

Sumarios

I. Introducción. 1. Consideraciones liminares sobre la doctrina que se propone. 2. La prescindencia de una construcción dogmática. 3. Axiomas del sistema administrativo que se contraponen a la formulación de la postura. - II. Alcance de la tesis a la luz de la crítica que atribuye peligrosidad a la concepción del contrato administrativo. 1. Sobre las cláusulas exorbitantes implícitas. 2. La aplicación del principio 'pacta sunt servanda' y la mutabilidad del contrato administrativo. 3. La oponibilidad o inoponibilidad de la 'exceptio non adimpleti contractus'. - III. La subsistencia de la figura del contrato administrativo. - IV. La especialidad del régimen del contrato administrativo demuestra la utilidad de la figura en el derecho público argentino y comparado. a) los efectos respecto de terceros; b) el equilibrio financiero del contrato; c) el contratista como 'colaborador' de la Administración; d) la existencia del fuero contencioso-administrativo. - V. Los contratos de la Administración en el derecho comparado. - VI. Conclusiones.

Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo

I

Introducción

1. Consideraciones liminares sobre la doctrina que se propone

En la serie especial de la Revista El Derecho, dedicada al Derecho Administrativo, se acaba de publicar un artículo del Profesor Héctor A. Mairal que lleva por título De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo [ED, 179-655]. Como, de alguna manera, conocíamos las distintas versiones acerca de la postura del autor sobre el tema, desarrollada tanto en cursos de postgrado como en conferencias y seminarios (aunque nunca antes volcada en artículos doctrinarios) y esa postura resulta radicalmente opuesta a las que venimos exponiendo hace más de veinte años, nos encontramos ante la disyuntiva intelectual de aceptarla o refutarla(1), confrontándola con los principios que justifican la existencia de la categoría del contrato administrativo, a la luz de los principios provenientes de la dogmática jurídica.

Aunque parezca, en cierto modo, una paradoja, no vamos a realizar la defensa in totum de la concepción tradicional francesa y española sobre el contrato administrativo, reflejada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestros tribunales, por lo demás bastante conocidas. Recurrir a un método de esa índole, traduciría un ejercicio vano de erudición comparatista que no tenemos el propósito de llevar a cabo sino, en lo mínimo y necesario, para apoyar estas primeras reflexiones críticas sobre la tesis de Mairal.

Porque, realmente, son tantas las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales —y hasta legales— que se contraponen a dicha postura en el derecho público argentino, que se necesitaría una obra de mayor envergadura para poder traerlas a colación y efectuar su análisis sistemático y puntual. A ello podemos todavía adicionar las diferencias que venimos manteniendo con la teoría tradicional, las que, salvo algunas referencias aisladas, no se señalan en el citado estudio.

Esta línea de pensamiento para abordar —con sentido de fidelidad a nuestros maestros— la crítica de las instituciones del derecho administrativo (así como la construcción de nuevas fórmulas, principios o, simplemente, las adaptaciones que demandan las concepciones tradicionales) ha sido magistralmente descrita, con relación a la doctrina francesa, por Eduardo García de Enterría(2), cuyos aportes a la construcción del actual derecho administrativo europeo, sin alterar sus principios cardinales, han sido realmente modélicos.

En el desarrollo de lo que pensamos constituye la tesis central de la tesis objeto de nuestra crítica (el

rechazo de la concepción del contrato administrativo), aflora una marcada preferencia por el derecho norteamericano (basado en precedentes difíciles de sistematizar en una concepción general sobre los contratos que celebra la Administración) cuando no late en su seno una idea contraria a la propia razón de ser del derecho administrativo.

Mientras el derecho norteamericano, impregnado de un notorio pragmatismo, va resolviendo los problemas jurídicos fundamentalmente a través de los precedentes y de las leyes, realizando esfuerzos realmente admirables a pesar de su escaso sustento dogmático y las contradicciones que encierra, provocadas, entre otras cosas, por no distinguir debidamente entre las instituciones pertenecientes al derecho público y al derecho privado, los derechos francés, español y argentino y, en general, los derechos de los demás países iberoamericanos, perfilan estas categorías, sobre la base de un sistema bifronte, en el que se ha desarrollado un derecho administrativo basado en normas e instituciones típicas y autónomas respecto de los derechos civil y mercantil, y, sobre todo, en principios generales que se van retroalimentando en el ámbito de cada institución, en un proceso de evolución jurídica creciente, que genera el desarrollo de nuevas formulaciones, técnicas y principios.

Si a ello se añade que el abandono que ha venido haciendo el derecho público europeo de este siglo, de lo que se ha denominado 'la concepción plana de la ley'(3), potenciando el papel de los reglamentos como fuente normativa (tal como ocurre con el sistema de nuestra Constitución, afirmado, con mayor énfasis, luego de la reforma constitucional de 1994), las diferencias impiden extrapolar el enfoque excesivamente pragmático que caracteriza al derecho norteamericano, lo cual influye, asimismo, sobre la interpretación funcional del principio de la división de poderes.

La circunstancia de que nuestra Constitución, al igual que la norteamericana, haya adoptado el sistema judicialista, para el juzgamiento y revisión de la actividad administrativa, en que primordialmente viene apoyándose Mairal, en sus diferentes críticas al sistema del derecho administrativo argentino, poco puede aportar a favor de su peculiar punto de vista, toda vez que:

i) existen países con sistema judicialista, como España, que han establecido una jurisdicción contencioso administrativa sin que se hayan planteado mayores objeciones en punto a la dualidad jurisdiccional en que reposa el funcionamiento del sistema, el cual responde a una arraigada tradición histórica(4);

ii) la cuestión de la jurisdicción competente para juzgar un contrato de la Administración es de naturaleza eminentemente adjetiva y procesal y no debiera incidir en el derecho aplicable al contrato, y

iii) en el propio derecho anglosajón se han creado órganos administrativos especializados y existe una tendencia cada vez más creciente proclive a la configuración de un derecho administrativo con ingredientes de tipo francés(5), tendencia que se encuentra favorecida desde hace algunos años por la injerencia del derecho comunitario europeo que prevalece como ordenamiento supranacional, el cual, no obstante la búsqueda de una compatibilización, introduce instituciones y técnicas propias de los derechos continentales europeos.

Es cierto que se propicia también que, como mínimo, la concepción del contrato administrativo sea significativamente acotada. Si bien en este aspecto es probable que nuestras coincidencias sean mayores en los resultados, es decir, en la configuración de un régimen jurídico con menores prerrogativas, no podemos dejar de señalar la contradicción teórica que encierra la postura, en tanto implica la aceptación de la existencia misma de la categoría a la que apunta el grueso de su crítica, lo que si bien puede tener alguna lógica dentro del pragmatismo y sentido de utilidad que pretende(6), resulta un procedimiento ciertamente extraño, si nos atenemos al modo de razonamiento característico de las doctrinas europea y argentina.

Esta suerte de contradicción aparece revelada en el desarrollo de la propia tesis en cuanto concentra su crítica sobre la concepción tradicional, quizás con la esperanza (por cierto legítima) de ganar adeptos a la doctrina a cuya adhesión convoca, sin reparar en aquellas coincidencias —en punto al régimen jurídico del contrato administrativo— que mantiene con nuestra postura, expuesta desde tiempo atrás, como asimismo, con otras concepciones doctrinarias.

Sin embargo, esta última circunstancia no es óbice para describir las disidencias que vamos a exponer en la inteligencia —al igual que Moderne y Delvolvé— de que 'los contratos administrativos, cualquiera sea su evolución, mantendrán siempre una singularidad'(7) y que el intento de suprimir la categoría constituye un esfuerzo ciertamente inútil.

2. La prescindencia de una construcción dogmática

Uno de los mitos que postula un sector de la ciencia moderna apunta a dismantelar todo cuanto implique

la derivación de una construcción dogmática —que se juzga meramente academista (pese a que el método académico es el que tiene por fin la búsqueda de lo verdadero, en cualquier ciencia)— para sustituirlo por metodologías basadas, básicamente, en la mera utilidad o praxis.

Pero, aparte de que el efecto práctico de utilidad suele depender de la aplicación de principios provenientes de la dogmática jurídica, fundamentalmente institucionales, puede ocurrir que una investigación que ha sido privada de sus fundamentos dogmáticos sea en sí misma estéril y conduzca a un camino equivocado, siendo también posible que, sin contradecir su esencia, las ciencias particulares sean puestas al servicio de fines utilitarios(8).

En el campo del derecho administrativo este enfoque prescinde de los principios que rigen las instituciones y fines del derecho público limitándose a la búsqueda de una utilidad o conveniencia que sólo podría encontrar sustento en la exégesis legislativa y en los precedentes judiciales. Al negar la aptitud del sistema administrativo para alcanzar su propio desarrollo y evolución, la postura que criticamos implica, en materia contractual, una inseguridad jurídica mayor que la que pretende superar con la doctrina que rechaza la existencia de la figura del contrato administrativo y, aun, con el intento de acotarla en forma significativa.

A la sombra de dicha doctrina resulta que todo el sistema jurídico descansa en el predominio total y absoluto de la norma legislativa, por una parte, y, lo que es aún más peligroso, en la libertad o discrecionalidad que el autor reconoce a la Administración, fundada en su 'capacidad negociadora', para introducir prerrogativas de poder público o cláusulas exorbitantes, no previstas en las leyes o en el marco de la negociación contractual, lo cual, al menos en nuestro país, dejaría librados a los contratistas a merced del capricho de los funcionarios de turno, con el consiguiente aumento de los niveles de corrupción.

El resultado sería un derecho contractual de casos, sin límites o principios fuera de los que al legislador se le ocurriera establecer, aparte de que para interpretar que es obra pública, servicio público o suministro, será siempre necesario acudir, ante las carencias inevitables de las leyes, la falta de tipos contractuales delimitados y la posibilidad de distintas combinaciones convencionales, a las construcciones dogmáticas que formulan tanto la doctrina como la jurisprudencia e, incluso, a conceptos jurídicos indeterminados, sin olvidar todos los problemas que plantean, en el campo de la interpretación, las relaciones entre el derecho y el lenguaje(9).

3. Axiomas del sistema administrativo que se contraponen a la formulación de la postura

El sistema de derecho administrativo nació, como es sabido, para regir el ámbito de las relaciones entre el Estado y los particulares frente a la insuficiencia del derecho privado para captar el fenómeno de la actuación de la Administración como poder público. En forma paralela y, en algunos casos, contemporáneamente, fue articulándose un sistema garantístico que no sólo protege a los individuos en supuestos de ilegalidad normativa sino también frente al dictado de actos unilaterales o contractuales violatorios del ordenamiento jurídico administrativo.

Ahora bien, sin intentar describir el contenido del derecho administrativo y antes de pasar al examen acerca del alcance de una postura que pretende forzar el retorno hacia el derecho privado, o, como modernamente se califica, una huida del derecho administrativo, veamos las notas fundamentales que, en forma liminar, se relacionan con la propuesta en el plano de la ciencia y la técnica jurídica. Va de suyo, que esto no implica desconocer la trascendencia que tienen los principios cardinales de nuestro sistema, como el de división de poderes y el principio judicialista que acoge nuestra Constitución Nacional, pero de ahí a fundar genéricamente en ellos una concepción sobre el contrato administrativo o criticar la existente en la doctrina y en la jurisprudencia argentinas, media todo un conjunto de principios, fines y técnicas, y aun, categorías aceptadas por la comunidad jurídica, que no se pueden esquivar, en tanto no excedan el marco de las normas y principios constitucionales.

En el derecho administrativo, aparte de sus principios institucionales y los que derivan de la Constitución Nacional, coexisten axiomas, que no se superan ni son susceptibles de refutarse a través de razonamientos meramente dialécticos o retóricos, a saber:

i) La proyección al plano contractual de una serie de principios institucionales de derecho público que fundamentan, en ese ámbito, la distinción con el derecho privado (no obstante las relaciones de coexistencia e interdependencia)(10), lo que, a su vez, conduce a profundizar las causas que hacen a la justificación de los criterios utilizados para el deslinde de estas dos grandes secciones del derecho contractual. Si bien se trata de categorías históricas, en el sentido de que son producto de las tradiciones y sistemas de cada país y sin desconocer tampoco la tendencia hacia la unificación de las fórmulas de los sistemas nacionales que exhibe el ordenamiento comunitario europeo(11), lo cierto es que el grueso de la

tesis encubre el rechazo de la dualidad existente entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración.

ii) Los actos, contratos y demás instituciones del derecho administrativo poseen una configuración típica y propia que se aparta de las correlativas categorías del derecho civil, siendo fuente autónoma para la creación y desarrollo de principios institucionales⁽¹²⁾, como lo demuestra la propia evolución del derecho público europeo. Este axioma implica la pérdida del carácter especial que antaño se atribuía al derecho administrativo reflejándose también en el modo analógico de extrapolar el derecho privado ante la carencia de fuentes aplicables en el ámbito del derecho público. El derecho administrativo ha pasado a ser el derecho común de la Administración Pública e incluso se sostiene ahora, el carácter administrativo del derecho de la competencia⁽¹³⁾.

iii) Como consecuencia de las dos proposiciones anteriores, el derecho administrativo posee un 'régimen jurídico exorbitante' o, mejor dicho, un 'régimen administrativo' que se nutre con 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. Este régimen aparece vinculado en determinados supuestos, al orden público administrativo, por lo que las partes en un contrato administrativo no gozan, en principio, de la aptitud para alterarlo, tal como ocurre con el principio medular de la competencia y con el privilegio de la decisión unilateral ejecutiva (denominado comúnmente principio de ejecutoriedad), en la actividad materialmente administrativa⁽¹⁴⁾.

