

Guido J. Dubinski

*El procedimiento de selección
del contratista estatal
y la nulidad de los contratos administrativos*



“La función fundamental del derecho es contener ciertas propensiones naturales, canalizar y dirigir los instintos humanos e imponer una conducta obligatoria y espontánea; con otras palabras, asegurar un tipo de cooperación basado en concesiones mutuas y en sacrificios orientados hacia un fin común”.

Bronislaw Malinowsky¹



¹ Malinowsky, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, Planeta, 1985, p. 79 y 80. [Bibliografía recomendada.](#)

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

1. <i>Ámbito y objetivo de la Investigación</i>	6
2. <i>Propósitos. Posibles aportes</i>	9
3. <i>Metodología y estructura</i>	11

CAPÍTULO PRIMERO

CARACTERIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

§ 1. Introducción.....	12
§ 2. Contrato de suministro.....	14
§ 3. Contrato de obra pública.....	18
§ 4. Concesión de obra pública.....	22

CAPÍTULO II

EL PROCEDIMIENTO SELECTIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL

§ 5. Etapa previa.....	22
§ 6. Concurrencia de oferentes.....	26
§ 7. El principio de la licitación pública.....	28

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DE LA NULIDAD POR VICIOS EN LAS FORMAS ESENCIALES

§ 8. Normativa aplicable sobre nulidades.....	36
§ 9. Modos para decretar la nulidad.....	41
a. Declaración de la nulidad	42
b. Acto firme o consentido.....	43
c. Declaración de nulidad en sede administrativa.....	45
d. Reconvención.....	49
e. Revocación.....	51

§ 10. Jurisprudencia en relación con la nulidad por vicios en las formas esenciales.....	53
§ 11. El procedimiento de selección del contratista estatal	69
§ 12. Doctrina extranjera	72

**CAPÍTULO IV
LEGISLACIÓN EXTRANJERA**

§ 13. México	76
§ 14. España	77
§ 15. Colombia	80
§ 16. Alemania	80
§ 17. Italia	81
§ 18. Gran Bretaña.....	81

**CAPÍTULO V
JURISPRUDENCIA EXTRANJERA**

§ 19. Francia	82
§ 20. España	84
§ 21. Chile	86
§ 22. Uruguay.....	86
§ 23. Colofón de la jurisprudencia	87

**CAPÍTULO VI
ARGUMENTOS TENDIENTES A REGULAR LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS**

a. Realidad contractual. Situaciones.....	88
§ 24. Introducción.....	88
§ 25. Legítimo abono	94
§ 26. Fondos rotatorios y otras erogaciones presupuestarias.....	99



§ 27. El enriquecimiento sin causa	102
§ 28. El principio de la confianza legítima	106
§ 29. Obligaciones contractuales fácticas	113
b. Posibles regulaciones específicas sobre las nulidades. Vacío normativo.....	114
§ 30. Hipótesis de regulación	114
§ 31. Efectos de los contratos no celebrados con la formalidad normativa establecida.....	117
§ 32. Distintos efectos	118
§ 33. Conclusión final.....	122
Bibliografía.....	126



INTRODUCCIÓN

1. **Ámbito y objetivo de la Investigación. Actualidad y relevancia del tema**

La presente investigación tiene como objetivo abordar la temática atinente a los distintos vicios que pueden alterar los derechos y obligaciones de quienes se encuentran vinculados por una aparente relación obligacional, denominada convencionalmente como contrato administrativo; ello desde el complejo escenario de los procedimientos selectivos, incoados por los distintos órganos de la Administración Pública para escoger a los futuros proveedores y, luego, dentro del marco de la ejecución del contrato.

A los fines de esta investigación, no nos ceñiremos a la arraigada concepción que generalmente suele realizarse para justificar la nulidad de un contrato o, como algunos precedentes jurisprudenciales refieren, a su inexistencia²; pues algo que existió y surtió efectos jurídicos durante el tiempo de su vigencia no puede, luego, por la acción u omisión del órgano estatal –y aun cuando pueda alegarse (y verificarse) algún tipo de invalidez en el acuerdo de voluntades suscripto por las partes–, convalidar consecuencias distintas para los sujetos contratistas del Estado en cuanto a los efectos radicales que supone la declaración de nulidad.

En este contexto, exploraremos el mundo íntimo de los acuerdos generadores de derechos y obligaciones para el Estado y para terceros administrados que se avienen a contratar con aquel, comenzando desde los cimientos y origen del contrato administrativo –vinculado con una necesidad objetiva de un órgano estatal– hasta su perfeccionamiento y posterior ejecución.

El planteo, sin embargo, no puede reducirse a la simplicidad de la valoración subjetiva sobre las consecuencias jurídicas de un contrato administrativo que luego se declara nulo, por cuanto distintas aristas componen el núcleo de necesidades de la Administración Pública y el modo en que estas se intentan satisfacer a través de distintos mecanismos prácticos.

Es por ello que, además de hacer referencia a los distintos contratos administrativos, indagaremos en el modo de concatenación de los actos internos de conformación de la voluntad administrativa y, sobre todo –lo que constituye tal vez el meollo de la cuestión–, en la realidad contractual y de mercado –muchas veces desconocida o soslayada–, la supuesta caracterización del proveedor del Estado como colaborador de la Administración y el desprecio de la confianza legítima depositada en el Estado. Esta se resume en la válida convicción del sujeto cocontratante sobre la realidad y validez de un acuerdo luego “traicionado” pues, a través de un funcionario público, se requirió la prestación de un suministro o la ejecución de una obra para luego invocarse su nulidad incumpléndose lo acordado.

² La jurisprudencia tiene dicho que: “El vicio, deficiencia o irregularidad en los elementos del acto determina su invalidez, y debe considerarse generador de nulidad absoluta la que resulta de la inexistencia misma del elemento o de una deficiencia de tal importancia que equivalga a ella y, ocasionante de la anulabilidad, al vicio o irregularidad leve o no fundamental, que no excluya la existencia del elemento ni la comprometa gravemente” (CNContAdmFed, Sala IV, 10/3/09, “Empresa Nacional de Telecomunicaciones c/Nec Argentina SA s/contrato administrativo”).

En rigor de verdad, el contratista del Estado no es un colaborador desinteresado de la Administración, pues solo persigue –de modo legítimo– un ánimo de lucro. De tal manera, la celebración de un acuerdo de buena fe y la posterior declaración retroactiva de la nulidad consolida una lesión al derecho de propiedad amparado constitucionalmente.

En la publicación de los fundamentos científicos de los Premios Nobel de Economía del año 2016 –Oliver Hart y Bengt Holmström– por el trabajo denominado “La teoría de los contratos”, su introducción comienza manifestando que uno de los eternos obstáculos a la cooperación humana es que las personas tienen intereses diferentes y que, en las sociedades modernas, estos conflictos son usualmente mitigados –sino completamente resueltos– mediante arreglos contractuales. Continúa diciendo que los contratos bien diseñados proporcionan incentivos para las partes contratantes, a fin de explotar los beneficios potenciales de la cooperación³.

Agrega, además: “La teoría de los contratos desarrollada por los dos economistas indaga sobre la posibilidad de que los proveedores de servicios públicos, como escuelas, hospitales y prisiones, deben ser de propiedad pública o privada; o, si docentes, trabajadores de la salud o guardias de seguridad deben tener salarios fijos o se les debe pagar por su desempeño”⁴.

Por ello, no escapa a la lógica de cualquier contrato la concepción intrínseca del acuerdo obligacional que vincula a un sujeto de derecho público –al cual se le aplica un régimen exorbitante– con otro de su misma naturaleza –contrato interadministrativo– o sujeto de derecho privado.

En este contexto, analizaremos las consecuencias jurídicas atribuidas a los contratos nulos por defectos en las formas esenciales para su celebración, por adolecer de irregularidades en algún elemento –procedimiento–, y la significación empírica que ello conlleva, aparejado por la anulación judicial o la revocación administrativa que pudiere acaecer; ello a la luz, además, de otras ideas como la de las obligaciones contractuales fácticas⁵.

Empero, tampoco se trata de flexibilizar principios y omitir deliberadamente la aplicación de las normas jurídicas que hacen al principio de legalidad o juridicidad, en pos de la mitigación de errores, provocados también por la impericia de los contratistas del Estado, sino que lo que se pretende es poner en su justa medida las

³ “An eternal obstacle to human cooperation is that people have different interests. In modern societies, conflicts of interests are often mitigated –if not completely resolved– by contractual arrangements. Well-designed contracts provide incentives for the contracting parties to exploit the prospective gains from cooperation”, disponible en: www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2016/advanced-economicsciences2016.pdf. Agrega la BBC que: “Las economías modernas se mantienen por innumerables contratos. Las nuevas herramientas teóricas creadas por Hart y Holmström son valiosas para entender los contratos y las instituciones de la vida real, así como los posibles escollos del diseño contractual”. Así lo señaló la Academia al dar a conocer su fallo, disponible en www.bbc.com/mundo/noticias-37607348.

⁴ Conf. *Nobel para dos economistas por la teoría de los contratos*, “La Nación”, sección Economía, 11/10/16, p. 12, disponible en: www.lanacion.com.ar/1945798-nobel-para-dos-economistas-por-la-teoria-de-los-contratos.

⁵ Conf. Mosset Iturraspe, Jorge, *Las relaciones contractuales fácticas*, LL, 1993-B-276; López Mesa, Marcelo, *Hacia la reconsideración de algunas ideas en materia de contratos*, ED, 175-990.

responsabilidades y asignar las consecuencias jurídicas derivadas, identificando y tratando los distintos supuestos que pueden verificarse en la relación órgano comitente-proveedor estatal y en los fines esenciales del Estado.

