

Voces: CONTRATO ADMINISTRATIVO ~ CONTRATO ~ ESTADO ~ CONCEPTO DE CONTRATO ~ ARBITRARIEDAD ~ CONTRATACIONES DEL ESTADO ~ PRINCIPIO DE LEGALIDAD ~ OBRA PUBLICA ~ SERVICIO PUBLICO

Título: ¿Qué se entiende por contrato administrativo?

Autores: Bonina, Nicolás Diana, Nicolás

Publicado en: Sup. Adm 2010 (febrero), 04/02/2010, 1 - LA LEY2010-A, 1032

I. Exordio

La doctrina de los autores y la jurisprudencia, nacional y extranjera, durante años —desde los albores del derecho administrativo— han debatido (1) —y todavía continúan haciéndolo— académica e ideológicamente sobre la sustantividad, los caracteres, la naturaleza, etc., del contrato administrativo y las prerrogativas públicas explícitas e implícitas de tan controvertida categoría artificial.

En este contexto, tomamos partido y afirmamos que el contrato administrativo es, a la vez, figura e ilusión.

Como figura, siguiendo las distintas acepciones de la palabra incluidas en la 22ª ed. del Diccionario de la Lengua Española, (2) el contrato administrativo sería la forma exterior de un tipo especial de contrato por la cual se lo diferencia de otros; o bien, una cosa que representa o significa otra distinta al contrato de derecho privado.

Como ilusión, siguiendo la misma edición elaborada por la Real Academia Española de la Lengua, las cuatro acepciones en conjunto de dicho vocablo (3) nos permiten aseverar que el contrato administrativo es un concepto, imagen o representación sin verdadera realidad, sugeridos por la imaginación o causados por engaño de los sentidos, que nos genera —a los abogados, en general y a los administrativistas, en particular—, la esperanza cuyo cumplimiento parece especialmente atractivo. Ello, frente a la viva complacencia en una categoría jurídica que nos brinda comodidad y seguridad.

Como en cualquier sistema jurídico nacional, cada rama del derecho posee sus propias instituciones que responden a finalidades distintas porque regulan (e instituyen) relaciones jurídicas diferentes. En el derecho civil las instituciones jurídicas tienen como norte la equiparación de las relaciones en un mismo plano (coordinación), regulándose en cada una de ellas los derechos individuales en particular (4). Empero, las instituciones administrativas organizan jurídicamente la actividad estatal y representan una garantía contra la arbitrariedad del Estado frente al ciudadano, por lo que la evolución del derecho administrativo con relación al derecho civil, en el curso de la historia, transcurre por el reconocimiento de esta autonomía disciplinar.

Desde esta óptica, la relación jurídica administrativa lleva impresa el signo que caracteriza la realización de fines públicos estatales, significando una vinculación recíproca de derechos y obligaciones y atribuciones sea entre órganos, entre sujetos o entre distintos entes. Estas relaciones tienen distintos contenidos por existir en ellas intereses diferenciados de los intereses jurídicos resguardados, estos últimos identificados como intereses públicos (5).

Por el contrario, las leyes civiles no contemplan más allá de las relaciones de los particulares entre sí, por lo que para que estas reglas sean aplicables al Estado, éste deberá someterse a aquéllas en una relación idéntica de coordinación con los administrados. Cuando no se está frente al sometimiento voluntario del Estado a estas relaciones de coordinación propias del derecho privado, sino frente a relaciones jurídicas administrativas, debe existir por parte del operador jurídico mucha cautela en la aplicación de los principios jusprivatistas.

Abona tal conclusión lo indicado por Gordillo, en tanto, entre los contratos privados y administrativos, sí bien hay puntos en común, "las diferencias justifican una explicación separada para no inducir a confusiones entre dos regímenes que de hecho todavía tienen más diferencias que semejanzas" (6).

Esto no implica soslayar el grado de autonomía del derecho administrativo —no como ciencia, sino como técnica de organización y legitimación del poder y, como contrapartida, de garantía de los administrados frente a sus abusos—. Menos aún, olvidar el rol que le cabe al derecho administrativo dentro del modelo de dominación y control ejercido desde la burocracia estatal en todos sus ámbitos (7).

Las instituciones del derecho administrativo encajan en esta trilogía de funciones del derecho en general enunciada por Duverger (8).