En el derecho administrativo, obra fundamentalmente de la doctrina y de la jurisprudencia, existen fuentes extra-legales⁽¹⁵⁾, como los principios que derivan de cada institución, los cuales, con sus límites garantísticos, operan como principios técnicos desde la base misma del ordenamiento, informando, con prescindencia de su positivización, la interpretación de las normas legales o reglamentarias y su aplicación a los casos concretos por parte tanto de los jueces como de los funcionarios públicos.

II

Alcance de la tesis a la luz de la crítica que atribuye peligrosidad a la concepción del contrato administrativo

Cabe preguntarse si se trata de una crítica que tiende a la eliminación de la categoría o figura del contrato administrativo o, en cambio, el propósito perseguido consiste en la descripción de una serie de principios y consecuencias jurídicas con el fin de acotar o desdibujar el ámbito de aplicación del contrato administrativo.

Ambos objetivos resultan por cierto antitéticos y revelan que no se acomete con profundidad⁽¹⁶⁾ el análisis de sus diferencias dogmáticas (no meramente positivas), claramente advertibles en la doctrina que parcialmente invoca en su apoyo.

De otra parte, resulta más bien propio del ejercicio de la práctica profesional que del análisis jurídico, agrupar a todas las teorías y argumentos en la vereda opuesta, criticando tesis que se han ido dejando de lado (al menos, en el campo doctrinario) y resucitando antiguas concepciones como si estuvieran plenamente vigentes en un derecho que se encuentra en permanente evolución gracias a la labor fecunda de los juristas y de la jurisprudencia.

Pues, no obstante las críticas que nos merecen muchas de las soluciones que ha venido formulando nuestra jurisprudencia en materia de contratos administrativos hay dos cosas a tener en cuenta: una, que los precedentes no establecen, en nuestro sistema, reglas fijas ni fórmulas jurídicas inmutables o medianamente estáticas y otra, las dificultades que entraña el hecho de extraer exclusivamente de aquéllos la sistematización del derecho aplicable, sin perjuicio de su eventual coincidencia con los principios institucionales.

La dinámica de los precedentes no sólo puede dificultar la sistematización del derecho sino que se halla muchas veces influida por los elementos reales del caso, por cuya causa, su extrapolación a reglas generales, constituye una operación ciertamente compleja que, basándose sólo en esa metodología, corre el riesgo de incurrir en grandes contradicciones (aunque sea únicamente por la diversidad de órganos judiciales y los cambios que se producen en las personas que los integran). Ello no implica desconocer o negar su utilidad, en cuanto, aparte de la posibilidad de generar también principios institucionales (como ha sucedido con la jurisprudencia del Consejo de Estado francés), proporcionan una visión realista del derecho. Con lo que no estamos de acuerdo, entonces, es tanto en la pretensión de fundar, exclusivamente, en los precedentes y en las leyes positivas todo el derecho público como en relegar la función y trascendencia del papel que cumple la doctrina en la construcción del derecho administrativo.

Sobre la base de dicha tesitura analizaremos a continuación las principales críticas formuladas que, malgre del autor, pretenden ser imperativas(17) en el sentido de que, de seguirse por la jurisprudencia, implicaran el abandono o la modificación de reglas y principios vigentes.

Por lo demás, en el análisis de la tesis que objetamos existe una complicación adicional que radica en la dificultad que se advierte para conciliar las proposiciones desarrolladas, ya que si bien es difícil pretender demostrar que la inutilidad de una institución puede ser peligrosa, el desenlace de la segunda parte resulta tan opuesto como inesperado.

Así, mientras en la primera parte el esfuerzo doctrinario se vuelca en tratar de demostrar la peligrosidad de una concepción (en la que se agrupan todas las tendencias, no obstante la predilección por tomar como blanco de la crítica las soluciones del derecho francés y argentino) que otorga al Estado prerrogativas inconcebibles en un contrato civil, en perjuicio notorio del contratista privado, la segunda parte, en la que plantea la inutilidad de la categoría del contrato administrativo, conduce a un final opuesto: la teoría general del contrato administrativo ha sido elaborada en beneficio de los contratistas y no del Estado.

La coincidencia de los opuestos, salvo en el plano literario, resulta imposible de sustentar con conclusiones tan radicalmente adversas, inspiradas en una metodología que rechaza el papel que desempeñan los principios institucionales y las técnicas provenientes del propio sistema administrativo en los contratos regidos sustancialmente por el derecho público (ya sea que se entienda que constituyen modulaciones específicas, o bien, elementos del régimen peculiar del derecho administrativo, como derecho común de la Administración Pública).

1. Sobre las cláusulas exorbitantes implícitas

El eje a cuyo alrededor gira la crítica central a la concepción del contrato administrativo es la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas a la que les asigna utilidad (en el sentido de que producen efectos sustantivos concretos) que considera peligrosa 'mientras que si ellas no existen, la teoría pierde peligrosidad pero al mismo tiempo carece de efectos sustantivos y se vuelve en gran medida inútil'(18).

Empero, se ignora que en la doctrina que venimos sustentando desde varios años no sólo no se ha reconocido la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas (como tampoco lo han hecho, últimamente, otros autores) sino que dicha postura fue motivo de explícito repudio.

En efecto, ya en la primera edición de nuestro Derecho Administrativo del año 1982, precisamos sobre el punto lo siguiente:

'Ateniéndonos a la concepción desarrollada, el régimen exorbitante, propio del derecho público, se encuentra por encima de la cláusula de la especie, constituyendo un orden jurídico general que, por lo demás, incluye prerrogativas y garantías. En cambio, la cláusula exorbitante al provenir de un pacto, de un orden singular, trasunta la imposición concreta de una determinada conducta u obligación por parte de la Administración. Por esta causa, no existen las llamadas 'cláusulas exorbitantes implícitas'. Lo que si existen son las prerrogativas de poder público que posee la Administración Pública, derivadas del ordenamiento general constitutivo del régimen administrativo'(19).

Esta postura, que diferencia el régimen exorbitante de la cláusula exorbitante(20) había sido antes expuesta en un trabajo publicado en la Revista El Derecho y reproducido en la R.A.P. en el año 1975(21), al precisar que debía distinguirse el régimen exorbitante de dicha cláusula 'la cual depende de la voluntad de las partes, mientras que el régimen existe con independencia de la voluntad común expresada en el contrato'(22).

De modo, entonces, que en esta proposición nada hay de novedoso más que la coincidencia doctrinaria con nuestra opinión y no deja en el fondo de revelar el desconocimiento de la doctrina existente en su propio país(23), que ha concitado nuevas adhesiones(24).

Por otra parte, la producción de efectos implícitos exorbitantes (por más sustantivos que pueda suponerse que fueran) no es concebible que deriven de pacto o contrato alguno ya que, en principio, las prerrogativas públicas surgen del régimen jurídico normativo que es típico del contrato administrativo.

El pacto no es pues, fuente de las prerrogativas de poder público lo cual no obsta que se celebren contratos que tengan por objeto actos y potestades administrativas (previamente configuradas por el ordenamiento administrativo) a través de los llamados 'contratos públicos', que han adquirido una extensión realmente extraordinaria en algunos derechos, como el alemán. La solución que propicia Mairal en el sentido de que 'el Estado pueda aprovechar su fuerza negociadora para imponer en la documentación contractual cláusulas que le conceden prerrogativas respecto de la otra parte contratante y que ésta debe

aceptar si desea contratar con el Estado'(25) colocaría al particular en una situación de indefensión frente al poder público y, en definitiva, en una situación todavía peor que la que resulta de someterse a cláusulas exorbitantes implícitas. Lo que sí puede ser objeto del pacto (como ya lo advirtió hace años Romano) es el modo de ejercicio de la prerrogativa o potestad e, incluso, la imposición de cargas y obligaciones propias del tráfico patrimonial.

El mismo término 'implícito' resulta, además de confuso, ciertamente contradictorio ya que lo implícito es lo que queda comprendido y deriva de lo expreso (técnica que, desde luego, es utilizada en el derecho público) y nada tiene que ver con la admisión de una facultad pública no pactada ni prevista como prerrogativa de tal carácter en el ordenamiento jurídico-administrativo.

2. La aplicación del principio 'pacta sunt servanda' y la mutabilidad del contrato administrativo

Entre las consecuencias generales que tornan peligrosa la concepción del contrato administrativo, se arguye una aplicación indebida acerca del alcance del principio pacta sunt servanda(26), sosteniendo, en síntesis, que resulta contradictorio 'afirmar que en los contratos administrativos rige...', el citado principio '... y agregar a renglón seguido que las relaciones que emanan de dichos contratos son por principio mutables ...'(27).

Al abordar algunas consecuencias especiales, en oportunidad de su crítica al ius variandi, se descubre en qué consiste la objeción que formula sobre esta prerrogativa pública. En tal sentido, cabe observar que entiende por ius variandi 'el derecho unilateral de la Administración a imponer modificaciones al contrato calificado de administrativo'(28).

Podría, quizás, suponerse que se refiere al ius variandi como prerrogativa implícita (cuya procedencia antes hemos descartado) pero la generalidad de su postura no permite descender a una conclusión concreta y más bien parece opuesta a la mutabilidad, no ya la prevista en la ley o reglamento, que no cuestiona, sino la que se opera mediante un pacto o acuerdo entre la Administración y el contratista seleccionado, licitación pública mediante, donde deja formulado el interrogante acerca de hasta qué punto es compatible la eventual modificación posterior del contrato con el principio de igualdad, cuestión resuelta en favor de la compatibilidad y la procedencia, por ende, de la mutabilidad contractual consensuada(29).

Sobre el punto, se ha sostenido dicha compatibilidad poniendo como límite el no otorgamiento de ventajas o beneficios al contratista que, de haberse otorgado a los demás oferentes, hubieran permitido presentar una mejor oferta(30) habida cuenta de que el principio de igualdad está dirigido, fundamentalmente, como afirma Gambier, 'a regir durante la etapa de selección'(31).

¿Qué acontece cuando el ius variandi proviene de una norma general posterior de carácter reglamentario?

En tales supuestos, se suele producir un desequilibrio que altera la ecuación económico-financiera del contrato. Creemos que, sin perjuicio del análisis sobre la razonabilidad e inmutabilidad del fin del contrato y la protección de los derechos de los terceros oferentes, es evidente que, si la modificación contractual se introduce en el contrato administrativo por vía reglamentaria, el contratista tendrá derecho a una compensación que le permita mantener el equilibrio financiero del contrato administrativo.

Lo expuesto demuestra que el ejercicio del ius variandi, derivado de la potestad reglamentaria, si bien opera desde fuera de las cláusulas contractuales incide en el contrato, integrándose en él. En realidad, como dicen García de Enterría y Fernández, constituye, uno de los polos en los que circulan las singularidades propias que hacen al equilibrio del contrato administrativo, como son los principios de mutabilidad y el del equivalente económico o equilibrio financiero del contrato administrativo(32).

Porque lo verdaderamente esencial es el mantenimiento y prevalencia del fin del contrato(33). Este principio de inalterabilidad del fin(34) se articula con el pacta sunt servanda como un principio institucional dogmático que confiere sentido y razonabilidad a la modificación contractual.

La explicación de esa articulación ha sido lúcidamente desarrollada en la doctrina española, en concordancia con la tesis que venimos sosteniendo, al señalar que cuando se habla de límites al ejercicio del ius variandi se está estableciendo concretamente una garantía para el contratista privado sobre el que no puede recaer 'en forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales' mientras que cuando se alude a los límites del ius variandi se alude 'única y exclusivamente, a los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorias para el contratista, lo cual es sustancialmente distinto ...'(35) tal como ocurre —entre nosotros— con los límites cuantitativos establecidos en la ley de Obras Públicas(36).

Esta diferente configuración parece no haber sido advertida en la crítica a este principio de la dogmática administrativa contractual. Pues, como se ha señalado en la doctrina española la razón de ser de la potestas variandi se encuentra 'en la inmutabilidad o inalterabilidad del fin perseguido con el contrato'(37).

Ahora bien, la articulación de estos principios, proveniente de la dogmática y no de la praxis, aparece parcialmente reflejada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al declarar que 'la modificación unilateral de la Administración de lo convenido por las partes llevada a cabo por la Administración no puede extenderse a la luz de lo expresamente dispuesto por el artículo 1197 del Código Civil ...'(38).

