

Los contratos administrativos como fuente del derecho administrativo*.

Eduardo Mertehikian

SUMARIO: I. Introducción. II. El tema. II.1. Primera pregunta. II.2. Segunda pregunta. II.3. Tercera pregunta. II.4. Cuarta pregunta. III. Reflexiones finales.

I. Introducción.

El tema que en esta ocasión se me ha pedido que aborde en estas prestigiosas Jornadas de Derecho Administrativo, organizadas como habitualmente ocurre en esta época del año por la Universidad Austral y a cuyas autoridades agradezco la invitación que generosamente me han prodigado, confiriéndome el honor de presentarme una vez más ante este cada vez más nutrido auditorio, está referido a un aspecto de los contratos que celebran las Administraciones públicas no exento de matices ni –ciertamente– de polémica.

Como es conocido, hasta hace poco tiempo se suscitó un –por momentos– muy encendido debate entre varios de los más distinguidos profesores contemporáneos de nuestra disciplina acerca de si en verdad es dable reconocer *sustantividad* al contrato administrativo, es decir, su existencia como categoría jurídica.

Anticipo que sería manifiestamente pretencioso de mi parte y, por añadidura, inoficioso, intentar llevar a cabo algún aporte a esa rica discusión, razón por la cual se me ocurre que podría resultar más eficaz que presente ante ustedes algunas de las cuestiones que envuelven el tema del título, o si se prefiere, la razón de ser de algunas de las dudas, más que de las certezas, que desde mi visión personal entiendo que se originan en esta temática.

* El presente trabajo ha sido publicado en AA VV, *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009.

Es altamente probable que esas dudas reconozcan como razón de ser el origen mismo de la construcción de una dogmática alrededor de la figura del contrato administrativo, al cual, recientemente, calificada doctrina extranjera le ha señalado cierta cuota de oportunismo, es decir, un nacimiento justificado en razones no estrictamente jurídicas y que pone en evidencia “[...] la instrumentalidad de la categoría contractual en su dialéctica con el acto, [administrativo] al servicio de confesados intereses políticos”¹.

En esa línea de trabajo que me he propuesto, cabría, ante todo, apuntar dos evidencias. La primera es que las Administraciones estatales acuden todo el tiempo a la técnica contractual², que no debe dejar de ser entendida como mecanismo de producción de normas individuales (el contrato), tanto sea para cumplir sus cometidos de interés administrativo (v. gr., una locación de inmueble con el propósito de ser destinada a la vivienda de un funcionario público), como de interés general (v. gr., un contrato de obra pública o una concesión de servicio público).

La segunda evidencia radica en que –al igual que sucede en otros ordenamientos análogos– las normas del ordenamiento jurídico positivo los regulan (v. gr., el contrato de construcción de obras públicas por la Ley N° 13.064, Artículos 3° y 5° y concordantes; el contrato de concesión de obra pública por la Ley N° 17.520; el contrato de consultoría por la Ley N° 22.460; etc.) y la jurisprudencia –en nuestro caso, especialmente, la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– interpretando nuestro régimen jurídico les ha asignado ese carácter, aun cuando reconozca que no existe una estricta paridad entre los sujetos contrayentes³.

A este último respecto, citemos que en un memorable precedente judicial⁴, en criterio luego reiterado en varias oportunidades, nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho: “La modificación unilateral de lo convenido por las partes llevada a cabo por la

¹ Meilán Gil, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, Madrid, Iustel, 2008, p. 76. Anticipo que las referencias y remisiones a esta magnífica obra, aparecida después de la realización de las presentes Jornadas de mayo de 2008, serán muchas y notorias en el presente trabajo.

² Evidencia utilizada hace años por el Profesor Fernando Garrido Falla (*Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Madrid, Civitas, 1985, 7ª edición, Capítulo II, p. 31 y sigs).

³ Reténgase que para un sector de la más calificada doctrina científica extranjera, la ausencia de paridad en las relaciones patrimoniales entre un sujeto público y un sujeto particular impide su caracterización como contrato, y así puede leerse a Messineo al decir: “[...] cuando un sujeto se halle dotado de *potestad de imperio*, de manera que pueda prescindir de la libre voluntad ajena y confiar en su propio poder para imponer a los demás un determinado comportamiento, o cuando el contenido de un determinado comportamiento esté preestablecido, entonces no estamos ya en el ámbito del contrato, sino en el acto administrativo. Esto lleva a excluir que haya contratos cuando el Estado (u otra Administración pública), *fuera de lo que podría ser su actividad como sujeto de carácter privado*, entra en relaciones patrimoniales con un particular: lo cual implica el rechazo de la categoría del contrato de derecho público *como aplicada a la situación recién delineada* (relaciones entre ente público y privado; casos específicos *la relación de empleo público*, que según una teoría, estaría regulada por un contrato de derecho público; *concordato tributario*)” (la bastardilla está en el original) (Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires, EJE, 1986, p. 53).

