

Voces: CONTRATO ADMINISTRATIVO ~ FORMA DEL CONTRATO ~ CONTRATISTA ~ CONTRATACIONES DEL ESTADO ~ NULIDAD DEL CONTRATO

Título: Contrapunto. Sobre la forma en los contratos administrativos

Autores: Diana, Nicolás Bonina, Nicolás

Publicado en: LA LEY2007-A, 780

SUMARIO: I. Introducción. — II. Nicolás Bonina (1). — III. Nicolás Diana (1). — IV. Nicolás Bonina (2). — V. Nicolás Diana (2). — VI. Conclusión (Provisoria).

I. Introducción

El presente trabajo pretende ser necesariamente caótico. En primer lugar, porque como el título adelanta, se trata de dos opiniones distintas unidas en un mismo artículo. Pero no es sólo eso.

El tema en cuestión es el del elemento forma en los contratos administrativos con el parámetro común de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el punto.

Al tratarse de dos opiniones basadas en perspectivas distintas (la relatividad de toda especulación científica) ⁽³⁾ hemos decidido comenzar con el autor que introduce la primera crítica a la jurisprudencia del Máximo Tribunal. Claro que, para que se trate de un verdadero contrapunto y no de dos trabajos unidos en uno, se debe respetar cierta armonía de marco para el contraste. Por ello, a su turno, el otro autor contesta desde su perspectiva la opinión del primero.

Los argumentos están transcritos en tiempo real, es decir, no se trata de dos artículos homogéneos, sino que cada autor fue replicando al otro, y a medida que surgieron nuevos puntos de réplica se fueron contra-argumentando generando un verdadero ida y vuelta, un verdadero contrapunto. Un contrapunto, si se nos permite la redundancia, evidenciado en un proceso dialéctico, entendido como "simplemente una recapitulación y exposición sistematizada y reglamentada de aquellas técnicas dadas por la naturaleza, de las que se sirve la mayoría de la gente para tener razón cuando durante una disputa advierten que la llevan de su parte"⁽⁴⁾. El diálogo presentado de este modo sin lugar a dudas es caótico y natural.

De allí que el caos provenga precisamente de esta forma inusual para artículos de doctrina. Pero aun más, ya que los autores hemos decidido —esta vez— no dejar ninguna conclusión conjunta. Gordillo enseña —con acierto— que el real valor de una lectura es lo que la misma genera en el lector. Esta es precisamente la idea, que la conclusión que cierra el tema provenga de cada lector, luego de escuchar los dichos de los cantores en el presente contrapunto...

II. Nicolás Bonina (1)

II.i) El criterio jurisprudencial

La Corte Suprema tiene una conocida jurisprudencia respecto a la forma en los contratos administrativos. Ha señalado que "...las quejas referentes a la omisión de formas esenciales para la celebración del contrato conducen a dilucidar la existencia de éste."⁽⁵⁾.

Asimismo, ha dicho que "la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.

"Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (conf. arts. 975 y 1191, Cód. Civil y causa M.265.XXXIII, cit.)."⁽⁶⁾.

En definitiva, el criterio que aplica el Alto Tribunal puede resumirse de la siguiente manera: la celebración de contrataciones administrativas debe realizarse en conformidad con las formas requeridas por la ley, pues de lo contrario, se tiene por inexistentes a tales contratos.

II.ii) La crítica

Se ha señalado con total acierto que "El mayor riesgo del método conceptual estriba en que al "descender" a los fenómenos individuales reales se desnaturaliza el "mínimo jurídico" de lo abstracto y se aplica a fenómenos que por su singularidad son incompatibles con el régimen general atribuido al concepto abstracto."⁽⁷⁾.

El primer problema que presenta esta doctrina es precisamente aquél que advierte NIETO: la desnaturalización del mínimo jurídico. Empeora la cuestión ya que la Corte sostiene que esta doctrina se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo. Esto evidencia una clara desatención al fenómeno de la contratación administrativa, a su singularidad, complejidad y dinámica propias.

Pues esta construcción puede ser perfectamente aplicable en el derecho privado, donde la libertad contractual se alza como estandarte incuestionable. ⁽⁸⁾

También resulta ser un perfecto antídoto contra aquellas prácticas espurias que generan contrataciones en violación a todos los principios posibles para generar ganancias también espurias y desorbitantes, en violación a toda transparencia y legalidad. Esto es claro y elogiado.

Sin embargo, esta postura jurisprudencial desatiende aquellas contrataciones administrativas menores, las que se dan entre determinada repartición y un contratista habitual de la misma, que por lo general son PyMEs. Contrataciones periódicas con proveedores habituales.

En una relación de derecho privado, en la cual las partes en general y prima facie se encuentran en un mismo nivel de igualdad, no habría mayores inconvenientes.

Sin embargo, en la contratación administrativa, la administración goza de aquello que cierta doctrina denomina "facultades exorbitantes del derecho privado", que como ya he dicho en otra oportunidad, no son más que facultades regladas por el objetivo de la consecución del interés público, ya que es éste el que delimita la legitimidad o no de la utilización de las facultades señaladas. (9)

Y desatiende, además, la realidad de las empresas contratistas que realmente hacen de esta labor su giro comercial cotidiano. Porque lo que no se advierte es que el régimen jurídico siempre termina favoreciendo a las empresas que pretenden beneficios espurios, ya que por lo general —y salvo algún cambio de dirección política— las controversias que se suscitan en estos casos siempre se resuelven en el parasistema. (10)

En este sentido, en la dinámica de la contratación administrativa —y en especial en los contratos de obra pública—, es corriente que la Administración solicite a mitad de la ejecución contractual —y ciertas veces, desde el comienzo del contrato—, ampliaciones o modificaciones que muchas veces distan de los parámetros cualitativos y cuantitativos permitidos por el ordenamiento jurídico.

El contratista se ve en estos casos ante varias disyuntivas, pues no aceptar puede significar el "castigo político" de cierta repartición de no volver a adjudicarle más contratos, aunque su oferta sea la más conveniente.

Además, una ampliación significa mayores ingresos, lo cual es una pretensión legítima en una empresa que hace de tal labor su giro comercial cotidiano.

Por otro lado, al aceptar, los requerimientos de las ampliaciones suelen venir adjetivadas de "urgentes". Es que el tiempo no sólo es tirano en la televisión...

Entonces, el contratista afronta una nueva disyuntiva. Aceptar sin que la ampliación esté instrumentada formalmente puede acarrearle la "inexistencia" de la misma. O aun peor, si la modificación es sustancial, puede interpretarse que en realidad se trata de un nuevo contrato y que el mismo es "inexistente" por violación a formas esenciales.

Pero no iniciar la ampliación cuando la administración lo requiere urgentemente, puede significar el "castigo político" de la repartición comitente al que me referí anteriormente.

Hagamos un alto para comprender la realidad de la contratación administrativa. No pretendo referirme a las grandes contrataciones, sino más bien a empresas contratistas, PyMEs, que son asiduas en contrataciones de cierta o ciertas reparticiones.

En estos casos, el contratista conoce a la mayoría de los integrantes de tal repartición. A su vez, en la repartición el empresario es conocido. Existe cierta relación que se entiende realmente de "colaboración", y sinceramente es así, pues coloquialmente, el contratista se "gana la vida" con esta actividad y la repartición puede cumplir en tiempo y forma con sus obligaciones.