Al fin y al cabo, todo se ciñe a la satisfacción de los intereses públicos, y habrá que ver en qué medida estos han visto cumplido su objetivo, sin mengua de la eficiencia y eficacia en la administración de los recursos públicos que componen el patrimonio estatal.

La discusión parece zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) a partir de la doctrina sentada en la causa “Ingeniería Omega”⁶, en cuanto estableció “que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado, pues cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia”; aunque lo más trascendente de dicha doctrina resultan las consecuencias jurídicas que, a partir de este razonamiento, comenzaron a aplicarse a las situaciones que encuadraban en esta hipótesis sentada por el máximo Tribunal.

Sin embargo, entendemos que no todas las circunstancias merecen el mismo tratamiento, así como la igualdad debe ser considerada teniendo a la vista las distintas situaciones y sujetos dentro del contexto y la coyuntura en la cual se encuentran inmersos⁷ y, de esa manera, ponderar y adecuar un determinado principio o doctrina acorde con la justicia y equidad como pilares del Estado de Derecho.

En consecuencia, la delimitación del ámbito espacial de investigación de la presente tesis se ceñirá al estudio de los contratos administrativos afectados por vicios de procedimiento, en cuanto a la omisión de las formas legalmente preestablecidas y, correlativamente, a las consecuencias derivadas de dicha nulidad o inexistencia, declarada o no judicialmente, en el ámbito nacional, dejándose sentadas algunas diferencias en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con respecto a su regulación y tratamiento. En todos los casos representados por el objeto del estudio partimos de la base de un desconocimiento real (o excusable) del vicio por parte del proveedor estatal y excluimos, de modo expreso y deliberado, aquellas situaciones en las cuales existió una connivencia entre proveedor y funcionario, aunque ello pueda darse con algún órgano que participe en el procedimiento de selección y sin que la autoridad jurisdiccional que emita el acto de adjudicación sea conocedor de aquella maniobra compleja, resultando finalmente funcional a la irregularidad que se consolida⁸.

⁶ *Fallos*, 323:3924, doctrina luego replicada en *Fallos*, 329:5976 y 333:1922, entre otros.

⁷ Ha repetido la CSJN que: “En materia de igualdad, el control de razonabilidad exige determinar si a todas las personas o situaciones incluidas en la categoría se les reconocen iguales derechos o se le aplican similares cargas; se trata, en definitiva, de examinar los elementos de clasificación que le componen, y observar si se excluye a alguien que debería integrarla y recibir igual atención jurídica” (*Fallos*, 338:1455).

⁸ Podría, para el caso, citarse como ejemplo en las contrataciones de objeto complejo la manipulación sutil de ciertas características en los pliegos que conducen a la adjudicación a un solo proveedor, o bien, en la elaboración de los pertinentes informes técnicos, cuando estos resultan necesarios, para evaluar en los oferentes la meticulosidad sobre ciertos aspectos, dirigiendo de esta forma la evaluación hacia el camino deseado.

2. Propósitos. Posibles aportes

Esta investigación se propone analizar las consecuencias jurídicas que genera la adopción de la doctrina por la cual todos los contratos administrativos que requieren una forma específica para su celebración, sin que esta haya sido observada, componen un universo de acuerdos nulos de nulidad absoluta e insanable.

Las hipótesis que sostienen estas teorías parten de situaciones normativizadas por la ley 19.549 y los distintos artículos que prescriben la nulidad de los actos administrativos, aplicados estos principios a los contratos administrativos⁹.

En relación con la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos al ámbito de la contratación administrativa, la reforma introducida en el último párrafo del art. 7 por el art. 36 del decreto delegado 1023/01 (conforme delegación de la ley 25.414) eliminó la discusión relativa a la aplicación del plexo normativo contenido en su Título III. Conforme lo expuesto, los requisitos de existencia del acto administrativo, sus efectos, su vigencia, extinción, conversión y demás normas relacionadas con su existencia, resultan de aplicación directa a los contratos administrativos¹⁰. Idénticas conclusiones pueden extraerse de la legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puesto que el último párrafo del art. 7 del decreto 1510/97 ciudadano dispone que “los contratos se regirán por sus propias normas especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de este título en cuanto fuere pertinente”. El título referido es el III, similar al Título III de la ley 19.549 que hemos referido supra, y contiene también las normas relacionadas con los requisitos del acto administrativo y la eventual nulidad y anulación.

Sin embargo, y como infra demostraremos, la aplicación de la citada norma procedimental al ámbito contractual mediante interpretaciones normativas, en un principio, y luego a través de la reforma legislativa del art. 7 in fine de aquella, no representa ni abarca el universo fáctico de situaciones jurídicas que pueden desarrollarse en los contratos administrativos; más aún, la reforma citada constituye un parche jurídico, *forzando la aplicabilidad de una norma cuya constitución originaria tenía por finalidad regular distintos institutos*.

Como se explicará más adelante, el sujeto proveedor de la Administración puede encontrarse entonces ante una diversidad compleja de situaciones disímiles, por cuanto un mismo supuesto de hecho podrá determinar en un caso la nulidad del contrato, mas en otro, la percepción del precio acordado sin mengua alguna ni discriminación respecto del costo del suministro u obra y la utilidad acordada.

De este modo, la realidad práctica y las necesidades públicas de carácter urgente condicionan la aplicación correcta del régimen de contrataciones, en especial, los bienes y servicios vinculados a la salud y bienestar general de la población carenciada que requieren especial y oportuna atención.

⁹ Por aplicación de lo establecido en el art. 7 in fine de la Ley de Procedimientos Administrativos, en su actual redacción: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”.

¹⁰ Comadira, Julio R., *Procedimientos administrativos*, 10^a ed., Bs. As., La Ley, 2002, p. 192.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales inferiores han sentado unas bases lesivas del derecho de propiedad, castigando injustificadamente a sujetos “colaboradores” de la Administración Pública al decretar la nulidad de un contrato administrativo, al prescribir que la falta de invocación y demostración del enriquecimiento sin causa determinaría la falta de derecho del entonces contratista a percibir retribución alguna por su bien o su servicio, imponiendo un claro sacrificio especial en cabeza de este y con total desentendimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Por otra parte, y aun cuando el sujeto proveedor haya tomado la precaución de incluir dicho acápite en su demanda (el del enriquecimiento sin causa), ante la falta de pago del Estado por su prestación, deberá transitar los tribunales judiciales para, luego de varios años de litigar, percibir –en el mejor de los casos– el costo del bien entregado al Estado con interés a la tasa pasiva, lo que determinará, en definitiva, una disminución de su poder adquisitivo.

Así pues, el contrato administrativo caracterizado como de “colaboración” y, correlativamente, la doctrina genérica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación receptada por otros tribunales inferiores, ponen en crisis aquel concepto, precisamente por la incertidumbre generada por el dictado masivo de normas reguladoras en materia de contrataciones que se derogan o abrogan unas a otras, dejando a criterio de los sujetos involucrados el análisis jurídico sobre qué ley –en sentido formal o material– resultaría de aplicación.

Uno de los argumentos usualmente esgrimidos radica en entender que el contratista del Estado se erige en una suerte de sujeto especializado en contrataciones públicas, con lo cual, en dicha tesitura, cualquier vicio que pudiese afectar dicho acuerdo de voluntades debería ser conocido por el contratista –dada su experticia en la materia–, determinándose, de este modo, las responsabilidades por los vicios en las formas esenciales del contrato y, a la postre, habilitando a la Administración Pública a declarar nulos en su sede los acuerdos viciados¹¹.

La finalidad pública que satisface la prestación provista por el proveedor de bienes o servicios no puede ser entendida como escindida del contexto histórico del cual proceden, pues, como veremos, las formalidades no pueden primar sobre los derechos constitucionales –v.gr., de propiedad e igualdad–.

En muchos casos, la necesidad del órgano estatal por contar con un bien o servicio de modo inmediato atentará contra la articulación en tiempo y forma de los procedimientos que admitan una contratación en término; habrá, probablemente, responsabilidades de los funcionarios pertinentes al no emprender la selección oportuna y adecuada del contratista a fin de propender a la satisfacción del interés público directa o indirectamente, mas ello no soluciona el problema de fondo: la posibilidad de contar sin dilación alguna con el suministro o la ejecución de la obra para la continuidad de la función pública.

¹¹ Conforme doctrina de *Fallos*, 310:2278, causa “Stamei”: “la empresa asumió conscientemente el riesgo de la declaración judicial de nulidad pues concurrió sin reserva alguna y sin que su voluntad estuviera afectada por vicio alguno a la formalización del acto, con pleno conocimiento, mucho más allá del que establece la presunción legal por razones de su especialización en la materia, de las normas que rigen tales contrataciones”.

A todo evento, habremos de analizar también la potestad del mandatario judicial para reconvenir por nulidad del contrato cuando la propia Administración Pública no ha declarado su lesividad a fin de obtener la anulación judicial.

Finalmente, el pago por legítimo abono representa la validación expresa de la violación de la igualdad y, a su vez, la manifiesta contradicción de esta doctrina con la de la nulidad, que determina que un contrato nulo puede ser abonado mediante la figura referida.