⁴ “Marocco y Cía. S.A.” (*Fallos*: 312:84, del 9-2-1989), entre otros, y más modernamente en “Pradera del Sol c/ Municipalidad de General Pueyrredón”, del 2-12-2004 (*Fallos*:327:5756).

Administración con independencia de la voluntad del contratista no puede justificarse a la luz de lo dispuesto por el Artículo 1197 del Código Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración pública de poder alterar los términos del contrato en función del ius variandi pueda extenderse a supuestos en que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria”⁵ (destacado agregado).

El fallo es claro en el sentido de que es aplicable al contrato administrativo el precepto general según el cual las convenciones hechas en los contratos constituyen para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y –además– que no se puede consentir la mera invocación del interés público por parte de la Administración contratante para pretender desligarse de sus compromisos regularmente asumidos, pues exige de ésta alegación y acreditación de las circunstancias que invoca, y con ello –aunque no se diga expresamente–, se está reconociendo la atribución de los jueces para verificar su concreta presencia y justificación.

Si el contrato es sólo reconocible como una institución perteneciente al ámbito de la autonomía privada de sujetos que se encuentran en paridad de condición o, aunque así no fuese, cuando ambos deban ajustar su comportamiento al estricto cumplimiento de las reglas que uno de ellos dos ha establecido –v. gr., las normas que regulan los procedimientos de selección–, entonces deberíamos decir que el contrato celebrado por un ente estatal no es contrato en tanto y en cuanto en muchos aspectos está sometido a reglas imperativas que desplazan su libre decisión.

Sin embargo, y he aquí otra evidencia, no se nos ocurriría dudar acerca de la naturaleza contractual de la relación jurídica nacida entre dos particulares, porque la voluntad de los contrayentes deba sujetarse al contenido infranqueable de una regla establecida de manera imperativa, sea ella o no de orden público⁶, de tal suerte que si desoyeran los estándares fijados en dicha regla imperativa, su voluntad creadora de la regla individual quedaría desplazada como si no hubiese existido –v. gr., en nuestro medio la obligatoriedad de respetar las disposiciones del Compre Trabajo Argentino (Ley N° 25.551) por parte de concesionarios de servicios públicos–.

El problema radica, entonces, en establecer el grado de exigibilidad jurídica que poseen las estipulaciones en ellos insertas, pues las Administraciones públicas siempre son afectas a invocar –en la interpretación más favorable– el interés general para desprenderse de las consecuencias de aquellas obligaciones que regularmente hubiesen asumido y que luego no quieren sostener.

⁵ Ver también *Fallos*: 313:376; 315:1760, entre otros.

⁶ Respecto de la incidencia de la norma de orden público en el ámbito de la creación por los particulares de la regla de derecho, ver, por todos, Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, Capítulo 3, número 26.

II. El tema.

Adentrándonos de lleno en el tema propuesto y siempre con el afán de plantear el asunto desde un abordaje didáctico despojado de dogmatismos estériles, estimo que resultará más provechoso hacerlo desde la formulación de algunas interrogaciones y de sus posibles respuestas, aunque habría que reconocer que el solo hecho de encontrarnos ante la necesidad de formular las preguntas que habrán de exponerse en forma seguida, quizás nos esté indicando –con crueldad– que nuestro sistema de derecho administrativo, al menos en su aplicación concreta, se encuentra inmerso en problemas serios.

II.1. Primera pregunta.

Los contratos administrativos, o más ampliamente hablando, los contratos celebrados por las Administraciones estatales, ¿constituyen una fuente del derecho administrativo?

Para responder la pregunta anterior, primeramente, lo más adecuado parece ser acudir a la noción de fuente del derecho, sin perder de vista que todo análisis relativo a las fuentes del derecho debe tomar en cuenta, por un lado, la jerarquía de las normas y, por otro lado, la competencia para dictarlas.

