad de pactos, característico de estos sistemas de contratación civil de la Administración ha desaparecido. La afirmación en cambio del contrato administrativo por las directivas comunitarias, representa en cambio un decidido impulso para el Derecho administrativo europeo”(89).

Finalmente, la preferencia del criterio de la lista sobre las fórmulas genéricas en lo concerniente a la categorización del contrato administrativo poco contribuye a la seguridad jurídica habida cuenta de que, por más que la mención legislativa sea lo más completa posible, queda siempre sin resolver la cuestión inherente al régimen de los contratos atípicos e innominados, en los que se mezclan elementos de diferentes contratos y hasta pueden poseer características únicas y diferentes.

Resulta evidente que, en caso de definirse legalmente, siempre será preferible para la seguridad jurídica establecer sistemas y principios generales(90) que sirvan para determinar el régimen de una categoría o bien de distintas especies de contratos de la Administración, tal como ha acontecido con la regulación de la contratación pública en España, cuyas prescripciones se encuentran en línea con la tesis que venimos sustentando en la Argentina.

De otra parte, a pesar de la coincidencia que exhibe con la doctrina contraria a la admisión de las cláusulas exorbitantes implícitas nos parece advertir, no obstante, que existe una importante diferencia con la concepción que sostenemos, la cual, en este punto, radica en la circunstancia de que no aceptamos que las potestades o prerrogativas del Estado sean introducidas por los funcionarios en los respectivos contratos si no se encuentran previamente configuradas en el ordenamiento contractual.

Así, el debate no es puramente formal sino que hace también al contenido jurídico de cada prerrogativa y al modo en que éstas se articulan dentro de la figura del contrato administrativo, estableciendo sus límites dogmáticos. La prerrogativa nunca puede fundarse en la libertad negocial si ésta no se encuentra autorizada por la norma administrativa, y éste es, evidentemente, un principio inverso al que rige en la contratación privada.

Dejar librada la inclusión de la prerrogativa a la voluntad negociadora de las partes nos parece que, al menos en nuestro país, abre las puertas a la arbitrariedad y al exceso de las facultades discrecionales, contribuyendo a crear un marco propicio para generar actos de corrupción y, por más que ello sea una práctica admitida en el derecho norteamericano, las soluciones jurídicas sólo tendrán ejemplaridad y sus mecanismos funcionarán correctamente en la medida que se adapten a las propias realidades y costumbres de cada pueblo y no sean un trasplante forzado de instituciones extranjeras que pueden ser útiles y hasta valiosas en sus respectivos países pero que no encajan en nuestra idiosincrasia ni son compatibles con los principios de nuestro derecho público.

7

A modo de conclusión

Uno de los filósofos lúcidos de este siglo ha dicho que mientras la vida compone, el pensamiento descompone, y que el valor de las ideas hay que medirlo por sus posibilidades de aplicación real. El hombre, afirma Thibon, en lugar “de dejar que sus pensamientos y sus palabras divaguen en cualquier sentido debe someterlos a la prueba y al control de las realidades de la vida”(91).

En efecto, si prácticamente toda la doctrina argentina(92), la legislación y la jurisprudencia aceptan, aún con las diferencias del caso en cuanto a su contenido y alcance, la teoría del contrato administrativo, el intento de rechazarla, a más de infructuoso, carece de posibilidades de aplicación real, máxime cuando se apoya en una interpretación que consideramos equivocada a la luz de las fuentes constitucionales.

Dado que la postura negatoria carece de posibilidades de aplicación, y si la prueba de lo real constituye el principal criterio de validez de las concepciones(93), sería mucho más práctico que se aceptase de una vez por todas que existe, al menos, una figura del contrato administrativo, con perfiles propios, opuesta y

distinta a la del contrato privado, en la que la categoría contractual con finalidades de interés público, en ejercicio de la función administrativa o bien llevando a cabo actividades que pertenecen al giro o tráfico que es propio de la Administración, se integre con las prerrogativas que emergen de las potestades que le atribuye el ordenamiento en forma expresa en un marco jurídico en el que los contratistas privados puedan invocar las correspondientes garantías que compensan el peso de tales prerrogativas.

En ese sentido, aun desde el ángulo de la común negativa a aceptar la configuración de prerrogativas implícitas en los contratos administrativos(94), nuestra tesis no impide que la doctrina continúe desarrollando nuevos principios dogmáticos que después se incorporan al sistema de derecho público a través de la jurisprudencia. Pero, lo que la jurisprudencia no puede crear o configurar son prerrogativas implícitas en contra del contratista privado, sin con ello violar las garantías que emergen de los arts. 17 y 19 de la CN, afectándose así, en forma flagrante, el principio del *pacta sunt servanda* en la contratación administrativa, cuyas limitaciones sólo pueden surgir en forma expresa del ordenamiento jurídico aplicable.