De esta manera, las ampliaciones solicitadas están relacionadas con un legítimo beneficio para ambas partes, ya que al contratista le sirve para certificar por un mayor monto, y a la administración le sirve para el cumplimiento de sus objetivos, y en más de una oportunidad, estas ampliaciones sacan de varios apuros a la repartición que tal vez erró en el proyecto, omitió ciertas consideraciones técnicas, etc., a sabiendas que el contratista hará el trabajo de la mejor manera posible, cumpliendo con las reglas del arte antes que con las especificaciones técnicas y el proyecto.

En esta realidad, en reuniones con el Director o Directora, se solicita al contratista la ampliación. El discurso en todas las situaciones es similar:

—¿Cuándo podés comenzar?

—Perfecto, empecé que acá arreglo todo para que salga cuanto antes la ampliación.

Es dentro de una relación de confianza, buena fe y colaboración que suelen tener lugar estas situaciones.

El problema es que quizá, antes que la ampliación se haya instrumentado por las vías legales correspondientes, la Directora o Director pueden ser removidos de su cargo; puede suceder que la decisión política del superior haya sido modificada; o tan sólo puede suceder que luego no haya partida presupuestaria para la ampliación, por la causa que fuere.

Entonces, la instrumentación de la ampliación se detiene hasta nuevo aviso. Se suspende sine die, que en definitiva es una revocación tácita (11) de un acto lamentablemente nunca instrumentado.

Pero para cuando esto sucede, el contratista tal vez ya finalizó, no sólo la ampliación, sino también la obra entera.

Y aquí comienzan los problemas, ya que todas las promesas y seguridades que se le ofrecieron se han desvanecido con la brisa matinal de una mañana de primavera.

Ciertas veces sucede que la comitente no recibe la obra ya que finalizada tal como se encuentra, no cumple con el proyecto y los pliegos.

El problema es que el Inspector de Obra que se niega a recibir la misma es muchas veces, el mismo que aprobó durante la ejecución el apartamiento al proyecto y a los pliegos, y aun más, es el mismo que le solicitó al empresario la modificación correspondiente.

Y luego, cuando el absurdo llega a sede judicial, la administración se defiende argumentando que tal procedimiento tuvo vicios graves, que los funcionarios intervinientes carecían de competencia para disponer tal ampliación, que sus actos no tenían causa o motivación suficientes, etc. (12)

Es decir que, para defenderse, la administración alega que violentó los principios de buena fe, confianza y colaboración contractuales; alega que permitió que ese "contrato que se reputará como inexistente" y que así lo solicita, se desarrollara durante todo el período de ejecución de una manera distinta a los pliegos y proyecto aprobados sin expresar en tiempo oportuno tal desvío.

Alega incompetencia de funcionarios, falta de causa, falta de motivación, etc.

Lo asombroso y paradójico, a la vez, es que se le exige al contratista que debe conocer si tal o cual funcionario tiene o no competencia, si existe causa suficiente para la ampliación, que conozca las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico, etc., pero sin embargo, no recae en el Inspector de Obra ni en la administración misma, ninguna responsabilidad por permitir que se ejecutara el contrato de una manera distinta al proyecto original.

Durante toda la ejecución de una obra existe una Inspección por parte del Comitente que precisamente tiene como misión controlar que la ejecución se realice conforme a contrato, aun cuando en los pliegos se impute toda responsabilidad por la ejecución al contratista.

No obstante ello, resulta asombroso que toda una repartición entera "no se haya percatado" que el contratista se encontraba realizando una obra o una ampliación por su propia cuenta, es decir, por su propia voluntad de hacer algo distinto y sin contrato o ampliación alguna.

Resulta paradójico que toda una repartición le deje hacer al contratista para luego alegar que lo realizado es inválido.

La postura de la Corte omite o desatiende que muchas veces —en este tipo de contrataciones— el contratista no está lucrando con ganancias que resultan irrazonables y espurias, sino que está trabajando y ejerciendo su industria en base a órdenes y/o pedidos de esa propia administración que encima alega públicamente y ante un Tribunal que ha violado todos los principios propios de una relación contractual, es decir, la buena fe, la colaboración y la confianza.

Lo que en definitiva sostengo, es que en este tipo de contrataciones se perjudica al que realmente efectuó la obra o la ampliación de buena fe; y se beneficia a una administración que nunca resulta responsable por sus actos ilícitos. Es el eterno retorno de la irresponsabilidad estatal que se nos quiere imponer bajo el manto de cualquier argucia retórica. Pues es más fácil revocar o no recibir la obra y no certificar, claro está; a abonar lo efectuado y reclamar contra el funcionario que actuó ilegítimamente. Y también es fácil omitir que la actuación del órgano persona compromete las responsabilidades del órgano institución.

De esta forma, el Tribunal dirá que "en consecuencia, los agravios de la apelante deben ser acogidos pues no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación." (13).

Para colmo de males para el contratista, tampoco resulta claro basar su pretensión en el enriquecimiento sin causa, ya que en principio si la obra no se encuentra receptada por la administración no habría enriquecimiento alguno. Muchas obras se dejan a la deriva del tiempo —y no precisamente del psicológico de Bergson— y de la acción de las estaciones anuales —no de las de Vivaldi—.

Y en rigor de verdad, existió un acuerdo de voluntades y un cierto fin de lucro por parte del contratista. Éste cumplió con su parte, y la administración traicionó tal acuerdo. De tal manera, si el contratista alega que existió un contrato, no puede introducir desde el comienzo la pretensión del enriquecimiento sin causa, que supone la inexistencia de contrato.

Si este argumento se introduce luego, el Tribunal puede decir que "tampoco corresponde fundar la decisión condenatoria, como lo hizo el a quo, en los principios del enriquecimiento sin causa, toda vez que ello importa una grave violación del principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de "cobro de pesos" en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada." (14).

Es decir que, la administración puede violar todos los principios contractuales existentes, pero después el contratista debe hacer un curso de aritmética parda para entablar la demanda sin equivocar el fundamento, ya que la elección de uno supone la eliminación del otro, y viceversa. Y todo ello pues existe un principio de congruencia —que muy fácilmente podría superarse mediante un nuevo traslado— que estaría dejando "indefensa" a la pobre administración.

Entiéndaseme. La crítica que esbozo aquí no es contra la postura jurisprudencial en sí, la que aparece como acertada en la mayoría de los supuestos. La crítica se circunscribe a la omisión del "mínimo jurídico" en palabras de Nieto.

Claro que existen contratistas "no inocentes" que utilizan las contrataciones para lucrar en forma irrazonable y desproporcionada incumpliendo sus obligaciones adrede. Asimismo, existen supuestos en los que las revocaciones o no recepciones son justas y legítimas. Y existen negociados ex ante, en los cuales lo que se "negocia" son las renegociaciones y modificaciones al mes de comenzar la ejecución.

Pero la aplicación de esta postura a todos los casos conlleva a ciertas injusticias, ya que también existen contratistas que hacen de esta actividad su giro comercial habitual, que el lucro buscado es razonable y cumplen debidamente con la prestación contratada. Estos casos —el mínimo jurídico— son omitidos por el criterio jurisprudencial comentado, y eso es lo que critico.

Pues, independientemente de que existan contratistas "no inocentes", la administración debe aprender de una buena vez por todas que tiene la obligación constitucional y supranacional de obrar conforme a derecho, en forma razonable y legítima, con el último objetivo de perseguir la consecución del bien común. (15)

Y en estos supuestos, la Justicia debe asumir que la aplicación generalizada de ciertas posturas jurisprudenciales favorece la irresponsabilidad del Estado, regenerándola siempre en un eterno retorno...