En consecuencia, intentaremos fundar la siguiente hipótesis: *Las nulidades de los contratos administrativos por vicios en las formas esenciales solo deben ser declaradas cuando lesionen el interés público y perjudiquen el erario público, asignándosele, caso contrario, efectos hacia el futuro.*

Transitaremos por la normativa y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales inferiores, como la Cámara Contencioso Administrativo Federal –cuya especialidad en razón de la materia constituye un invalorable aporte para el estudio del Derecho Administrativo–, y, en algún caso, la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario y el Tribunal Superior de Justicia, ambos de la CABA¹², para determinar si se encuentra suficiente fundamentación de este enunciado. La primera etapa será descriptiva de los argumentos y, luego, con la evidencia y elementos recolectados, guiados por el principio de congruencia de todo el ordenamiento jurídico, haremos una propuesta operativa, transversal y extensible.

3. Metodología y estructura

Durante mi trayectoria personal, los primeros avances en el estudio de la presente temática se originaron poco después de recibido de abogado y ya vinculado con los proveedores estatales. Luego, como estudiante de posgrado en la presente casa de estudios, pude profundizar y discutir las distintas temáticas con compañeros y los distintos profesores de la especialidad.

Más adelante, por razones laborales y durante el ejercicio de la profesión profundicé ciertas cuestiones que me permitieron la publicación de numerosos artículos vinculados a la temática de contrataciones y, pasado el tiempo, y con la doctrina que aquí cuestiono más arraigada y consolidada, me propuse elaborar el presente trabajo a fin de efectuar mi pequeño y humilde aporte.

No puedo omitir, en la actualidad y ya como funcionario público e integrante de la Comisión de Evaluaciones del área Central de la Administración Federal de Ingresos Públicos, que he adquirido un fluido e íntimo entendimiento práctico del mundo de la contratación, circunstancia que trasciende el conocimiento jurídico y que, eventualmente, me ha permitido conocer ambas caras de una misma moneda, es decir, la del proveedor y la del Estado.

Luego de esta Introducción, la tesis está organizada en seis capítulos. En el Capítulo I se tratará brevemente la caracterización y conceptualización de los

¹² Luego de la reforma constitucional de 1994, las causas que tramitaban por ante el fuero civil sobre contratos celebrados con la entonces Municipalidad de Buenos Aires pasaron a tramitar ante dicho fuero ciudadano.

contratos administrativos pues, para comprender el tema objeto de la presente investigación, no puede prescindirse de su estudio, dado que constituye un elemento esencial en el entendimiento de los vicios que pueden aquejarlo.

En el Capítulo II, se abordarán las cuestiones inherentes al procedimiento de formación de la voluntad administrativa y su necesaria vinculación con el fin público.

Luego, en el Capítulo III, se establecerán los principios de la doctrina y jurisprudencia judicial y Administrativa que pregonan la nulidad de las contrataciones.

En los Capítulos IV y V, se estudiará la legislación y la jurisprudencia extranjera, respectivamente.

El Capítulo VI identificará los argumentos tendientes a regular la nulidad de los contratos, abordando los distintos casos de contrataciones nulas y la realidad contextual de la Administración Pública. También se incluirán, en subcapítulos, la temática relativa a la confianza legítima del administrado, las obligaciones contractuales fácticas, la cuestión de los fondos rotatorios y otras erogaciones presupuestarias, como así también la controvertida cuestión del enriquecimiento sin causa como una consecuencia derivada de la nulidad y, por último, el polémico legítimo abono.

Finalmente, en las consideraciones finales, analizaremos las regulaciones específicas sobre las nulidades y el vacío normativo actual, incluyéndose distintas propuestas de hipótesis de regulación en atención a la verificación del planteo inicial. En función de ello, se abordarán los distintos efectos de los contratos no celebrados, de acuerdo con la formalidad normativamente establecida, y la incidencia de la presunción de la confianza legítima y las obligaciones contractuales fácticas en la declaración de nulidad. Por último, realizaremos las conclusiones finales y desarrollaremos el cambio de paradigma que proponemos, a través del planteo de la necesidad de una reforma legislativa.

CAPÍTULO PRIMERO

CARACTERIZACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

§ 1. *Introducción.* Existen distintas orientaciones en el mundo acerca del concepto y de la existencia misma de los contratos administrativos. En una primera orientación, la más antigua, se entiende que todos los contratos celebrados por la Administración están sometidos al derecho privado, es decir, no hay una categoría nueva de contratos además de los privados. Esta es, por ejemplo, la solución todavía imperante en la doctrina alemana¹³.

¹³ Ver Hainaut, J. P. - Joliet, R., *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, t. II, Bruselas, 1963, p. 70; Fromont, Michel, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, París, 1960, p. 188. Igual solución en el derecho austríaco: Giacometti, Z., *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, 1960, p. 442. Si bien la señalada es la solución imperante, la doctrina alemana no es pacífica y algunos autores defienden la existencia de este tipo de contratos: Así Helfritz, Hans, *Verwaltungsrecht*, Hannover, 1949, p. 43, citados en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. IX, Bs. As., FDA, 2014, p. XVI-1.

Otros autores distinguen dentro del total de los contratos celebrados por la Administración a los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos¹⁴.

Cabe destacar que, asimismo, si bien es universalmente comprendido el concepto de contrato, al pretender darse su definición surgen grandes diferencias, como ser su ámbito de aplicación y los sujetos que pueden participar en el acuerdo regulador de los derechos y obligaciones que las partes asumen de común acuerdo.

Tanto en Argentina como en Estados Unidos y Europa –en este último ámbito a través de la influencia que el derecho comunitario ha irradiado en los derechos nacionales de los países miembros de la Unión Europea– se observa una tendencia creciente hacia la *iuspublicación* de los sistemas de contratación estatales, contrariamente a lo sostenido por Mairal¹⁵ –que se proyecta incluso hacia los antiguos esquemas contractuales regidos por el derecho privado–¹⁶.

En este sentido, se define al contrato como todo acuerdo de contenido patrimonial, definición que supera el ámbito limitado del derecho privado y se extiende, indefectiblemente, a todo el ordenamiento jurídico, incluido el Derecho Administrativo.

Con relación al contrato administrativo, Marienhoff advertía sobre la dificultad de dar una definición precisa. La dificultad radica en los sujetos intervinientes, el objeto sobre el cual recaen esos contratos y los fines inmediatos que se persiguen y, en consecuencia, lo definió como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas”¹⁷.

Otros autores en cambio, lo definen como “la convención que el Estado, obrando como sujeto de derecho público, realiza con otro (público o privado) con un fin público”¹⁸.

Para Hauriou, el Derecho Administrativo se encuentra más orientado hacia la gestión de los servicios públicos que a la pura policía, y constituye una noción capital del “régimen administrativo” junto con el poder público¹⁹.

Siguiendo con esta línea argumental, se ha definido también al contrato administrativo como un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas

¹⁴ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*. Ampliar en Gallegos Fedriani, Pablo O., *Los contratos privados de la Administración*, XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Asociación Argentina de Derecho Administrativo y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, vol. 361, Bs. As., Rap, p. 121 a 153.

¹⁵ Mairal, Héctor A., *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED, 179-655 y *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*, ED, 180-849.

¹⁶ Entrena Cuesta, Rafael, *La nueva contratación pública*, Madrid, INAP, 2002, p. 30 y 31.

¹⁷ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, p. 33 y siguientes.

¹⁸ Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As., La Ley, 1964, p. 171.

¹⁹ Hauriou, Maurice, *La gestión administrativa*, trad. española publicada bajo el título “Obra escogida”, p. 71, citado en Cassagne, Juan C., *El contrato administrativo*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1999, p. 110.

subjetivas en el cual una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado²⁰. Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), lo ha caracterizado de la misma manera en su jurisprudencia administrativa²¹.

Con relación al régimen jurídico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que, “si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el ‘régimen jurídico’ de estos dos tipos es diferente... Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público”²².

También, el Tribunal cimero, complementando los conceptos arriba vertidos, en el fallo “Dulcamara SA” entendió que, “en principio, cabe señalar que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado... Que si bien ello es así, dicha circunstancia no obsta a que se apliquen a los contratos administrativos las normas que rigen tal instituto en el Código Civil, pues estas últimas son respecto de aquéllas, principios generales de los que no cabe apartarse”²³.

Infra, algunos tipos contractuales que puede celebrar el Estado.

§ 2. *Contrato de suministro*²⁴. Además de participar de los demás caracteres de los contratos y contener los elementos esenciales que hacen a los típicos acuerdos de voluntades regulados por el derecho privado, se puede afirmar que existe contrato de suministro, o de abastecimiento o provisión, cuando la Administración Pública conviene con una persona o entidad que ésta le provea de cierto o ciertos elementos, mediante un precio que le abonará²⁵.

También se ha entendido que el objeto de esta figura contractual se conforma con la provisión a la Administración de los productos, utensilios e incluso servicios relativos a dichos bienes que precisa para el cumplimiento de sus fines. Agregando

²⁰ Coviello, Pedro J. J., *La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN*, en Cassagne - Rivero Ysern (dirs.), “La contratación pública”, t. I, p. 89 y siguientes.

²¹ *Dictámenes*, 232:146 y 251:557.

²² CSJN, 3/3/92, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes s/cobro de australes”, *LL*, 1992-B-216, y *ED*, 146-337.

²³ *Fallos*, 313:376.

²⁴ El nuevo Código Civil y Comercial, a diferencia de la derogada ley 340, articula una definición del contrato de suministro en los siguientes términos, art. 1176: “Suministro es el contrato por el cual el suministrante se obliga a entregar bienes, incluso servicios sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada, y el suministrado a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas”.