Al igual que la mayoría de las instituciones del derecho administrativo —y público, en general— todo "contrato administrativo" constituye la vana ilusión de someter al Estado a algún tipo de compromiso pactado previamente. Sucede lo mismo con la también vana ilusión de aquél apotegma que pretende que "el Estado se somete a la Ley".

II. Sobre ilusiones y utopías

En este sentido —y se nos permitirá desviarnos brevemente del tema que nos ocupa— los revolucionarios franceses soñaron e impusieron universalmente una de las utopías más imposibles que el hombre haya conocido: someter al Estado bajo el imperio de la Ley. Más allá de la verborragia discursiva e ideológica, el sueño de los burgueses franceses siempre fue efectivo y funcional a sus ideas subyacentes. Como ya hemos

explicado en otro lugar, (9) la finalidad última de toda revolución es tomar/adquirir el poder político. Toda revolución es conseguida gracias al accionar de parte del pueblo o sociedad determinada, pero sólo favorece, verdaderamente, al grupo incitador, quien *financia*, con recursos materiales e inmateriales, el *iter* revolucionario. Los ideólogos ponen el condimento romántico al movimiento, lo hacen creíble para las masas. Las masas son claves para la efectividad de la revolución, puesto que son el grupo de choque. Pero quienes finalmente se ven favorecidos, son los incitadores, los políticos detrás de la revolución. Son quienes tenían como meta derrocar a los anteriores detentadores del poder para ocupar su lugar.

La afirmación, claramente dogmática, respecto del sometimiento del Estado a la ley es una proposición falaz, contradictoria e imposible en sí misma; (10) como también lo es el hecho de pensar y aceptar que el soberano en todo Estado es el pueblo-nación, tan ajeno en las sociedades atrasadas y poco democráticas en sus prácticas como la nuestra, al proceso de toma de decisiones. Siendo el Estado quien crea la ley, imposible que el mismo se someta a lo que siempre puede escapar, puesto que puede modificar las leyes o, simplemente incumplirlas (11). Debe resaltarse aquí, la confusión en el imaginario colectivo entre Estado y gobierno; confusión que los gobiernos hacen verbo cuando se trata de recrear la ficción de la representación de la sociedad, haciendo pasar inadvertida la transición desde un Estado transpersonalista a uno personalista.

En este esquema, el creador no es controlado ni sometido por el objeto de su creación, ya que además, es el propio Estado quien crea, administra, ejecuta e interpreta al objeto creado, (12) es decir, lo manipula constantemente. De allí que la idea del imperio de la ley y el consecuente sometimiento estatal sea una utopía (13).

III. La sustantividad del contrato administrativo como falacia justificadora de la utopía

Por ello mismo, todo contrato administrativo exacerba esta utopía que consiste en *pretender* que se puede someter al Estado a un pacto o convenio previamente establecido, aún por él mismo.

Pues el Estado, en su calidad de tal puede, en cualquier momento, desde dejar sin efecto una licitación hasta rescindir el contrato por cualquier causa. Obviamente, se nos dirá que en determinados casos ese mismo Estado deberá resarcir. Pero todos sabemos que el resarcimiento casi nunca llega (con lo cual luego sólo queda la interminable vía judicial) y, cuando llega, es tarde e insuficiente.

Aplicando las ideas desarrolladas en otro trabajo, (14) sostenemos que la sustantividad es un *mito* y en su *función mítica*, esta teoría constituye un relato maravilloso que nos conmina a creer en una figura/idea que no posee realidad y que sólo tiene por fin que determinados grupos y clases conserven la manipulación del poder (15).

No puede existir "contrato" si una de las partes puede modificarlo cuando quiere, puede recurrir a míticas prerrogativas exorbitantes, si puede aún dejar de pagar durante diez meses y exigir el cumplimiento contractual. En estos casos, no existe "contrato", sólo hay *abuso* y *arbitrariedad*. Y, obviamente, una hermosa y bien acicalada utopía que, además y lamentablemente, da lugar a todo tipo de corruptelas.

La sustantividad del contrato administrativo es la justificación mítica del *statu quo ante*. Es la lamentable justificación del poder, cualquiera sea el lugar que ocupen de un lado u otro del mostrador sus detentadores.

