

Voces: ADMINISTRACION PUBLICA ~ ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA ~ CONTRATO ADMINISTRATIVO ~ CONTRATACIONES CON EL ESTADO ~ PRESTACION DE SERVICIO ~ INTERESES ~ INTERES PUBLICO ~ RECIBO DE PAGO ~ PAGO ~ RESERVA DE INTERESES ~ EXTINCION DE LA OBLIGACION ~ PRESUNCION ~ PRINCIPIO DE LEGALIDAD ~ OBLIGACION ACCESORIA ~ CONTRATISTA ~ DERECHOS DEL CONTRATISTA ~ CONTRATISTA DEL ESTADO ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ MORA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA ~ MORA

Título: ¿Un mundo feliz?

Autores: Bonina, Nicolás Diana, Nicolás

Publicado en: Sup. Adm.2011 (marzo), 16 - LA LEY2011-B,

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II \(CNFedContenciosoadministrativo\)\(SalaII\) ~ 2010-10-19 ~ Colitto, Néstor I. c. E.N.-M° Salud y Acción Social-Resol. 844/99](#)

I. Un comienzo: Ciencia ficción.- II. La sacralización del derecho.- III. La automatización del derecho.- IV. ¿Legalidad vs. Interés público?.- V. La norma contra la norma.- VI. Epílogo.

I. Un comienzo: Ciencia ficción ...

Tal como lo hemos expuesto con anterioridad con mayor o menor suerte (1), el derecho administrativo como técnica de organización y garantía social goza de mala salud (2). Todavía constituye una idea a futuro, incompleta, un horizonte con mucho mar por navegar de por medio. La distancia entre la teoría y la práctica, entre las ficciones –que construyen catedrales perennes de saber que se asientan en toneladas de hojas en blanco escritas con ríos de tinta lavable– y la realidad, sigue viva.

Nuestra necesidad de confiar en un mundo perfecto, automatizado, causal y sistemático y, nuestro miedo al caos inherente, nos impulsa a crear ficciones que se vuelven inmutables y nos impiden acercarnos a la realidad.

La sentencia en comentario es un sutil pero excelente ejemplo de la satisfacción, gusto y contento (3) que su lectura envuelve frente a la dogmática jurídica. Y no porque falten elementos de prueba o de convicción en el juzgador. Todo lo contrario. La decisión se encuentra acabadamente fundada, el razonamiento sigue un silogismo determinado y la decisión, en apariencia, se ajusta a derecho. Pero, ¿se ajusta a derecho que un proveedor que suministró determinado bien a la administración cobre finalmente por vía de un legítimo abono más de cuatro años después de cumplida la prestación comprometida, independientemente de la discusión sobre si se respetó la forma como elemento del contrato consensual celebrado entre ambas partes? ¿No tiene derecho ese particular a percibir intereses en el marco del legítimo abono? ¿Hasta qué punto no medió enriquecimiento sin causa de la administración por el período en el cual se frustró al particular el uso y la aplicación de determinado capital? ¿Si la prestación efectivamente fue demostrada y se acreditó el pago de la obligación principal, se ajusta a derecho negarle los intereses por el precio del dinero que efectivamente este proveedor tuvo que soportar durante más de cuatro años?

II. La sacralización del derecho

La sacralización del derecho y de la dogmática jurídica no es un fenómeno nuevo ni somos originales en su mención. Desde el campo de la ciencia política, corresponde referirse a la sacralización del Estado como proceso histórico en el cual el poder público deja de legitimarse a través de la ficción de la investidura religiosa. El hombre se basta a sí mismo, y el Estado, la organización humana más compleja existente hasta ahora, también. Sin embargo, el derecho se transforma en un fin en sí mismo (o para determinados grupos de poder –económico, político, académico y universitario– que lo hacen objeto de su práctica profesional). La palabra Estado parece indicar una condición inmóvil y abstracta, mientras que cada individuo se encuentra siempre en una condición social particular, es madre, hijo, rey, mujer, noble, soldado, de modo que en realidad cada ser humano es un Estado.0.0 en sí mismo" cada hombre es súbdito y soberano al mismo tiempo, "porque dispone sobre las acciones de algún otro, pero a su vez, está sometido a los demás"(4).

En este fallo quedan en evidencia los resabios del carácter monárquico absolutista en las raíces del derecho administrativo (5). Ante esta situación no podemos más que elevar nuestra crítica. Se supone que la administración tiene como finalidad la gestión y satisfacción del interés público (con las limitaciones propias que tan ambiguo término presenta). Para ello, se ve constitucionalmente obligada a ceñirse estrictamente al ordenamiento jurídico vigente (art. 19, Constitución Nacional). Téngase en cuenta, además, que la administración forma parte del propio aparato estatal que crea, sanciona y aplica las normas.