II.iii) Palabras finales

El segundo párrafo del art. 1071 del Código Civil prescribe que "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres."

Considero que este es el principio general que debe aplicarse en los supuestos como los mencionados. Porque la administración no puede hacer y deshacer a piacere sin afrontar las consecuencias de tal obrar. Porque como alguna vez señaló en un trabajo inédito NICOLAS DIANA, la Argentina es un país adolescente, y la característica de todo adolescente es la irresponsabilidad. Y de allí que asumir la responsabilidad de nuestras acciones nos vuelve más libres (16), y a la vez, nos hace madurar.

¿Qué tipo de sociedad pretendemos construir?

Pues que la administración celebre un contrato, obligue su modificación sin existir instrumentación formal, y luego reconozca impunemente que la misma existió pero sin las formalidades; que este reconocimiento impune lo realice una vez finalizada la obra; y que no soporte consecuencia alguna; todo ello es un signo de irresponsabilidad cabal, es una clara evidencia de un ejercicio abusivo de competencias públicas en violación a los principios más elementales de justicia, equidad y razonabilidad.

Desde hace años Gordillo enseña que el derecho es una ciencia de casos y problemas concretos, y esto es lo que debe comprenderse, ya que en supuestos como los presentes resulta imposible —e injusto— generalizar y desatender la consideración del mínimo jurídico. El Juez debe averiguar los hechos, la verdad material (17). Es decir, debe averiguar si existió un ejercicio abusivo de competencias por parte de la administración y una real pérdida por parte del contratista; o si se trata de argucias y maniobras especulativas, donde todos han ganado y nadie perdido.

Como se ha señalado, "La tarea no es fácil para nadie, pero alguien lo tiene que hacer"(18) ya que "(é)sta es la grandeza del buen jurista. El buen jurista —y más todavía el buen juez— no se limita a recibir pasivamente las leyes, sean correctas o incorrectas, justas o injustas, sino que, trabajando con ellas como materia prima, les busca un sentido correcto y justo al insertarlas en el ordenamiento jurídico y, contrastando luego su operatividad real, denuncia las deficiencias del Sistema y pone en juego toda su ciencia y autoridad para conseguir que sirvan a los objetivos sociales deseables."(19).

Y esto es así pues "Un control a posteriori que, para ser eficaz, ha de ser rápido y barato (o gratuito respecto de los interesados) y que, además (...) no se detenga en la nulidad de los actos irregulares sino en la responsabilidad de sus autores. Porque actualmente la impunidad administrativa es casi absoluta (salvo el control judicial, como se ha dicho ya), pero si en el mejor de los casos se anulan los actos y no se castiga a sus autores, éstos no tendrán motivos para rectificar su comportamiento y reiterarán actos similares a los anulados, sabiendo que, a todo lo más, de cien dictados se anulará uno solo y que a ellos en caso alguno les pasará nada." (20).

En definitiva, como se ha dicho en bellas palabras, "Ningún camino lleva a ninguna parte, pero uno tiene corazón y el otro no. Uno hace gozoso el viaje; mientras lo sigas, eres uno con él. El otro te hará maldecir tu vida. Uno te hace fuerte; el otro te debilita." Por ello "Para mí sólo recorrer los caminos que tienen corazón,

cualquier camino que tenga corazón. Esos recorro, y la única prueba que vale es atravesar todo su largo. Y esos recorro mirando, mirando, sin aliento."(21).

Es deseable entonces, que los Jueces asuman su propio imperium, es decir, asuman un camino con corazón que los conduzca a denunciar las deficiencias del sistema, para la consecución de resoluciones más Justas en cada caso concreto.

III. Nicolás Diana (1)

¿La defensa?

¿Necesita la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ser defendida para demostrar que su posición no se contradice en modo alguno a la esbozada por Nicolás Bonina más arriba? (22)

¿Quién mejor, sino el Máximo Tribunal, para defender su posición?

¿Podemos prescindir de las formas cuando del erario público y de su ejecución nos referimos?

¿La forma de los contratos administrativos responde a un criterio de eficacia y eficiencia de la gestión o a la voluntad esencialmente mutable del funcionario público (persona) y no de la administración? ¿Quién tutela el mínimo jurídico?

¿Quién es inmoral: El Estado, el funcionario o el empresario que conociendo la existencia de formas esenciales y procedimientos acepta las modalidades en las cuales la administración lo contrata?

¿Puede argüir entonces el contratista inexperiencia o ligereza de su parte?

Cada una de estas preguntas solamente encontrará respuesta en cada caso en particular. Aunque, adelanto mi coincidencia con Bonina en cuanto al que el sistema actual implica una trampa para el pequeño contratista, no lo es para el gran contratista que toma y hace diferencias a partir de los informalismos que claramente lo benefician, sobre todo en materia de obra pública.

Sin perjuicio de ello, tengo para mí que la solución al problema de las formas en los contratos administrativos, o mejor dicho la ausencia de ellas, encuentra coto en los principios generales del Derecho (en general) y del Derecho administrativo (en particular).

Si bien, puede llegar a sostenerse que "en este tipo de contrataciones se perjudica al que realmente efectuó la obra o la ampliación de buena fe; y se beneficia a una administración que nunca resulta responsable por sus actos ilícitos," jamás puede ampararse el Estado —supuesta persona moral y ética ¿por naturaleza?— en la ausencia de formas para no responder por las prestaciones efectivamente cumplidas por un tercero que lo hubiera beneficiado, a costa del empobrecimiento del ilegítimo contratista.

En primer lugar, traigo a relato que el precedente "Stamei SRL"(23), anterior a "Ingeniería Omega", donde nuestro más Alto Tribunal luego de recordar que el principio de buena fe, de observancia ineludible en materia de contratos en general, no constituye una exigencia que pueda ser dispensada en el campo del derecho público, postuló que "(p)or lo contrario, es dable esperar que la Administración no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar".

Para después de resaltar, en esa misma causa, que no obstante las distintas y graves irregularidades observadas en el procedimiento de selección del contratista estatal y sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiese corresponder a los funcionarios intervinientes, restaba examinar las consecuencias de esa nulidad a la luz de lo dispuesto en los arts. 1050 y 1052 del Código Civil y 14 del Decreto - Ley N° 19.549/72. En este punto, se expresó que "(n)o se trata del derecho a la indemnización pretendida con base en el presunto incumplimiento de la comitente, cuestión que indudablemente se tornó abstracta al declararse nulo el contrato (extremo no verificado en sede administrativa)...sino del derecho a la restitución de lo que las partes "...han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado" (art. 1052 citado). Esta Corte ha señalado que la norma no es sino la recepción, en materia de nulidades, de la teoría del enriquecimiento sin causa, y ha admitido, por aplicación del principio, el derecho a reclamar el precio o el valor de lo ejecutado o entregado en beneficio de la Administración (Fallos: 267:162; 275:106 y los allí citados)."

La consecuencia de la nulidad del contrato no empecería a que las partes se devuelvan lo que ilegítimamente recibieron. Es decir, si la administración recibió una obra determinada, el contratista —frente al contrato nulo— debe obtener a cambio, el valor de aquello que enriqueció al Estado, en la medida que haya quedado demostrado su empobrecimiento. No el valor de la contraprestación, sino el que quede acreditado en el expediente judicial.