Obviamente, cuando las reglas no son claras, los contratos son más caros, son más corruptos, se incumplen más rápido, se paralizan, se negocian, etc.

Esto ya lo ha adelantado Mairal, (16) si el Estado se atuviera a un texto contractual coordinado y convenido, el contratista tampoco tendría excusas.

Sin embargo, la tan famosa y sostenida "sustantividad", es el caldo de cultivo para la arbitrariedad administrativa, para la falta de compromiso y sometimiento a lo pactado y para diversas corruptelas que son la orden del día.

IV. Sobre la disputa entre la sustantividad del contrato administrativo o la falta de ella

Dijimos que el contrato administrativo se erige como figura y como idea. Como figura constituye un instrumento de corrupción, corruptelas y de dominación arbitraria e irrazonable del poder de turno. Como idea, el contrato administrativo constituye la utopía de los legos. Es la exacerbación de esa inalcanzable ilusión de someter al poder.

Ahora bien, el problema de las contrataciones públicas no pasa tanto por la supuesta sustantividad o falta de ella, sino, en gran medida, por las condiciones que rodean a cada contrato administrativo. Sin entrar a considerar el tema de la ya consabida idiosincrasia nacional, hacemos hincapié en que el contrato administrativo en nuestro país es coyuntural. Y allí comienzan las mayores complicaciones.

Contrataciones que cambian y se rescinden con cada gobierno de turno, contrataciones a las apuradas realizadas en base a pliegos copiados de otros de antaño, confeccionados a las corridas, tratando de "no generar mayor burocracia", que en realidad significa tratando de "no analizar detenida y racionalmente". Contratos completamente arreglados y para "tapar agujeros", etc. Contrataciones que sólo se utilizan como propaganda política o para el blanqueo de fondos...

Así, en la laberíntica necesidad coyuntural de cada gobierno de turno, adquiere relevancia la eterna y mutable incontinencia normativa, y se entiende que —consecuentemente— nadie sepa con precisión cuál es el régimen jurídico del contrato, que nadie sepa qué derechos tiene, que se establezcan leyes derogadas como fuente de los pliegos o se introduzcan en los mismos normas contrarias a las leyes generales, que nadie lea los pliegos y que nadie los cumpla. Todo ello —es decir, el contrato administrativo coyuntural mismo— constituye el caldo de cultivo que genera finalmente —ante tamaña inseguridad jurídica— negociados, corruptelas y un abuso de la posición monárquica estatal.

Y, en este esquema, la discusión sobre la sustantividad del contrato administrativo pasa a adquirir protagonismo. Porque, ahora sí, como dice Mairal, no hay reglas claras, existe inseguridad jurídica, las denominadas facultades exorbitantes implican que el Estado puede hacer lo que se le antoja y todo ello repercute en contratos más caros, menos eficientes, menos efectivos, más incumplimientos, etc. Que quede claro: no desconocemos la existencia de un interés distinto al privado que es propio de cada contrato administrativo. Nuestra crítica se dirige al abuso de ese supuesto interés y su satisfacción como recurrente invocación para cometer las mayores tropelías en detrimento del interés que se dice tutelar. Invocación de la cual no es sólo responsable la administración, en su rol de ejecutor, sino también y, lamentablemente, el Poder Judicial que actúa como cómplice al acotar su función a un rol de mero revisor de la formalidad, pero no de la fatalidad de los hechos que le sirven de causa.

En el caso de las obras públicas, por poner un ejemplo, si no existen siquiera controles sobre las partidas presupuestarias asignadas, evidentemente existirá inseguridad jurídica, porque el contratista no sabe si le van a pagar. Para peor, el Estado se resguarda la posibilidad de no cumplir con los pagos y de rescindir por falta de cumplimiento del contratista o de obligarlo a ejecutar a pérdida, bajo apercibimiento de multa. En este contexto, promover la sustantividad del contrato administrativo y reconocer la existencia de prerrogativas públicas explícitas y, sobretodo, implícitas, pero denegando el apego a la ley por parte de uno de los sujetos contratantes (el Estado), significa, lisa y llanamente, promover la vigencia del *principio de ilegalidad*.