3. La oponibilidad o inoponibilidad de la 'exceptio non adimpleti contractus'

Otro supuesto alegado en el intento de demostrar la peligrosidad de la concepción del contrato administrativo se funda en la inoponibilidad de la exceptio non adimpleti contractus sostenida antiguamente en la doctrina, aun cuando se reconoce que Marienhoff(39) sostuvo elocuentemente su procedencia, con un alcance limitado, en el sentido que debe existir una razonable imposibilidad de cumplir el contrato(40), postura que en su momento compartimos(41), al igual que Berçaitz(42), habiendo sido recogida también por la jurisprudencia de la Corte Suprema(43).

Sin embargo, a renglón seguido Mairal propicia, con una sola limitación que, como se verá, es puntual y no de principio, la inoponibilidad de la citada defensa en la concesión de servicios públicos, lo cual traduce una interpretación que entendemos resulta contraria a la seguridad jurídica contractual que predica.

En efecto, afirma que 'tal inoponibilidad podría ser defendible —dentro de ciertos límites— en la concesión de servicios públicos —en la cual existe una relación tripartita Estado concedente-concesionario-usuario— y donde la prestación principal que recibe el concesionario (el precio del servicio) proviene del usuario', agregando, sin indicar el principio del que proviene su interpretación que 'no parece razonable que una controversia entre el Estado y el concesionario acarree la suspensión del servicio por este último'(44).

Lo concerniente a la relación tripartita de la concesión de servicio público no es fundamento adecuado para negar la inoponibilidad de la exceptio habida cuenta de que la concesión —si bien con efectos sobre terceros (usuarios)— se configura como un acuerdo entre dos voluntades, la de la Administración y la del concesionario. En cuanto al restante argumento lo que ocurre es, en realidad, la injerencia en la relación contractual del principio de continuidad del servicio público. Con lo que sí estamos de acuerdo es con la solución al caso práctico que plantea que, en rigor, deriva del principio que sustenta la oponibilidad de la defensa, con las excepciones que se han descripto.

Es decir que, cuando exista una razonable imposibilidad de cumplir con el contrato (o bien, agregamos, una significativa y mayor onerosidad), la exceptio es oponible al Estado, aun cuando deba suspenderse el servicio, pues el concesionario no puede verse constreñido al cumplimiento de prestaciones que razonablemente le resulta imposible ejecutar. El remedio, en tales casos, se encuentra en la expropiación, ocupación temporánea y/o sustitución del contratista, pero resulta ajurídico que no se pueda alegar la defensa en supuestos caracterizados por la imposibilidad de cumplir el contrato (o frente a la significativa onerosidad que provoca el incumplimiento estatal). Más todavía, en determinados supuestos, la oponibilidad de la defensa resulta procedente y no se podría cuestionar en base al argumento que criticamos (pues no se llegaría a suspender la prestación del servicio) como ocurriría, en la práctica, si un Ente regulador pretende cobrarle al concesionario la tasa fijada para contribuir a su funcionamiento (si ésta estuviera fijada, aceptada o incorporada al contrato) y, por otra parte, se niega a devolverle el importe de una multa declarada ilegítima por la justicia (también de base contractual).

El problema, entonces, no se corrige con una solución práctica que pueda proporcionarse para un determinado supuesto ideal (pues hay muchas situaciones) sino corrigiendo el principio dogmático de partida que es la oponibilidad de la exceptio en todos los contratos administrativos, con las adaptaciones a los principios del servicio público. Como decía el gran Hauriou se trata de una concepción que se apoya en la máxima de 'rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato'.

III

La subsistencia de la figura del contrato administrativo

En este punto y dentro de lo que denomina 'causas de la peligrosidad', después de haber sostenido que la crítica a la teoría del contrato administrativo se centra en la pretendida existencia de las cláusulas exorbitantes implícitas, afirma que las causas que tornan peligrosa la teoría resultan 'primeramente, de su imprecisión'.

Si se pasa por alto el peculiar y convencional método de análisis que considera que el centro de la crítica no es la causa primera de la peligrosidad de la figura, puede advertirse que la principal objeción se concentra en los criterios establecidos para la configuración de la categoría del contrato administrativo, en aquellos países que, de un modo u otro, la sustentan.

La inutilidad de un intento general de esa envergadura casi no necesita demostración en la medida que en vez de elaborar las bases y criterios para la configuración de una figura precisa, acorde con las ideas del autor, se ocupa de agrupar a todas las concepciones en una especie de pozo minado para luego ir rescatando, sin señalar las diferencias conceptuales ni dogmáticas entre ellas, las fórmulas, opiniones o principios que considera dignos de salvación doctrinaria.

Este peculiar método científico que agrupa y a la vez disocia ideas y principios, sin intentar su armonización, subestima la labor de los juristas franceses, españoles, argentinos y, en general, hispano-americanos, que han acometido, desde distintos puntos de vista, la tarea de construir un sistema dogmático que, en la medida que sea recepcionado por la jurisprudencia y legislación, resulta preceptivo (sin perder, por ello, la aptitud dinámica, hacia la evolución de sus instituciones y principios, que caracteriza al derecho administrativo).

Es evidente, entonces, que la descripción de una serie de concepciones sin analizarlas a fondo en forma separada o agrupada, en función de sus similitudes, intenta, en el fondo, desplazar el papel de los juristas en la construcción y desarrollo de las instituciones del derecho administrativo.

Así las cosas, el escenario que se plantea no puede ser más confuso ya que las críticas se centran sobre una teoría que no es homogénea (en rigor, hay varias)(45), pues, como es obvio, no se puede desconocer que la diversidad doctrinaria ha dado origen a múltiples concepciones sobre la figura del contrato administrativo. Agruparlas todas en una teoría carece de sentido, máxime cuando son totalmente opuestas entre sí. Precisamente, la tarea del jurista consiste antes que en la descripción de las categorías y en la cita de casos imprecisos y contingentes, entre otras cosas, en una labor de sistematización del sistema vigente y, al mismo tiempo, de armonización y creación de la dogmática jurídica en cada rama del derecho, mediante la creación o descubrimiento de nuevos principios institucionales, que luego resultan positivados por la jurisprudencia o legislación.

Sin embargo, estas reflexiones liminares no pretenden, desde luego, desmerecer la calidad científica del autor revelada en anteriores estudios, donde no ha extremado la metodología que emplea en este trabajo en el que, esencialmente, rechaza la figura del contrato administrativo(46).

La crítica que se formula sobre las concepciones argentinas, entre las que se extraña el análisis de la interesante doctrina de Gordillo (que precisamente sistematiza tres tipos de contratos de la Administración)(47), se limita a decir que no ha sido menos feliz que la francesa por cuanto acude a conceptos imprecisos, subjetivos e indeterminados, sin dar otras razones o argumentos con una mínima fuerza de convicción y, lo que es aún más objetable, sin distinguir entre concepciones subjetivas y objetivas, ni señalar tampoco cuál es la que prevalece en la jurisprudencia.

En efecto, si la doctrina que prevalece, incluso en la jurisprudencia(48), como lo reconoce Gordillo(49) — que ha morigerado su postura anterior acerca de los llamados contratos privados de la Administración(50) —, la crítica debió profundizar, al menos, la tesis de la corriente mayoritaria, resaltando o sistematizando, según sea el caso, su contenido común y las diferencias existentes en punto al régimen jurídico del contrato administrativo.

Pero de ahí a limitarse genéricamente a sostener, por ejemplo, que el criterio de la función administrativa o el del giro o tráfico de la Administración(51) son peligrosos, por su imprecisión o indeterminación, sin decir prácticamente nada acerca del principio central en que reposa cada concepción sobre el objeto del contrato administrativo, especialmente aquellas que rechazan el criterio de la cláusula exorbitante (sobre todo, la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas) constituye una técnica defectuosa, máxime cuando páginas más adelante transcribe, sin observación alguna, el criterio seguido por la última ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España (LCAP) que prescribe, junto a la categoría de los contratos administrativos nominados, los contratos administrativos especiales, cuya configuración proviene de hallarse 'vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley'(52).

El criterio de la LCAP y nuestra tesis sobre la categoría del contrato administrativo(53), en la que sostenemos el criterio central de la función administrativa(54), que tiene como causa un interés público relevante, resulta de algún modo compatible con la línea desarrollada por la doctrina española que

circunscribe la figura a la 'actividad peculiar y propia' de la Administración(55) y con el sistema de la LCAP. Así, las notas materiales de la función administrativa, que son la concreción, continuidad e inmediatez(56), junto a un objetivo público relevante que opera como causa fin del contrato(57), permiten derivar su conexión con la 'específica competencia' de la Administración, tal como se prescribe la LCAP antes mencionada.

Hemos dicho también que 'en esa línea el concepto de función administrativa es esencialmente dinámico e históricamente variable, en cuanto debe graduarse de conformidad al ordenamiento jurídico-legal de cada país, pero ello no quita la utilidad de utilizarlo como centro de referencia, unido a la existencia de un régimen en el cual se reconozcan, en forma orgánica y sistematizada, las prerrogativas de poder público que tiene la administración a su favor (v.gr., modificación unilateral del contrato). La presencia o no de este régimen exorbitante no depende de la voluntad de las partes, pues existe con independencia de la voluntad de someterse a él, sin perjuicio de que la administración pueda celebrar, cuando el ordenamiento lo admita, un contrato parcialmente reglado por el derecho privado, donde tal regulación estará ausente, en principio. No se debe confundir, en consecuencia, 'régimen exorbitante' con cláusula exorbitante, la cual depende de la voluntad de quienes contratan y no surge directamente del ordenamiento'(58).

Hay que advertir que el sentido que trasunta la configuración de un criterio para definir el contrato administrativo se proyecta más allá del ámbito de los contratos administrativos nominados, cuyas figuras especiales no han sido objeto de una determinación positiva a priori (ej.: los contratos celebrados para la construcción de las cárceles, en los que aparecen entremezcladas tres instituciones: fideicomiso, leasing, y obra pública), en cuyo caso corresponde aplicar, en primer término, no sólo las reglas generales que rigen la contratación pública (zona común de la contratación administrativa) en materia de competencia y procedimiento de formación de la voluntad, sino también, los principios institucionales propios de la categoría del contrato administrativo, para acudir recién al derecho privado a través de la técnica de la supletoriedad(59) o analogía, ante la carencia de soluciones en el sistema administrativo.

Con los alcances que se han puesto precedentemente de relieve, la figura del contrato administrativo constituye una institución al servicio del derecho, sin que puedan conmovirse sus cimientos y principios jurídicos dogmáticos por una serie de generalizaciones globales(60). Creemos que la globalización no da para tanto, pues, pese a las constantes citas del derecho comparado que se invocan lo trascendente será, en definitiva, la orientación y los principios jurídicos que recepcione o elabore la jurisprudencia, lo que es algo distinto a un sistema exclusivamente basado en los precedentes, sobre todo en aquellos países donde el juego de los principios generales o institucionales aplicables al contrato administrativo carece de la trascendencia que le reconoce nuestro sistema jurídico.

IV

La especialidad del régimen del contrato administrativo demuestra la utilidad de la figura en el derecho público argentino y comparado

Al fundar la pretendida inutilidad de la concepción del contrato administrativo Mairal se ocupa de una serie de razones especiales las cuales, según su opinión, tornan inconveniente e innecesaria la figura en los derechos argentino y comparado(61).

Como se verá seguidamente, ninguna de las razones que se exponen resultan convincentes y —al igual que lo que ocurre con las críticas anteriores acerca de otras consecuencias especiales (que tornarían peligrosa la concepción)— robustecen la figura del contrato administrativo y, al fin y al cabo, sirven para demostrar su utilidad en las relaciones entre el Estado y los contratistas privados regidas por el derecho público.

Desde luego que no existe un régimen jurídico unitario aplicable a todos los contratos que celebra la Administración(62) y aun cuando se reconozca actualmente la existencia de una 'zona común de la contratación pública'(63) no puede negarse, al menos, que existen diferentes graduaciones(64), de acuerdo a la injerencia que tengan en ellos los derechos público y privado, admítase o no una categorización sistematizada de los tipos contractuales.

De lo que se trata en este punto del análisis de la concepción, no es tanto de desentrañar esas tipologías diferenciadas de los distintos contratos que vinculan al Estado con contratistas privados o públicos, sino de determinar, en qué medida, existe un régimen jurídico preponderante de derecho público para una determinada clase de contratos, los cuales, precisamente, nuestro mundo jurídico considera que son contratos administrativos.

a) los efectos respecto de terceros

En el derecho que rige los contratos administrativos, ya sea que tenga su fuente en la ley, en un

reglamento o en el propio texto contractual (celebrado en el marco de la normativa aplicable), se admite, como un principio dogmático institucional, la extensión de los efectos hacia terceros, lo que es particularmente advertible en las concesiones de servicios públicos y de obras públicas.