Se suele afirmar que “la expresión fuente del derecho puede ser entendida en dos distintos sentidos. Uno primero, con el que se haría referencia a las fuerzas sociales con capacidad para crear normas jurídicas. Y otro segundo, con el que se designarían las categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan dichas normas jurídicas”⁷. Sin embargo, conviene también retener que desde la mirada controversial de Kelsen⁸, este generalizado concepto podría resultar estéril a los fines propuestos, ya que al decir de aquél, “la expresión fuente del derecho designa a toda norma general o individual, en la medida en que de ella deriven deberes, responsabilidades o derechos subjetivos y de ahí que en razón de las diversas significaciones que puede tener, se torna una noción inutilizable”. Es por ello que, en lugar de recurrir a esta imagen, el autor seguido se propuso tomar como partida la necesidad de definir de un modo claro y directo cada uno de los problemas con los que se enfrentaba para resolver y desde allí tratar de hallarles una solución⁹.

Pero avancemos un poco más. Si el contrato es caracterizado legalmente como *una declaración de voluntad común* destinada a reglar los deberes y derechos subjetivos de las partes contrayentes (Artículo 1137, Código Civil) y en tanto configura para ellas *una regla a la cual deben sujetarse como a la ley misma* (Artículo 1197, Código Civil), no pueden caber dudas de que el contrato encaja en el concepto de fuentes del derecho, incluso en el ámbito de las dos acepciones antes apuntadas.

⁷ Pérez Royo, Javier, *Las Fuentes del Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 1995, 4ª edición, p. 15.

⁸ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2003, 4ª edición, 2ª reimpresión, p. 120.

⁹ Obra y lugar citados precedentemente.

Es claro, como puede hallarse en las propias palabras de Kelsen, que “los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede con el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una *producción democrática del derecho*, del otro una *producción autocrática*”¹⁰ (la bastardilla no está en el original).

Dicho lo anterior, propongo ahora formular dos nuevos interrogantes del siguiente tenor.

II.2. Segunda pregunta.

¿Es conciliable el concepto del contrato como ley para las partes así definido por nuestro ordenamiento positivo (Artículo 1197, Código Civil), es decir, como fuente de producción democrática del derecho con el extendido criterio de la mutabilidad que del contrato administrativo se predica?

II.3. Tercera pregunta.

¿Es predicable respecto del contrato administrativo esa característica de ser una fuente creadora de manera democrática de deberes y derechos para los contrayentes, en el cual se constata la concreta presencia de actos administrativos, es decir, de órdenes creadoras de derecho en forma autocrática, tanto en su procedimiento de formación como en su desenvolvimiento posterior?

Sabemos que en la génesis del contrato celebrado por una organización estatal, sea o no su *objeto* regido por una norma del derecho administrativo, se verifica la presencia de ciertas decisiones que encajan dentro del concepto de acto administrativo.

Por citar un ejemplo, que por todos es conocido, diremos que en el Régimen de Contrataciones vigente en el orden nacional, a partir de la sanción del Decreto delegado N° 1.023/2001, se exige que ciertas decisiones de la Administración contratante deban ser adoptadas —expresa y formalmente— mediante el dictado de actos administrativos que reúnan los elementos del Artículo 7° de la Ley N° 19.549 (*vid* Artículo 11).

De hecho, también es sabido que el citado cuerpo dispositivo califica a los contratos como el resultado de un *procedimiento contractual* (Artículo 2°), característica esta última que, a mi modo de ver, ha quedado también reconocida expresamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el recordado caso “El Rincón de los Artistas S.R.L.”¹¹.

Más aún, el interrogante propuesto en tercer lugar (*vid*, punto II.3) se acentúa —y con él las dudas que concita— si atendemos que el Artículo 36 del Decreto delegado N° 1.023/2001 sustituyó el texto del último párrafo del Artículo 7° de la Ley Nacional

¹⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 143.

¹¹ *Fallos*:326:3700. Del análisis de esta jurisprudencia tuve oportunidad de ocuparme en una nota a fallo titulada “El perfeccionamiento de un contrato administrativo como la resultante de un procedimiento administrativo contractual y el conocimiento por el interesado del vicio que afecta su celebración en un fallo de la Corte Suprema”, incluido en *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 177-194.

de Procedimientos Administrativos N° 19.549, disponiendo: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”¹².