Los detentadores del poder económico negocian y arreglan, por lo general, y no pierden. La sustantividad como mito justificante de la dominación estatal termina perjudicando, en mayor medida —pero no siempre y no exclusivamente—, (17) al contratista medio y, en muchos casos, logra llevarlo a la quiebra o a un procedimiento concursal. El mito *sacraliza* no sólo al Estado sino también a los gobiernos, que no siempre actúan de buena fe y que por naturaleza son "no éticos". La política no parece ser un juego para personas honestas...

V. La necesidad de un programa plurianual de desarrollo de infraestructura y servicios públicos

¿Cómo se modifica este panorama? Pensamos que generando conciencia al respecto para formar mejores administradores y mejores administrados. Pero, obviamente, esto no deja de constituir otra utopía (tal vez, la mayor de todas).

Por ello, a modo de respuesta parcial, provisoria y conjetural, proponemos la necesaria implementación de un serio y democrático programa plurianual estratégico estructural de inversión y desarrollo de infraestructura y servicios públicos, independiente de los vaivenes políticos, de los ciclos económicos y de los gobiernos de turno, pretendiendo que así, tal vez, el contrato administrativo deje de ser coyuntural y las reglas de juego, entonces, se encuentren planteadas de antemano y sean más firmes y serias.

La idea se basa en planificar y lanzar un programa a 20 ó 30 años. Este plan o programa debería tratarse en comisiones de elaboración participativa de normas (Dto. 1172/2003) y mediante audiencias públicas. Deberían participar las cámaras empresarias, asociaciones, organismos, los colegios de abogados, ingenieros, contadores y toda la ciudadanía. En este programa deberían sentarse las bases para los pliegos generales y particulares de todas las contrataciones proyectadas y formarse comisiones para la elaboración de los anteproyectos y pliegos técnicos.

Además, este plan debería tener una visión plurianual y establecer medios de financiación tanto pública como privada y, al mismo tiempo, ser una versión inclusiva y superadora del régimen nacional de iniciativa privada, aprobado por Decreto 966/2005.

Este programa debería ser sancionado por el Congreso mediante una Ley formal (si es que decide reasumir las funciones que le son propias y que cedió gratuitamente al Ejecutivo) que sea producto del debate colectivo mediante las herramientas de participación ciudadana que mencionamos. Además, para garantizar las decisiones tomadas por la ciudadanía, la ley que sancione este programa debería establecer un núcleo de contenidos inmutables que sólo pudiera ser modificado mediante la celebración de nuevas audiencias públicas y procedimientos de elaboración participativa en los cuales participen todos los sectores que se involucraron en la elaboración del programa originario. Finalmente, sería conveniente que esta ley previera un mínimo de contenidos que puedan ser modificados por los distintos gobiernos, sin necesidad de transitar por este mecanismo de participación pública, a fin de permitirles cierto campo de acción.

De esta forma, la decisión respecto al desarrollo de la infraestructura recaería, principalmente, en la ciudadanía y sería instrumentado mediante el poder estatal constitucionalmente designado para ello. Adviértase que en las últimas décadas las políticas estatales han sido definidas por el Ejecutivo, desoyendo el diáfano

objetivo de la Constitución, que impone tal facultad en cabeza del Legislativo (18).

Tenemos la esperanza que un programa de este tipo (si pudiese llevarse a cabo razonablemente y no como una nueva coartada del poder) implicaría la necesidad de realizar previsiones serias y con fundamentos técnicos. El desarrollo de infraestructura y servicios públicos dejaría de ser un problema coyuntural para pasar a formar parte de un programa de *desarrollo estructural*. Y las contrataciones administrativas dejarían de ser el caldo de cultivo de las necesidades proselitistas de los gobiernos de turno. Tal vez así comenzaríamos a tener reglas claras y definidas previamente.

Con un programa de este tenor, los contratos administrativos deberían pasar a ser producto de una reflexión colectiva y no de la urgencia propagandística-burocrática de cada gobierno.

Por lo tanto, si reducimos el margen de "discrecionalidad" administrativa en la contratación pública (19) y enterramos definitivamente a la sustantividad y al monárquico régimen exorbitante, quizá podamos gozar de mayor salud jurídica y mejores contratos estatales y a la vez, reactivar la economía, ya que el desarrollo planificado de infraestructura nacional termina siendo un multiplicador y distribuidor de la economía y de la riqueza (20) (21).