²⁵ Conf. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Bs. As., Abeledo Perrot, 1974, p. 648.

incluso que, lo que en la ley se llama “contrato de suministro” es, pues, una figura compleja, no identificable en modo alguno con lo que en el Derecho Civil se conoce con el mismo nombre, sino capaz de adoptar modalidades contractuales muy diferentes (compraventa, suministro en sentido civil, arrendamiento de servicios, incluso de obra, etc.) dentro de una común finalidad típicamente instrumental y referida siempre, en todo caso, a bienes muebles, que es el dato último de caracterización, lo cual, como bien se comprende, tiene muy poco que ver con un tipo contractual definido²⁶.

Dentro del Derecho Comercial, el contrato de suministro es considerado aquel por el cual una parte se obliga a entregar productos o servicios en forma periódica o continuada, y la otra, a pagar un precio por ellas. Si bien la periodicidad es un elemento esencial de este contrato, se lo encuadra como una especie de la compraventa²⁷.

Otro modo de distinguir este vínculo de derecho público creador de derechos subjetivos, es aquel mediante el cual el suministrador se obliga a entregar uno o más productos o servicios, y la Administración Pública a pagarle el precio convenido, debiendo distinguirse el contrato de suministro único del que tiene por objeto suministros múltiples o continuados pues, en este último caso, la situación es bien distinta. Por ejemplo, la provisión de productos o servicios por largo término para un servicio público que, por ser tal, debe funcionar de manera regular y continua, coloca al suministrador en situación de ser verdadero cooperador del servicio público, por lo que sus obligaciones deben considerarse más estrictas²⁸.

En un comienzo, el contrato de suministro se limitaba a determinadas prestaciones y, en ese sentido, Jeze lo definía como el “contrato administrativo que tiene por objeto la provisión de cosas muebles”²⁹, en tanto otros lo vinculaban con el servicio público³⁰.

En tal marco, no podría escindirse la naturaleza administrativa³¹ del contrato de suministro de la necesaria satisfacción de los fines específicos del Estado, razón por la cual deben ponderarse de modo especial las circunstancias que determinan una posterior o eventual declaración judicial (o administrativa) de nulidad.

Puede, entonces, considerarse administrativo el contrato de suministro cuando la prestación del cocontratante se relaciona con el funcionamiento de un servicio público³².

²⁶ Conf. García de Enterría, Eduardo - Fernández Rodríguez, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Civitas, 1995, p. 699 y siguientes.

²⁷ Conf. Pozo Gowland, Héctor, *Contrato administrativo de suministro*, LL, 2004-A-867.

²⁸ Conf. Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As., Depalma, 1955, p. 375 y siguientes.

²⁹ Conf. Jeze, Gastón, *Principios generales de derecho administrativo*, t. III, Bs. As., Depalma, 1949, p. 346.

³⁰ Conf. Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. II., Bs. As., La Ley, 1964.

³¹ En este sentido, el art. 1 del decreto delegado 1023/01 establece la presunción de que toda contratación que realice la Administración Nacional (y por extensión, los demás poderes del Estado) se presume de índole administrativa, “salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”.

³² Jeze, *Principios generales del derecho administrativo*, t. III, p. 346.

Los sujetos de la relación jurídica ius administrativa que enmarca a la figura en trato son, por un lado, el Estado nacional, provincial o municipal, o una entidad jurídicamente descentralizada (a la cual le sean de aplicación las normas de contrataciones estatales, o bien posea un régimen propio), entendida esta de modo amplio; es decir, abarcando típicas entidades autárquicas y entidades que realizan actividades industriales y comerciales –v.gr. empresas y sociedades del Estado–; y por el otro, una persona física o jurídica –capaz para celebrar este tipo de actos–. Esta última puede ser privada o pública, pues se encuentra prevista en el Régimen de Contrataciones Nacional³³ la posibilidad de celebrar contratos interadministrativos.

En cuanto a los caracteres del contrato de suministro, puede mencionarse su carácter: a) bilateral o sinalagmático, toda vez que las partes quedan recíprocamente obligadas, el proveedor a suministrar las cosas muebles y/o prestar el servicio y, correlativamente, el Estado, a pagar el precio; b) consensual, debido a que se perfecciona cuando las partes expresan su voluntad; c) oneroso, toda vez que la prestación de cada una de las partes sea en función a la contraprestación que recibe; d) conmutativo, ya que, como consecuencia de su onerosidad, las prestaciones del bien a entregar y el precio a percibir deben ser equivalentes y recíprocos, y e) de ejecución instantánea o sucesiva o escalonada³⁴.

Por otra parte, la extinción del contrato de suministro puede producirse por cualquiera de los medios previstos por la legislación que sean compatibles con la índole de la tipología escogida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido al contrato administrativo como acto de carácter bilateral³⁵, resultando aplicable el art. 7 de la ley 19.549 in fine, en cuanto dispone que “los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”.

³³ El inc. 8 del apartado d del art. 25 del decreto delegado 1023/2001 prevé: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud”. El art. 22 del decreto 1030/2016 reglamenta a la ley formal en el siguiente modo: “Procedencia de la adjudicación simple interadministrativa ...el cocontratante deberá ser una jurisdicción o entidad del Estado Nacional, o un organismo Provincial o Municipal o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o bien una empresa o sociedad en la que tenga participación mayoritaria el Estado”.

³⁴ Conf. Pozo Gowland, Héctor M., *Contrato administrativo de suministro*, en “Tratado general de los contratos públicos”, t. III, Bs. As., La Ley, 2013, p. 259 y siguientes.

³⁵ Conf. CSJN, “Metalmecánica”, *Fallos*, 296:692; Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, p. 245; Comadira, Julio R., *Acto administrativo municipal*, Bs. As., Depalma, 1992, p. 16 y 17. También Vynioles I Castells, Miquel, *La adjudicación de los contratos públicos*, Madrid, Civitas, 1995, p. 128. Agrega este último autor: “Sobre si se trata de un acto unilateral o bilateral nos inclinamos por la segunda opinión atendiendo a que a pesar de la prerrogativa de las Administraciones para fijar el objeto y las condiciones del contrato, cuando los licitadores han presentado sus ofertas aceptan implícitamente vincularse con la entidad contratante, es decir se adhieren voluntariamente al producto que se les ofrece, adhesión que sólo se materializa en el caso que la adjudicación recaiga a su favor. Es decir, se trata de un vínculo firme pero condicionado en su efectividad al resultado de la adjudicación que efectuará la otra parte, es decir el órgano de contratación”.

En tal contexto, parece delimitarse un ámbito común entre el contrato administrativo como acto bilateral y los elementos esenciales que integran al acto en su generalidad, debiendo examinarse adecuadamente la suficiencia de estos con relación al contrato que integran y conforman.

De acuerdo con el desarrollo y estructuración normativa, resultan de aplicación las demás normas del Título III de la Ley de Procedimiento Administrativo citada, específicamente los arts. 14, 17 y 18, que prescriben el régimen de nulidades de los actos.

Sin embargo, puede presentar ciertas dudas la última parte del art. 7 aludido, cuando refiere a la pertinencia –o no– de la aplicabilidad de las normas relacionadas con los contratos administrativos. Pues cabe preguntarse cuándo resultaría pertinente –o no– su aplicación al régimen de los contratos.

Complementando lo antedicho, no puede soslayarse lo prescripto en el Anexo del art. 1 del decreto 1030/2016, reglamentario de la ley formal, en cuanto expresa que “los contratos comprendidos en este reglamento se registrarán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el decreto delegado 1023/01 y sus modificatorios y complementarios, por el presente reglamento y por las disposiciones que se dicten en consecuencia, por los pliegos de bases y condiciones, por el contrato, convenio, orden de compra o venta según corresponda, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de la ley 19.549 y sus modificaciones en cuanto fuere pertinente. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía”.

En este punto, es menester señalar que la forzada aplicación del régimen procedimental a los contratos administrativos, tal como se estipula en la última parte del art. 7 reformado de dicho régimen, da como resultado un sistema contractual rígido desprovisto de toda consideración sobre la realidad contractual.

Como afirmaba Tomás Hutchinson, al comentar la ley varios años después de su emisión y publicación, “la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos es un cuerpo legal que, además de organizar recursos contra ciertos actos administrativos, establece normas respecto de la actuación de los funcionarios en lo que atañe a compaginación de expedientes, un trámite interno al margen de todo petitorio del particular y, en general, a ciertas formas procedimentales que deben observarse por quienes ejercen funciones administrativas. Como dijimos, contiene también normas de fondo. Es un instrumento político-arquitectónico útil para una buena conducción del Estado actual”³⁶.

De esta manera, queda conformado el bloque de legalidad que regulará la vida del contrato administrativo, determinándose el orden de prelación documental y normativa o, en su caso, y ante casos administrativos no previstos, el recurso a la supletoriedad o analogía a otras normas de derecho público o privado.

El Reglamento del Régimen de Contrataciones referido prevé, asimismo, que el perfeccionamiento del contrato (de bienes y/o servicios y demás tipos previstos) se

³⁶ Hutchinson, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, t. I, Bs. As., Astrea, 1985, p. 7.

produzca mediante la notificación fehaciente de la orden de compra (o suscrito el contrato), una vez producida la adjudicación y dentro del plazo previsto en el reglamento de ejecución mencionado³⁷.

§ 3. *Contrato de obra pública*. La legislación nos brinda una primera definición de este tipo de contratos, estableciendo dos elementos esenciales para su existencia: a) el resultado del trabajo o actividad técnica ejecutada por el hombre, y b) el origen del financiamiento con el que se afrontara su costo³⁸.

En el sentido expuesto, cabe señalar que se considera obra pública nacional a toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios.