Me anticipo en decir que las respuestas a los interrogantes que he dejado planteados en los apartados II.2. y II.3 anteriores, a mi modo de ver, no pueden ser sino afirmativas y ello –principalmente– por tres argumentos:

i) El primer argumento –un tanto olvidado– reconoce un origen histórico y –como dije al comienzo– ha sido explicado en una publicación reciente por calificada doctrina, al examinar –precisamente– los orígenes de esta categoría jurídica en el régimen del derecho administrativo francés. En su proceso de formación histórica en dicho régimen, el contrato administrativo reconoce en su etapa de perfeccionamiento la emisión de actos administrativos, pero con el único propósito de sustraerlos a la jurisdicción ordinaria y someterlos a la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, y como ha quedado expuesto más arriba, toma decididamente del derecho civil su carácter de compromiso firme e irrenunciable¹³.

Luego, y siendo así, vendría a confirmarse que la denominada *mutabilidad* del contrato administrativo (aspecto sobre el cual luego volveremos) que, como característica originaria de él ordinariamente se predica, vendría a configurar otro de los tantos y generalizados *mitos* del derecho administrativo¹⁴, pues la regla en este campo fue desde sus mismos inicios *el cumplimiento estricto de lo pactado*¹⁵.

¹² Reténgase que el título es el III, que comprende los Artículos 7° a 22, ambos inclusive.

¹³ Ver Meilán Gil, José Luis, *op. cit.*, especialmente, pp. 77-82. El caso que el autor analiza es el de la venta de los bienes nacionales pertenecientes al clero y a los emigrados políticos, transferidos a la nueva burguesía cuya formación se debía fomentar, según los ideales revolucionarios. Según se explica, con cita de Cormenin, las ventas realizadas por el Estado ascendieron a unos dos millones, afectando cinco o seis millones de franceses y abarcaron una porción considerable del territorio de Francia (*vid nota N° 189, p. 78*).

¹⁴ La expresión no es mía y la he tomado de la magnífica obra, cuya lectura fervientemente recomiendo (especialmente a quienes creen que la concesión debe tener un plazo para ser válida), del Profesor Eduardo García de Enterría, *Dos estudios sobre la usucapión en el derecho administrativo*, de la cual recientemente se ha publicado la cuarta edición (Madrid, Thomson-Civitas, 2007) y cuyo primer trabajo lleva por título nada menos que “El dogma de la reversión de concesiones”. Me remito a lo que el autor señala de entrada en las páginas 27 a 29 de esa edición. Uno de esos mitos es –como dice García de Enterría– la supuesta juventud de esta disciplina nacida –según la tesis generalizada– como consecuencia de la división de Poderes. La verdad es que podríamos seguir así y por muchas horas, pero dejaremos asentado nuestro convencimiento de que el derecho administrativo no se originó en Francia alrededor de mediados del siglo XIX, aunque se admita que allí se hayan sistematizado ciertos principios como parte de una teoría general. En rigor de verdad, investigaciones modernas han permitido comprobar que *el derecho romano conoció y reguló detalladamente* muchas de las actuales y conocidas instituciones del derecho administrativo; v. gr., el uso del suelo, la división entre bienes públicos y patrimoniales, la responsabilidad del funcionario público, la construcción de obras públicas, la concesión de los bienes de uso público, tanto temporal como perpetua, la concesión de servicios públicos y de obras públicas, no como concesiones sobre bienes, sino como delegaciones o atribuciones de competencia.

¹⁵ Ruego ver el trabajo de la Doctora Nora Chibán que, bajo el título “Aplicación de los Principios de Buena Fe y *Pacta Sunt Servanda* en los Contratos Administrativos”, se encuentra incluido en AAVV, *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos

La conclusión que se extrae de ese análisis es que aun en el régimen del derecho administrativo francés histórico, la naturaleza de la relación jurídica establecida entre la Administración y el particular, aun cuando tenga principio en el dictado de un acto de la autoridad, es una relación firme e irrevocable, por oposición y en principio, a la nacida al abrigo de un acto administrativo.

ii) El segundo argumento radica en que no todos los contratos que celebra la Administración son, o pueden ser calificados, como contratos administrativos, aun cuando estén sometidos a las mismas reglas de selección que estos últimos¹⁶.