Aun haciendo abstracción de las diferentes explicaciones y fundamentos que se han dado en la doctrina para justificar este principio(65) no se puede desconocer que se trata de un principio radicalmente opuesto al establecido en el art. 1195 del cód. civil, que no admite la existencia de efectos sustantivos, constantes y permanentes(66) sobre terceros ajenos al vínculo contractual.

Porque si el Estado posee la potestad de imponer vínculos jurídicos obligatorios en forma unilateral (y este es un punto que nadie discute), carece de sentido vedarle similar prerrogativa cuando la extensión de los efectos proviene de un contrato administrativo, con fundamento, en ambos casos, en el ordenamiento administrativo.

b) el equilibrio financiero del contrato

Según la doctrina que criticamos, otro de los principios que no justificaría la especialidad propia del régimen del contrato administrativo sería el llamado equilibrio financiero o equivalente económico del contrato administrativo. El argumento central de esta interpretación radica en la circunstancia de que, como nuestro derecho civil ha recepcionado —a diferencia del francés— la teoría de la imprevisión, no se justifica la configuración de un principio dogmático institucional diferente del que, conforme a su peculiar punto de vista, prescribe el derecho civil, incluso generalizando el principio de la equivalencia de las prestaciones.

Esta postura no advierte la diferente configuración que existe con relación a los desequilibrios contractuales que se producen, respectivamente, en el campo del derecho civil y en el del derecho administrativo, aparte de que la aplicación de los preceptos del Código Civil, en nuestro sistema jurídico, se opera por analogía (es decir, con las adaptaciones necesarias a los principios peculiares del derecho público) como lo ha reconocido una jurisprudencia constante a partir del caso 'Los Lagos', resuelto por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación(67).

Precisamente, aquí se encuentra la falla de la interpretación que criticamos, ya que resulta obvio que en el contrato administrativo el equilibrio contractual se encuentra en un punto diferente. Como han dicho García de Enterría y Fernández 'Las alteraciones o adaptaciones que el interés público exige introducir en la obra, servicio o suministro contratados tienen en todo caso su contrapartida en un deber legal de respetar la llamada 'ecuación financiera' del contrato. Mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son, pues los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa'(68)

De otra parte, los requisitos que exige el art. 1198 del cód. civil (entre ellos el relativo a la excesiva onerosidad sobreviniente y al carácter extraordinario e imprevisible del acontecimiento) y la fórmula compensatoria que articula (basada en la equidad) difieren significativamente de la solución a que arriba el derecho administrativo, cuando la modificación del contrato se impone por causas ajenas a las partes contratantes y no se trata, desde luego, de los supuestos de responsabilidad extracontractual provenientes del llamado 'hecho del príncipe' o actos del soberano(69).

La diferencia está pues en el riesgo que corre o asume el contratista en cada caso, riesgo que en el derecho administrativo se cubre con mayor amplitud dadas las cargas, deberes y obligaciones que pesan sobre el contratista, aparte de las razones que hacen a la conveniencia de colocar a todos los oferentes en un pie de igualdad para obtener las mejores propuestas, sin cargarle al precio un riesgo que, en el derecho privado, sería considerado anormal (la sujeción a los poderes exorbitantes).

Para compensar, pues, ese riesgo y respetar al propio tiempo la igualdad ante las cargas públicas (art. 16, Constitución Nacional) y mantener la inalterabilidad del fin del contrato administrativo, se impone la vigencia del principio del equilibrio financiero del contrato que cubre tanto los riesgos imprevisibles o extraordinarios como aquellos que, aun cuando no fueran notoriamente previsibles ni provoquen una excesiva onerosidad, resultan ajenos a las partes de la relación contractual.

La pretensión de resolver toda la problemática contractual del desequilibrio del contrato administrativo, en el marco de la teoría de la imprevisión del Código Civil, citando incluso en su apoyo a Marienhoff(70), se funda en el argumento temporal de la actual estabilidad económica de la Argentina, aspecto de la política estatal, que, aunque fuera deseable se mantuviera en el futuro, no debiera modificar el principio, aunque en la actualidad no padezcamos el flagelo inflacionario.

En cualquier caso, se trata de un principio jurídico que seguirá jugando como la otra cara de la

mutabilidad del contrato administrativo.

c) el contratista como 'colaborador' de la administración

Es indudable que la idea de la colaboración está presente en determinados contratos administrativos nominados, como la concesión de servicios públicos, pero también existen otras especies convencionales (en el campo del derecho administrativo) en que la relación con el Estado es de atribución⁽⁷¹⁾ y el carácter administrativo del contrato deviene de la condición jurídica de la cosa objeto del intercambio prestacional (por ejemplo, en la concesión de uso de bienes del dominio público).

En los contratos que contienen prestaciones a cumplirse en plazos de cierta duración, presididos por la idea de colaboración, el contratista ocupa el lugar de la Administración mediante una suerte de delegación de un complejo de poderes y facultades, creándose así una suerte de asociación institucional —como decía Hauriou— que, al propio tiempo que armoniza el interés privado con el público, le atribuye a este último, en caso de duda, una determinada preponderancia en la faz interpretativa del contrato sirviendo también para reafirmar, de un modo especial, la garantía del equilibrio financiero del contrato con el objeto de mantener la continuidad de los servicios que prestan los concesionarios o licenciatarios. Es decir que, en esta clase de contratos, la garantía del equilibrio financiero juega, más que como una mera compensación, dentro de una 'fórmula de colaboración' —según la acertada expresión de Martín-Retortillo Baquer⁽⁷²⁾—, que tiende a preservar el fin del contrato y facilitar su renegociación frente a las cambiantes condiciones de la vida económica, lo que no se cubre sólo con la invocación de principios generales como el de la buena fe y el de los propios actos, valiosos, por cierto, en la medida que cumplen una función eminentemente protectora de los derechos individuales.

Esta clase de fórmula, propia de la contratación administrativa es, precisamente, lo que facilita 'la operación pragmática del interés público', tal como ocurre con el fenómeno que se describe como existente en los Estados Unidos e Inglaterra⁽⁷³⁾, aunque las recientes experiencias ocurridas en el sector del gas y de la electricidad en este último país demuestran que la colaboración entre empresas licenciatarias y los reguladores ha sido reemplazada por la idea de soberanía o de autoridad de las decisiones adoptadas por el gobierno (imponiendo, incluso, impuestos con carácter retroactivo) o los entes o agencias reguladoras, donde los contratistas carecen de un recurso similar al de exceso de poder del derecho francés.

d) la existencia del fuero contencioso-administrativo

Aun cuando se reconozca que la categoría del contrato administrativo encuentra su raíz en la propia creación de la jurisdicción contencioso-administrativa⁽⁷⁴⁾ —interpretación esta última que, sin embargo, ha sido recientemente cuestionada en la doctrina española⁽⁷⁵⁾— lo cierto es que se trata de un hecho vinculado a la historia del derecho público⁽⁷⁶⁾ que no sirve para justificar actualmente la exclusión de las cuestiones contractuales de dicha jurisdicción y, menos aún, para rechazar la figura, atribuyendo el conocimiento de dichas causas a los tribunales civiles ¿qué sentido tendría, entonces, la atribución jurisdiccional a un fuero especializado?

Aunque estamos convencidos que a nadie en la Argentina se le ocurriría plasmar en el ordenamiento positivo una solución semejante, no podemos dejar de apuntar el retroceso que implicaría la adopción de dicha tendencia, francamente opuesta a la concepción legislativa que actualmente rige en España que antes de restringir, ha extendido la competencia de los tribunales contencioso-administrativos para conocer en relación con determinados aspectos de contratos no administrativos⁽⁷⁷⁾, máxime cuando se reconoce la existencia de una 'zona común de la contratación administrativa'.

Trasladar a la jurisdicción civil el conocimiento de las causas que tengan por objeto el juzgamiento de las relaciones contractuales entre la Administración y los particulares, en el actual estadio de la evolución del derecho administrativo argentino sería —valga la metáfora— como atribuir jurisdicción a un juez del trabajo para entender en un litigio civil, comercial o penal, sorteando los criterios de especialización en los que finca la competencia de los tribunales en lo contencioso-administrativo.

Porque como apuntan García de Enterría y Fernández, aun reconociéndoles una naturaleza civil, ciertos contratos que celebra la Administración 'deben ser residenciados ante los Tribunales contencioso-administrativos por un simple motivo práctico, porque estos tribunales son más rápidos y expeditivos y porque conocen mejor el funcionamiento de la Administración, que conviene no perder de vista al enjuiciar estas cuestiones contractuales'⁽⁷⁸⁾ a lo que cabe adicionar las cuestiones vinculadas con la configuración de una 'zona común de la contratación pública' que se rigen siempre por el derecho administrativo.

Los contratos de la Administración en el derecho comparado

Como no existe coincidencia total en el derecho comparado acerca de la figura del contrato administrativo, su ámbito de aplicación y régimen aplicables, es evidente que, por mínima que sea la extensión y profundidad del análisis jurídico que se efectúe, la descripción de los distintos sistemas debiera efectuarse tanto en función de sus contraposiciones dogmáticas y conceptuales como de sus coincidencias relativas.

No hay, por de pronto, como lo hemos señalado, una concepción jurídica unitaria sobre los contratos de la Administración, menos aún, con pretensiones de universalidad que haga posible su extensión a todos los países. Sin embargo, en aquellos en los que el derecho contractual resulta similar al nuestro, nada impide, desde luego, con las adaptaciones del caso, trasladar aquellos principios, fórmulas e instituciones que fueran compatibles con el sistema vernáculo.

Quizás, sea esa compatibilidad, como se ha demostrado, la principal sintonía que mantenemos con los derechos francés y español y, al propio tiempo, el motivo que dificulta el transplante de los principios e instituciones que contienen los derechos alemán e italiano, cuyos puntos de coincidencia son mucho menores, aunque no tanto como ocurre con el derecho anglosajón(79).

Pero no obstante que la figura del contrato puede ser concebida como un supraconcepto (oberbegriff) aplicable tanto al ámbito del derecho público como al privado(80), lo cierto es que el derecho administrativo se ha transformado en el derecho común de la contratación pública(81).

En Francia, con algunas críticas puntuales(82) se sigue aplicando el esquema tradicional sobre los contratos de la Administración, elaborado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de conflictos, que distingue, básicamente, la figura del contrato administrativo de los contratos privados de la Administración (sobre la base del criterio central del servicio público, completado con el de la cláusula exorbitante, aunque algunas veces, se opte también por el concepto de 'elementos exorbitantes')(83) con distintos efectos sustantivos y régimen en punto al control jurisdiccional, hallándose la actividad contractual de la administración regida normalmente por el contrato administrativo en sus diferentes especies conocidas e, incluso, algunas especies contractuales novedosas en los diferentes modos de gestión de la llamada delegación del servicio público(84). Esta concepción, en sus líneas fundamentales es la seguida, como es sabido, por el derecho español y otros países europeos (v.gr.: Portugal y Bélgica) e iberoamericanos (Argentina, Colombia, Chile, etc.), con las peculiaridades propias de cada ordenamiento, que introducen variantes, incluso con respecto al sistema de control jurisdiccional de tipo francés, tal como ocurre en España y la Argentina.

Este panorama no es exactamente similar al que se aprecia —por ejemplo— en los derechos italiano y germánico aferrados todavía a un esquema bastante primitivo (que no es del caso desarrollar aquí ni menos las diferencias entre ambos), en el que los contratos tradicionales de la Administración en los derechos francés y español, siguen considerándose, en su gran mayoría, contratos de derecho privado, no obstante aplicárseles las reglas de derecho administrativo en la faz de preparación y adjudicación del contrato. Sin embargo, tanto en Italia(85) como en Alemania(86) se acepta la configuración de contratos públicos, aunque con un objeto diferente que los contratos administrativos del derecho francés(87) de los que se ha ocupado últimamente la doctrina española(88).

Lo cierto es que, como consecuencia de las Directivas comunitarias se ha ido imponiendo y continúa imponiéndose la llamada transposición normativa del derecho comunitario a los derechos internos nacionales que conduce a unificar los sistemas contractuales en las fases inherentes a la preparación y adjudicación del contrato sobre la base —con determinados umbrales— de tres procedimientos de selección: abierto, restringido y negociado, tendientes a resguardar los principios de igualdad, publicidad, concurrencia y no discriminación, procedimientos que se aplican a toda clase de contratación pública y, aún más, a ciertos contratos celebrados entre empresas privadas.

Lo que ha ocurrido, y está ocurriendo entonces en Europa es un fenómeno diferente al que describe Mairal en su trabajo, pues, aunque las directivas comunitarias se fundan en el fin declarado y preceptivo de proteger la libre competencia en el mercado comunitario a nadie puede escapar que las citadas directivas introducen una cuña de principios de selección, propios del derecho público, en las etapas correspondientes a la preparación y adjudicación aplicables en todo el amplio espectro de la contratación pública, que ahora contiene reglas más rigurosas y restrictivas que las anteriormente establecidas en los derechos nacionales como el español— que admitía dentro de ciertas pautas— la contratación directa.