El problema en este país es que cada gobierno que asume deshace lo que hizo el anterior y "planifica" un programa de obras y servicios públicos distinto, reencauzando fondos y con la urgencia de que todo esté listo en cuatro años. Así, surgen las desprolijidades, los "apuros", las violaciones a la normativa, el régimen exorbitante, etc.

Sostenemos que el contrato administrativo es la exacerbación de la utopía del sometimiento del Estado al imperio de la Ley. Ello es así pues en la figura/idea del contrato administrativo, el Estado goza de todas las prerrogativas públicas explícitas e implícitas y, en cambio, el particular no. Esto constituye un arma de doble filo, porque si el empresario no goza de garantías explícitas y de seguridad jurídica contractual, se ve obligado también a ofrecer o aceptar negociados de todo tipo. Para peor, el empresario medio —y a veces también el grande o la multinacional que no lograron arreglar extrajudicialmente— no encuentra adecuada protección jurisdiccional, pues en la mayoría de las ocasiones, para la Justicia ser contratista estatal es mala palabra

En este esquema, el contrato administrativo es la exacerbación de tal utopía pues el Estado puede hacer lo que se le antoja y el empresario en general queda sometido a la corrupción o a la desprotección.

Por eso, creemos que la solución —siempre temporal, conjetural y provisoria— no hay que buscarla dentro de la figura e ilusión del contrato administrativo, sino fuera de ellas. Tal vez, en el encorsetamiento exterior de la discrecionalidad contractual administrativa mediante la planificación reflexiva, democrática y estratégica.

Como ha señalado recientemente nuestro maestro y amigo Agustín Gordillo, "Podemos instalarnos en el presente y desde allí escudriñar el futuro, o mirar empecinadamente al pasado y argumentar cuando se nos pueda ocurrir para negar el mundo y afirmar la excepcionalidad argentina" (22). Nos rehusamos a adoptar una posición de meros espectadores, al decir de Ortega y Gasset, y si algo nos ha demostrado nuestra relativa y corta experiencia como abogados es que el derecho se construye en el aula, en la calle, en tribunales, en los libros y, muy especialmente, en el intercambio de todos ellos todos los días.

Un mejor intercambio, más democrático, más sincero, más humano, nos hará abandonar y dejar caer en desuetudo figuras e ilusiones, que en rigor de verdad, no son más que la representación de nuestro miedo o, mejor dicho aún, de nuestro terror a aceptar la realidad que nos toca vivir, por más dura que ésta sea.

(*) El presente trabajo es una ampliación de la exposición realizada por los autores en la Jornada "Mitos y realidades en el derecho público argentino", que tuvo lugar el día 2 de octubre de 2009 en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho (UBA) y en la cual se presentó el libro *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Lajouane, 2009.

(1) Ver, entre otros, BARRA, Rodolfo C., *La sustantividad del contrato administrativo*, ED, 180-1029; BIANCHI, Alberto B., *Algunas referencias críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)*, ED, 184-900 y 185-714; CASSAGNE, Juan Carlos, *De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino*, ED, 2001/2002-493; CASSAGNE, Juan Carlos, *Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo*, ED, 180-773; CASSAGNE, Juan Carlos, *La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)*, ED, 181-142; COVIELLO, Pedro José JORGE, "La teoría general del contrato administrativo a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación," en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Buenos Aires, LA LEY, 1994, p. 98 y ss.; COVIELLO, Pedro José Jorge, *El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ED, 111: 845; COVIELLO, Pedro José Jorge, "El concepto de contrato administrativo," en AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 166 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte General, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, cap. XI; ESCOLA, Héctor J., *Tratado Integral de los contratos administrativos*, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1977; FARRANDO, ISMAEL (h.) - director, *Contratos*