Complementa la definición y regulación de la obra pública, el reglamento de ejecución³⁹, que aclaró que los conceptos “construcción”, “trabajo” o “servicio de industria” utilizados en el art. 1 de la Ley 13.064 de Obras Públicas comprenden a las siguientes tareas: construcciones (obras viales, portuarias, diques, edificios, construcciones especiales para obras y servicios públicos, líneas telefónicas y telegráficas, aeródromos, monumentos, perforaciones, replanteos, plantaciones, etc., y todo trabajo principal o suplementario inherente a la materia), trabajos (obras de ampliación, reparación y/o conservación de bienes inmuebles y dragado, balizamiento y relevamiento, etc.), y servicio de industria (organización e instalación de servicios industriales, v.gr., talleres, fábricas, usinas, etc.).

Se ha dicho que: “toda obra pública es necesariamente el resultado de un trabajo público, por cuanto no existen obras públicas originadas en la acción de la naturaleza, sino que estas son siempre el resultado de la labor humana”⁴⁰.

Al respecto, Marienhoff ha dicho que ha de entenderse por obra pública el bien construido o realizado por el Estado directa o indirectamente, por cuanto puede realizarlo este por sí, por administración o a través de terceros (cocontratantes o concesionarios). Por otra parte, el objeto de aquella puede ser un bien mueble o inmueble⁴¹.

De tal modo, el Estado puede ejecutar la obra pública utilizando su personal, maquinaria y materiales, sin celebrar contrato alguno con tercero. Ello, independientemente de los contratos de locación de servicios y/o suministros que pueda llegar a celebrar el Estado para la “administración” de la obra que ejecuta⁴².

³⁷ Arts. 75 y 76 del decreto 1030/2016, que prescriben en su parte pertinente respectivamente: “La notificación de la orden de compra o de venta al adjudicatario producirá el perfeccionamiento del contrato”; “En los casos en que el acuerdo se perfeccionara mediante un contrato, el mismo se tendrá por perfeccionado en oportunidad de firmarse el instrumento respectivo”.

³⁸ Conf. Druetta T. Ricardo - Guglielminetti, Ana P., *El contrato de obra pública*, en “Tratado general de los contratos públicos”, t. III, Bs. As., La Ley, 2013, p. 308 y siguientes.

³⁹ Decreto 19.324/1949.

⁴⁰ Escola, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. II, Bs. As., Depalma, 1977, p. 175.

⁴¹ Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, p. 506.

⁴² Ver al respecto, Mo, Fernando, *Régimen legal de las obras públicas*, Bs. As., Depalma, 1966, p.67; Barra, Rodolfo, *Contrato de obra pública*, t. I, Bs. As., Ábaco, 1984, p. 69.

Por ello, el contrato de obra pública constituye un medio por el cual el Estado encarga a un tercero contratista la realización de un trabajo o construcción a los fines de satisfacer necesidades del Estado⁴³.

En este caso, el locatario o comitente de la obra deberá ser siempre un sujeto público estatal (sea Administración centralizada o descentralizada)⁴⁴ quien, utilizando fondos del Tesoro Nacional, celebra un contrato con un tercero (empresario o locador) a los fines de la ejecución del trabajo encomendado. El locador, asume por lo tanto una obligación de resultado –pues se compromete a entregar una obra determinada ejecutándola de acuerdo a las artes normales que hacen a la construcción–.

En cuanto a los sistemas de ejecución del contrato de obra pública, podemos distinguir los siguientes: a) ajuste alzado, b) unidad de medida, y c) coste y costas⁴⁵.

A través del sistema de *ajuste alzado*, se conviene un precio o retribución total, global e invariable para la realización integral de la obra debidamente precisada.

No obstante, la invariabilidad del precio pactado en este sistema de contratación y, si bien muchas obras en la práctica se contratan bajo el sistema de ajuste alzado, han convivido, paralelamente, distintos regímenes de actualización de precios, cuya finalidad era mantener inalterada la ecuación económica financiera del contrato en función de las constantes variaciones de costos que irremediablemente

⁴³ Barra sostiene que la obra pública y el contrato de obra pública son conceptos evidentemente diferentes, el primero de ellos es una realidad existente, y el segundo es un medio jurídico instrumentalmente utilizado para obtener esa realidad (Barra, *Contrato de obra pública*, p. 63).

⁴⁴ El art. 8 de la ley 24.156 nos brinda una aproximación de las entidades y jurisdicciones que componen la Administración Pública centralizada y descentralizada: “Las disposiciones de esta ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado Nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus jurisdicciones o entidades”.

⁴⁵ El art. 5 de la ley 13.064 prevé que: “La licitación y/o contratación de obras públicas se hará sobre la base de uno de los siguientes sistemas: a) Por unidad de medida; b) Por ajuste alzado; c) Por coste y costas, en caso de urgencia justificada o de conveniencia comprobada; d) Por otros sistemas de excepción que se establezcan. En todos los casos la contratación podrá hacerse con o sin provisión de materiales por parte del Estado”. Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial vigente determina en el art. 1262: “Sistemas de contratación. La obra puede ser contratada por ajuste alzado, también denominado ‘retribución global’, por unidad de medida, por coste y costas o por cualquier otro sistema convenido por las partes. La contratación puede hacerse con o sin provisión de materiales por el comitente. Si se trata de inmuebles, la obra puede realizarse en terreno del comitente o de un tercero. Si nada se convino ni surge de los usos, se presume, excepto prueba en contrario, que la obra fue contratada por ajuste alzado y que es el contratista quien provee los materiales”.

perjudicaban la economía del contrato⁴⁶ y la continuidad de la obra. De este modo, el locador veía encarecer desmedidamente sus costos, resultándole más conveniente finalizar el vínculo contractual que continuarlo.

En función de ello, se acuñó el concepto de ecuación económica financiera del contrato, representando una necesaria y razonable relación entre el costo y el beneficio a ser percibido por el contratista al momento del perfeccionamiento del acuerdo sinalagmático, de manera que, si los costos de ejecución subían, el empresario continuaba obteniendo la misma ganancia por la obra.

No debe perderse de vista que el fin primario del Estado consiste en la realización acabada del fin público, por lo que se impone, de esta manera, la utilización de los mecanismos adecuados para la concreción final del bien construido⁴⁷.

La aplicación del ajuste alzado y los métodos de reajuste del precio básico contractual dieron origen al ajuste alzado absoluto y relativo, diferenciándose uno del otro en que, en el primero de los citados, el precio es fijo e invariable⁴⁸, mientras que en el segundo el precio es variable, ante el trastocamiento de costos producido por causas ajenas al contratista, como inflación o devaluación de la moneda en relación con insumos extranjeros –por ejemplo, la fabricación de un tren cuyo motor contiene insumos foráneos–, o bien ante el ejercicio legítimo del *ius variandi* por el órgano comitente⁴⁹.

⁴⁶ Ampliar en Dubinski, Guido, *La teoría de la imprevisión en los contratos administrativos. Variaciones de costos*, LL, 2006-E-1393.

⁴⁷ En nuestro país rigió la ley 12.910, cuyo art. 1 prevé: “La Administración Nacional, en todas las obras que por intermedio de sus organismos oficiales y reparticiones autónomas y autárquicas tiene actualmente contratadas y/o hayan sido ejecutadas durante el transcurso de la guerra, tomará a su cargo, total o parcialmente, según los casos y dentro de los límites que establece la presente ley, las variaciones en más o en menos en el precio de los materiales, el transporte, la mano de obra, los combustibles, y demás elementos determinantes del costo de las obras derivadas de la situación de emergencia consiguiente a la guerra y de los actos del poder público”. Si bien dicha norma no ha sido expresamente derogada, rige actualmente un sistema de Redeterminación de Precios, primero, fue el decreto 1295/2002 de redeterminación de precios, cuya exposición de motivos expresa: “Que en las actuales circunstancias económicas se han producido significativos incrementos de precios en el rubro de la construcción, materiales y equipos, que provocaron desajustes en los costos previamente pactados y, por lo tanto, desequilibrios en los contratos... Que en este marco, corresponde aprobar una metodología de redeterminación de precios que, con carácter general, resulte de aplicación para los contratos alcanzados por el presente, a través de los organismos que actúen como comitentes”, y actualmente, rige el decreto 691/2016, que determina la posibilidad de redeterminar sobre la parte faltante de ejecutar cuando los costos de los factores principales que los componen, reflejen una variación promedio ponderada de esos precios, superior en un 5% a los del contrato o al precio surgido de última redeterminación de precios, según corresponda (conf. art. 3° del Anexo).

⁴⁸ Conf. CNCiv, Sala A, 23/5/97, “Ausilio, Néstor A. c/Luca, Carlos”, LL, 1997-D-388, en Druetta, Ricardo T. - Guglielminetti, Ana P., *Ley 13.064 de obras públicas*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2013, p. 46.

⁴⁹ El art. 30 de la ley 13.064 prevé: “Las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada. Si el contratista justificase haber acopiado o contratado materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas, se hará un justiprecio del perjuicio que haya sufrido por dicha causa, el que le será certificado y abonado. La obligación por parte del contratista, de aceptar las modificaciones a que se refiere el presente artículo, queda limitada de acuerdo con lo que establece el art. 53”.

Otro de los sistemas de ejecución del contrato es el de *unidad de medida*.

En este caso, se determinan precios por singularidades determinadas de la obra o por cada unidad elemental de esta. Esta categoría puede subdividirse en dos especies: a) por unidad de medida simple; b) por unidad en el conjunto.

En la unidad simple se fija un precio por unidades o piezas determinadas de la obra, sin que se convenga el número de unidades totales que deban ser finalmente ejecutadas. En la unidad en el conjunto se establece un precio por cada unidad elemental de la obra, comprometiéndose las partes contratantes a la realización de una obra completa⁵⁰.