Tan es así que se ha afirmado(89) que el derecho comunitario reduce la fuga del derecho administrativo en un proceso que aun cuando haya quienes puedan interpretarlo de diferente manera nos parece que

evoluciona mediante un aumento progresivo de la aplicación de principios de neto corte publicístico en los procesos de selección de contratistas(90) concernientes a la contratación pública.

Y, precisamente, en ese marco evolutivo, que conduce a la transposición de las directivas comunitarias, España ha dictado una excelente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que manteniendo el molde del contrato administrativo clásico del derecho francés, ha introducido innovaciones jurídicas realmente notables tanto en el plano de la transparencia como en materia de las garantías reconocidas a favor de los contratistas(91) para compensar el peso de las prerrogativas de poder público.

Así, la LCAP de España prescribe una calificación que, aun cuando tiene por base la conocida distinción existente en el derecho español entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración(92) exhibe toda una gama de supuestos de la contratación pública.

Por de pronto, la LCAP considera dentro de la figura del contrato administrativo no sólo aquellos que se consideran típicos o nominados (como los referidos a obras y servicios públicos) —ampliando considerablemente su contenido (suministros no vinculados a servicios públicos y contratos de consultoría y asistencia técnica o de servicios y contratación para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales)(93)— sino también los denominados contratos administrativos especiales, figura por cierto residual que comprende a los que, no obstante tener un contenido diferente a los contratos administrativos tipificados poseen, sin embargo, naturaleza administrativa, a saber:

- '- por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante,
- por satisfacer en forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla,
- o por declararlo así una ley(94)'.

A estos contratos administrativos especiales se les aplican, preferentemente, sus propias normas y, en su defecto, las normas que rigen los contratos administrativos(95) lo que, precisamente, no concuerda con la tesis que propugna Mairal(96).

Pero, además, la LCAP agrega todavía el supuesto, bastante atípico por cierto, de los contratos mixtos en los siguientes términos:

'Cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá para su clasificación y aplicación de las normas que lo regulen al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico'(97).

Si bien en la doctrina española se ha desconocido la importancia de esta nueva figura(98) lo cierto es que se trata de una categoría tendiente a resolver los problemas de interpretación que se presentan en aquellos contratos administrativos en los que confluyen diversos tipos o contratos administrativos nominados, entendiéndose que no se refiere a los contratos privados de la Administración, no obstante que éstos se regulan, en algunos de sus aspectos, por el derecho público.

En efecto, la LCAP es terminante en cuanto prescribe que 'Los contratos privados de las Administraciones Públicas se registrarán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente ley...' y solamente en lo relativo a 'sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las de derecho privado'(99) siendo en tales supuestos competente el orden jurisdiccional civil para resolver las controversias que surjan entre las partes de estos contratos privados de la Administración(100).

La circunstancia de que en los llamados contratos administrativos especiales(101) la LCAP exija que en el pliego de cláusulas particulares de los contratos se hagan constar las prerrogativas de la Administración, en coincidencia con la doctrina que venimos manteniendo desde hace años, no sólo se formula para evitar cualquier posible duda interpretativa(102) sino para reforzar la idea de que la prerrogativa sólo emana de una norma y no de un pacto entre el particular y el Estado y, menos aún, de una 'cláusula exorbitante implícita'.

Va de suyo, entonces, que aun en el marco de la transposición del derecho comunitario al derecho interno, la LCAP ha mantenido y, en algunos casos ampliado, no sólo la figura del contrato administrativo sino, especialmente, la aplicación del derecho público a los contratos que celebra la Administración extendiéndolo, incluso, a contratos entre particulares(103).

Conclusiones

Quizás, muy pocas líneas hubieran bastado para desechar la tesis que propugna Mairal, sin demostrar los equívocos en que incurre como consecuencia de una metodología e ideas preconcebidas que, difícilmente puedan ser compartidas por juristas formados, básicamente, en el molde del derecho administrativo europeo, en el que prevalece el culto por la dogmática del Derecho(104).

Pues, como ha dicho un comparatista tan lúcido como Langrod 'En contra de lo que es oposición entre aquellos que observan los sistemas del 'common law' desde afuera, estos sistemas han reconocido la necesidad de una opinión eficaz ... pero no la adecuada protección de un individuo que es parte en un contrato administrativo ... Ha sido en Francia, a través del 'régime administratif', más que en los países anglosajones, donde se han encontrado los medios de proteger a aquellos individuos que contratan con el Estado'(105).

De otra parte, la institución del contrato constituye un preconcepto general que pertenece a la teoría general del derecho basado en una conmutación de intereses propio de la justicia conmutativa(106) sin perjuicio de la posible extensión, en menor medida, de normas o cláusulas fundadas en la justicia distributiva(107) pero, en todo caso, siempre en función de una causa-fin de interés público relevante que limita la libertad dispositiva(108).

Los conceptos jurídicos indeterminados que se utilizan por la doctrina, jurisprudencia y legislación para calificar los contratos administrativos atípicos y aún los típicos, constituyen herramientas indispensables para determinar cuándo un contrato reviste carácter administrativo y diferenciarlo del contrato privado de la Administración (o como se le quiera denominar) y resulta contradictorio atacar los distintos criterios por su imprecisión (v.gr. servicio público, interés público, actividad peculiar y propia o giro y tráfico de la Administración e incluso la función administrativa con una causa de interés público relevante, etc.) cuando se los utiliza, consciente o inconscientemente, para definir conceptos a nivel de contratos en particular (por ejemplo, al referirse a la concesión de servicios públicos o de obra pública o, simplemente, al interés público). El derecho, es obvio, no es una ciencia exacta y carece de la precisión que tienen algunas disciplinas (como las matemáticas) pero cualquier intérprete medianamente instruido e informado alcanza a percibir el sentido de esos conceptos jurídicos. Al menos, desconocemos administrativista alguno que haya prescindido de ellos, incluso en sus concepciones críticas.

El resultado de esa disociación conduce, como es sabido en el plano filosófico, a la nada. Y la nada jurídica es algo más que la antesala de la inseguridad: es el caos o, en el mejor de los casos, la anarquía interpretativa.

Ahora bien, la médula de la cuestión que corresponde debatir consiste en determinar —como apunta Cosculluela Montaner— no tanto la admisibilidad de la figura del contrato administrativo sino la línea divisoria entre el contrato administrativo y el contrato privado de la Administración(109), en función de sus distintos efectos sustantivos y jurisdiccionales, como acontece en nuestro país.

Tal es, precisamente, el sentido que tiene la concepción sobre la figura del contrato administrativo(110) que traduce una concepción finalista en tanto pone el acento en el interés público relevante(111) ínsito en el acuerdo de voluntades que celebran la Administración y el contratista.

Lo que trasciende, también, desde el punto de vista de la praxis, es la aplicabilidad del conjunto de principios y fórmulas jurídicas de derecho público a los contratos que celebra el Estado con los particulares que van desde la norma de prevalencia del derecho público (que se completa con la aplicación analógica o supletoria del derecho privado en los contratos administrativos) hasta su régimen jurídico, el sistema de responsabilidad y el control jurisdiccional efectivo. Como tal, el contrato administrativo, no puede escindirse del marco jurídico en que se desenvuelve caracterizado por la posición privilegiada de la Administración que tiene sobre el contrato, reflejada incluso en relación con los reglamentos vinculados directamente a la ejecución de algunos contratos administrativos (v.gr. los dictados en relación de determinadas concesiones o licencias de servicios públicos)(112).

En tales casos, sería casi un eufemismo suponer que las prerrogativas administrativas se ejercen desde fuera del contrato como si se tratara de un contrato privado ya que la potestad se ejerce dentro de un marco contractual cierto y determinado, cuya violación genera una responsabilidad típicamente de naturaleza contractual. Esta es, precisamente, la razón que justifica la configuración de un régimen de garantías en protección del contratista para compensar el peso de las prerrogativas de poder público.

Con relación a la superioridad del sistema anglosajón corresponde tener presente las reflexiones que recientemente ha hecho Ariño Ortiz en cuanto expresa que 'mantener la figura del contrato administrativo

es jurídicamente lo progresivo ...' y 'la experiencia histórica y comparada demuestra que es mucho peor, y mucho más indefensa, la condición del contratista en los países del 'Common Law', que en aquellos países en que existe un derecho administrativo de la contratación, más favorable a la realización de los principios inmanentes de justicia en razón de que este último se encuentra 'presidido por el principio de igualdad ante las cargas públicas'(113), tal como acontece en la Argentina.

El manejo de encuestas para medir la seguridad jurídica contractual no es una herramienta científica útil ni sería que permita arribar a las conclusiones a las que se llega, máxime si se piensa, al propio tiempo, que la concepción argentina constituye una transposición del derecho francés y que Francia es uno de los países donde la estadística en que se apoya Mairal indica la existencia de una mayor seguridad jurídica, además de que, si beneficia, en definitiva, al contratista privado, la inseguridad jurídica que han señalado los encuestados (a veces producto de opiniones pasajeras e inestables), no obedecería a la concepción del contrato administrativo sino probablemente a otras razones (como la corrupción, por ejemplo).

Es que el problema de la seguridad jurídica pasa, evidentemente, antes por las personas que por los sistemas jurídicos y por más que constituya una tendencia loable el perfeccionamiento de éstos, introduciendo la máxima transparencia posible en los procedimientos de selección y de modificación contractual, la seguridad jurídica seguirá siempre dependiendo de la idoneidad técnica y moral de los funcionarios de turno (también de los contratistas) y de la independencia del Poder Judicial.

Por otra parte, el carácter administrativo de un contrato no puede derivar de una mera previsión contractual(114) fundada en la 'capacidad negociadora' de las partes. Ello, aparte de constituir un retroceso que puede generar toda clase de corruptelas, como se desprende de los ejemplos que proporciona la jurisprudencia(115), obligaría a elaborar en oportunidad de la celebración de cada contrato un voluminoso y detallado conjunto de cláusulas contractuales, incluyendo prerrogativas de poder público, las que podrían no ser iguales o semejantes, incluso para un mismo sector de contratistas.

Y porque el derecho administrativo no puede limitarse a ser un mero 'compendio de transacciones' como pretende Mairal, sin principios institucionales ni categorías dogmáticas, sino que más bien apunta a un equilibrio entre la realización del interés público prevaleciente y las garantías debidas a los ciudadanos y empresas, el establecimiento de un sistema contractual basado en la 'capacidad negociadora' de las partes no pasa de ser, al menos en nuestro país, una suerte de veleidad jurídica que tiene mucho de arcaica y primitiva.

Lo expuesto no es óbice para el perfeccionamiento del régimen de todos los contratos que celebra la Administración (y no sólo los administrativos) mediante una ley que los regule jurídicamente recepcionando los principios garantísticos que protegen el equilibrio contractual, en la línea de la LCAP de España. Tampoco es óbice para atribuir la competencia jurisdiccional a un fuero contencioso-administrativo especializado, tal como ha acontecido en la Provincia de Buenos Aires, a partir de la sanción de la Constitución de 1994 (art. 166) y del Código Procesal en lo Contencioso Administrativo, uno de los más avanzados en la materia(116).

La figura del contrato administrativo no es el Minotauro del derecho que hay que liquidar por ser el culpable de los males que durante tantos años han afligido a los argentinos, y, en cualquier caso, más que otras instituciones (especialmente más que el contrato privado dominado por el principio de la autonomía de la voluntad), garantiza la seguridad jurídica, como se demuestra con las significativas inversiones llevadas a cabo por las empresas privadas en el proceso de transformación del Estado, quizás uno de los más exitosos y extraordinarios que han ocurrido en los últimos tiempos.

El rechazo de esta categoría fundamental de la contratación pública argentina implicaría tirar por la borda una concepción arraigada en la jurisprudencia nacional y provincial que, aun con sus imperfecciones y errores, evoluciona permanentemente en el marco de nuestro Estado de Derecho gracias al papel que viene cumpliendo la doctrina, proporcionando las soluciones que resultan necesarias, en cada caso, para la realización de la justicia material y, en definitiva, del bien común que persiguen las instituciones del Estado, en beneficio tanto de la comunidad como de los contratistas privados. No verlo de esta manera, nos parece un retroceso inútil, que resulta impropio 'de un país serio y con instituciones confiables'(117).

Al culminar la lectura del trabajo cabe preguntarse si se justifica haber volcado tantos 'ríos de tinta' para llevar a cabo un intento doctrinario tan infructuoso. La sensación que tenemos es que el autor navega por esos ríos disparando al azar sobre ambas orillas para asegurarse contra un incierto porvenir— como un piloto avezado que, sin embargo, ha perdido el rumbo como consecuencia de que le han dado otras cartas de navegación.