administrativos, Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002; GRECCO, Carlos Manuel, "Procedimiento Administrativo y Contratos Administrativos (Variaciones sobre el art. 7º, párrafo final de la ley N° 19549)", en Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000; MAIRAL, Héctor A., De la peligrosidad e inutilidad de una teoría general del contrato administrativo, ED, 179-655; MAIRAL, Héctor A., "La teoría del contrato administrativo", en Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, mayo 1999", Buenos Aires, 2000, Ciencias de la Administración; MAIRAL, Héctor, "Los Contratos Administrativos en el marco de la Emergencia Pública Argentina", en AA VV, El Derecho administrativo de la emergencia, III (Sebastián Alanis - coordinador), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003; MAIRAL, Héctor, "La Teoría del Contrato Administrativo a la luz de recientes normativas", en AA VV, El Contrato Administrativo en la actualidad, AGUSTIN GORDILLO - Director, La Ley, Suplemento Especial, mayo-2004; MARCER, Ernesto A., "El contrato administrativo en la Ciudad de Buenos Aires", en Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000; MERTEHIKIAN, Eduardo, Los contratos administrativos como fuente del derecho administrativo, RAP, 368-pp. 9/19; SARMIENTO GARCIA, Jorge H., Primeras reflexiones sobre la tesis de Mairal frente al contrato administrativo, ED, 180-858; UGOLINI, Daniela P., El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos, ED, 148: 869.

(2) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=figura.

(3) http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=figura.

(4) Cfr. DIANA, Nicolás, La excepción de incumplimiento en la concesión de servicios públicos, LA LEY, 1-VII-08, p. 1.

(5) Cfr. FIORINI, Bartolomé, Derecho Administrativo, tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 225 y ss.

(6) GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo, t. 3, El acto administrativo, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, Cap. IV-21/22.

(7) Ver las ideas desarrolladas al respecto en BONINA, Nicolás/DIANA, Nicolás, La deconstrucción del derecho administrativo argentino, Buenos Aires, Lajouane, 2009.

(8) DUVERGER, Maurice, Instituciones políticas y derecho constitucional, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1970.

(9) BONINA, Nicolás/DIANA, Nicolás, La deconstrucción del derecho administrativo argentino, Buenos Aires, Lajouane, 2009, p. 44 y ss.

(10) NIETO señala: "Las leyes son un instrumento para el afianzamiento pacífico de los poderosos, a quienes resultaría muy difícil prolongar su dominación indefinidamente con la única ayuda de la fuerza. Si la Ley se pone al servicio de la fuerza ya es, en cambio, posible —mediante un deslumbrante juego de palabras— convertir el "imperio de la fuerza" en ese "imperio de la Ley" del que tanto hablan la Constitución y las leyes. Con esta expresión tan atractiva el individuo cree estar liberado de su sumisión a una norma aparentemente imparcial, es decir, a la Ley. Trampa en la que por muy burda que sea, tanto caen y de la que inútilmente avisan escritores como Fernández de Escalante: "más preciso que divagar sobre el imperio-de-la-ley fuere puntualizar sobre el imperio-de-los-que-fabrican-la-ley" (Los imperantes, y su séquito, y el imperio, 1991, p. 21)". "Es asombrosa la anfibiaología del Derecho, ya que si para unos es la cifra de la Justicia o de la Razón o de la Democracia, para otros es justamente lo contrario: el instrumento hipócrita de la opresión"; NIETO, Alejandro, Balada de la Justicia y la Ley, Madrid, Trotta, 2002, pp. 36-37. Recomendamos la lectura de esta obra que no tiene un ápice de desperdicio.

(11) Nuevamente NIETO, con su crítica pluma, arremete y afirma "...el Poder, aun cuando acepte teóricamente someterse a sus leyes, tiene en sus manos dos potestades que convierten el principio en un escarnio. El Estado puede, por lo pronto, cambiar las reglas a mitad de la partida cuando ve que pueden perjudicarlo. Hay una ley de 1954 conforme a la cual los bienes expropiados deben ser pagados a precio de mercado, y, más todavía, cuando no se utilicen para los fines que justifican la expropiación, deben ser devueltos al anterior propietario. Pues bien, posteriormente las leyes urbanísticas establecieron que el precio de los terrenos no es el del mercado sino el que se fije unilateralmente por el Gobierno, y que, además, no hay que devolverlos aunque no se adscriban a los fines que se invocaron a la hora de expropiarlos. En estas condiciones es muy fácil, como puede comprenderse, respetar formalmente el Estado de Derecho, ya que a ningún tramposo le repugna someterse a las reglas del juego si puede modificarlas cuando le conviene". "Pero todavía hay más: la farsa se convierte en escarnio cuando el jugador privilegiado puede, además, hacer trampas impunemente. Es decir, cuando puede apartarse de las reglas del juego abusando de su condición de parte y juez. Y tal es cabalmente la cuestión central de este libro." Finalmente, el autor finaliza con un sugestivo cierre "En definitiva, el Estado amenazado por una Justicia que es superior a él, declara formalmente que no está sometido a ella sino únicamente a la Ley que él crea y anuncia que va a someterse a ésta. Pero después de este primer escamoteo, viene el segundo: cuando el Estado constata que sus reglas le perjudican, las sustituye por otras favorables. Y tercero: sin necesidad de molestarse en cambiar las reglas, las incumple cuando le conviene