En este sentido, en un caso en el cual una provincia desconocía las gestiones realizadas por un particular como locación de servicios y con ello, el pago de las respectivas facturas, por inexistencia del respectivo contrato, se sostuvo que "...fue la propia demandada quien encargó la gestión a la actora, según resulta de la referida autorización obrante a fs. 13 del expediente aduanero, cuya validez no fue formalmente puesta en tela de juicio por la provincia en los presentes autos, ni tampoco en las actuaciones administrativas agregadas. En todo caso, la doctrina del enriquecimiento sin causa sustenta la procedencia de la demanda (Fallos, 251:150 y sus citas)."(24).

Ello es así porque aun viciada de nulidad la contratación, "no puede desconocerse (...) la efectiva prestación de servicios por la empresa reclamante, lo que podría implicar la existencia de un enriquecimiento sin causa a favor del Estado". (25)

A lo que cabe agregar que "buena parte de la doctrina de los autores ha indicado los extremos o presupuestos necesarios para la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa, expresando que el crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco exceder del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor (Conf. Llambías, J. J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones t. IV-B, p. 399; Borda, G.A., "Tratado de Derecho Civil Argentino", Obligaciones Ed. Perrot T. II, pág. 502 y ss.)." (26).

No puede entonces pretender el Estado imponer las consecuencias de la nulidad de un contrato a un particular cuando "con su actuación y silencio, crea la apariencia de legitimidad de una determinada conducta privada que luego se pretende sancionar". (27)

Pero no todo puede medirse con la misma vara, no es lo mismo el pequeño contratista cuyos costos y valores de mercado no maneja, sino que en general los padece, que el gran contratista, que integra oligopolios —la llamada patria contratista— y con un amplio conocimiento del mercado y del derecho, cuando de escudriñarse en la apariencia de legitimidad me refiero. La cuestión subyace en que el discurso y la práctica, tal como lo refiere Bonina, no beneficia a la PyME, pero tampoco al Estado. El principal perjudicado en todo esto es el Estado, del cual todos formamos parte. Quien se beneficia es aquél que hace del informalismo un principio absoluto, cuando todos sabemos, hasta el más lego de los contratistas del Estado, que existen formas mínimas que no pueden omitirse cuando de contratos administrativos hablamos (28).

Previo al Decreto Delegado N° 1023/01, la reglamentación anterior al Decreto N° 436/00 de la antigua Ley de Contabilidad, establecía en el art. 61, inciso 88) del Decreto N° 5720/72, que "(c)uando el Estado rescinda un contrato por una causa justificada, no prevista en este reglamento, salvo el apartado h) del inciso 54, el adjudicatario tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos directos e improductivos en que probare haber incurrido con posterioridad a la adjudicación y con motivo del contrato, pero no se hará lugar a reclamación alguna por lucro cesante o por intereses de capitales requeridos para financiación...".

La causa justificada podría interpretarse legítimamente como los vicios existentes en el contrato que lo tornen nulo, no solamente la rescisión —revocación, más bien— del contrato por razones de inoportunidad, mérito o inconveniencia.

Esto es así, porque "no obstante la nulidad del contrato administrativo por vicios de forma esenciales, lo construido por la empresa debe ser pagado" (29); porque "cuando en un contrato ha existido originariamente una extralimitación del funcionario representante de una provincia, los bienes entregados en virtud de dicha convención no deben quedar sin cargo en poder de la referida provincia si ésta los recibió y utilizó desde el momento de la entrega, por aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa" (30); ya que "aun cuando un contrato anulado no produzca los efectos convenidos y previstos en él, produce los de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas conforme lo dispuesto por los arts. 1056, 1052, 2309, 2310 CC. relativos al enriquecimiento sin causa y al empleo útil". (31)

En esa línea de pensamiento, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, ha expresado que sin perjuicio de la inexistencia del debido respeto de las formalidades que marcaba la normativa vigente para la celebración y formación de un contrato administrativo (se trataba de una obra pública), "De todo esto no se sigue, sin embargo, el rechazo liso y llano de la demanda (por cuanto) ...está demostrado de modo categórico que la actora realizó trabajos para la demandada, que se tradujeron en beneficios para ésta. Sea, entonces, por aplicación directa del art. 2306 del cód. civil, o de los principios que informan el instituto del enriquecimiento sin causa (...) cuadra reconocer a la actora el derecho a cobrar su crédito, en la medida de la utilidad que le haya reportado a la accionada". (32)

¿Existe —realmente— un principio jurídico y moral que veda el enriquecimiento sin causa a costa de otro, cuando ese otro es el Estado, tanto en su favor como en su contra? (33)

Entiendo que sí.

El problema básico y fundamental es que, por sentido común y estrategia procesal, quien acciona por el incumplimiento de un contrato administrativo contra el Estado lo hace con sustento en las pautas contractuales y no dejar abierta la veta para que el demandado pueda invocar la posibilidad de que el contrato cuya ejecución se pretende fuere nulo. Esto pese a que la Corte, ha expresado en "Ingeniería Omega" (34) que "los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también que la carga de su prueba corresponde a la actora (arts. 163, inc. 6, 330 y 337, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Fallos: 292:97)"; omitiendo que la pretensión principal del contrato es el reconocimiento de las prestaciones incumplidas que, en general, difieren de lo que por aplicación del enriquecimiento sin causa puede llegar a obtenerse en sede judicial.

Este criterio, restrictivo y aplicado por muchos tribunales inferiores con un exceso formalismo, fue llamativamente morigerado tiempo después cuando ya no un particular accionaba contra el Estado por

incumplimiento de un contrato administrativo viciado en sus formas esenciales, sino cuando esta relación procesal se invirtió.

Así, en "Gas del Estado S. E. (en liq.) c. Transportadora de Gas del Sur S. A. s/ contrato administrativo"⁽³⁵⁾, sostuvo el Máximo Tribunal que "es principio de buena doctrina y jurisprudencia que la conducta de las partes constituye base cierta de interpretación de los términos del vínculo jurídico que las une (Fallos: 262:87; 302:242; 318:1632, entre muchos otros)." (considerando 8°).

Por lo que acreditados los trabajos cuya percepción se reclama —en el caso, por ejecución del contrato y no por vía del enriquecimiento sin causa, resalto— "no puede inferirse que la demandada nada debe. Las obras fueron necesarias a los fines de la prestación del servicio, se incorporaron en su patrimonio y de ellas obtuvo ventajas. Si bien del marco contractual no se colige la concreta obligación de pago, ella resulta de los principios generales del derecho, específicamente del principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, de apropiada admisión en el derecho administrativo. En autos, el patrimonio de la sociedad estatal se vio afectado por la necesidad de hacer obras indispensables para que el servicio público cubriera las exigencias de interés público, y las obras concluidas que accedían al Gasoducto Cordillerano se incorporaron al patrimonio de la sociedad licenciataria, tal como lo demuestran sus registros contables. Existe, pues, un patrimonio enriquecido y un patrimonio empobrecido y todo enriquecimiento injustificado de una persona a consecuencia de un gasto público es contrario al principio constitucional de la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional)." (El destacado es propio).