Ahora bien, en la psiquis del administrador, parece pesar más la gestión que la legalidad.

En innumerable cantidad de veces, los procesos de toma de decisiones y los presupuestos y requisitos normativos se presentan como un obstáculo para alcanzar los objetivos de gestión que una administración cualquiera tenga en miras (sean válidos o no, desde ya que no nos detenemos en esta cuestión que excede el presente comentario). Y por más que parezca sorprendente, la realidad es así. No abrimos juicio sobre el punto, sólo pretendemos resaltar lo que sucede día a día. Muchas veces no se trata de un problema de planificación, de falta de previsión ni siquiera de capricho. Ciertas veces sí. Pero hay otras en las cuales la rapidez y complejidad de ciertos temas sumado a los pendientes que cada administración hereda de las anteriores, generan necesidades

e implican soluciones para las cuales los procesos de toma de decisiones y los presupuestos y requisitos normativos constituyen un obstáculo. Aún cuando el cúmulo de ficciones jurídicas intenta (re)afirmar que no existen lagunas ni contradicciones en el ordenamiento jurídico, ello lamentablemente no es así. La realidad, por lo menos a nuestro nivel fenoménico, es imperfecta y contradictoria.

En este marco, tenemos una administración que, recurrentemente, por las razones que sea (válidas o inválidas, comprensibles o vituperables) suele buscar distintas vías para lograr sus objetivos de gestión (válidos o no) omitiendo o no los procesos y/o la legislación.

Del otro lado, tenemos a los empresarios, a los comerciantes y a los particulares. Que, aunque todos entran en la categoría de administrados, no son similares. No es lo mismo. No para todas las situaciones. Igualdad de derechos sólo frente a igualdad de circunstancias. Y el sujeto, ese "uno", según ORTEGA Y GASSET, es "uno" y sus circunstancias particulares. Tampoco es lo mismo un contrato millonario que un contrato por ciento veinte mil pesos. Ello pone en evidencia la magnitud del contrato, de las partes y pone un indicio sobre la realidad de las mismas.

III. La automatización del derecho

Desde que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la doctrina de la inexistencia del acto por incumplimiento de las formas en el ámbito del derecho administrativo, en el caso Ingeniería Omega (6), hemos visto una aplicación indistinta de la misma a todo tipo de casos por parte de los jueces, sin discriminar justamente en aquello que suele hacer la diferencia: la realidad de los hechos.

Parece que da lo mismo que se trate de una empresa multinacional que de prestaciones individuales de un especialista en salud o de la prestación de servicios de mantenimiento. Según nuestra judicatura, todo es lo mismo. Los grandes principios del derecho, son metáforas que resuenan en los oídos de todos quienes hacemos del derecho administrativo nuestra práctica, pero no en los bolsillos de quienes padecen la ignorancia o la ausencia de asesoramiento efectivo y oportuno de otro profesional del derecho o algún especialista en contrataciones del Estado. Nada de ello es neutral o casual, en el discurso jurídico que subyace en nuestra realidad jurídica. Lejos, muy lejos, "de ser un simple disfraz ideológico, esta retórica de la autonomía, de la neutralidad y de la universalidad, que puede ser la base de una autonomía real de pensamientos y de prácticas, es la expresión misma de todo el funcionamiento del campo jurídico y, en particular, del trabajo de racionalización, en el doble sentido de Freud y Weber, al cual el sistema de normas jurídicas se encuentra constantemente sometido a pesar de los siglos transcurridos"(7).

Pero acaso, ¿realmente creemos como cierto que el derecho se presume conocido por todos? ¿Y si es así, no debieran ser la propia administración y el Poder Judicial quienes debieran hacer honor a esta presunción?

En la solución del caso se impuso la aplicación del art. 624 del Código Civil para afirmar que el recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos. Sin embargo, debiera recordarse, más no sea alguna vez, que según el art. 874 del mismo Código, la intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva.