A la luz de tales consideraciones resulta inexplicable que, en ninguno de sus tres ensayos Mairal examine la postura que sustenta Gordillo en materia de contratos administrativos, limitándose a resaltar las afinidades parciales y menores que tiene con sus puntos de vista. Porque, salvo que no se haya percatado del sentido y alcance de la tesis de este último autor sobre las concesiones y licencias de servicios públicos, su análisis era inexcusable como parte de una crítica que tiene por eje las concepciones del derecho vernáculo, máxime cuando dicha doctrina coincide (y aún va más allá) en esta clase de contratos (incluso en la concesión de obra pública) con la que tiene a bien criticar(95), incluyendo la doctrina francesa(96), sobre el contrato administrativo.

En efecto, aunque no creemos que Mairal vaya a estar de acuerdo con la admisión de sanciones implícitas, ni con la modificación unilateral del contrato administrativo como prerrogativa implícita, ni con el privilegio de la decisión ejecutoria, ni quizás con la responsabilidad civil del concesionario frente al usuario, ni tampoco con otras concepciones que sostiene Gordillo al abordar la defensa del usuario, nos parece que no debió haber omitido la crítica a esta postura, al menos, en cuanto a los fundamentos en que se apoya que, por esas paradojas del destino, resultan “radicalmente” opuestos al suyo(97).

En resumidas cuentas, la crítica que lleva a cabo no es tampoco meramente descriptiva como se pretende ya que, a falta de previsiones legislativas, reglamentarias, o de las cláusulas del contrato, conduce a la aplicación de la teoría general del contrato privado, es decir que asume también carácter prescriptivo (para usar su terminología), como consecuencia del hecho de acudir al sistema de derecho privado en cuyo ámbito, si bien en forma más acotada y sin la velocidad de las mutaciones propias del derecho público, se produce igualmente el proceso de creación constante de principios y desarrollos interpretativos de las normas en juego, pero desde una visión más privatista que, como es obvio, resulta diferente a la que rige en el campo del derecho público.

Por lo demás, la crítica que formula sobre la aplicación analógica generalizada de las prescripciones de las leyes especiales a los contratos administrativos atípicos o innominados prácticamente la convierte en aplicación directa o supletoria, sin advertir que se trata de técnicas distintas ni que la analogía exige, por sí misma, no extender fórmulas legales que contemplan realidades diferentes (aun cuando se opere dentro del propio derecho administrativo) y que ella requiere, en todos los casos, de una adaptación o compatibilidad de las normas que se pretenden utilizar para cubrir el vacío legal o contractual.

En definitiva, a la “tesis” que objetamos no le preocupa, en principio, el contenido de la prerrogativa, sino la fuente en que se origina. El contrato administrativo aparece como una consecuencia de dichas prerrogativas cuando la realidad indica que es precisamente a la inversa, pues éstas encuentran su justificación en las finalidades que persigue la Administración Pública cuando contrata con los particulares(98), razón por la cual la aplicación del derecho privado se efectúa, salvo remisión legal expresa que disponga la aplicación directa de la norma civil o comercial, mediante el procedimiento de la analogía.

La preocupación sobre la cláusula exorbitante implícita, cuya declinación ha sido señalada años atrás en la doctrina francesa e, incluso, en la doctrina actual de nuestro país, es un elemento accesorio del cual se puede prescindir sin quitar por ello utilidad alguna a la concepción del contrato administrativo y que, en cualquier caso, constituye un problema que puede solucionarse a través de la jurisprudencia, inclusive por vía legal o reglamentaria.

¿Qué sentido tiene, entonces, poner el acento en un aspecto secundario de la teoría que, por otra parte, se halla en franca declinación en el derecho comparado? Creemos que ninguno.

Porque la mayor justificación de la teoría del contrato administrativo está más en su fundamento (los fines que persigue la contratación pública), en la observancia del principio de legalidad y en la razonabilidad de

las prerrogativas estatales expresas, así como en las garantías que recíprocamente integran el régimen exorbitante, que en sus aspectos cuestionables y secundarios, pues, al no admitirse las potestades implícitas, las prerrogativas de poder público que surgen expresamente del ordenamiento constituyen las principales herramientas jurídicas que modifican el sentido que tienen los principios de igualdad de las partes y autonomía de la voluntad en el contrato privado.