De esta forma, a modo de síntesis, entiendo que de la jurisprudencia del Máximo Tribunal antes y después de "Ingeniería Omega" se sigue, no sólo que los contratos que no respetan las formas esenciales (cfr. arts. 7° inc. d) y 8° del decreto-ley 19.549/72) son nulos, sino que pese a esa nulidad el cocontratante perjudicado con las prestaciones recibidas debe ser reparado si aquellas se incorporaron al patrimonio de la otra parte (sea el Estado o un contratista particular) y de ellas se obtuvieron ventajas.

Pero sólo en esa proporción, no más. De lo contrario se privilegiaría el incumplimiento de las normas por sobre su cumplimiento, práctica habitual en nuestro país donde parecerían ser iguales el que respeta las normas que el que no lo hace. ⁽³⁶⁾

Por lo que cualquiera sea la postura que adoptemos, entiendo que no pueden asimilarse las situaciones jurídicas tanto frente a un contrato ilegítimo (irregular) que a uno legítimo (regular). No cabe otra solución válida.

Por último, no soslayo la idea que el funcionario responsable pague por la falta cometida (arts. 130 y 131 de la ley 24.156 —Adla, LII-D, 4002—), la impunidad —en principio— favorece la corrupción en materia de ejecución contractual ⁽³⁷⁾. Corrupción que implica una relación entre dos o más personas integrantes de la administración y del sector privado que obtienen un lucro o beneficio adicional por la concesión de determinada prestación pública.

El límite para determinar la legitimidad o ilegitimidad de determinado acto (contrato) administrativo muchas veces es demasiado fino, quedando sujeto siempre a las constancias y a los elementos que puedan acreditar la existencia y legitimidad de la relación y, en su defecto, de las prestaciones recibidas.

Agrego, recordando a Gordillo, que no podemos olvidar que en innumerables casos, que todavía hoy se repiten, algunos oferentes tal vez no saben, no quieren o no pueden hacer obras o suministros a precios de mercado, pero en cambio son perfectos e insuperables en el arte de saber hacer y cumplir todos y cada uno de los infinitos papeles y requisitos burocráticos que condicionan la admisibilidad de las ofertas y la transparencia del contrato. ⁽³⁸⁾

También aduno que la intervención del Inspector de Obra, o de cualquier otro funcionario competente o no, avalando las ampliaciones o modificaciones en la ejecución de determinado contrato tampoco es garantía de legitimidad. Es casi una verdad de Perogrullo que el negocio en ser contratista del Estado radica no en el monto original del contrato sino en las ampliaciones, modificaciones, readecuaciones de precios, etc., que engrosan las sumas pactadas en principio alterando las más de las veces las bases de la contratación, sin que ello motive mayores críticas por quienes se benefician de tal conducta legítima de la administración.

Para finalizar, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁽³⁹⁾, debo insistir en que "los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes (conf. Fallos: 316:3157)", por lo que la omisión de cumplir con las formalidades de cada contrato en particular deriva en la nulidad absoluta de los actos contractuales (sea en su formación como en su ejecución), resultando "adecuado aplicar, para el examen de la validez de los actos relacionados con contratos administrativos, las disposiciones de la ley 19.549."

Pero en esa aplicación, no omito en el análisis la existencia de principios generales que impiden el enriquecimiento del Estado (o del contratista) cuando no existe una causa que así lo fundamente. No puede, por ende, cargarse únicamente al contratista con el peso de la nulidad, empero tampoco puede soslayarse un umbral mínimo de legalidad cuando hablamos de un contrato administrativo, por encontrarse en juego un interés

público superior al afán de lucro de la empresa y que justifica la asunción de responsabilidades por quienes con su conducta favorecieron la existencia de la situación ilegítima de uno u otro lado de la administración.

IV. Nicolás Bonina (2)

Respetuosamente disientiré con el parecer de mi estimado amigo Nicolás Diana. En primer lugar, construye toda su argumentación en base a fallos del Alto Tribunal que en su mayoría son anteriores a "Ingeniería Omega". Claro que la postura que sustenta contiene una Justicia subyacente a la que adhiero, el problema reside en que tal postura no es la que sostiene por estos días la Corte Suprema de Justicia. Ergo, a su primer pregunta, deberé responder que el criterio jurisprudencial del Máximo Tribunal es abiertamente contraria a lo señalado por mí supra.

La jurisprudencia que cita Diana hace referencia a los vicios de forma como generadores de contratos nulos. En cambio, la jurisprudencia actual se refiere a la inexistencia del contrato. Cabe preguntarse si los efectos de la nulidad de un contrato son los mismos que los de la inexistencia del mismo.

De tal forma, tampoco es doctrina hoy día que pueda introducirse posteriormente a la traba de la litis el fundamento del enriquecimiento sin causa. Y es claro que el contratista efectúa un plan económico - financiero de sustentabilidad y rentabilidad previo. Es por ello que el contratista reclama el incumplimiento contractual y no el enriquecimiento sin causa, ya que en el segundo caso, sólo se reconoce la medida del empobrecimiento.

Súmele a ello los gastos improductivos indirectos, el tiempo invertido, el lucro cesante, etc. El contratista que "vive de esto" y no busca específicamente estos vicios para ganar desmedidamente, pretende obtener alguna ganancia, porque si sólo trabaja para cubrir los gastos directos, sin siquiera el reconocimiento de los indirectos, sencillamente no obtiene los ingresos suficientes para sobrevivir.

Peor aún, Diana olvida hacer referencia siquiera a los casos en los que la obra no ha sido siquiera recibida por la administración. Si el contrato es inexistente, y la administración no se ha aprovechado de la construcción por negarse a recibirla, ¿cuál es la vía de acción del contratista?

Aquí no existiría enriquecimiento de la administración, pero sin embargo si existe empobrecimiento del contratista.

Claro que siempre puede responsabilizarse al funcionario mediante los arts. 130 y 131 de la Ley N° 24.156, pero antes la administración debiera responder por su actuar ilegítimo y luego reclamar contra el funcionario.

Sin embargo —y el propio DIANA lo trae a colación— vemos cómo cuando el Estado es el que reclama el incumplimiento (el fallo citado "Gas del Estado S. E. (en liq.) c. Transportadora de Gas del Sur S. A. s/contrato administrativo") los rigorismos procesales son atenuados. Aquí ya no se aplica con el mismo vigor el rigorismo procesal pues se trata de fondos públicos.

¿O habría que decir que se trata de salvar la indefendible defensa de un Estado siempre adolescente, irresponsable e inmaduro?

La historia no es nueva. El Estado como actor no tiene que agotar la vía administrativa, el magistrado no analiza de oficio los requisitos de admisibilidad de la demanda interpuesta por el mismo, puede embargar tranquilamente los fondos de la otra parte sin ninguna restricción (40), etc.

De tal forma y mediante este esquema retórico (fondos públicos, interés común, régimen exorbitante, poder de policía, etc.), cuando el Estado acciona por incumplimiento contractual, como en el caso citado por DIANA, los requisitos y rigorismos procesales se atenúan; pero cuando el que reclama es un contratista, todo el vigor de la ley recae sobre el mismo. Dura lex, sed lex, se dirá. Lamentablemente, no para todos.

El tema no puede ofrecer una solución esotérica y genérica para abarcar con Justicia a todos los supuestos que pueden presentarse. Reitero, es el juez quien debe averiguar la verdad material de cada caso y fallar sin atenerse a fórmulas o criterios rígidos que desatienden el denominado mínimo jurídico. Porque sino, el juez deja de ser juez para ser tan sólo un autómatas aplicador de una ley que primero debe interpretarse a la luz de los hechos del caso. En esto, tanto DIANA como quien escribe, coincidimos.