La presunción del conocimiento del derecho constituye una falacia terrible que aplicada en forma indiscriminada arroja las mayores injusticias y contradicciones que podamos imaginar. Por mal que le pese a nuestra imperiosa necesidad de creer en un mundo perfecto, feliz, automatizado y absolutamente reglado, somos imperfectos e incompletos. No existe algo tal como un "sistema jurídico" cerrado, empaquetado y listo para apretar el botón de encendido y ser utilizado de manera automática. Por mal que le pese a nuestra infinita inseguridad y a nuestro inconmensurable temor, no existe tal cosa. Y el derecho mal puede presumirse conocido por todos. Elevar tal presunción con carácter de principio general implica el denodado esfuerzo humano por su propia automatización. La raíz de esto la encontramos en el temor del ser humano a la separatividad, al mundo externo que se le presenta como amenazante e incontrolable y que genera una necesidad de orden como finalidad en sí mismo y el establecimiento de vínculos de sometimiento y dominación a distintos niveles (8). Precisamente, "la escisión entre el hombre exterior del derecho y la interioridad de la conciencia permite construir una doctrina jurídica eficaz según los principios epistemológicos del derecho natural, es decir, presumiendo lo contradictorio del comportamiento humano, proyectando la voluntad individual en la voluntad del soberano y garantizando la coacción jurídica con la sanción del Estado"(9).

IV. ¿Legalidad vs. Interés público?

Todavía resulta más sorprendente y contradictorio el hecho de que, siendo la administración quien tiene el mandato constitucional de gestionar respetando el principio de legalidad, ante la violación por parte de ella de su propia obligación, la judicatura resuelva que es el particular quien tiene que soportar el incumplimiento constitucional de esta rama estatal. Ello resulta ajeno a toda lógica y sentido común.

No es el particular quien debe velar por sí solo y exclusivamente por el cumplimiento de la legalidad en la gestión del interés público, en la ficción que la doctrina y la jurisprudencia han acuñado en su función de colaborador en el marco del procedimiento administrativo. Se trata de una obligación primaria del Estado. Como ya hemos dicho, la gran empresa, tanto como el particular, la pequeña y mediana empresa y el comerciante, todos contratan para obtener un ingreso. La diferencia es que para algunos ese ingreso implica

mantener una posición en el mercado o lograr grandes ganancias, para otros es simplemente un ingreso que les permite vivir de su trabajo lícito. En todos los casos es el Estado quien tiene la obligación constitucional de velar por el cumplimiento de la legalidad en la gestión del interés público y si ella misma omite tal mandato, no se entiende bajo qué razonamiento lógico, razonable y válido puede terminar cargando con tal incumplimiento el contratista. Siendo que la finalidad del contratista es obtener un ingreso (10).

Para peor, menos se puede comprender esta postura cuando la prestación de que se trate ha sido realizada, probada y encargada por la propia administración (11).

Descartada la connivencia, el aprovechamiento por parte del contratista o la ganancia irrazonable y desproporcionada de éste, parece evidente que, ante prestaciones efectivamente realizadas y ordenadas por la propia administración, debe pagarse tanto el capital como los accesorios, de corresponder. Esa parece ser la solución justa y razonable. Porque aún cuando la contratación no se haya formalizado o lo haya sido en violación a las formas requeridas por el ordenamiento jurídico, quien debe responder por ello –salvo el caso de connivencia, aprovechamiento o ganancia irrazonable, reiteramos– es la administración, no el contratista, pues no se le puede exigir al contratista que responda por una obligación que nunca le correspondió, a saber: el cumplimiento de la legalidad en la gestión del interés público.

Este tipo de criterios y soluciones demuestran que nuestro derecho administrativo sigue siendo monárquico y absolutista, transformándose en un ejercicio lúdico interesante, pero que no hace a la realización del hombre en sociedad. No es una herramienta de libertad y paz social. Es simplemente un juguete del monarca, que en este caso es la administración. Porque, con estas soluciones, se perpetúa que los funcionarios sigan contratando en violación al ordenamiento jurídico. Siempre va a existir algún contratista que por conveniencia o necesidad, va a acceder. Y, total, después la judicatura va a resolver que por ser inexistente el contrato, la administración nada debe. A tal punto llega esto, que existen colegas defendiendo esta estrategia para evitar pagar posteriormente (en realidad, verdadero ardid o engaño). Somos del entendimiento que la administración debe tener estrategias para mejorar la gestión, no para estafar a los particulares.

Pero, que quede bien claro, al menos como reflexión colectiva y para nuestra práctica diaria: Los jueces son tan responsables de cómo la administración frente a la utopía de vivir en un ordenamiento jurídico perfecto y feliz.