En suma, el contrato administrativo, que es una de las especies de los contratos que celebra la Administración, constituye una categoría jurídica típica⁽⁹⁹⁾ que se afirma en la autonomía y peculiaridad de las instituciones y principios de derecho público, la cual se nutre, residualmente, con la aplicación analógica de las normas del propio ordenamiento administrativo o del derecho privado, si ello fuera compatible. Cabe insistir, por si quedasen dudas, que las potestades o prerrogativas administrativas nunca pueden nacer, en principio, de la jurisprudencia, sino del ordenamiento, pues al no ser poderes prescriptos en la ley no pueden extenderse por obra de la interpretación, y su procedencia exige texto expreso aplicable al caso a fin de no contrariar la interdicción constitucional que prescribe el art. 19 de la Constitución Nacional.

No obstante, no se puede dejar de advertir los esfuerzos dialécticos que ha realizado Mairal para evolucionar hacia el reconocimiento, en nuestro país, de una categoría embrionaria de contrato administrativo, cuyos contornos sigue sin precisar, en la inteligencia -al menos así nos parece- de que la aplicación supletoria del derecho privado es la llave que permite solucionar toda la problemática contractual, incluso la que concierne a la seguridad jurídica y la relativa a la corrupción de los funcionarios. En tal sentido, creemos que librar a la capacidad negociadora de las partes la introducción de las prerrogativas de poder público en los contratos administrativos configuraría una situación mucho más peligrosa para los derechos de los contratistas privados y los principios que deben regir el accionar del Estado.

En definitiva, se trata de una postura doctrinaria que, al poner el acento en la crítica antes que en la construcción o reconstrucción del sistema, diluye el efecto de la principal idea que contiene, en cuanto propicia, compartiendo nuestra tesis, la interdicción de las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas en el sistema que rige los contratos de la Administración Pública en el derecho argentino.

Ello no implica desconocer, como lo señaló Karl Popper, en una conferencia que pronunció en la Universidad de Tubinga en 1981 sobre "Tolerancia y Responsabilidad Intelectual", que la crítica por medio de otros, especialmente de aquellos que han crecido en una atmósfera de ideas distintas a las nuestras, sea una necesidad, pues, en tal sentido es tan conveniente como la autocrítica y nos facilita acercarnos a la verdad objetiva.

(1) Véase el lúcido trabajo de BIANCHI en el que se refutan esas interpretaciones: 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), publicado en ED, 184-900 y 185-714, que ha merecido un año después la réplica de MAIRAL: La Teoría del Derecho Administrativo y el Derecho Norteamericano, EDAD, 2000/2001-525.

(2) Vid MAIRAL HÉCTOR A., ob. cit. en nota anterior.

(3) Cabe advertir, sin embargo, que la fórmula del art 3º de la Constitución es la de un federalismo atenuado por el reconocimiento de los antecedentes unitarios (junto a los federales) que ALBERDI venía señalando desde sus primeros trabajos en "El Nacional" de Montevideo y que después reprodujo en las Bases de 1852, entre los que se destacan la unidad de legislación y la unidad financiera. Sobre esas bases, ALBERDI indicó que "la Federación argentina debía ser mixta, compuesta, federal y unitaria a la vez" (véase: DEMICHELI, ALBERTO, Génesis de las "Bases", Buenos Aires, 1966, pág. 22).

(4) ALBERDI, JUAN BAUTISTA, Obras Completas de J. B. ALBERDI, t. V. "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853", Buenos Aires, 1886, pág. 148.

(5) Véase DÍAZ ARANA, JUAN JOSÉ (H.), Influencia de ALBERDI en la Constitución Nacional, Buenos Aires, 1947, pág. 37 y sigs.

(6) Ob. cit. pág. 156. En otra de sus obras ALBERDI señaló que "Imitando a la Constitución unitaria de Chile en la composición del Poder Ejecutivo para servir a los intereses de la paz, la Constitución argentina no ha podido ser igual a la Constitución federal de los Estados Unidos. Si la República Argentina hubiese adoptado literalmente el gobierno federal de los Estados Unidos, sus destinos hubieran sido más o menos tarde los de Méjico y Centro-América. Comprendiendo que el punto de partida del gobierno político argentino es diametralmente opuesto al de la federación de Norte-América, comprendiendo que la Confederación Argentina consiste en la descentralización relativa del gobierno interior de un país unitario, al paso que la federación de Norte-América consiste en la Unión de muchos Estados, que eran y podían haber quedado viviendo independientes entre sí, como otras tantas naciones separadas, la Constitución argentina ha consagrado un sistema de federación que ratifica (no introduce) la unidad originaria y tradicional de la Nación, al mismo tiempo que disminuye las atribuciones del gobierno central interior. Es

una federación doméstica, por decirlo así, y como no existente para los poderes extranjeros, que en ningún caso pueden establecer relaciones políticas con el gobierno doméstico de una provincia argentina, sin atentar contra la nacionalidad de ese país y ejercer una intervención provocativa en la composición de su gobierno general interior. La semejanza del nombre y del preámbulo, en las Constituciones argentina y americana, ha hecho pensar a los observadores superficiales que el sistema de gobierno era el mismo. Pero la Federación tiene gradaciones infinitas, como la Unidad; y aunque es verdad que la unión perfecta, la paz, la justicia, la libertad, son el fin esencial de toda clase de gobierno, los medios, es decir, la constitución de los poderes, depende de la condición especial de cada país, y en este sentido no hay, no puede haber dos gobiernos idénticos” (conf. ALBERDI JUAN BAUTISTA, Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, Escuela de Educación Económica, Buenos Aires, 1979, págs. 383-384).