En efecto, la circunstancia de que las contrataciones que celebren las entidades públicas se deban sujetar a unos determinados procedimientos para garantizar la competencia, la transparencia y la eficiencia en el proceso de formación de sus decisiones, no justifica que todos esos contratos puedan ser calificados como contratos administrativos o —más propiamente— contratos de *objeto* administrativo¹⁷.

iii) El tercer argumento se deriva de ajustarnos estrictamente a nuestro ordenamiento positivo, el cual dentro de la *teoría general de las obligaciones*¹⁸ reconoce como

Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 539-546 y sigs., donde la autora, con cita del jurista francés Benoit (*vid*, p. 540), nos viene a recordar lo infundado de esa afirmación y la generalización de ese mito.

¹⁶ Criterio que he dejado expresado en anteriores oportunidades y allí me remito en homenaje a evitar reiteraciones ociosas (*vid Estudios de Derecho Administrativo, op. cit.*, pp. 195-205). No sobra añadir que esa afirmación se apoya también en el criterio que ha dejado expuesto la más calificada doctrina (*vid* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, Civitas, 1999, 9ª edición, p. 57 y sigs.).

¹⁷ En este aspecto me permito decir que con el Profesor Ismael Mata proyectamos en el año 1994, a pedido del entonces Ministro de Justicia de la Nación, Doctor Rodolfo Barra, un anteproyecto de actualización de la Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064, y al hacerlo incluimos una expresa disposición relativa a la aplicación de estos procedimientos a todo el Sector Público, pero que también estaba dirigida a los sujetos particulares que por distintos medios habían recibido títulos de habilitación para la prestación de servicios públicos, conscientes de que al hacerlo cumplíamos —de una parte— con el principio constitucional de reserva legal consagrado en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, y —de otra parte— plenamente convencidos de que los contratos que estos sujetos celebrarían no se convertían en contratos administrativos por el deber, legalmente impuesto, de seguir unas reglas determinadas de manera uniforme para concretarlos. Si bien hay que decir que el anteproyecto no mereció tratamiento legislativo, también debe reconocerse que muchos años después idénticos pasos siguieron los ordenamientos jurídicos integrados, mudando la preocupación no ya en definir la dogmática jurídica relativa al contrato administrativo, sino en establecer, con características pragmáticas, directivas orientadas a regular la libertad de circulación de bienes en el mercado a través de los —así denominados— poderes de adjudicación. Es decir, la preocupación está claramente centrada en la libre competencia (*vid* Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* del 30-4-2004). Cabría aclarar que no es que el Profesor Mata o quien suscribe fuésemos brujos o iluminados, sino que cuando elaboramos el anteproyecto, se percibía claramente la tendencia que dejamos expuesta en su texto. Más modernamente, y en tal sentido, véase García —Andrade Gómez, Jorge, *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, especialmente p. 174 y sigs.

¹⁸ Siempre es bueno tener presente que cuando nos salimos de los principios básicos que nos provee la teoría general de las obligaciones, el resultado no puede sino ser errado, pues como enseñaba el Profesor Llambías, dicha teoría general encierra todo aquello que es común a toda obligación (*vid* Llambías, Jorge

una fuente de creación de la regla de derecho, al contrato (Artículo 499, Código Civil). Sobre este aspecto volveremos más adelante en este trabajo.

Hasta aquí puede extraerse como conclusión que si la relación jurídica nacida entre un órgano estatal y un particular es calificada como un contrato, significa que se ha creado entre los contrayentes un vínculo firme e irrevocable. Hablando con más propiedad, deberíamos decir que para que pueda sostenerse en estricto sentido jurídico que nos encontramos frente a un *contrato*, la relación jurídica nacida de él debe considerarse firme y estable, pues las partes han quedado sometidas a *la regla individual* por ellas creada como a la ley misma.

Con ello podría darse respuesta al interrogante planteado por un sector de la doctrina¹⁹ cuando deja asentado el problema de cómo hacer material y jurídicamente aplicable esa regla del contrato como ley para las partes, cuando uno de los contrayentes es –precisamente– el creador de la regla general.

Digamos, en un intento de dar respuesta a ese planteo, que el contrato administrativo, o con más precisión, el *contrato de objeto administrativo*, es fuente creadora de una regla individual de derecho, la cual no puede ser dejada de lado por el contrayente público, salvo la atribución del propio legislador, quien mediante ley formal podría, en un caso dado, declarar la utilidad pública de los derechos nacidos del contrato y previa indemnización, producir un despojo constitucionalmente válido²⁰.

II.4. Cuarta pregunta.