Ha señalado magistralmente BORGES que "... no hay en la tierra una sola página, una sola palabra, que lo sea (sencilla), ya que todas postulan el universo, cuyo más notorio atributo es la complejidad." (41). Y ello es así pues "...no sabemos qué cosa es el universo" aunque "La imposibilidad de penetrar el esquema divino del universo no puede, sin embargo, disuadirnos de planear esquemas humanos, aunque nos conste que éstos son provisorios." (42).

Se trata, entonces, de construir esquemas humanos, relativos y provisorios, que no desatiendan la complejidad misma de la realidad a la que se aplican (43). Pues, como en bellas palabras ha señalado Sabatini "Te confieso que es algo desconcertante (la vida). Las explicaciones que tratan de simplificarla no hacen sino complicarla más..." (44).

Pero por sobre todo, lo que no podemos dejar pasar por alto, es la pretensión estatal de siempre de imponer de alguna apariencia constitucional al eterno retorno de su irresponsabilidad.

V. Nicolás Diana (2)

El amor a una flor que no existe

Ratifico, para alegría de mi amigo contendiente, todo lo dicho y cada uno de los fallos mencionados, en cuanto colaboran en la (re)construcción de una solución al problema planteado, jurisprudencia del Máximo Tribunal mediante.

Ello no es más que mi amor a una flor que no existe, no la defensa al eterno retorno de la irresponsabilidad. [\(45\)](#)

Robando la idea de un gran maestro, "(m)i aspiración máxima es que las pocas cosas que diré en (esta) segunda parte los ayude a evitarse algunos fracasos y decepciones o, en todo caso, a atenuar el impacto de unos y otras". [\(46\)](#)

El posible fracaso de las ideas apuntadas más arriba en nada se vinculan con la posible confusión —que aclaro fue voluntaria y dirigida hacia un objetivo— de traer a discusión decisiones anteriores a "Ingeniería Omega" pero confrontadas con fallos posteriores.

Coincido con Bonina en que la perversión del excesivo formalismo trae aparejada la existencia de una doctrina que no distingue los casos particulares al amparo de institutos o principios puros del derecho, pero que no fueron pensados para tolerar el abuso del derecho.

Pocos discuten la existencia de prerrogativas o cláusulas exorbitantes del derecho privado en los contratos administrativos, sean explícitas o implícitas [\(47\)](#); pero éstas existen.

Tampoco nadie se rasga las vestiduras cuando se alude a un régimen especial que tutela a los contratos celebrados por la administración, en atención a los intereses públicos perseguidos con su celebración (sean directos o indirectos) o al carácter de uno de los sujetos integrantes de la relación contractual.

No obstante ello, sí hay divisiones en lo que a las formas de los contratos se refiere. El quiebre se da entre quienes están del lado de la administración y quienes están del lado de los contratistas; y parecería ser sin términos medios.

En rigor de verdad, no debería haber bandos a favor o en contra, ya que el único interés en pugna es el interés público en el acatamiento del principio de juridicidad.

Lo esotérico, acá, parte de lo oculto, reservado, impenetrable y de difícil acceso para la mente (de nuestros juristas y jueces) es el conocimiento de los hechos del caso y desentrañar la verdadera naturaleza de las cosas [\(48\)](#), que para Montesquieu determinaba las leyes para cada organización política en particular. [\(49\)](#)

Entiéndase que lo que la Justicia reclama no es la preocupación perenne por las formas sino sólo de aquellas que son esenciales para la conformación del contrato administrativo. [\(50\)](#)

No podemos equiparar, como expresé líneas arriba, los efectos de un contrato regular con los de uno irregular; pero no podemos desconocer las especiales situaciones apuntadas por Bonina.

Y aunque esta sea la única idea esbozada, insisto en que aun cuando tengamos un contrato nulo, el reconocimiento de los derechos reclamados judicialmente —hubiera recepción de la obra o no por parte de la administración, conforme me criticara mi colega— siempre será un problema de prueba.

Ahí es donde la habilidad del litigante al tiempo de iniciar una demanda contra el Estado jugará a su favor o en su contra: En la elección de los medios probatorios para acreditar la existencia del contrato, el respeto de las formas esenciales, su validez y, en su defecto, la prestación de las obras, servicios o bienes requeridos por un ente público.

Debo entender y reconozco que "(s)i alguien ama a una flor de la que no existe más que un ejemplar entre los millones y millones de estrellas, es bastante para que sea feliz cuando mira las estrellas. Se dice: "Mi flor está allí, en alguna parte..." "Y si el cordero come la flor, para él es como si, bruscamente, todas las estrellas se apagan. Y esto, ¿no es importante?" [\(51\)](#).

Es cierto que la jurisprudencia actual no abona mi tesis. También lo es que sólo sobre el camino ya recorrido podemos avanzar en esto que no es otra cosa que la lucha por el derecho.

Mientras exista lugar para mi flor, poco importa si cae presa de alguien que la devore, si al menos —como las estrellas— pudo ser contemplada por muchos o pocos.

Tomando también a Borges [\(52\)](#), vale traer a relato que "(l)a tierra que habitamos es un error, una incompetente parodia. Los espejos y la paternidad son abominables, porque la multiplican y afirman. El asco es la virtud fundamental."; a lo que agregó, que la Argentina que habitamos es una parodia donde gran parte de la doctrina y la jurisprudencia imitan o intentan imitar un mero reflejo de lo que intenta ser un sistema jurídico, pero que no aprecian la realidad, lo que es.

El derecho administrativo, en este aspecto, ha mostrado su fracaso como fiel exponente de un parasistema jurídico que todos conocen, pero del cual, salvo algunas excepciones, nadie habla: Esa flor que no existe.

VI. Conclusión (Provisoria)

De la discusión plasmada líneas arriba podemos concluir provisionalmente que el problema no es tanto la forma como elemento esencial de los contratos administrativos sino las consecuencias que su omisión trae aparejada frente a la pretensión de cobro por el contratista de lo que considera que le corresponde por prestaciones efectuadas a la administración y el posible conflicto de ese interés particular con el interés público. Una solución que entendemos —y en esto, llamativamente, coincidimos— que se vincula con una cuestión netamente de prueba o, mejor dicho aún, que subyace en los hechos.

Sin embargo, nos hemos emprendido en esta empresa, permitiéndonos el disenso intelectual en varios momentos. ¿Se trata entonces de un ejercicio meramente lúdico originado en el ocio intelectual? ¿O de pretender un ejercicio dialéctico de especulación con pretensiones de ciencia?

Será del lector la conclusión tanto sobre el mérito de estas líneas, como de las opiniones esgrimidas. Todavía nosotros mismos no logramos averiguar de qué se trata este trabajo, salvo la consigna primaria de hacerlo en y desde la libertad, en la que dicha amistad siempre se ha basado.

Y hablando de libertad y como cierre para estas líneas, permítasenos finalizar este trabajo con palabras de Karl Popper.

"Necesitamos la libertad para impedir el abuso del poder del Estado, y necesitamos al Estado para evitar el mal uso de la libertad. Éste es un problema que, evidentemente, nunca se puede resolver de forma abstracta y, por principio, tampoco se puede resolver por medio de leyes. Necesita un tribunal de Estado y, más que cualquier otra cosa, una buena voluntad.