(7) Al respecto, señala ALBERDI: “Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte-América. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonia española y de habitantes de la América del Sur” (ob. cit., pág. 157).

(8) CASSAGNE, JUAN CARLOS, Derecho Administrativo, 6ª ed. (reimpresión), Buenos Aires, 2000, pág. 323 y sigs.

(9) Véase CASSAGNE SERRES, BLANCA A., La Constitución Nacional. Filiación histórica del preámbulo argentino, Buenos Aires, El Ateneo, 1945, pág. 57.

(10) Conf. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., Raíces hispánicas del constitucionalismo, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001, pág. 41 y sigs.; ver también: SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, Manual de Derecho Constitucional, pág. 81 y sigs. quien anota que las diferencias existentes entre la Constitución argentina y la norteamericana “demuestran que, en principio, no son aplicables en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de EE.UU.” (pág. 83) y que el método constitucional utilizado por los constituyentes argentinos se basa en el modelo francés de 1791 (pág. 89).

(11) MAIRAL, HÉCTOR A., ob. cit., págs. 541 y 542. Esta afirmación encierra una postura que no se compadece con la realidad, al menos con lo acontecido en los primeros ocho años del proceso de transformación del Estado. El hecho de que en los últimos años haya disminuido la inversión extranjera obedece a otros factores cuyo análisis excede el objeto del presente artículo.

(12) Así, se ha sostenido que la función de la teoría consiste en explicar algo sobre lo que no existen condiciones que permitan observarlo, de modo que surge una entidad teórica que se construye o inventa (conf. HOSPERS JOHN, Introducción al análisis filosófico, trad. del inglés, Madrid, Alianza Universidad, 1980, pág. 297). Este autor utiliza un concepto de teoría que implica una contraposición con las leyes de la naturaleza que son susceptibles de descripción, mientras que la teoría sería para HOSPERS una pura creación humana (pág. 296).

(13) BRAITHWAITE, R. B., Scientific Explanation, London, 1953, pág. 22.

(14) El tema de la desigualdad de las partes en la contratación administrativa ha sido muy bien abordado en el libro de SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO BAQUER, titulado El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones, Madrid, 1996, especialmente pág. 106 y sigs.

(15) Sobre la que se han publicado otros meritorios estudios cuyo análisis no hacemos en este trabajo, véase: BARRA, RODOLFO CARLOS, La sustantividad del contrato administrativo, ED 180-1029; SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., Primeras reflexiones sobre la tesis de MAIRAL frente al “contrato administrativo”, ED, 180-858.

(16) Véase además nuestro artículo: La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico), ED, 181-952 y sigs.

(17) MAIRAL ha criticado esta concepción en el segundo artículo de nuestra conocida polémica (El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo, ED, 180-849). Sin embargo, gran parte de la doctrina ha sostenido la concepción material sobre la función administrativa (incluso los que parecen negarla); asimismo, ella ha sido recogida en la jurisprudencia de la Corte y coincide, en líneas generales, con el criterio de la ley española vigente (pues el giro o tráfico específico de la Administración no es otro que la actividad que persigue el interés público relevante en forma inmediata). En cambio, sería del caso saber el criterio que utiliza MAIRAL para distinguir la función administrativa y diferenciar los contratos de derecho público que postula (ej. concesión de servicios públicos) de los contratos de la Administración regidos por el derecho privado, como asimismo, cuál es el régimen de los contratos administrativos innominados o atípicos.

(18) Una de las excepciones a este modo de encarar la explicación y fundamentos de la teoría, así como su evolución en la jurisprudencia, está representada en los estudios que ha hecho COVIELLO. Véase, por ejemplo, el último de sus excelentes trabajos: El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Contratos administrativos”, Buenos Aires, 2000, pág. 83 y sigs.

(19) Conf. MARIENHOFF, MIGUEL S., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1983, t. III-A-80 y

sigs.

(20) Vid. BARRA, RODOLFO CARLOS, Principios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1980, pág. 148 y sigs.

(21) Esta es la tesis que propicia GORDILLO para las concesiones y licencias de servicios públicos (Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. 1, p. XI-39) que suponemos contraria a la de MAIRAL aunque este autor no la hubiera refutado en sus conocidos trabajos.