Notas:

(1) Hemos encarado la refutación en un plano ciertamente crítico que no supone alterar el respeto recíproco que nos debemos como colegas universitarios, no obstante la visión diferente que tenemos acerca de la figura jurídica en cuestión, ni de muchos otros enfoques doctrinarios que ha expuesto el autor, sobre todo en los últimos años, particularmente el volcado en: La ideología del servicio público, REDA, N° 14, Buenos Aires, 1993, págs. 359-437, cuya refutación hemos hecho en diferentes estudios, entre otros: Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público, [ED, 161-857].

(2) Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo, en REDA (Argentina) N° 7/8, pág. 299, en el que, refiriéndose a André de Laubadère, Jean Rivero y Georges Vedel, ha reconocido que no han rehusado el gran desafío que se planteó en el derecho administrativo francés cuando la posguerra los enfrentó a la crisis con las teorías tradicionales '... siendo fieles a sus maestros en la manera de enfrentarse a los problemas, y no en la de resolverlos, que es donde siempre está la fidelidad a un maestro científico, acertando a suplir el gran vacío y a encauzar durante un tercio de siglo, hasta hoy mismo, el curso histórico del derecho administrativo francés, glorioso como pocos. Ésta es la gran deuda que todos los administrativistas tenemos con este grupo egregio, la de haberse hecho cargo de las responsabilidades con resolución y lucidez, la de haber cumplido su relevo, hasta el momento en que han debido entregar la antorcha a otras manos, sin dejar que se apagase la vieja llama, antes bien prestándole nuevos y brillantes fulgores'.

(3) García de Enterría, Eduardo, Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, Madrid, 1970.

(4) Véase: Fernández Torres, Juan Ramón, La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa, págs. 211 y sigtes., Madrid, 1998.

(5) Véase: Flogaytis Spyridon Administrative Law et Droit Administrative, con prólogo de Jean Rivero, págs. 95 y sigtes., París, 1986.

(6) En palabras de Pieper: 'La relación entre la teoría y la utilidad, que nace casi de ella misma, es difícil de comprender. 'Querer expresamente que algo suceda' y 'no querer expresamente que algo suceda', son cosas distintas' (Pieper, Josef, El ocio y la vida intelectual, pág. 182, Rialp, Madrid, 1983).

(7) Moderne, Frank y Delvolvé, Pierre, Las transformaciones contemporáneas del contrato en el derecho francés, en REDA (Argentina) N° 7/8, Buenos Aires, 1991, pág. 291.

(8) Ver al respecto: Pieper, Josef, ob. cit., págs. 185-186.

(9) Véase Carrió, Genaro R., Notas sobre Derecho y Lenguaje, págs. 66 y sigtes., Buenos Aires, 1966.

(10) Ver: Bell, J., Droit public et droit privé: une nouvelle distinction (l'arrêt O'Reilly v. Mackman: un arrêt Blanco?), Revue Française de Droit Administratif N° 3, pág. 402, 1985.

(11) Alonso García, Ricardo, Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo, Madrid, 1989, págs. 240 y sigtes.; Rivero, Jean, Vers un Droit Commun Européen: nouvelles perspectives en Droit Administratif, en 'New perspectives for a common law of Europe. Nouvelles perspectives d'un Droit Commun de l'Europe', dirigido por Mauro Cappelletti, Florencia, 1978 págs. 389-406,. Los servicios públicos en el derecho europeo muestran una gran diversidad de regímenes jurídicos en cuanto a los modos de gestión y régimen jurídico (en el que se destacan los principios que hacen a la igualdad, continuidad, mutabilidad y calidad) (Véase: Services publics comparés en Europe: exception française, exigence européenne, 2 tomos, publicación de la Ecole nationale d'administration, efectuada bajo la dirección de Christian Stoffaes, París, 1997 págs. 27 y sigtes., especialmente págs. 360 y sigtes.). En cuanto a otras instituciones como el derecho de la competencia no se puede desconocer su carácter público ni el impacto del derecho comunitario sobre los derechos nacionales; véase: Soriano García, José Eugenio, Derecho Público de la Competencia, págs. 16 y sigtes., en particular, págs. 37 y sigtes, donde se concibe al derecho de la competencia como derecho administrativo, Madrid, 1998.

(12) Cfr. García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, t. I, 6a ed. Madrid, 1998; págs. 61 y sigtes., especialmente pág. 74, Martín-Retordillo Baquer, Sebastián, El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones, 2ª ed. Madrid, 1996 págs. 28 y sigtes., explica la gradual acentuación de las diferencias entre el derecho civil y el derecho administrativo, fenómeno que había ya vaticinado el propio Tocqueville en 1831. El derecho administrativo dice (siguiendo a Vedel), repudia en bloque al derecho privado.

(13) Soriano García, José Eugenio, ob. cit., págs. 37 y sigtes.

(14) Las diferencias con la tesis de Mairal están a la vista, en cuanto sostiene que el Estado puede aprovechar su fuerza negociadora para imponer en la documentación contractual (sic) cláusulas que le conceden prerrogativas respecto de la otra parte contratante y que ésta debe aceptar si desea contratar con el Estado. Opina que sólo la concesión de servicios públicos y ciertos contratos que el Estado celebra (que suponemos son los de obras públicas y de suministro) poseen una normativa propia que, a falta de soluciones expresas en la legislación o en las estipulaciones contractuales aplicables, debe ser construida jurisprudencialmente. La justificación que da es bastante simple: son contratos que no tienen parangón en el derecho privado. En rigor, pasando por alto lo de parangón, el derecho público responde a causas más profundas y de principio que no pueden determinarse en base a una metodología descripta que pone el acento en la praxis, aunque puedan compararse las distintas soluciones y enfoques.

(15) Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, t. I, Madrid, 1998, pág. 61.

(16) Como Mairal endilga a la doctrina partidaria de la extensión de los principios institucionales del contrato administrativo a cada contrato en particular (ob. cit., pág. 4).

(17) Aunque se pretenda desvalorizar el papel de la doctrina en la construcción dogmática del derecho administrativo la realidad demuestra precisamente lo contrario; véase: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, cit., t. I, págs. 77/79.

(18) Ob. cit., pág. 3.

(19) Cfr. nuestro Derecho Administrativo, 1a ed., Buenos Aires, 1982, págs. 24-25.

(20) Sobre los orígenes de la cláusula exorbitante véase: Villar Palasi, José Luis, La intervención administrativa en la industria, págs. 189 y sigtes., Madrid, 1964. Ver también: Vedel, Georges, Droit Administratif, París, 1961; pág. 643, Benoit, Francis Paul, Le Droit Administratif Français, Toulouse, 1968, págs. 598 y sigtes., consideran que las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultan inusuales en el derecho privado; Waline, Marce, Droit Administratif, París, 1963, pág. 572, para quien estas cláusulas, de incorporarse a un contrato de derecho privado, resultaban ilícitas; Rivero, Jean, Droit Administratif, París, 1968; pág. 102, este autor adoptó un criterio más amplio al considerar que las cláusulas exorbitantes abarcan tanto a las ilícitas como a las inusuales del ámbito de la contratación privada. Esta última postura es la que propicia Marienhoff (ob. cit., t. III-A, págs. 74 y sigtes.).

(21) Los contratos de la Administración Pública. Distintas categorías y regímenes jurídicos, [ED, 57-793].

(22) Derecho Administrativo cit., pág. 25, nota 37.

(23) Barra, Rodolfo C., Contrato de Obra Pública, t. I, Buenos Aires, 1984, pág. 33, descarta también la existencia de cláusulas exorbitantes, si bien con una tesis sobre el contrato administrativo opuesta a la que hemos desarrollado en distintos estudios.

(24) En este sentido, Mairal menciona a la doctrina uruguaya (Delpiazzo, Carlos E., Manual de Contratación Administrativa, 3a ed., t. I, Montevideo, 1996, págs. 136/140). Esta postura es, como puede advertirse, bastante posterior a la nuestra a la que se suma, ahora, Mairal.

(25) Ob. cit., pág. 2.

(26) Sostenido por la doctrina administrativa tradicional; ver: Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. III-A, Buenos Aires, 1978, págs. 334, 350 y 617.

(27) Ob. cit., pág. 6.

(28) Ob. cit., pág. 9.

(29) Cfr. Gambier, Beltrán, El principio de igualdad en la licitación pública y potestad modificatoria de los contratos administrativos, en REDA, N° 19/20, Buenos Aires, 1995, págs. 441 y sigtes., doctrina citada por Mairal en nota 269 (ob. cit.). Ver también Comadira, Julio R., Licitación Pública, pliegos y contratos subsiguientes, en Rev. Campus N° XII, Buenos Aires, 1996, págs. 54 y sigtes., donde, refiriéndose a las modificaciones que benefician al contratista afirma 'que la modificación de los Pliegos sólo sería legítima,... si ella resultara de hechos o circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato y además, objetivas, en el sentido de que no reconocieran su origen en comportamientos imputables al contratista' (ob. cit., pág. 56).

(30) Gordillo, Agustín A., Después de la reforma del Estado, Buenos Aires, 1996; págs. VII-7/8, Cassagne, Juan Carlos, La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas, en REDA, N° 15/16, págs. 143/166.

(31) Gambier, Beltrán, ob. cit., págs. 449-450 distingue entre modificaciones ordinarias y extraordinarias poniendo como límites a la existencia de ventajas y la ausencia de razonabilidad.

(32) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., 6a ed., pág. 721.

(33) Cfr. nuestro estudio La sustantividad ..., cit. pág. 165. Sobre este punto la doctrina española ha sostenido un punto de vista similar al que venimos exponiendo desde hace años; véase: Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, Madrid, 1968; pág. 225, Villar Palasi, José Luis y Villar Ezcurra, José Luis, Principios de Derecho Administrativo, t. III, Madrid, 1983, pág. 108, y Solas Rafecas, José María de, Contratos administrativos y contratos privados de la Administración, Madrid, 1990 págs. 40/43.

(34) Solas Rafecas, José María de, ob. cit.,

(35) No hay pues, técnicamente, límites rígidos a la modificación contractual —como tampoco los hay en los contratos privados (aun cuando en ellos se trata de facultades privadas que sólo tienen como límite el orden público)—. Los límites se refieren a la obligatoriedad de la modificación que pretende exigir la Administración cuando resultan excedidos (en los límites cuantitativos que consagra por ejemplo la ley de obras públicas, o bien, si se produce una alteración sustancial del fin del contrato) en cuyo caso el contratista tendrá derecho a la resolución del contrato, sin perjuicio de las garantías que emanan del equilibrio financiero del contrato si acepta las modificaciones que pretende llevar a cabo la Administración, sin alterar la finalidad del contrato. Al respecto, García de Enterría y Fernández dicen que 'Límites en este sentido no existen ni pueden existir porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias porque, de otro modo, sería la comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteado ab initio, inútiles e ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al contractus lex no tendría sentido' (ob. cit., t. I, pág. 724). Para De Laubadère, el reconocimiento del poder de la Administración para modificar el contrato administrativo no significa que el contrato no la obligue ni que pierda su fuerza obligatoria sino para el particular cocontratante; al contrario, significa que el principio fundamental del derecho privado, de la inmutabilidad contractual, no se aplica a los llamados contratos administrativos con las mismas consecuencias generales y absolutas (Laubadère, André de, Traité Théorique et Pratique des contrats administratifs, t. II, París, 1956, págs. 331/332).

(36) Ley 13.064, artículo 38.

(37) Solas Rafecas, José María de, ob. cit., pág. 42.

(38) In re 'Marocco c. Dirección Nacional de Vialidad s/ordinario', Fallos, 312-89, si bien la doctrina del fallo parece admitir su procedencia cuando se alega y demuestra cuál es el interés que justifica la modificación que, para nosotros, sólo puede hacerse por acuerdo de partes, dentro de los límites que se han señalado precedentemente. A su vez, se ha dicho que en el derecho angloamericano se ha morigerado la rigidez del 'pacta sunt servanda' permitiendo que el Estado 'continúe teniendo la potestad de modificar unilateralmente el contrato, siempre y cuando esos cambios se encuentren dentro de los objetivos generales de las partes y la materia u objeto del convenio' (Cfr. Granillo Ocampo, Raúl, La distribución de los riesgos en la contratación administrativa, Buenos Aires, 1990, pág. 213).

(39) Ob. cit., pág. 10, nota 123.

(40) Marienhoff, Miguel S., ob. cit., t. III-A, Buenos Aires, 1978, pág. 385.

(41) Cfr. Cassagne, Juan Carlos, Sobre la sustantividad del contrato administrativo y su recepción a través de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en libro 'Contratos - Homenaje a Marco Aurelio Risolía, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997 págs. 138-139.

(42) Berçaitz, Miguel Ángel, Teoría general de los contratos administrativos, 2a ed., Buenos Aires, 1980, págs. 370-371. Es evidente, tanto en Escola (Tratado integral de los contratos administrativos, t. I, Buenos Aires, 1977, págs. 434/438) como la opinión que rectificó Berçaitz (sostenida en la 1a ed.) la influencia de la doctrina de Marienhoff, aun cuando parten del principio opuesto. Actualmente, somos de

opinión de que, salvo las prestaciones vinculadas a la continuidad del servicio público, la 'exceptio' es oponible en los contratos administrativos, aunque la oponibilidad tampoco sea absoluta como lo señalamos en el texto.