"Necesitamos estar en posesión del conocimiento de que ese problema nunca se podrá resolver por completo (...) Tenemos que conformarnos con soluciones parciales y compromisos..."⁽⁵³⁾.

La búsqueda de armonía entre Libertad y Estado, tal vez sea el camino (¿utopía? ¿conjetura?) para resolver los problemas aquí planteados. Y es que "...aprendemos siempre muchísimo por medio de una falsación. No sólo aprendemos que una teoría es falsa, sino que también aprendemos por qué es falsa. Y, sobre todo, obtenemos un nuevo problema, más rigurosamente formulado; y un nuevo problema es, como ya sabemos, el verdadero punto de partida de un nuevo desarrollo científico."⁽⁵⁴⁾.

De allí que, mediante la discusión crítica, podamos aproximarnos cada vez más a esa realidad tan huidiza, aunque este método "No presupone que la realidad es tal y como la describen nuestras teorías científicas; pero presupone que existe una realidad y que podemos aproximarnos más y más a una descripción adecuada de la realidad con nuestras teorías, que son nuestras ideas creadas por nosotros mismos y, por eso, siempre idealizaciones..."⁽⁵⁵⁾.

Véase en estas palabras, tal vez, el real sentido de este trabajo, originado en una postura de libertad y disenso, en las diferencias que nos hacen iguales.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Según la RAE (www.rae.es) contrapunto significa: Concordancia armoniosa de voces contrapuestas; 2) m. Arte de combinar, según ciertas reglas, dos o más melodías diferentes; 3) m. Contraste entre dos cosas simultáneas; 4) m. Arg., Bol., Chile, Col. y Ecuad. Desafío de dos o más poetas populares; 5) m. Ven. Ejecución musical en la que compiten dos cantadores, que se acompañan con ritmo de joropo llanero.

(2) El presente trabajo, continúa la línea de Debates iniciada innovadoramente por GORDILLO, Agustín y CAMPOLIETI, Federico, publicado en LL, Suplemento Administrativo, octubre de 2006, "¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional", p. 69.

(3) Ver BONINA, Nicolás, "Lo que el derecho es. Problemas epistemológicos a raíz del fallo Itzcovich", LA LEY, 2005-F, 356.

(4) SCHOPENHAUER, Arthur, "El arte de tener razón (expuesto en 38 estratagemas)", Buenos Aires, Quadrata, 2005, p. 37.

(5) Ver CSJN, Fallos, 323:3924, "Ingeniería Omega Sociedad Anónima v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 05/12/2000, donde continúa señalando "En tal sentido, es menester recordar que este tribunal ha sostenido reiteradamente que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (Fallos: 308:618; 316:382; causa M.265.XXXIII, "Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c. Santiago del Estero, Provincia de, Ministerio de Economía s/ cobro de pesos", sentencia del 1 de junio de 2000)."

(6) CSJN, "Ingeniería Omega", op. cit.

(7) NIETO, Alejandro / GORDILLO, Agustín, "Las limitaciones del conocimiento jurídico", Madrid, Trotta, 2003, p. 25.

(8) Salvo, claro, las teorías acerca de los contratos de adhesión y con cláusulas leoninas, que se solucionan

mediante la aplicación del abuso de derecho que también debieran aplicarse a la contratación administrativa, como ya veremos.

(9) Ver BONINA, Nicolás, "El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado", RPA, 2006-1, p. 91.

(10) Ver GORDILLO, Agustín, La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo, Madrid, Civitas, reimpresión 1995.

(11) Ver, REJTMAN FARAH, Mario, "Suspensión de oficio del acto administrativo y revocación tácita (Una sentencia saludable)", LA LEY, 1995-E, 485.

(12) "Que la demandada, al desarrollar el agravio referente a los vicios del procedimiento de contratación, señaló que la selección del contratista debió efectuarse mediante licitación pública. Agregó que los funcionarios intervinientes no tenían competencia para disponer una contratación directa, que sus actos carecían de causa y motivación suficiente, y que —aun en la hipótesis de que se admitiera la posibilidad de acudir a ese tipo de contrataciones— no se requirieron ofertas a tres casas del ramo de acuerdo con lo prescripto por el dec. 5720/72, ni existieron informes técnicos que avalaran el proceder adoptado.", CSJN, "Ingeniería Omega", op. cit.

(13) CSJN, "Ingeniería Omega", op. cit.

(14) CSJN, "Ingeniería Omega", op. cit., donde señala además que "En este sentido, cabe recordar que esta Corte ha resuelto que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también que la carga de su prueba corresponde a la actora (arts. 163, inc. 6, 330 y 337, segunda parte, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, Fallos: 292:97)."

Así es que "por otra parte, la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa no es procedente en el "sub examine", ya que no ha existido la indispensable invocación y prueba del empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir, de manera que la aplicación que la Cámara ha hecho de esa institución, con todas sus consecuencias —ya que condenó por el monto de las facturas presentadas por la actora— comporta violación del art. 18 de la Constitución Nacional."; ya "...que la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa supone la acreditación del empobrecimiento de quien reclama y la medida del enriquecimiento de quien ha recibido la prestación, y que la actora no probó tales extremos." (cons. 11).

(15) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", t. II, La defensa del usuario y del administrado, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2006, Cap. VI, "El interés público como interés de una mayoría concreta de individuos", p. 35, donde señala el interés público "...es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes —actuales y/o futuros— y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundan en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad."

(16) "Libertad significa responsabilidad. Por eso la temen la mayoría de los hombres."; SHAW, George Bernard, "Ironías y Verdades", traducción, compilación y prólogo de Virna Köhle, Buenos Aires, Longseller, 2001, p. 77. Se trata de una postulación de principios íntimamente relacionada con el tipo de sociedad que queremos construir.

(17) Ver ALETTI, Daniela / BONINA, Nicolás, "La verdad material: ¿mito o realidad?", LA LEY, Sup. Adm., julio/2006, p. 1, donde nos hemos referido a la obligación del Juez de averiguar la verdad material, es decir, los hechos del caso, utilizando en toda su extensión el imperium que la propia Constitución le otorga.

(18) GORDILLO, Agustín, "El Estado de Derecho en estado de emergencia", LA LEY, 2001-F, 1050.

(19) NIETO, Alejandro, Balada de la Justicia y la Ley, Madrid, Trotta, 2002, p. 46; quien continúa señalando "Otra cosa es que lo consiga. De ordinario no es así, porque el Sistema institucional es una muralla de malicia, inercia y egoísmo político inexpugnable para las débiles fuerzas de los juristas mejor intencionados."

(20) NIETO, Alejandro, op. cit., p. 61.

(21) CASTANEDA, Carlos, Las enseñanzas de don Juan, 2ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, ps. 107 y 167, respectivamente.

(22) Aclaro lo siguiente: Según lo conversáramos con BONINA y tal como se colegirá de la lectura, podría haberme allanado a su solución. Mi respuesta tan solo permite abonar la tesis anterior, aunque amplifico su contenido.

Recordaba SCHOPENHAUER, que con la amplificación "Se lleva la afirmación realizada por el adversario más allá de sus límites naturales, se la interpreta del modo más general posible, tomándola en su sentido más amplio, y también exagerándola. Luego nuestra propia afirmación, en cambio, se la reduce a sus más estrechos límites, ya que cuanto más se amplía o general sea una afirmación, a más ataques estará expuesta. El antídoto más eficaz contra la amplificación es la definición de los *puncti* y el *status controversia* (Puntos que se van a discutir y las condiciones mismas de la discusión) (op. cit., p. 41 - estrategia 1).