(22) Vid. nuestro trabajo: La delimitación..., cit., págs. 954-956. En este punto, la posición de MAIRAL no resulta clara pues si bien rechaza la teoría del contrato administrativo con carácter general, parece admitir que, en algunos contratos como el de concesión de servicios públicos, se apliquen determinadas prerrogativas que integran el régimen del contrato administrativo.

(23) GORDILLO, AGUSTÍN, ob. cit., Buenos Aires, 1998, t. 1, pág. XI-22.

(24) TURPIN COLIN, C., Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado, Londres, 1982, Cap 4, pág. 27.

(25) WORTHINGTON, MARGARET M. y GOLDSMAN, LOUIS P., Contracting with the Federal Government, Nueva York, 1998, pág. 9.

(26) TURPIN COLIN, C., ob. cit., págs. 36 y 37.

(27) De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo, ED-179-678 y sigs.; en este artículo MAIRAL acusa a los “cultores y propagandistas” del contrato administrativo de fundar la categoría “en el remanido recurso al interés público”.

(28) CIBINIC JOHN y NASH RALPH, Administration of Government Contracts, Washington D.C. 1995, pág. 10.

(29) BIANCHI, ALBERTO B., 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), segunda parte, ED, 185-719.

(30) TURPIN, COLIN C., ob. cit., págs. 36-37. Al respecto, WADE ha dicho que, en la práctica, contrariamente a la regla común, existen varios aspectos especiales de los contratos públicos que pueden ser vistos como objeto de un cuerpo distinto de reglas, a pesar de ser interpretados de acuerdo al derecho común (WADE H.W.R. & FORSYTH C.F., Administrative Law, Eighth edition, Oxford University Press, New York, 2000, pág. 776). Estas reglas o cláusulas, si bien establecidas de un modo uniforme en determinadas condiciones generales de contratación pública, son similares a las cláusulas exorbitantes del derecho público europeo (francés y español) aunque no se configuran en forma implícita.

(31) Ob. cit., pág. 37.

(32) FREEDLAND, M., Government by Contract and Private Law, Londres, 1994, pág. 86 y sigs.

(33) Véase: SENKOVIC, PETRA, L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire, especialmente Bruselas, 2000, págs. 354, 355, 449, 452 y 454.

(34) Conf. BELL, JOHN., Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais, en RFDA n° 1 (3) mayo-junio 1985, pág. 400. Vid también: CASSESE, SABINO, Trattato di Diritto Amministrativo, Milán, 2000, t. I, pág. 25 y sigs., especialmente págs. 38-44.

(35) Ob. cit., especialmente pág. 409 y sigs.

(36) En la réplica a la crítica que le formulamos, MAIRAL se limita a decir que: “en cuanto al derecho comunitario que cita CASSAGNE, dicho derecho se refiere a la etapa de selección del contratista y no al derecho de fondo del contrato, por lo cual su mención es inatingente”, pero fuera de que la palabra “inatingente” no figura en el Diccionario de la Real Academia, la interpretación que hace dicho autor resulta equivocada ya que sin perjuicio de la innegable influencia del derecho administrativo o público en los procesos de selección del contratista, la regulación de fondo contiene prerrogativas de poder público.

(37) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ SANTIAGO, El derecho administrativo europeo, Sevilla, 2000, pág. 301, quien apunta que esto se produce porque se diluye el carácter rígido de la distinción entre derecho público y derecho privado. Ello es consecuencia de que constituyen categorías históricas.

(38) MARIENHOFF, MIGUEL S., ob. cit., t. III-A-44 y sigs. (N° 594).

(39) Sobre el fenómeno en la actualidad, vid: QUIROZ RENDÓN, DAVID, El uso de los instrumentos de Derecho Privado en la actividad administrativa, EL DERECHO, Serie especial de Derecho Administrativo del 30/11/2000, pág. 7 y sigs.

(40) Ob. cit., pág. 248.

(41) Al respecto, véase la conferencia que en homenaje al maestro pronunciamos en la Academia Nacional de Ciencias el día 5 de agosto de 1998, titulada La construcción científica del derecho administrativo argentino a través de MIGUEL SANTIAGO MARIENHOFF (Separata de la citada Academia, Buenos Aires, 1998).

(42) A quien le atribuye dar nociones subjetivas (De la peligrosidad..., ED 179-661 y 662 y sus notas) como también formular afirmaciones que pueden ser frases satisfactorias para el tratadista pero terribles para el contratista privado y el funcionario público responsable (ob. cit., pág. 663, texto y nota 47).