(43) Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re: 'CINPLAST I.A.P., S.A. c/ENTel s/ordinario', de fecha 2 de marzo-mayo de 1993, fallo C.III-XXIII.

(44) Ob. cit., pág. 10. En la base del argumento de Mairal, es obvio que está el principio de continuidad del servicio público que probablemente no pueda sustentar por su postura doctrinaria de rechazo a la concepción del servicio público. Nos preguntamos si no hay aquí otra contradicción, aparte de que la categoría del servicio público ha sido recepcionada en la reforma constitucional de 1994 (art. 42) y no sabemos de algún tribunal o juez que haya seguido dicha tesis.

(45) Mairal afirma que la teoría del contrato administrativo goza de general aceptación en nuestra doctrina y jurisprudencia (ob. cit., pág. 3) sin aclarar que se trata de concepciones muchas veces opuestas con afinidades parciales que no son susceptibles de una simplificación semejante.

(46) Como, por ejemplo, en su libro El control judicial de la Administración Pública, 2 tomos, Buenos Aires, 1978.

(47) Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, t. I, Buenos Aires, 1995; págs. XI-19 y sigtes., sostiene que no hay dos categorías de contratos, civiles y administrativos, sino toda una gama, susceptible de clasificación que comienza desde: a) contratos celebrados por la administración en virtual pie de igualdad jurídica con otro sujeto de derecho público o privado (v.gr. compraventa de inmuebles y el contrato de crédito externo), o b) con ligera nota de derecho público (v.gr. subvención, donación) y c) en un crescendo de potestades y privilegios estatales (v.gr. contrato de suministro y de obra pública, concesiones y licencias de servicios públicos).

(48) Que ha sido muy bien analizada y sistematizada en el estudio de Coviello, Pedro J., La teoría general del contrato administrativo a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en '130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-1993', Buenos Aires, 1993, págs. 98 y sigtes.

(49) Gordillo, Agustín A., ob. cit., t. I, pág. XI-19, nota 34.

(50) Gordillo, Agustín A., Los contratos administrativos, publicado en la obra colectiva Contratos Administrativos, 1ª ed., publicada por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1977; págs. 9 y sigtes., en la línea que acepta la existencia de contratos privados de la Administración, véase: Botassi, Carlos Alfredo, Contratos de la Administración Provincial, La Plata, 1996, pág. 17.

(51) Ob. cit., pág. 4.

(52) Artículo 5º, inc. 2º .b) de la LCAP.

(53) La sustantividad..., cit., REDA Nos 15/16, págs. 152 y sigtes.

(54) Se sigue la misma línea que para la configuración del acto administrativo; véase: Comadira, Julio R., en Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, pág. 28, con prólogo de Miguel S. Marienhoff y nuestro Derecho Administrativo, 6ª ed., t. I, págs. 71 y sigtes., y t. II, pág. 47 Buenos Aires, 1998.

(55) Esta opinión puede verse en: García de Enterría, Eduardo, La figura del contrato administrativo, en R.A.P. N° 41, Madrid, 1963.

(56) Véase nuestro: Acto Administrativo, Buenos Aires, 1981, págs. 60 y sigtes.

(57) Ob. cit., REDA, Nos 15/16, págs. 152 y sigtes.; Solas Rafecas, José María de, ob. cit., págs. 22 y sigtes.

(58) ob. cit., REDA, Nos 15/16, pág. 154.

(59) LCAP, artículo 7.1. en todos los casos serán supletorias 'las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado'.

(60) Por ejemplo, en la cita que se hace (op. cit., nota 150) de la doctrina de Sayagués Laso (Tratado de Derecho Administrativo, t. I, Montevideo, 1963, pág. 538) no aclara que este autor señala tres supuestos posibles de contratos de la Administración, el último de los cuales se rige esencialmente por el derecho

privado salvo en materia de competencia, sin descartar la aplicación de las reglas exorbitantes del derecho público (ob. cit., t. I, pág. 539) mencionando, por ejemplo, los contratos de préstamo que celebra el Banco Hipotecario, conclusión que probablemente no comparta Mairal. Aunque sería una tarea extensa examinar aquí la lúcida —para su época— doctrina de Sayagués Laso, advertimos, que más adelante se refiere lisa y llanamente a los contratos administrativos y ubica entre sus elementos a la finalidad a la que define como 'el fin propio del servicio' (ob. cit., t. I, pág. 546) extendiéndole la doctrina de la desviación de poder.

(61) Claro está que, por las razones que venimos criticando, para llegar a este punto, se ha efectuado antes una operación de cirugía mayor para enfrentar las que concibe como consecuencias especiales de significativa peligrosidad (v.gr. ius variandi y alteración del 'pacta sunt servanda'). Sin embargo, con algunas matizaciones, como el método que emplea es el mismo y también el objetivo que persigue (el rechazo de la figura del contrato administrativo) hubiera sido preferible sistematizar todas las críticas en un solo punto, pues bajo la apariencia de conceptos bastante amplios como la necesidad y conveniencia en mantener la concepción —del contrato administrativo— se esconden argumentos que hacen al propio sistema jurídico. De todas maneras, hay que reconocer que no todas las críticas de Mairal resultan inútiles, y algunas de ellas —como se ha demostrado precedentemente— las hemos efectuado bastante tiempo atrás. Y si bien nadie puede vaticinar cómo será la evolución de la concepción (al menos en el derecho argentino) nuestra polémica queda registrada por escrito que es lo que finalmente la historia del Derecho recoge para su 'sucesiva construcción' (Cfr. Gordillo, Agustín A., 'El método en Derecho', Madrid, 1988, pág. 24).

(62) Así lo sostuvimos en nuestros primeros estudios: Los contratos de la Administración Pública (distintas categorías y regímenes jurídicos), [ED, 57-793].

(63) Solas Rafecas, José María de, ob. cit., pág. 143; Martínez López Muñiz, José Luis, Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho Español. Su fundamento y sus consecuencias, en la Obra colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, 1998; págs. 956-957, y nuestro estudio La sustantividad ... , cit. REDA N° 15/16, pág. 156.

(64) Cfr. Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, t. I, Buenos Aires, 1995, pág. XI-22-23.

(65) Por ejemplo, en Francia la tesis de la situación reglamentaria como parte de la relación contractual; véase: Laubadère, André de, Traité Théorique et Pratique des contrats administratifs, t. II, París, 1956, págs. 94-95, y del mismo autor Traité des contrats administratifs, t. I, 2ª ed., págs. 104 y sigtes., actualizado por Frank Moderne y Pierre Delvolvé, París, 1984. A su vez, Marienhoff concibe el contrato administrativo como una unidad (a diferencia de la tesis del acto mixto) en lo que la situación reglamentaria configura la faz exorbitante del régimen jurídico del contrato, véase: Tratado de Derecho Administrativo, t. III-A-327, Buenos Aires, 1994.

(66) Como los califica Gordillo (ob. cit., t. I-XI-23).

(67) Fallos, 190: 150-151.

(68) García de enterria, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, 6ª ed., Madrid, 1997, pág. 721; destacando que se trata de bases distintas de equilibrio contractual es decir, que se trata de un principio que opera ad intra del contrato, al igual que la mutabilidad e inalterabilidad del fin u objeto del contrato, conclusión que confirman seguidamente en cuanto sostienen que 'todo lo demás no son sino poderes administrativos generales'.

(69) Como lo reconoce el propio Mairal punto el derecho americano, en este punto, no hace responsable al Estado frente al particular por actos del soberano cuando se trata de leyes, reglamentos o conductas administrativas que tienen alcance general (ob. cit., pág. 16, nota 222, con cita de la obra de Nash y Cibinic Administration of Government Contracts).

(70) Marienhoff, Miguel S., ob. cit., t. III-A-473; al sostener que el principio del equilibrio financiero se extiende 'a todos los contratos que celebre el Estado y no sólo a aquellos administrativos' Mairal transcribe parcialmente la opinión de Marienhoff cuando expresa que 'El respectivo principio inmanente de justicia que justifica tal solución es de vigencia para toda especie de contratación'. Sin embargo, para captar el pensamiento de Marienhoff sobre el punto, resulta necesario transcribir los renglones anteriores permitiendo así que el lector comprenda el sentido de la expresión utilizada, aun dentro del estilo característico del maestro, quien comienza señalando 'Va de suyo que el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato- 'ecuación financiera del mismo' existe con relación a cualquier tipo de contrato, ya se trate de una concesión de servicio o de obra, de un contrato de construcción de obra pública, de un contrato de suministro, de un contrato de transporte, etc. La razón que justifica esa

exigencia es esencialmente igual para todos los contratos administrativos. El respectivo principio de justicia que justifica tal solución es de vigencia para toda especie de contratación' (ob. cit., pág. 473). Es obvio que la referencia a 'toda especie de contratación' se relaciona con las distintas especies o tipos de contratos administrativos antes mencionados conforme al sentido de la idea que viene desarrollando en este punto nuestro inolvidable maestro.

(71) Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, t. II-53, 9ª ed., Madrid, 1994; Marienhoff, Miguel S., ob. cit., t. III-A-57 y 113, criterio que consideramos aplicable a los contratos administrativos, [ED, 57-793].

(72) Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones, Madrid, 1996, pág. 89.

(73) Mairal, Héctor A., ob. cit., pág. 17.

(74) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., t. I, págs. 675 y sigtes.; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, ob. cit., págs. 98 y sigtes.

(75) Ariño Ortiz, Gaspar en Contrato y Poder Público. La figura del Contrato Administrativo en el Derecho Español y Europeo en el libro 'Derecho Administrativo', publicado en homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, 1998, págs. 867 y sigtes.

(76) Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, Droit Administratif, 9a ed., París, 1984, pág. 105. Anota Vedel que 'hoy en día no se ve inconveniente en justificar la existencia de una jurisdicción administrativa', debido a la necesidad de aplicar un derecho tan especial como el administrativo. Pero —agrega— 'históricamente, lo que ha dado nacimiento a un derecho administrativo autónomo ha sido la existencia de una jurisdicción administrativa'.

(77) artículo 2º, inc. b) prescribe que el orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y respecto de 'los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas'. Sobre el punto, González Pérez interpreta que también se extiende la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con aquellos contratos excluidos del ámbito de la LCAP (art. 9) que se encuentren sujetos al Derecho Administrativo (Cfr. González Pérez, Jesús, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, t. I, 3a ed., Madrid, 1998).

(78) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, ob. cit., pág. 676.

(79) En un lúcido estudio de Ariño Ortiz se describe la tendencia del derecho anglosajón hacia la publicación de los contratos que celebra el Estado (Contrato y Poder Público, cit. págs. 870 y sigtes.) con apoyo en los estudios de Turpin, Friedman y Mitchell; como señala Ariño, este último autor, precisamente, sostuvo que 'los ordinarios remedios por incumplimiento no son aplicables en estos casos' no siendo razonable 'exigirle al contratista una obediencia no compensada, cuando en muchos casos está llevando a cabo actividades en beneficio de la colectividad, actividades que de otro modo debería realizar la Administración'; 'pero en tanto estos contratos con autoridades públicas (que al mismo tiempo tienen poderes de ordenación) sean considerados como contratos privados, tales iniquidades son inevitables' (Mitchell, J., The contracts of Public Authorities. A Comparative Study, London, 1954) mientras que Turpin llegó a decir que 'es realmente excepcional que un Tribunal tenga ocasión de aplicar las reglas del derecho común a un contrato del Gobierno', y que 'el derecho general de los contratos sólo muy excepcionalmente se aplica a los contratos del gobierno británico, por la sencilla razón de que el derecho primariamente aplicable a ellos es el que el propio contrato establece en un detallado texto que el gobierno aprueba y que existe especialmente para los contratos de suministros y de obras públicas' (Turpin, Colin C., The London Transcript. A Comparative Look At.: Public Contracting in the United States and United Kingdom, London and Chicago, 1971, cit. por Ariño Ortiz en el estudio Contrato del Estado y 'Common Law', prólogo al libro de Monedero Gil Doctrina del Contrato del Estado, Madrid, 1977, pág. 13).

(80) Cfr. Díez-Picazo, Luis, Fundamentos del derecho civil patrimonial, t. I, 'Introducción a la teoría del contrato, Madrid, 1996, pág. 122.

(81) Ariño Ortiz, Gaspar en Contrato y Poder Público, cit., pág. 899.

(82) Como la efectuada por el Profesor de la Universidad de Estrasburgo François Llorens en su libro Contrat d'Entreprise et Marché de Travaux Publics, París, 1981 pág. 287) a quien Mairal cita en la nota 78.

(83) Véase: Laubadère, André de, Moderne, Frank y Delvolvé, Pierre, Contrats Administratifs, t. I, págs.