sabiendo que es impune, ya que él se ha autoproclamado juez inapelable. En España, en consecuencia, no tenemos Justicia pero tampoco Derecho, al menos desde la perspectiva del Poder" (NIETO, Alejandro, Balada de la Justicia y la Ley, Madrid, Trotta, 2002, pp. 38-40). Nos preguntamos, ¿cuánto dista la descripción de la realidad institucional española de la nuestra?

(12) Seguimos aquí a NIETO, para quien "'En el mundo de las ciencias naturales (físicas) la articulación entre la teoría y la práctica se realiza por medio de la intuición que levanta hipótesis y la verificación que la confirma (o falsea). En el mundo del Derecho se cuenta, además, con el instrumento áureo de la prudencia, que es la verdadera esencia del conocimiento práctico, tal como nos enseñaron los juristas romanos en una lección de permanente actualidad. La prudencia moldea la ley para ajustarla al caso. La prudencia es el puente que permite transitar del intelecto a la vida: sin prudencia podrá haber lógica, mas no vida" (En NIETO, Alejandro/GORDILLO, Agustín, Las limitaciones del conocimiento jurídico, Madrid, Trotta, 2003, p. 19.)

(13) Utopía funcional a todos los modelos de Estados, incluso al capitalista burgués que dio cuna a la construcción de la teoría del contrato administrativo. No olvidemos que luego de tantas monarquías despóticas, resultaba atractivo incluir dentro de un supuesto plexo de declaraciones, derechos y garantías, la expresión del "imperio de la ley". Y ello, no sólo para el pueblo, sino especialmente para cada gobierno, dejando de lado también otra ficción: la del Estado-Nación. De más está decir que sólo se llega al "gobierno" del Estado si uno pertenece o ha pactado con los grupos de poder (económico, político). Esta idea, a la vez teñida de un sentido liberal y arraigada en la democracia representativa siempre resultó funcional a los reales detentadores del poder, por cuanto al despersonalizar la posesión del mismo en el Estado, permitió que otros grupos de poder económico que no sólo se emparentan con dicha vertiente ideológica, controlaran el comercio, las transacciones, operaciones y relaciones económicas a través de las leyes. Ello así, generó el desplazamiento de aristocracia por burguesía, ciencia por religión.

Este nuevo mecanismo, en definitiva, es similar al aplicado en el Estado monárquico absolutista (quien detenta el poder ordena qué hacer y cómo hacerlo), sólo que bajo un distinto ropaje. En primer lugar —y como ya dijimos— se despersonalizó al poder. En segundo lugar, ya no es el monarca quien ordena arbitrariamente cómo y cuándo hacer las cosas, sino que ahora es un órgano representativo (el Poder Legislativo en cualquiera de sus manifestaciones) o el Poder Ejecutivo. Pasamos así, de la arbitrariedad del monarca a las "razones de Estado", "actos de gobierno", "decretos de necesidad y urgencia", cuestiones de "oportunidad, mérito y conveniencia", "cuestiones no justiciables", fantasiosas "zonas de reserva de la administración" y la lista continúa. El Estado, ese ser imaginario de fantasía, legisla de manera casi tan arbitraria como el monarca.

(14) BONINA, Nicolás/DIANA, Nicolás, La deconstrucción del derecho administrativo argentino, Buenos Aires, Lajouane, 2009, Capítulo III.

(15) A la vez que preserva, consecuentemente, la utopía del sometimiento estatal a la ley.

(16) Ver los trabajos de MAIRAL citados en nota 3.