(43) En su reciente ensayo titulado La teoría del Contrato Administrativo y el Derecho Norteamericano, El Derecho, Serie especial de Derecho Administrativo del 30/11/2000, texto y nota 54), MAIRAL cuenta que BRAIBANT le habría dicho, a su vez, a GORDILLO, que los juristas franceses “consideran al derecho administrativo argentino una verdadera ‘caricatura’ del francés”. Una afirmación semejante, aun siendo verdadera, no parece susceptible de extenderse a otros autores, pues, aparte de que los juristas franceses no suelen ocuparse mayormente y en profundidad de nuestro derecho, el conocimiento directo y la amistad que hemos mantenido y mantenemos con muchos de ellos, unida a su reconocida diplomacia y

prudencia, impiden extender tal afirmación a toda la doctrina francesa. En cualquier caso, será una manifestación unilateral de BRAIBANT que no puede representar la opinión de los autores franceses. Una prueba de ello son las palabras vertidas por PIERRE DELVOLLE y FRANCK MODERNE en oportunidad del homenaje que nuestra REDA hizo a la memoria de ANDRÉ DE LAUBADERE, en donde utilizan expresiones sobre los juristas argentinos que carecerían de sentido si tuvieran la opinión que se atribuye a BRAIBANT (véase: Las transformaciones contemporáneas del contrato administrativo en el derecho francés, en REDA n° 7/8, Buenos Aires, 1991, pág. 265).

(44) Las citas pertenecen a un elemental opúsculo, no siendo sus autores, por otra parte, especialistas ni cultores del derecho administrativo. Véase: BURMAN H. y WALLACE D., 2000 and Beyond The Private Law Side of International Economic Law; Taking Stock, International Law News, Verano de 2000, pág. 17, cit. por MAIRAL al final de su artículo (ob. cit. EL DERECHO, Serie especial de Derecho Administrativo del 30 de noviembre de 2000, pág. 7, texto y nota 72) como si fuera el broche de oro de su postura, cuando más bien constituye un recurso exótico carente de valor científico.

(45) El propio MAIRAL reconoce haber descubierto afinidades que antes de su primer artículo ignoraba respecto de nuestras ideas (conf. El aporte..., cit., ED, 180-849).

(46) Conf. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO, ob. cit., pág. 249, nota 146.

(47) AJA ESPIL, JORGE A., Constitución y Poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes, Buenos Aires, 1987, p. 140 y sigs.

(48) Vid: KEYES, NOÉ, Government Contracts. Under the Federal Acquisition Regulations, Minnesota, 1996, pág. 1074, cit. por BIANCHI (ob. cit., pág. 726).

(49) Conf. MARIENHOFF, MIGUEL S., ob. cit., t. III-A-80-81 (n° 599).

(50) Ob. cit., págs. 36-37.

(51) Sin embargo, en otros casos, se prohibió la rescisión por conveniencia sobre la base de que violan o aplican políticas gubernamentales esenciales (ej. en "Vibra-Tech v. United States", cit. por CIBNIC JOHN NASH RALPH C., Administration of Government Contracts, 3ª ed. 1082, Washington D.C., 1995).

(52) Criterio que reiteró la Corte, más tarde, en el caso "Ruiz Orrico c. Nación Argentina", Fallos, 316-1025 y sigs., especialmente consid. 18, aunque la Corte se refiere, impropiaemente, a la aplicación "supletoria" del Código Civil.

(53) CIBNIC-NASH, ob. cit., pág. 1073.

(54) Ob. cit., pág. 1087, por aplicación de la regla contemplada en FAR 52, 249-8 (g). Estos autores comentan que es muy común que los tribunales y las comisiones conviertan rescisiones por incumplimiento en rescisiones por conveniencia, lo cual se ha extendido a casi todas las razones de rescisión ilegítima por incumplimiento (ob. cit., pág. 1088 y los casos allí citados).

(55) Ob. cit. El aporte..., ED, 180-854. Lo cierto es que, en el transcurso de unos pocos meses, pudo finalmente superar aquella perplejidad que le ocasionaba nuestra prosa y escribir la crítica de nuestra tesis casi "veinte años después" de expuesta la misma.

(56) Conf. nuestro Derecho Administrativo, 6a ed. (reimpresión), Buenos Aires, 2000, t. I, pág. 147 y sigs.

(57) Ob. cit., t. II, pág. 23.

(58) En torno a la categoría del contrato administrativo, en "Contratos Administrativos", Buenos Aires, 2000, pág. 22.

(59) La teoría del Contrato Administrativo..., cit., EDAD, 2000/2001-539.