189 y sigtes., especialmente págs. 229-235, París, 1983; Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, *Droit Administratif*, 9ª ed., París, 1984, págs. 331 y sigtes.; Rivero, Jean y Waline, Marcel, *Droit Administratif*, págs. 17ª ed., París, 1998, págs. 115 y sigtes.; Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, París, 1995, 77 y sigtes.; una explicación que describe la tendencia de los juristas hacia la revalorización del servicio público (después de la conocida crisis que padeció como consecuencia de las políticas estatistas) puede verse en: Burdeau, François, *Histoire de Droit Administratif*, París, 1995, págs. 442 y sigtes.; Morano-Deville, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, París, 1997, págs. 387 y sigtes.; Weber, Yves, *Les contrats administratifs*, en la obra colectiva '*Droit Public*', t. I, dirigida por Jacques Moreau, París, 1995 págs. 543 y sigtes.

(84) Auby, Jean-François, *La délégation de service publique*, París, 1997, págs. 57 y sigtes., analiza entre los diferentes modos de gestión de la delegación del servicio público: a) la concesión; b) l'affermage; c) la regie intéressée; d) la gerence y e) le marché d'entreprise de travaux publics'; Raymundie, Olivier, '*Gestión déléguée des Services Publics*', págs. 17 y sigtes., París, 1995.

(85) Virga, Pietro, *Diritto Amministrativo*, t. 2, Milán, 1987; págs. 318 y sigtes., en forma más restringida (pues como es sabido en Italia prevalece la concepción que considera, en principio, de naturaleza privada al contrato que celebra la Administración con un particular) se ha inclinado (para los llamados acuerdos sustitutorios) Cerrulli Irelli, Vincenzo (*Corso di Diritto Amministrativo*, t. II, ed. Torino Giappichelli, 1991, págs. 110 y sigtes.).

(86) Véase: Hendler, Reinhard, *Convenio jurídico público y contrato público en la República Federal de Alemania*, en la obra colectiva *La contratación pública*, Madrid, 1996, págs. 125 y sigtes., especialmente págs. 129-130.

(87) Se trata de convenios que versan sobre actos y potestades administrativas, que si bien tienen una tipología diferente al modelo francés del contrato administrativo incluyen contenidos propios del tráfico patrimonial (v.gr. concesiones, autorizaciones, convenios expropiatorios, emprendimientos urbanísticos, etc.) ampliando considerablemente el ámbito contractual del derecho público. En este sentido, cabe tener en cuenta lo que expresó Krebs al fundar su ponencia en la reunión anual de Profesores de Derecho del Estado Alemanes en la que afirmó 'que la práctica administrativa nos muestra que el contrato administrativo está 'de moda'' (Cfr. Krebs, Walter, *Contratos y convenios entre la Administración y los particulares*, trad. por Julia Nieto König, en DA N° 235-236, Madrid, 1993, pág. 59).

(88) Una descripción de la tipología de estos convenios de acuerdo con su contenido puede verse en: Huergo Lora, Alejandro *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, 1998, págs. 41 y sigtes., distinguiendo entre acuerdos no vinculantes, sustitutivos, alternativos, etc., e incluso aquellos en los que la Administración se compromete a no dictar un acto administrativo o a no ejercer una de sus potestades. En este último sentido, se ha reconocido la posible utilización del margen de discrecionalidad de la Administración para iniciar o no un procedimiento sancionador (Cfr. Nieto, Alejandro *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Madrid, 1994, págs. 143 y sigtes).

(89) Pérez Moreno, Alfonso, *La contratación de los entes instrumentales: Sociedades mercantiles y demás entidades del sector público*, en la obra *Comentario a la ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigida por Rafael Gómez Ferrer Morant, Madrid, 1996, pág. 860.

(90) En Venezuela se ha señalado la tendencia legislativa a regular uniformemente por el derecho administrativo los contratos que celebra la Administración bajo un régimen preponderante de derecho privado (Cfr. Brewer Carías, Allan Randolph, *La interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo*, en el libro publicado con motivo de las 'II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo', Caracas, 1996, pág. 59.

(91) Rebollo, Luis Martín, *Modificaciones y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)*, en el libro dirigido por Rafael Gómez Ferrer Morant *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996, págs. 457 y sigtes, señala que 'Si la modificación de los contratos constituye una prerrogativa de la Administración el ejercicio de esa prerrogativa debe, sin embargo, ejercerse dentro de las previsiones legales, siguiendo un procedimiento y con la contrapartida del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato si como consecuencia de esa modificación éste resulta más oneroso para el contratista' (ob. cit., pág. 458).

(92) García de Enterría, Eduardo, *Ámbito de aplicación de la ley (Arts. 1 a 9 inclusive)*, en el libro *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cit.*, pág. 121; Parejo Alfonso, Luciano y Giménez Blanco, Antonio, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1996, págs. 630 y sigtes.

(93) Artículo 5, inc. 2.a), de la LCAP.

(94) Sainz Moreno, Fernando, Los temas objeto de debate en la nueva ley, en el libro Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cit. pág. 76.

(95) Art. 7.1., LCAP.

(96) ob. cit., pág. 3.

(97) Art. 6, LCAP.

(98) García de Enterría, Eduardo, Ámbito de aplicación de la ley ... cit. pág. 124.

(99) Art. 9.1., LCAP que agrega 'Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporadas y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable en cada caso'.

(100) Art. 9.2., LCAP.

(101) Art. 5.2.b), LCAP.

(102) García de Enterría, Eduardo, ob. cit., pág. 127.

(103) Arts. 2º y 133 y Disposición Transitoria sexta de la LCAP.

(104) García de Enterría, Eduardo en el prólogo al libro de Alejandro Huergo (ob. cit., pág. 13) resalta el valor de la dogmática de un modo elocuente: 'Hacer dogmática del Derecho no es hacer conceptualismo horro, o entrar en 'el cielo de los conceptos jurídicos', que Ihering describió jocosamente. Es capacidad de construir un entramado institucional complejo, ordenándolo alrededor de unos cuantos vectores arraigados en la naturaleza profunda de la institución de que se trata y dirigiendo toda la operación en función de los valores jurídicos materiales que están presentes en dicha institución. Esta tarea es inexcusable en la ciencia jurídica, y contrasta con los trabajos puramente descriptivos o clasificatorios de normas, sentencias u opiniones ajenas, o con el convencional comparatismo de contrastar soluciones diversas en los distintos sistemas jurídico-positivos. Es una tarea inexcusable porque sólo la dogmática es capaz de alumbrar los elementos estructurales profundos de las instituciones y su articulación dinámica en servicio de los principios generales del Derecho que sostienen y animan a dichas instituciones para que alcancen su mayor funcionalidad. Pero no sólo es un método inexcusable de tratar el Derecho; es, seguramente, el método más alto, cuando la labor constructiva es capaz de alumbrar perspectivas nuevas para el mejor rendimiento de las instituciones del Derecho. La inventio de nuevos principios, la resolución de aparentes contradicciones, la distinctio de soluciones diversas inexactamente confundidas, la eliminación de prejuicios o mitos inexplicados y reiterados por simple inercia, la edificación de un sistema institucional capaz de explicar todas sus reglas y de hacerlas jugar en el sentido de su mejor función social, son obra de la dogmática, no de la mera práctica o de las simples ocurrencias'.

(105) Langrod, George, Administrative Contracts. A comparative study, The American Journal of Comparative Law, t. 4, 1955, pág. 334, cit. por Ariño Ortiz en ob. cit., pág. 880.

(106) Así lo hemos señalado en: Estudios de Derecho Público, pág. 116, Buenos Aires, 1995. Cabe anotar que en este punto se objeta la relación de la justicia distributiva con la figura contractual que nos atribuye con exclusividad cuando esa es la tesis de Barra que sostiene una posición divergente a la nuestra. Por lo demás, el mote de 'ribetes filosóficos' que dedica el autor a las doctrinas que han analizado las relaciones entre las distintas especies de justicia y el contrato, implica retroceder a la época del positivismo legalista en la que los juristas se horrorizaban —como recuerda Del Vecchio— de los principios provenientes del derecho natural, en rigor, de la justicia material.

(107) Ob. cit., págs. 114-115.

(108) García de Enterría, Eduardo, ob. cit., pág. 118. En el derecho alemán —por ejemplo— la preferencia de la contratación a favor de discapacitados constituye un claro ejemplo de articulación entre el interés público y la justicia distributiva.

(109) Cosculluela Montaner, Luis, Manual de Derecho Administrativo, pág. 240, Madrid, 1990.

(110) Gómez Ferrer Morant, Rafael, El contrato de obras. La concesión de obras públicas como contrato, en 'Comentario ...' cit., págs. 623-624, sostiene que 'en los contratos la Administración posee una posición jurídica peculiar que ya no depende —en absoluto— de la aceptación por parte del contratista' (ob. cit.,

pág. 624).

(111) Solas Rafecas, José María de, ob. cit., págs. 22 y sigtes.

(112) Ver: Delvolvé, Pierre y Moderne, Frank, ob. cit., en REDA, N° 7/8, Buenos Aires, 1991, págs. 273-274, señalan que el contrato administrativo constituye el vector de un acto unilateral y que los actos separables son elementos del contrato.

(113) Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, Contrato y Poder Público... cit., pág. 899, apunta que de la experiencia anglosajona o germánica se deduce: '1. El contrato privado nunca ha sido marco adecuado para las relaciones del Estado. En algunos supuestos de contenido estrictamente patrimonial (y no en todos), o en anteriores estadios de primitivismo de la Administración y del derecho público, se ha podido pensar en la directa aplicabilidad de aquel modelo. Pero en una sociedad evolucionada y en una Administración que asume de alguna manera su liderazgo y lo ejerce en gran medida mediante una contratación masiva, es imposible seguir manteniendo como base del sistema los principios y reglas del contrato privado. El caso inglés o el alemán son un buen testimonio. 2. Incluso en aquellos países que lo proclamaron como dogma, la mera remisión de los contratos del Estado al derecho común se ha demostrado absolutamente insuficiente, una situación utópica e irreal, que ellos mismos han falseado constantemente con multitud de excepciones. 3. Desde el punto de vista de una construcción jurídica racional y progresiva, tanto el bien público como para la seguridad y garantía del ciudadano, el contrato del Estado se debe construir —o mejor, reconstruir—, sobre sus propias bases de derecho público, que no es sólo un derecho de dominación, sino de liberación y de garantía. 4. La experiencia histórica y comparada demuestra que es mucho peor, y mucho más indefensa, la condición del contratista en los países del Common Law, en los que no existe un derecho administrativo de la contratación, que en aquellos como el nuestro en que éste existe; que es mucho más generoso con el contratista el derecho público que el derecho privado, por la sencilla razón de que aquél está presidido por el principio de igualdad ante las cargas públicas, que en nuestro ordenamiento es la clave para entender el régimen de indemnizaciones, y aun de riesgos y de equivalencia material de las prestaciones en el contrato administrativo, frente a la puramente abstracta y sinalagmática del contrato civil. 5. No se acierta a comprender, por ello, cuál es la utilidad de propugnar a estas alturas esa 'unidad de la contratación'; por el contrario, mantener la figura del contrato administrativo es jurídicamente lo progresivo, en el sentido literal del término, esto es, supone un progreso en la consecución de un más alto grado de justicia y seguridad para el ciudadano (en nuestro caso, el contratista), sin merma de la efectividad de un buen Gobierno, que es también justicia para la colectividad de los ciudadanos (éstos pagan los impuestos y tienen derecho a recibir el mejor servicio)'.

(114) García de Enterria, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso... cit., t. I, pág. 690.

(115) Ver al respecto: Comadira, Julio R., La observancia de la causa y del fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento, [ED, 177-749] y sigtes., en el que comenta el caso: 'S.A. Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia del Estado' apunta que la Corte 'puntualiza la relativización que experimenta, en el campo de la contratación administrativa, el principio privado de la autonomía de la voluntad, habida cuenta de la vigencia, en ese ámbito, de la legalidad administrativa' (ob. cit., pág. 751). En la nota 2. Recuerda que esta doctrina fue expuesta con anterioridad por la Corte Suprema en la causa: 'Espacio S.A. c. Ferrocarriles Argentinos', [ED, 159-48] (consid. 3º). Véase asimismo, el comentario a este fallo de Pedro J. Coviello, publicado en LL, 1996-E-76.

(116) Véase: Perrino, Pablo, La competencia de los tribunales contencioso-administrativos en el nuevo Código Procesal en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, [ED, 178-984]; Soria, Daniel Fernando, Aspectos subjetivos de la materia procesal administrativa (La actuación de algunos entes y la justicia administrativa bonaerense), en RAP N° 240, Buenos Aires, 1998, págs. 9 y sigtes.

(117) Aclaremos que dichas expresiones como algunas otras que utilizamos, han sido correlativamente empleadas por Mairal para criticar la tesis que defendemos (ob. cit., pág. 20).