El último de los sistemas de ejecución en trato es el de *coste y costas*. En este sistema constructivo, el dueño, propietario o comitente paga el valor de los materiales y de la mano de obra utilizada por el cocontratante; además, este percibe un porcentaje determinado sobre el valor de los trabajos, lo cual concreta el beneficio que le corresponde por su labor⁵¹.

En ese sentido, la PTN ha señalado que este sistema de contratación implica una retribución indeterminada de antemano, ya que al empresario se le reembolsarán los gastos directos e indirectos y se le satisfará la utilidad convenida⁵². Precisando, además, que “no resulta aceptable que el contratista lucre o se perjudique con los rubros integrantes del costo, los cuales deben serle reembolsados de acuerdo con las erogaciones reales comprobadas” debido a que “el contratista sólo percibe como retribución de su trabajo un beneficio u honorario, pero no lucra con los rubros del costo”⁵³.

En este especial contexto, el contrato de obra pública tiende a la materialización de determinados trabajos de construcción o servicios de industria, que repercuten positivamente y de modo directo en la satisfacción de necesidades primordiales de la población (por ejemplo, el soterramiento de un tren, construcción de un viaducto, un puente, una obra hidráulica de entubamiento de un río). De manera que la resolución sobre la nulidad de estos acuerdos puede derivar en la frustración del ánimo de la población y la insatisfacción del interés público en juego.

En función de ello, se ha intentado delimitar y conceptualizar el presente tipo contractual, a fin de conocer su naturaleza jurídica y modos de ejecución y, de tal manera, desmenuzar los vicios que pueden verificarse en el producto final, y la consecuente ilación que conllevará a la dilucidación de las consecuencias para aquellos proveedores remisos en el entendimiento de la formalidad contractual que envuelve y desparrama sus efectos en la esfera económica, como así también para los funcionarios públicos, y sus razones. No puede soslayarse, además, que, en definitiva, será la sociedad la que se verá perjudicada por la doctrina judicial consolidada en términos de eficiencia y eficacia en la asignación y ejecución de los recursos estatales.

⁵⁰ Conf. Barra, Rodolfo, *Contrato de obra pública*, t. III, Bs. As., Ábaco, 1988, p. 878 y siguientes.

⁵¹ Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, p. 554.

⁵² PTN, *Dictámenes*, 60:1.

⁵³ PTN, *Dictámenes*, 89:485.

§ 4. *Concesión de obra pública.* La concesión de obra pública puede ser definida como el sistema de ejecución indirecta de una obra pública, a través del cual el concesionario recibe del concedente el ejercicio de las competencias administrativas de contratar con un tercero constructor la realización de una obra pública y, por sí mismo o por un tercero, efectuar las operaciones necesarias para su buen mantenimiento y explotación. El pago de todas las inversiones requeridas para la construcción, mantenimiento y explotación queda también delegado en el concesionario, quien recibe, asimismo, el cometido de percibir los ingresos por la explotación de la obra, para destinarlos a amortizar la inversión hecha y a satisfacer su beneficio empresario⁵⁴.

Este tipo de construcción de obras públicas implica una delegación de competencias en empresas privadas para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje⁵⁵.

El caso típico que puede citarse es el de las grandes autopistas o rutas, ejecutadas por terceros, quienes cobran un peaje para, de ese modo, amortizar la inversión realizada y, a la postre, obtener un beneficio económico.

En cierta forma, y tal como explicáramos en el punto anterior, la positiva concreción de una obra por peaje confluye de modo directo en el cumplimiento acabado de los intereses generales, sin perjuicio de señalar que un eventual vicio en el procedimiento selectivo podría dañar de modo permanente la ejecución de la obra, demorando de modo indefinido su construcción.

CAPÍTULO II

EL PROCEDIMIENTO SELECTIVO EN EL RÉGIMEN NACIONAL

§ 5. *Etapa previa.* El procedimiento de selección del contratista del Estado comienza a raíz de una necesidad básica de un órgano o sujeto estatal, requerida para su adecuado funcionamiento y que permitirá, *a posteriori*, un correcto ejercicio de la función pública. Esta, a su vez, determinará en la práctica el cumplimiento de las finalidades públicas que hacen a la existencia y subsistencia del Estado y que, correlativamente, proveen a la satisfacción del bien común en provecho de los ciudadanos⁵⁶.

En este sentido, es dable señalar lo complejo que resulta el abanico de necesidades que rodean el marco de la actividad administrativa, resultando, aquellas, acordes a las múltiples finalidades que tiene el Estado y de acuerdo con las competencias atribuidas al órgano o sujeto que las ejerza.

⁵⁴ Conf. Barra, *Contrato de obra pública*, t. I, p. 306 y 307.

⁵⁵ En nuestro país rige la ley 17.520 de Concesión de Obra Pública, estableciéndose allí que la concesión deberá efectuarse por decreto del PEN.

⁵⁶ Ha dicho la doctrina: “La idea de interés público y de su innegable influencia, ya se puso de resalto cuando, al redefinir el Derecho Administrativo, se hizo hincapié en que sus principios y normas, su dinámica regulatoria y ordenadora, tienen como objetivo que se logren y satisfagan las finalidades de interés público hacia las que debe tender toda la actividad administrativa, en su muy variado conjunto” (Cfr. Escola, Héctor J., *El interés público*, Bs. As., Depalma, 1989, p. 235).

De esta manera, y a modo enunciativo, podríamos mencionar que las necesidades irán desde las más básicas (como resmas de papel para materializar actos administrativos y sustanciar expedientes y actuaciones, lapiceras, impresoras, computadoras, mobiliario, tubos de luz, matafuegos, archivos para las oficinas, carpetas, software, hardware, servicios de mantenimiento de ascensores, de limpieza, de aire acondicionado, publicidad, servicios de transporte, locaciones de inmuebles, etc.), hasta las más complejas (redes de conexión, energía para el sistema interconectado nacional⁵⁷, escáneres para los pasos fronterizos, construcción de puentes, escuelas, represas, usinas nucleares) y otras más urgentes (como jeringas, vacunas, insumos hospitalarios, medicamentos, papel moneda, radares, gas licuado, chalecos antibalas para la policía), ello sin ánimo de agotar los ejemplos⁵⁸.

En segundo lugar, y una vez advertida la necesidad de la que da cuenta un órgano del Estado, se deberá remitir una nota suscripta por la autoridad correspondiente, dirigida a la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) respectiva (Departamento de Compras en la mayoría de los casos), que deberá canalizar los distintos pedidos cursados a su área, a fin de unificar y centralizar las cantidades de suministros requeridos por los distintos sectores, o la obra pública que pretende ejecutarse para cubrir determinada necesidad (la construcción de un edificio para el funcionamiento de la dependencia estatal en un terreno adquirido a dichos fines).

Las unidades requirentes, por su parte, deberán indicar las cantidades y especificaciones técnicas de los bienes o servicios a los que se refiera la prestación, con su número de catálogo correspondiente, al Sistema de Identificación de Bienes y Servicios que administra la Oficina Nacional de Contrataciones (si es una compra de la Administración Centralizada). También deberá incluir bienes o servicios que pertenezcan a un mismo grupo en función de las actividades comerciales de los proveedores que fabrican, venden o distribuyen los distintos grupos de bienes o servicios; determinar si los elementos deben ser nuevos, usados, reacondicionados o reciclados; fijar las tolerancias aceptables, establecer la calidad exigida y, en su caso, las normas de calidad y criterios de sustentabilidad que deberán cumplir los bienes o servicios o deberán satisfacer los proveedores; determinar la prioridad y justificar la necesidad del requerimiento de los bienes o servicios y, en su caso, fundamentar la necesidad de hacer uso de procedimientos que impliquen restringir la concurrencia de oferentes; estimar el costo de acuerdo con las cotizaciones de plaza o de otros elementos o datos que se estimen pertinentes a tal efecto; y suministrar todo otro antecedente que se estime de interés para la mejor apreciación de lo solicitado y el mejor resultado del procedimiento de selección⁵⁹.

En tercer lugar, la Unidad Operativa de Contrataciones –sobre la base de los pedidos efectuados por las unidades requirentes–, escogerá el procedimiento de selección a utilizar, junto con la clase y la modalidad, para luego proponerlo a la autoridad

⁵⁷ Regulados por las leyes 15.336 y 24.065. Ver también: www.cronista.com/economia-politica/Energias-renovables-eligen-cerca-de-20-proyectos-y-ya-piensen-en-nueva-licitacion-20161006-0015.html.

⁵⁸ Conf. Dubinski, Guido J., *Contralor de la función administrativa en la celebración de contratos públicos*, en Alonso Regueira, Enrique (dir.), "Control de la actividad estatal", t. I, Bs. As., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho, UBA, 2016, p. 500 y siguientes.

⁵⁹ Conf. disposición 62-E/2016 ONC.

competente a fin de aprobar el procedimiento –según el régimen jurisdiccional vigente–, sin omitir el monto estimado de la contratación de acuerdo con el relevamiento efectuado por el área técnica respectiva y sin omitir posibles oferentes.

Luego, la Unidad Operativa de Contrataciones deberá verificar si, para el objeto contractual específico, existen modelos de pliegos de bases y condiciones particulares elaborados por la Oficina Nacional de Contrataciones, en cuyo caso, deberá utilizarlos. Asimismo, deberá verificar si, para ese objeto, hay un acuerdo marco vigente a través del cual debería realizar la contratación. Caso contrario, la Unidad Operativa de Contrataciones elaborará el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de acuerdo con los pedidos efectuados por las unidades requirentes, considerando también el procedimiento de selección, la clase y la modalidad que se utilizará.