Dicho lo anterior, queda todavía un interrogante por responder, el cual se convierte en una suerte de prueba ácida del tema de este trabajo, pues radica allí el meollo del problema sometido a estudio.

Si el contrato (de objeto) administrativo debe ser considerado como una fuente creadora de la regla individual de derecho, ¿cómo se concilia con esa caracterización su pretendida mutabilidad?

Siempre con el afán, expuesto al comienzo, de evitar caer en los dogmatismos esterilizantes de nuestra disciplina²¹, nos parece imprescindible que precisemos la ter-

J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, T. I, Buenos Aires, Perrot, 1973, número 35, p. 47) y que en este ámbito nuestro sistema jurídico de derecho administrativo no está excluido de las soluciones que aportan las disposiciones sustentadas en los principios de la teoría general de las obligaciones lo ha decidido la Corte Suprema en variados casos (por todos, puede verse “Wiater, Carlos” –*Fallos*: 320:2289–).

¹⁹ Gallegos Fedriani, Pablo O., “Los Contratos privados de la Administración” en AAVV, *Régimen de contrataciones y Compre Nacional*, Suplemento especial de la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*, Buenos Aires, febrero 2002.

²⁰ El sentido de la expresión “ley” únicamente puede entenderse con el alcance de ley formal legítima, tal como lo ha establecido la Opinión Consultiva OC N° 6/86, del 9 de mayo de 1986, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de obligatoria aplicación en nuestro sistema jurídico interno (Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional).

²¹ Ya que desafortunadamente en el camino del aprendizaje nos vamos encontrando con que ciertas afirmaciones generalmente muy extendidas o bien no tienen sustento en la génesis de las instituciones que abor-

minología que entendemos apropiada en este punto, la cual parte de los criterios que utiliza la *teoría general de las obligaciones* que por ser tales resultan aquí enteramente aplicables.

De allí que más allá de la extendida generalización del criterio, cuando nos referimos a la *mutabilidad* del contrato administrativo, no nos estamos refiriendo al *contrato* en cuanto fuente creadora de las obligaciones asumidas por los contrayentes (Artículo 499, Código Civil), pues ello implicaría tanto como decir que son mutables los sujetos, la causa, los derechos subjetivos de él nacidos, la jurisdicción pactada para resolver los conflictos, etcétera y tenemos evidencias normativas de que al menos como criterio general, esa afirmación no cuenta con sustento en el derecho positivo.

Luego, cuando decimos que el contrato es mutable, nos estamos refiriendo –en los límites que luego veremos– a la *prestación* que en purismo jurídico constituye el *elemento objetivo de la obligación* asumida por el contratista.

La *prestación* es un concepto que *atañe* a la materia de la obligación, ya que configura su *elemento objetivo* y junto al *sujeto* y a la *causa*, configuran sus elementos esenciales y que revistiendo esa naturaleza, sin su presencia no puede concebirse la existencia misma de la obligación²². Desde ese punto de vista, la *prestación* (elemento objetivo) puede consistir en un *dar*, en un *hacer* o en un *no hacer* (Artículo 495, Código Civil).

El contrato –administrativo, en nuestro caso– como productor individual de la regla de derecho, es el vehículo escogido por las partes, es decir, *la fuente* para el nacimiento de las obligaciones y los derechos que las partes han asumido, de tal suerte que en este campo no es dable incurrir en el error que –justamente– quiso evitar nuestro codificador (*vid nota al Artículo 499 del Código Civil*) de confundir entre *la fuente de los contratos* y *la fuente de las obligaciones*.

Debemos retener muy especialmente que al igual que sucede en el ámbito de la teoría general, en el ámbito del derecho administrativo no hay obligación sin causa (Artículo 499, Código Civil), y que el contrato es –junto a la ley y a los hechos ilícitos– una de las fuentes del nacimiento de las obligaciones, y no a la inversa.

La distinción formulada no es puramente académica y la correcta caracterización del asunto tiene gravitante relevancia, pues si en ejercicio de potestades legalmente atribuidas o contractualmente retenidas, la Administración puede introducir variaciones (*ius variandi*), esas potestades están exclusivamente referidas a la variación –con las limitaciones impuestas por la ley, el contrato y las circunstancias– de la *prestación*, es decir, en el *elemento objetivo* de la obligación asumida por el contratista.

da, o bien no encuentran correlato en disposiciones del derecho positivo, o, peor aún, con casos en que la norma de derecho positivo ha venido después y deliberadamente a justificar esa generalizada afirmación. De esto último es una prueba elocuente lo establecido en el Artículo 12 del Decreto delegado N° 1.023/2001.