(17) Hacemos estas aclaraciones, no por repetitivos, sino para dejar en claro que todos, en distintos grados y proporciones, padecemos la arbitrariedad del poder estatal. Seguramente una multinacional se encuentra en mejor posición frente al Estado que una PYME. Sin embargo, ello no es garantía de nada en este país y existen casos de grandes empresas o multinacionales que contaban con el favor de determinado gobierno y que, al asumir el siguiente, perdieron todo favoritismo, sufrieron el dictado de actos claramente ilegítimos y tuvieron que recurrir a contiendas legales y judiciales como cualquier otro administrado, para poder garantizar sus derechos.

(18) En este sentido, se ha señalado que el Ejecutivo nacional ha avanzado sobre atribuciones propias del Congreso, al apoderarse del trazado de la política global y asumir la adopción de las decisiones para realizarla (DALLA VIA, Alberto Ricardo, Derecho constitucional económico, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 534). La delineación de las políticas correspondía al Congreso, pero el Ejecutivo argentino pasó de ser un mero co-legislador con facultades reglamentarias y de ejecución de las leyes, a ser el principal legislador de las políticas nacionales mediante los decretos de necesidad y urgencia, los reglamentos infinitos y la recurrente delegación legislativa.

(19) La idea apunta a que cada nuevo gobierno sea un mero ejecutor de un programa previamente establecido y que está conminado a cumplir, con contenidos mínimos modificables, permitiéndole así un margen de acción.

(20) Sabido es que la inversión en infraestructura influye directamente sobre la reactivación del país y el crecimiento económico, reduce la pobreza, incrementa el empleo, desarrolla el mercado interno, y favorece la rentabilidad de otras actividades, es decir, posee una función reproductiva, capaz de generar nuevos bienes y servicios; ampliar en COSTA, Horacio/POLITO, Sebastián, "Análisis y reflexiones sobre la construcción y el crecimiento de la economía, en RAP, Año XXVII - 321, Infraestructura y construcción: Problemas de actualidad, pp. 283-292, esp. p. 288.

(21) Lamentablemente, el desarrollo planificado de la infraestructura nacional es, desde hace más de veinte años, una deuda pendiente. En este sentido, se ha señalado que "las privatizaciones de los noventa potenciaron

las inversiones en toda la infraestructura que podía ser pagada directamente por el usuario, pero el Estado anuló casi totalmente la planificación y la inversión en el resto de la infraestructura [...] También faltó toda planificación o política que estableciera un plan estratégico, un plan de obras correctamente evaluadas, toda política que apoyara la industria nacional o la actividad agropecuaria en su necesidad de sobrevivir y competir. En consecuencia se perdieron los equipos profesionales de planificación y control, y no se concretó un stock de proyectos para realizar (BAGLIETTO, Eduardo R., "La inversión pública en infraestructura: planificación y crecimiento de la economía", en RAP, Año XXVII - 321, Infraestructura y construcción: Problemas de actualidad, pp. 261-273, esp. p. 263). Este autor agrega que "...la inversión en infraestructura pública, cuando está realizada en obras contenidas en un plan estratégico adecuado, concretado en proyectos priorizados por su rentabilidad económica y social, tiene un efecto positivo sobre el crecimiento económico del país. La tasa de rentabilidad de estas inversiones es más alta que la efectuada en otros sectores de la economía [...] La inversión en infraestructura es imprescindible para la reactivación del país, y debería ser independizada de los ciclos económicos." (BAGLIETTO, Eduardo R., "La inversión pública en infraestructura: planificación y crecimiento de la economía", en RAP, Año XXVII - 321, Infraestructura y construcción: Problemas de actualidad, pp. 261-273, esp. p. 263). En esta misma inteligencia, se ha afirmado que "A fines de la década del noventa y principios de la siguiente, la necesidad de ajustes presupuestarios llevó a disminuir drásticamente la inversión en infraestructura. Este hecho pasó, en algunos años, algo desapercibido debido a que el sector privado compensaba la ausencia del sector público en materia de inversión. No obstante, la pérdida de competitividad, debido a los desequilibrios macroeconómicos y su consecuencia en la baja inversión en obras de infraestructura, se agudizaba año tras año" (COSTA, Horacio/POLITO, Sebastián, "Análisis y reflexiones sobre la construcción y el crecimiento de la economía, en RAP, Año XXVII - 321, Infraestructura y construcción: Problemas de actualidad, pp. 283-292, esp. p. 291).

(22) Hacia la unidad del orden jurídico mundial, RPA, 2009-1, p. 87.