En este sentido, es importante señalar que la información actualizada sobre los productos disponibles que mejor satisfacen los requerimientos del Estado provee un elemento fundamental para la toma de la mejor decisión⁶⁰; por ello, el responsable del área de Compras es quien posee la información sobre nuevos productos, diferentes promociones y artículos obsoletos. Estos datos también pueden ser utilizados al momento de confeccionar los pliegos de la licitación. Asimismo, es esencial consultar con empresas y referentes del sector sobre nuevos productos o nuevas características, resultando evidente que, en rubros tecnológicos, la obsolescencia deviene por el mero y breve transcurso del tiempo, con lo cual, resulta siempre conveniente el establecimiento de actualizaciones automáticas de productos a fin de propender a una Administración Pública moderna y actualizada.

Ello, por cuanto los procedimientos de selección de contratistas prolongados en el tiempo y que tengan como objeto la contratación de tecnología (rubros informáticos o de rápida actualización) tendrán como resultado la adquisición de un bien o servicio obsoleto, lo cual, en definitiva, obstará para la obtención de la máxima eficiencia en la administración de los recursos públicos y en la eficacia propia de la función administrativa de los entes de gobierno. Por ello, los encargados de las áreas competentes deben ponderar cuál resulta ser el suministro pretendido y, en función de ello, elaborar el enunciado del objeto contractual de la manera más acabada posible y, en lo posible, determinar sistemas de actualización automáticos en las condiciones contractuales.

El proyecto de Pliego de Bases y Condiciones podrá estar sujeto a observaciones por parte de los potenciales oferentes, para el caso de objetos contractuales complejos (o de montos considerables) en los cuales los proveedores pueden aportar su conocimiento y experiencia a fin de especificar ciertos detalles que hacen a una mayor eficiencia en el procedimiento selectivo y en la determinación y precisión del suministro u obra a contratarse⁶¹.

⁶⁰ Conf. Rolleri, Gabriel - Del Boca, Vanesa, *El estado de las contrataciones 2*, Estudio en profundidad de las contrataciones públicas, PNUD, Embajada Británica, Oficina Anticorrupción, Bs. As., 2009, p. 71.

⁶¹ El art. 8 del decreto delegado 1023/2001 prevé: “Cuando la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente, el llamado deberá prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, conforme lo determine la reglamentación”.

Las convocatorias deberán darse a publicidad por los medios establecidos en la normativa, según el tipo de procedimiento, clase y modalidad elegida, y deberá preverse su adecuada difusión⁶².

En este sentido, adquiere especial relevancia el establecimiento de un sistema de compras electrónicas mediante el cual se sustituya el expediente físico por el digital o electrónico, estableciéndose una conectividad entre los proveedores y los funcionarios del Estado. De este modo, se confluye en un sistema de interrelación digital en el cual los oferentes presentan sus ofertas por medio del portal creado a dichos fines, y todos los demás actos procedimentales se canalizan a través de aquel portal⁶³, es decir, el acto de presentación de ofertas, evaluación, impugnaciones, notificaciones y adjudicación.

Siguiendo con la ilación propuesta, deberá contemplarse la debida afectación presupuestaria para llevar a cabo la contratación que se pretende, pues la falta de presupuesto disponible para contratar puede dar lugar también, a un vicio en el procedimiento selectivo y, por ende, podrá derivar en la nulidad del contrato, como se desprende de lo resuelto por la CSJN en la causa “Libedinsky”⁶⁴, aun con la matización que efectúa el citado Tribunal.

Sin embargo, y en este punto, debe decirse que la partida o cuota presupuestaria debe estar afectada al momento en que se contrae el compromiso, que no es otro que el perfeccionamiento del contrato⁶⁵, ya que hasta que ello no ocurre, no hay acuerdo obligacional posible.

⁶² El art. 32 del decreto delegado 1023/2001 establece: “La convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones y concursos públicos que no se realicen en formato digital, deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de dos días, con un mínimo de veinte días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, computados a partir del día siguiente a la última publicación. En los casos de contrataciones que por su importancia, complejidad u otras características lo hicieran necesario, deberán ampliarse los plazos de antelación fijados, en las condiciones que determine la reglamentación. Cuando se trate de licitaciones o concursos internacionales, deberán disponerse las publicaciones pertinentes en países extranjeros, con una antelación que no será menor a cuarenta días corridos, en la forma y con las modalidades que establezca la reglamentación. La invitación a presentar ofertas en las licitaciones y concursos privados deberá efectuarse con un mínimo de siete días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, en las condiciones que fije la reglamentación, y complementarse mediante la exhibición de la convocatoria, el pliego de bases y condiciones particulares y las especificaciones técnicas en cartelera o carpetas ubicadas en lugares visibles del organismo contratante, cuyo ingreso sea irrestricto para los interesados en consultarlos”. Cabe señalar que el DNU 27/2018 modificó el art. 10 de la ley 13.064 fijando que: “La convocatoria a licitación pública se anunciará en el Boletín Oficial de la República Argentina y en el sitio web oficial del órgano que actuará como comitente”.

⁶³ Ver disposición 65-E/2016 ONC cuyo art. 1 prevé: “Habilitase el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, en adelante denominado ‘COMPR.AR’ y cuyo sitio de internet es www.comprar.gob.ar, como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos prescriptos en el reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”.

⁶⁴ Conf. Corti, Horacio G., *Derecho constitucional presupuestario*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007, p. 294. Ello aun cuando la Corte, en “Libedinsky”, *Fallos*, 310:548, sostuvo: “El acto de convocar a la recepción de ofertas sin crédito disponible es legítimo, pues los fondos son obtenibles con posterioridad...pues la Administración puede subsanar el defecto”.

⁶⁵ De conformidad con lo establecido en el art. 32 in fine, y 33 de la ley 24.156 que prevén, respectivamente: “El registro del compromiso se utilizará como mecanismo para afectar preventivamente la disponibilidad de los créditos presupuestarios y, el del pago, para reflejar la cancelación de

§ 6. *Concurrencia de oferentes. Evaluación. Adjudicación.* Adquiridos los pliegos por los posibles ofertantes y presentadas las propuestas por los interesados, se procede a la apertura de los sobres en la fecha y hora indicada, labrándose el acta respectiva en la cual se consignan los siguientes datos: nombre de la jurisdicción o entidad contratante, tipo, clase y modalidad, objeto y número del procedimiento de selección, número de expediente, fecha y hora fijada para la apertura, fecha y hora en que se labra el acta, nombre de los oferentes, montos de las ofertas, consignando los descuentos y el precio de las ofertas alternativas y variantes, montos y formas de las garantías acompañadas, las observaciones que se formulen, la firma de los funcionarios intervinientes y de los oferentes e interesados presentes que desearan hacerlo.

El acto de apertura de ofertas no puede dar lugar a la desestimación *in limine* de propuesta alguna (sin perjuicio del rechazo de la oferta presentada con posterioridad al término fijado), como así tampoco a impugnaciones entre oferentes, debiendo circunscribirse los participantes a dejar constancia en el acta del detalle de las ofertas y, a lo sumo, efectuar observaciones de tipo objetivo.

Con posterioridad al acto de apertura, los oferentes contarán con un plazo para tomar vista de las actuaciones (y en particular de las demás ofertas) y formular las impugnaciones que crean convenientes.

La Unidad Operativa de Contrataciones confeccionará el cuadro comparativo de los precios de las ofertas y remitirá las actuaciones a la Comisión Evaluadora el día siguiente de vencido el plazo.

Las Comisiones Evaluadoras⁶⁶ emitirán su dictamen, el cual no tendrá carácter vinculante. Serán contenidos mínimos del dictamen de evaluación: 1) Resultado de la consulta al Sistema de Información de Proveedores; 2) Verificación del cumplimiento de los requisitos que deben cumplir las ofertas y los oferentes⁶⁷. El sistema de

las obligaciones asumidas"; "No se podrán adquirir compromisos para los cuales no quedan saldos disponibles de créditos presupuestarios, ni disponer de los créditos para una finalidad distinta a la prevista".

⁶⁶ La Procuración del Tesoro de la Nación ha dictaminado: "Las Comisiones de Preadjudicaciones constituyen un servicio administrativo técnico de asesoramiento (permanente o ad-hoc), cuya competencia técnica consultiva se traduce en la preadjudicación, que es una propuesta o asesoramiento al órgano administrativo que debe adjudicar; y que, aun cuando sea un dictamen u opinión, está sometido a requisitos de publicidad siendo susceptible de impugnación (conf. Dict. 206-364). El asesoramiento de la Comisión de Preadjudicación debe contener: a) el detalle de todos los elementos y recaudos de cada uno de los posibles candidatos a la adjudicación; b) el de las ofertas admisibles y las inadmisibles; c) la indicación de los motivos fundados que las hacen desestimables, así como cuáles son las que responden a las especificaciones del llamado, destacando en cada una, las eventuales ventajas de lo ofrecido con fijación del orden de mérito que corresponda según la evaluación realizada. La circunstancia de que la Comisión de Preadjudicaciones no haya evaluado todas las solicitudes presentadas permite concluir que la Administración actuó en forma arbitraria, en violación de los principios de igualdad, de equidad y de transparencia que deben regir en todo procedimiento de selección del cocontratante estatal; en consecuencia el acto administrativo no configura el resultado de un proceso lógico ajustado al procedimiento pertinente", *Dictámenes*, 234:472.