Sabemos que su trabajo no es fácil y requiere de valor. Pero deben ser capaces de diferenciar las distintas situaciones y de (re)crear el derecho administrativo cuando la realidad de los hechos lo exige. Para ello, justamente, son los guardianes e intérpretes de la Constitución y el último baluarte de defensa de los derechos y garantías de los particulares.

De lo que se trata es de "ser conscientes de que la dependencia verdaderamente importante no se refiere a las influencias externas en los casos concretos –en las conocidas ‘recomendaciones’ más o menos corteses de un asunto–, sino que existe otra variante mucho más peligrosa, a saber, la entrega (o secuestro) en bloque de la libertad de decisión: un pacto fáustico mediante el cual el juez entrega su conciencia a Mefistófeles y de él va a depender ya para siempre. Aquí no se vende, por tanto, un voto –o varios votos– aislado sino el alma entera. No se entrega una sentencia sino una conciencia" (12). Y, como ha memorado GORDILLO, no podemos ser complacientes con nadie que tenga poder, porque esa es la clave de vivir en libertad (13).

V. La norma contra la norma

Finalmente, no podemos dejar de efectuar una crítica básica sobre la decisión en sí misma. Los créditos accesorios siempre siguen la suerte del principal. Ergo, si se pagó el crédito principal más de cuatro años después de vencida la obligación, lamentablemente los intereses deben abonarse, sin importar el título de la obligación. No sólo, casi no se paga la prestación principal, sino que se pagó finalmente más de cuatro años después y encima el precio de ese dinero, el costo del capital aportado –que es el interés– tuvo que soportado exclusivamente por el contratista. Con la inflación de por medio, podríamos decir que la administración licuó de manera brillante su deuda.

En conclusión, si en épocas de inflación y devaluación de la moneda, con anterioridad a la vigencia de la Ley 23.928, ha sido la Procuración del Tesoro de la Nación quien ha reconocido dicha depreciación (14), por qué en base a los mismos principios no se reconoce el derecho a percibir intereses por el solo transcurso, si el particular, como en el caso, no sólo no ha renunciado a ellos en forma expresa sino que el entonces vigente reglamento aprobado por Decreto 5720/72, autorizaba a su reconocimiento en el inciso 113). Es que dicha norma, desechada en la sentencia, justamente preveía que el particular tenía derecho a su percepción a partir del vencimiento de la factura o, en su defecto, cuando la administración hiciera efectivo el importe de su crédito, pudiéndose presentar la nota de débito por intereses hasta treinta días después de haber hecho efectivo el cobro de su crédito. En el presente y según surge de los hechos relatados en la sentencia, el particular formalizó su reclamo el día veintinueve luego de haber recibido su legítimo abono. Mal podía, por tanto, la judicatura desconocer que era el propio ordenamiento jurídico el que regulaba una situación especial en cabeza del administrado, a la postre, contratista de la administración.

VI. Epílogo

El fallo escogido para el presente comentario es tan solo una excusa. Independientemente de la solución, lo que pretendemos destacar es nuestra preocupación por la complacencia con la aplicación de criterios y/o doctrinas generales, etéreos a cualquier caso sin implicarse en la realidad.

Por nuestra parte, consideramos que poco importan las normas y los principios, pues todos son esencialmente manipulables a piacere. La norma y los principios constituyen el último eslabón de la decisión jurídica, justamente el de la justificación de la decisión (15). De allí que lo que criticamos es la aplicación automatizada de la doctrina de Ingeniería Omega. Este tipo de conductas –sea desde la administración o el poder judicial- son las que mantienen el statu quo, impulsando la continua y permanente irresponsabilidad de la administración y sus funcionarios cuando efectivamente deben responder. Conductas, éstas, que favorecen la inmutabilidad de un derecho administrativo falso, metafórico, mítico y alejado de aquellos problemas para los cuales debería ser una solución de paz y orden social.

No somos inocentes.

Sabemos que tanto el Estado como los administrados deben ceñir sus conductas al principio de legalidad. Sabemos que en muchas situaciones, la violación a las normas de la contratación administrativa esconde connivencia entre contratistas y funcionarios, y que en otras situaciones, el contratista obtiene ganancias irrazonables.