(60) Conf. El Contrato Administrativo, Buenos Aires, 1999, pág. 37, donde afirmamos: "Ahora bien, el ius variandi puede relacionarse con dos principios fundamentales del contrato administrativo: a) el de la lex contractus articulado en el art. 1197 del cód. civil, aplicable al derecho administrativo con las peculiaridades de esta disciplina y b) el principio de la inalterabilidad del contrato que tiende a preservar la igualdad de los terceros ante los beneficios públicos".

(61) Vid. BIANCHI, ALBERTO B., ob. cit., pág. 720 y sigs., especialmente pág. 722, donde cita la regla del FAR 43.102 (b) que prescribe que el precio debe ser "pactado" antes de la ejecución del trabajo.

(62) Fallos, 322-3139.

(63) Véase: CASSAGNE, JUAN CARLOS, El Contrato Administrativo, pág. 102.

(64) Ob. cit., pág. 104.

(65) La teoría del Contrato Administrativo..., EDAD, 2000/2001-532 y sigs.

(66) Distinción que, por otra parte, acepta la doctrina partidaria de ubicar ambas categorías dentro de una más general, al igual que lo que ocurre con el acto jurídico privado, véase: MARIENHOFF, MIGUEL S., Tratado..., cit. t. II, Buenos Aires, 1993, pág. 230 y sigs., y nuestro Derecho Administrativo, t. II, 6ª ed. (reimpresión), Buenos Aires, 2000, 48 y sigs.

(67) LINARES, JUAN FRANCISCO, Fundamentos de Derecho Administrativo, Buenos Aires, pág. 202.

(68) HUTCHINSON, TOMÁS, La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Buenos Aires, 1985, t. I, págs. 163-164.

(69) Al respecto, FIORINI propicia la mayor amplitud interpretativa para aplicar las reglas establecidas en el art. 7° in fine de la LNPA a los contratos administrativos (Cfr. FIORINI, BARTOLOMÉ, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1976, t. I, pág. 598 y sigs.).

(70) Conf. GORDILLO, AGUSTÍN, t. 3-XI-23, Buenos Aires, 2000. Resulta de interés apuntar que para GORDILLO los autores de la LNPA han incurrido en un error material al utilizar la fórmula de la aplicación analógica en vez de la subsidiaria o supletoria afirmando que "en algunos temas puntuales es frecuente y

casi inevitable que se mezclen temas de acto y contrato. Así en materia de extinción de actos por revocación, rescate, caducidad,..." (ob. cit., t. 3-XI-23).

(71) MAIRAL, HÉCTOR A., La teoría del Contrato Administrativo..., cit., EL DERECHO, Serie especial de Derecho Administrativo del 30 de noviembre de 2000, pág. 5.

(72) GRECCO, CARLOS MANUEL, Procedimiento Administrativo y Contratos Administrativos (Variaciones sobre el art. 7°, párrafo final de la ley 19.549), en el libro "Contratos administrativos", Buenos Aires, 2000, pág. 133 y ss, quien condensa su opinión en forma clara y contundente al señalar que "cuando de la contratación el Estado ingresa en el campo de aquello que ...se ha dado en denominar el giro o tráfico de la Administración Pública la aplicación de la ley de procedimientos administrativos es indiscutible" (ob. cit., pág. 136).

(73) BIANCHI, ALBERTO B., ob. cit., pág. 736 y sigs.

(74) PÉREZ CORTÉS, MARÍA JEANNERET DE, Acto Administrativo y Contrato Administrativo, en "Contratos Administrativos", cit., pág. 144.

(75) La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico), ED, 181-952.

(76) PÉREZ CORTÉS, MARÍA JEANNERET DE, ob. cit., pág. 146.

(77) Quien niega, prácticamente, la aplicación a los contratos de las principales normas de la LNPA (conf. La teoría del Contrato Administrativo..., cit., EDAD, 2000/2001-535).

(78) MARIENHOFF, MIGUEL S., ob. cit., t. III-A-80 y sigs.

(79) El Contrato Administrativo, Buenos Aires, 1999, pág. 96 y sigs.

(80) Esta opinión la sostuvimos en nuestro Derecho Administrativo, t. II, 1ª ed., Buenos Aires, 1982, págs. 37-38 y en las posteriores ediciones.

(81) Una situación similar acontecería si la ley de expropiaciones se limitara a prescribir que la Administración se encuentra habilitada genéricamente para expropiar porque esa potestad no podría ejercerse sin cumplir con los recaudos constitucionales.

(82) MARIENHOFF, MIGUEL S., El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, ED, 114-949; y COMADIRA, JULIO R., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, pág. 435 y sigs.

(83) Una síntesis de la jurisprudencia de la Corte puede verse en: COMADIRA, JULIO R., ob. cit., pág. 422 y sigs.