(23) CSJN, Fallos, 310:2278.

(24) CSJN, "in re" "Gerosa, Elena c. Pcia. de Buenos Aires", ED, 5-266.

(25) PTN, Dictámenes, 248:043.

(26) PTN, Dictámenes, 247:116.

(27) MAIRAL, Héctor A., "La doctrina de los propios actos y la Administración Pública", Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 147.

(28) No sólo nos referimos a la regularidad y legitimidad del procedimiento de selección con carácter previo al perfeccionamiento del contrato, sino también al cumplimiento de lo normado en el art. 11 del Decreto Delegado N° 1023/2001 y en especial, del principio de juridicidad tan recordado por COMADIRA.

(29) CSJN, Fallos, 179:249, "Empresa Constructora F. H. Schmidt S.A."

(30) CSJN, "Transportes de Buenos Aires v. Provincia de San Luis", ED, 1-52.

(31) CSJN, "Hijos de Luis Constantini c. Fisco de la Provincia de Mendoza", JA, 53-545.

(32) CNFed. Civ. y Com., sala II, "Satecna c. Estado Nacional", 09-04-91, ED, 147-317.

(33) Por la afirmativa: voto en disidencia de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez Y Eduardo Moliné O'Connor, en CSJN, Fallos, 315:214, "in re" "Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c. Ferrocarriles Argentinos".

(34) CSJN, Fallos, 323:3924.

(35) CSJN, Fallos, 326:2457; ED, 31-03-04, nro 285, sentencia del 05/08/03.

(36) En ese entendimiento y con la relación al carácter esencial de las formas en los contratos administrativos, en fecha reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "a los fines de calificar la naturaleza del vínculo contractual corresponde seguir la jurisprudencia del Tribunal, según la cual cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público (Fallos: 315:158; 316:212; 321:714); en consecuencia, los contratos de esta índole entre un particular y la Administración Pública deben realizarse mediante los mecanismos previstos en las normas pertinentes del derecho administrativo local (Fallos: 320:1101)" y que "la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia (Fallos: 323:1515; 324:3019) Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieron en la forma prescripta (arts. 975 y 1191 del Código Civil)." (CSJN, "in re" "Punte, Roberto Antonio c. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato", 21/03/06; causa P. 238. XXVIII).

(37) El art. 9° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 26.097, establece que:

"Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación."

"2. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas:

a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional; b) La presentación oportuna de información

sobre gastos e ingresos; c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente; d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo."

"3. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estado financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos."

(38) Cfr. GORDILLO, Agustín A., "Después de la reforma del Estado", 2ª ed., Buenos Aires, FDA, 1998, Cap. VII-5.

(39) CSJN, Fallos, 326:3700, "in re" "El Rincón de los Artistas c. Hospital Nacional Profesor Alejandro Posadas", 30/09/03.

(40) Aun en forma inconstitucional, a tenor del art. 92 de la ley 11.683 (t.o. decreto 821/98) (t.o. 1998) (Adla, LVIII-C, 2969), que establece que "La Administración Federal de Ingresos Públicos por intermedio del agente fiscal podrá decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución. Asimismo podrá controlar su diligenciamiento y efectiva traba. En cualquier estado de la ejecución podrá disponer el embargo general de los fondos y valores de cualquier naturaleza que los depositados tengan depositados en las entidades financieras regidas por la ley 21.526 (Adla, XXXVII-A, 121). Dentro de los quince (15) días de notificadas de la medida, dichas entidades deberán informar a la Administración Federal de Ingresos Públicos acerca de los fondos y valores que resulten embargados, no rigiendo a tales fines el secreto que establece el artículo 39 de la ley 21.526." Adviértase que el art. 17 de la CN prescribe que "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley." Sin embargo, la disposición del art. 92 citado es claramente contraria a la norma constitucional. Claro que, cuando se trata de que un particular embargue al Estado, la cuestión resulta totalmente distinta, para ello ver BONINA, "El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado", op. cit., p. 91.

(41) BORGES, Jorge Luis, "Prólogo", El informe de Brodie, en Obras Completas, t. II, 14ª ed., Buenos Aires, Emecé, 2004, p. 399. Bastardillas en el original.

(42) BORGES, "El idioma analítico de John Wilkins", Otras inquisiciones, en Obras Completas, t. II, 14ª ed., Buenos Aires, Emecé, 2004, p. 86.

(43) Ver BONINA, "Lo que el derecho es...", op. cit.

(44) SABATINI, Rafael, "Scaramouche", Barcelona, Debate, 1999, p. 386.

(45) Hace casi cincuenta años atrás, la Procuración del Tesoro de la Nación había indicado ya que "las formalidades requeridas por el derecho público para las contrataciones tienen por objeto la defensa de los intereses del Estado y en última instancia el bien público (...) (por lo que) los contratos celebrados en violación de las formas esenciales de procedimientos impuestos por las leyes y reglamentos, son nulos de nulidad absoluta, y por tanto no obligan a la Administración ni le acarrearán responsabilidad legal alguna (...) (pero) que en caso de que la Administración hubiere recibido alguna prestación beneficiosa a sus intereses, como consecuencia de la contratación declarada nula, sería procedente el reconocimiento al tercero en la medida del beneficio, que debería ser determinado por técnicos del Estado" (Dictámenes, 75:331).

(46) CARRIO, Genaro R., "Cómo argumentar un caso", 2ª ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo - Perrot, 2003, p. 61.

(47) Nota de Nicolás Bonina: Como supra he señalado, debiera eliminarse la denominación de "cláusulas exorbitantes del derecho privado", ya que como señala Gordillo, se trata de la utilización del lenguaje a favor del poder; ver su crítica reciente en GORDILLO, Agustín / CAMPOLIETI, Federico, "¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional", LA LEY, Supl. Adm., octubre/2006, p. 69. Las denominadas prerrogativas exorbitantes son tan sólo facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico a la administración que se encuentran regladas por la finalidad de realizar el interés público. En todo caso, remito a la nota nro. 9 del presente trabajo.

(48) Nota de Nicolás Bonina: En cuanto a la imposibilidad empírico-racional del ser humano de conocer la "verdadera naturaleza de las cosas", ver BONINA, Nicolás, "Lo que el derecho es...", op. cit.

(49) La ley, para el autor iluminista, era la relación necesaria que derivaba de la distinta naturaleza de las cosas; una norma contraria a esta naturaleza y al espíritu de una comunidad y a sus costumbres difícilmente puede ser operativa.

(50) Me remito al fallo del Máximo Tribunal citado en la nota 36, "in re" "Punte, Roberto Antonio c. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato", 21/03/06; causa P. 238. XXVIII.

(51) DE SAINT - EXUPÈRY, Antoine, "El principito", 1ª ed., Buenos Aires, Emecé, 2005, p. 32.

(52) BORGES, Jorge Luis, "El tintorero enmascarado Hákim de Merv", en "Historia universal de la infamia", 11ª reimp., Buenos Aires, Emecé, 1972, p. 90.

(53) POPPER, Karl R., "La responsabilidad de vivir", Reimpresión, Altaya, España, 1999, p. 193.

(54) POPPER, op. cit., p. 30.

(55) POPPER, op. cit., p. 39.