Pero también sabemos que, en otras oportunidades, se abusa de contratistas medianos o chicos, imponiéndoles contrataciones en violación a la normativa aplicable. Es paradójico que si un funcionario lleva adelante un procedimiento de contratación y luego es auditado, puede comprometer su propia responsabilidad pero, si contrata en violación a la legislación aplicable, al ser inexistente el contrato, termina pagando el contratista y él queda libre de toda responsabilidad por tal contratación. En este sentido, el criterio de Ingeniería Omega aplicado indiscriminadamente favorece este tipo de toma de decisiones. ¿Por qué razón un funcionario comprometería su propia responsabilidad en procesos válidos si mediante contrataciones inválidas no sólo queda liberado sino que además puede lograr no tener que abonar nunca la prestación del contratista? En este caso, claramente, no existe perjuicio para las arcas estatales, con lo cual, el funcionario, gracias a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ve tentado a seguir el camino de la ilegalidad.

Ante este panorama, la judicatura debe investigar si hubo connivencia entre las partes, si la invalidez del contrato generó ganancias desproporcionadas por parte del contratista en perjuicio de la administración, o si tal invalidez generó un beneficio indebido por parte de la administración. Este es el quid de la cuestión y no las bibliotecas de doctrina y criterios jurisprudenciales que invocamos y aplicamos de forma automática. Esta es nuestra crítica: el juez, por su propia investidura y su obligación constitucional, tiene la obligación de decidir quién sale favorecido indebidamente cuando estamos frente a un contrato administrativo inválido o inexistente. No importa aquí la norma, la forma solemne ni los principios. Importan los hechos del caso que imponen siempre la aplicación del derecho.

(*) Homenaje a Aldous Huxley. Reproducimos la cita de Nicolás Berdiaeff que Huxley hace en el prólogo de *Brave New World* (Un mundo feliz): "Las utopías parecen mucho más realizables hoy de lo que se creía antes. Y ahora nos hallamos ante otro problema igualmente angustioso: ¿cómo evitar su realización definitiva? [...] Quizá empezará una nueva era en la que los intelectuales y las clases cultas sonarán con el modo de evitar la utopía y volver a una sociedad no utópica, que sea menos perfecta pero más libre." El destacado nos pertenece.

(1) BONINA, Nicolás / DIANA, Nicolás, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 2009. Ver también, de ambos autores, "La senda de derecho administrativo en la jurisprudencia de la CSJN", LL, Suplemento Extraordinario Administrativo, agosto 2010, p. 40.

(2) Sobre la salud y las patologías de la Administración, ver IVANEGA, Miriam M, "La administración pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad," LA LEY, 02/03/2011, p. 1.

(3) Felicidad, para el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es justamente eso: satisfacción, gusto, contento (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=felicidad).

(4) SCATTOLA, Merio, *Teología política. Léxico de política* (trad. Heber Cardoso), Nueva Visión, Buenos Aires, 2008, p. 141

(5) Basta la lectura del DE TOCQUEVILLE, Alexis, *El antiguo régimen y la revolución*, Madrid, Alianza, 2004, para desmitificar los orígenes del derecho administrativo en tal hito.

(6) Ver la crítica que realizamos en BONINA, Nicolás / DIANA Nicolás, "Contrapunto. Sobre la forma en los contratos administrativos," LA LEY, 2007-A, 780.

(7) BOURDIEU, Pierre, "Elementos para una sociología del campo jurídico," en BOURDIEU, Pierre/TEUBNER, Gunther, *La fuerza del derecho*, Ed. Uniandes, Bogotá, 2000, p. 166.

(8) Todo esto lo hemos explicado en BONINA / DIANA, *La deconstrucción del derecho administrativo*, op. cit., Cap. VII.

(9) SCATTOLA, M., op. cit., p. 131.

(10) Que obviamente debe ser razonable y no conseguido por cualquier medio.

(11) En estos supuestos, debe resultar aplicable la doctrina de la CSJN in re "Gerosa, Elena c. Pcia. de Buenos Aires", ED, 5-266. Se trataba de un caso en el cual la provincia desconocía las gestiones realizadas por un particular como locación de servicios y, consecuentemente, el pago de las respectivas facturas, sosteniendo la inexistencia del contrato administrativo en cuestión. Nuestro Máximo Tribunal 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)."

(12) NIETO, Alejandro, El malestar de los jueces y el modelo judicial, Madrid, Trotta, 2010, p. 131.

(13) GORDILLO, Agustín, "Racionalidad, política, economía, derecho," LL, 2006-A, 1277.

(14) PTN, Dictámenes, 149:123, entre tantos otros.

(15) Esto no constituye ninguna novedad, hace más de medio siglo viene predicándolo Agustín Gordillo. En particular ver: Gordillo, Agustín, Introducción al derecho, cap. V, ¿Cómo leer una sentencia?, Buenos Aires, FDA, 2000 (e-book: www.gordillo.com) y La Ley, 2007.