(84) CASSAGNE, JUAN CARLOS, Derecho Administrativo, t. II, Buenos Aires, 2000, pág. 33 y BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL, Teoría General de los Contratos Administrativos, Buenos Aires, 1980, págs. 502-503; BARRA, RODOLFO C., Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos, ED, 122-859; y BIANCHI, ALBERTO B., Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad del Estado, ED, 111-550. La Corte Suprema reconoció en el año 1984 el principio de la indemnización integral en el caso "Sánchez Granel" (Fallos, 306:1409) y en el voto de la mayoría del tribunal se destacó que "No se opone a la solución propiciada en el art. 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, pues al no aclarar cuál es el alcance de la indemnización de perjuicios "funda la concesión del lucro cesante antes que su prohibición" a la luz del principio enunciado en a)" (se refiere al principio de la integridad indemnizatoria). Con anterioridad en el año 1973, la Corte estableció dicho criterio en el caso "Dante Porta y Cía S.R.L." (Fallos, 286:333). Es también el criterio dominante en la doctrina francesa y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, véase LAUBADERE ANDRÉ DE, MODERNE FRANK, DELVOLVE PIERRE, Traité des Contrats Administratifs, París, 1984, t. II, págs. 667-671.

(85) Ob. cit., págs. 96-98.

(86) FONROUGE, MÁXIMO, La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público, en "Contratos Administrativos", págs. 556-557.

(87) Ob. cit., pág. 5.

(88) GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ SANTIAGO, ob. cit., pág. 79.

(89) Ob. cit., pág. 80.

(90) Conf. GRONDONA, MARIANO, Cavallo, en viaje hacia la heterodoxia, en Diario La Nación, Sección Opinión, del 08/04/2001, ha dicho que "Contra los espíritus sistemáticos, los espíritus pragmáticos tienen la ventaja de la flexibilidad. Pero la flexibilidad tiene un precio: la inseguridad. Para entrever el futuro, así, ya nadie puede preguntarse por las reglas estables que ofrecería un sistema, sino por las decisiones íntimas de un solo hombre. ORTEGA Y GASSET exclamó una vez: '¡Qué no diera por un sistema!'. Si ese reclamo vuelve alguna vez a la Argentina, señal será de que habremos superado esta emergencia en medio de la cual todo vale y todo se acepta".

(91) THIBON, GUSTAVE, El equilibrio y la armonía, versión española de "L'équilibre et l'harmonie" (París, 1976), Rialp, Madrid, 197, págs. 56 y 58.

(92) Conf. GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado..., cit. t. I, Buenos Aires, 1997, pág. XI-2 y sigs., bien que con diferentes graduaciones conforme a la intensidad de la aplicación del derecho público (XI-54).

(93) THIBON, GUSTAVE, ob. cit., pág. 58.

(94) MAIRAL, HÉCTOR A., ob. cit., ED, 180-854.

(95) Sin defender, por cierto, la privatización telefónica que GORDILLO califica como una "de las más aberrantes producciones del sistema administrativo nacional en el siglo XX" (ob. cit., t. 1, pág. XI-37, texto y nota 86).

(96) París, 1983 (2ª ed. actualizada por FRANCK MODERNE y PIERRE DELVOLVE), respecto de la modificación

unilateral sin ley o cláusula que la autorice.

(97) La lectura de los tres artículos de MAIRAL parece sugerir que la postura de GORDILLO es afín a la suya cuando lo cierto es que, en el fondo, tiene mayores coincidencias con la tesis que venimos exponiendo, lo que parece costarle reconocer, sobre todo en sus primeros ensayos. La realidad no se puede pintar diferente de lo que es porque de lo contrario hasta podría llegar a interpretarse que los juicios traducen posiciones intelectuales, quizás grabadas en el inconsciente colectivo. En uno de los artículos de nuestra polémica pusimos de manifiesto esta anomalía, quizás de una manera demasiado general, pues creíamos entonces que nuestro polemista iba a fijar su posición sobre la tesis de GORDILLO, cosa que no ocurrió, aunque mantenemos la esperanza de que lo haga en el futuro para evitar que los lectores confundan las diferentes posiciones doctrinarias. Utilizando una metáfora de un autor citado reiteradamente en sus ensayos (HOSPERS) podría decirse que “no es posible comerse el pastel y conservarlo al mismo tiempo”.

(98) Conf. PÉREZ CORTÉS, MARÍA JEANNERET DE, ob. cit. en Contratos Administrativos, pág. 144.

(99) Uno de los errores de la postura que criticamos consiste en ver el efecto del carácter administrativo del contrato principalmente en la cláusula exorbitante implícita cuando el citado efecto es mucho más intenso (y menos controvertido) en las prerrogativas públicas que prescriben la ley, la documentación contractual y el propio clausulado del contrato (De la peligrosidad..., cit., pág. 659).