²² Llambías, Jorge J., *op. cit.*, número 9, p. 21 y sigs.

Pero aun siendo así, esas variaciones deben responder a causales sobrevenidas o que no hayan razonablemente podido preverse al tiempo de la celebración del contrato y ese alcance sí tiene sustento en el derecho positivo vigente (v. gr., el Artículo 30 de la Ley N° 13.064 sobre alteraciones del proyecto original en el contrato de obra pública) sin que de las soluciones vertidas con carácter individual, puedan concebirse necesariamente criterios generales²³.

De allí también que cuando aludo a contratos de *objeto* administrativo, me estoy refiriendo estrictamente a aquellos cuya *prestación* asumida por el contratista se encuentra regida por una norma jurídica específica del derecho administrativo, de tal manera que para que nos encontremos en presencia de un contrato administrativo en el más estricto sentido jurídico de esa expresión, la *prestación*, que constituye el contenido de la obligación asumida, debe estar gobernada por una norma típica del derecho administrativo (v. gr., la Ley N° 13.064) y sin que quepa perder de vista que todo lo dispuesto respecto de aquello que puede constituir el objeto de los actos jurídicos (Artículo 953, Código Civil) es aplicable al objeto de los contratos (Artículos 1167, 1168 y 1169, Código Civil).

Con sustento en el detallado examen de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, nuestra doctrina ha señalado²⁴ que el contrato administrativo es *fuerza de legalidad* administrativa, lo cual –dicho sea– implicaría como necesaria consecuencia aceptar la contradicción que encierra afirmar al mismo tiempo el reconocimiento de la existencia de potestades implícitas en cabeza de la Administración pública, pues lo primero que se nos ha enseñado en este campo, y que no debemos olvidar, es que la actuación administrativa siempre requiere habilitación legal, y por ello, si la facultad que pretende ejercerse carece de fundamento legal o si es ejercida irrazonablemente, es decir, fuera de las finalidades que la ley dispone, entonces tal conducta es ilegítima por ser contraria al derecho y, por lo tanto, es nula.

Desde ese plano de análisis, el contrato administrativo, en tanto es una fuente creadora de derecho a la que los sujetos quedan sometidos, integra el *bloque de legalidad* administrativa, con la particularidad de que el órgano estatal debe sujetar su actuación a la totalidad del ordenamiento, sistema al cual el contrato, a partir de su celebración, también se integra como regla individual.

III. Reflexiones finales.

Existen suficientes evidencias históricas y jurídicas que permiten afirmar, sin posibilidad de abrigar duda alguna, que el contrato administrativo constituye una fuente

²³ En idéntico sentido puede verse la opinión de Mairal, Héctor A., en “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”, en Gordillo, Agustín A. (director), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 4-18.

²⁴ Coviello, Pedro J. J., “La Teoría General del Contrato Administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, incluido como Estudio Preliminar en mi trabajo *Estudios Sobre Contratación Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996.

creadora de la regla individual de derecho a la cual las partes quedan sometidas como si lo fuese a la ley misma.

La circunstancia de que el órgano estatal, en el proceso de creación de la regla individual de derecho, deba sujetar su comportamiento a unos cánones de conducta uniformemente fijados por reglas de naturaleza general (v. gr., la obligatoriedad de llevar a cabo procedimientos de selección pública para celebrar sus contratos)²⁵, no implica que no quede sometido con firmeza y estabilidad a la regla individual de derecho así creada.

Esas evidencias son las que también permiten poner en crisis ciertas afirmaciones relativas a los contratos administrativos que, por generalizadas, han cobrado características míticas, y por ello es urgente que sean objeto de una constante y continua revisión y reflexión crítica, sin otro propósito que establecer con precisión los verdaderos límites de una disciplina jurídica que no puede concebirse como la cara legal del poder político²⁶, ni menos aún como herramienta de justificación del poder.

²⁵ Vid CSJN, *in re*, “Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, del 27-12-2006 (*Fallos*: 329:5976), en el cual el Tribunal fijó el criterio de que “[...] el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobrepuestos”.

²⁶ Recojo esta expresión de un trabajo de Bullard González, Alfredo, que bajo el título “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, se encuentra publicado en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2/2006, pp. 155-225, especialmente p. 161.