⁶⁷ En la resolución general 1814/2005, la AFIP previó que si el certificado fiscal para contratar no estuviera vigente durante la etapa de evaluación de las ofertas, no podría recomendarse la desestimación por esta causa, salvo en aquellos casos en que el proveedor hubiere notificado la denegatoria efectuada por la AFIP a su pedido o se tomare conocimiento de ello por algún otro medio. El mismo criterio debía aplicarse para la adjudicación y el perfeccionamiento del contrato.

verificación de cumplimiento de las obligaciones tributarias, como requisito indispensable para ser proveedor estatal, materializado mediante la emisión de un Certificado Fiscal emanado del ente recaudador, se sustituyó por el de Consulta de Proveedores, el cual pone en cabeza del organismo contratante la verificación de la situación impositiva del proveedor/contribuyente⁶⁸; 3) Si existieren ofertas inadmisibles, explicará los motivos fundándolos en las disposiciones pertinentes. Se entenderá por oferta inadmisibles aquella que no cumpla con los requisitos de las ofertas y oferentes; 4) Si hubiera ofertas inconvenientes, deberá explicar los fundamentos para excluirlas del orden de mérito. Se entenderá que una oferta es inconveniente cuando, por razones de precio, financiación u otras cuestiones no satisfaga adecuadamente los intereses de la entidad o jurisdicción contratante; 5) Respecto de las ofertas que resulten admisibles y convenientes, deberá considerar los factores previstos por el Pliego de Bases y Condiciones particulares para la comparación de las ofertas y la incidencia de cada uno de ellos, y determinar el orden de mérito; 6) Recomendación sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento⁶⁹.

En relación con la situación fiscal del proveedor –antes, certificado fiscal para contratar–, mediante el cual el órgano comitente constata la inexistencia de deudas fiscales u obligaciones tributarias incumplidas, debe tenerse presente que la situación impositiva del sujeto tiene que reflejar el carácter de “sin deuda” al momento de la adjudicación del contrato, pues puede suceder, que quien al momento de la apertura o evaluación revestía el carácter de deudor, inmediatamente previo a la adjudicación haya cancelado los tributos adeudados. No debe verse en ello violación a la igualdad alguna, puesto que lo que se persigue es la maximización de los recursos estatales en la obtención de la oferta más conveniente y, para el caso, si al momento del compromiso no se verifica deuda alguna, no existe óbice para una eventual adjudicación del contrato, en función de la más acabada ponderación de la valoración de las ofertas en pos de la elección de la más conveniente.

Una vez emitida la opinión de la Comisión Evaluadora se habrá agotado su competencia en cuanto a las funciones de análisis asignadas, y se procederá a notificar a todos los oferentes a fin que tomen conocimiento del acta labrada y puedan ejercer el derecho de impugnación de aquella, aun cuando dicha facultad se encuentre cercenada en virtud de la garantía impugnatoria que deben constituir quienes pretenden cuestionar aquel dictamen⁷⁰.

⁶⁸ Actualmente rige la resolución 4164-E/2017 de la AFIP.

⁶⁹ Conf. Disposición 62 - E/2016 ONC.

⁷⁰ La PTN había sostenido, sistemáticamente, que: “La inclusión de la garantía de impugnación en el Pliego de Bases y Condiciones permite a los oferentes efectuar las necesarias previsiones, debiéndose entender que al no haber formulado la oferente oportunamente, ni observaciones, ni impugnaciones a la referida norma, que conocía en todos sus términos, la aceptó y consintió, excluyendo en consecuencia la posibilidad de impugnación posterior... La aplicación de lo preceptuado en el Pliego de Bases y Condiciones, en relación a la garantía de impugnación, constituye una necesaria consecuencia del principio de igualdad de los oferentes en el procedimiento de la licitación, derivado del principio constitucional de igualdad ante la ley (conf. Dict. 202-151). La restitución de la garantía de impugnación sólo procede cuando la impugnación se resuelva favorablemente respecto de todos los planteos, en cuyo caso, se efectiviza dentro de los tres días de dictada la resolución que haga lugar a la impugnación”, *Dictámenes*, 234:69. Luego, cambió la postura en *Dictámenes*, 257:151. Un profundo

Cuadra agregar, que la emisión y notificación del dictamen de evaluación a los oferentes, produce que la Comisión no podría volver a evaluarlos, sin perjuicio del requerimiento que podría formularse el área competente previo a la emisión del acto administrativo de adjudicación ante eventuales impugnaciones y cuestionamientos al dictamen. Esto mismo, resulta una consecuencia misma en función de la naturaleza jurídica de dicha Comisión como órgano asesor con autonomía funcional, y como tal, sus opiniones no resultan vinculantes.

En caso de que los oferentes impugnen el dictamen de evaluación, la autoridad con competencia para adjudicar, podrá, previo al dictado del acto administrativo de finalización del procedimiento de selección, requerir la opinión de la Comisión Evaluadora que elaborará un informe al respecto.

Si no existen impugnaciones, la Unidad Operativa de Contrataciones proyectará el acto administrativo de finalización del procedimiento de selección, en el que se aprobará el procedimiento y, según el caso, se declarará desierto cuando no se presentaren ofertas; y/o fracasado cuando estas resultaren inadmisibles o inconvenientes; y/o se dejará sin efecto el procedimiento o alguno de los renglones; o bien se adjudicará total o parcialmente, debiendo recaer la adjudicación sobre la oferta más conveniente para la jurisdicción o entidad contratante. Podrá adjudicarse aun cuando se hubiera presentado una sola oferta. La adjudicación podrá realizarse por renglón o por grupo de renglones, de conformidad con lo que dispongan los pliegos de bases y condiciones particulares⁷¹. Cabe indicar, que la adjudicación por grupo de renglones debe estar claramente especificada en el pliego, y justificada la necesidad técnica de tal previsión, por cuanto, podría resultar más onerosa para el organismo que la adjudicación por renglones, es por esta razón, que la argumentación que determine el modo de adjudicación debe respetar dichos parámetros –de orden objetivos– por tratarse en definitiva de fondos públicos que exigen extremar las pautas de eficiencia en la administración de tales recursos.

Finalmente, la autoridad competente dictará el acto de adjudicación con los parámetros establecidos.

§ 7. *El principio de la licitación pública como medio de selección de contratistas del Estado. Su omisión.* En primer lugar, el Régimen Nacional de Contrataciones prevé que la selección del cocontratante se haga por regla general mediante licitación pública o concurso público, según corresponda, estableciendo como excepción la subasta pública, licitación o concursos privados, o contratación directa, sólo procedente en los casos expresamente previstos⁷².

En segundo lugar, el citado reglamento establece que la licitación o el concurso serán públicos cuando el llamado a participar esté dirigido a una cantidad indeterminada de posibles oferentes con capacidad para obligarse y será aplicable cuando el monto estimado de la contratación supere el mínimo que a tal efecto determine la

análisis de esta cuestión puede encontrarse en Alonso Regueira, Enrique M. - Cardaci Méndez, Ariel, *El fin de las garantías de impugnación*, LL, 2007-A-258.

⁷¹ Conf. decreto 1030/2016 y disposición 62-E/2016 ONC.

⁷² El decreto delegado 1023/2001, en su art. 25, inc. b, c y d, regula los procedimientos selectivos para la subasta pública, licitación o concurso privado y para la contratación directa.

reglamentación, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos que exijan los pliegos.

La normativa aludida recepta al procedimiento referido como la regla en la materia, estableciendo que solo por las excepciones allí previstas podrán celebrarse otros procedimientos selectivos, tales como la subasta pública, licitación privada o la contratación directa.

Al respecto, ningún procedimiento de excepción refleja con el mayor tinte posible las bondades del sistema republicano y la consecuente transparencia de los actos gubernativos como lo hace la licitación pública, mediante la cual se pone en ejecución todos los medios de difusión y de publicidad en pos de la mayor concurrencia posible de oferentes.

Quienes critican la licitación pública han entendido que no asegura necesariamente la honestidad en la contratación, porque puede ser falseada antes, durante y después de la celebración del contrato. Antes, porque resulta muy fácil dar una definición restrictiva de lo que se desea, lo que favorecerá automáticamente a ciertas categorías de posibles contratistas, o bien advirtiendo con tiempo a alguna o algunas empresas que en fecha próxima se anunciará una licitación. Durante la adjudicación, porque pueden establecerse acuerdos previos entre los licitadores y, después de conocer las ofertas, la Administración ya no puede discutir el precio. Después de la adjudicación del contrato, porque siendo imposible prever todos los detalles de la ejecución del contrato, la Administración y el contratista tienen, casi de manera inevitable, que revisar lo acordado e introducir modificaciones de mutuo acuerdo⁷³.

En otro extremo, el profesor Cassagne ha expresado que “la selección del contratante privado encuentra, en la licitación pública, el cauce general de la contratación administrativa que se configura, básicamente, por un procedimiento por el cual mediante una convocatoria o llamado a los eventuales interesados para que formulen sus propuestas con arreglo a un pliego de condiciones, la Administración proceda a elegir o aceptar la que resulte más conveniente”⁷⁴.

En el mismo sentido, Boquera Oliver concluye que el mejor procedimiento para seleccionar contratistas es la licitación pública, entendiendo que su buen funcionamiento exige una adecuada organización administrativa y servidores de la Administración capaces y diligentes. Finalmente, esgrime que las debilidades humanas son el principal obstáculo para el buen funcionamiento de la licitación pública. Se le acusa de ser una muestra de desconfianza hacia las autoridades y funcionarios públicos, cuando sólo se trata de evitar que caigan en la tentación⁷⁵.

De tal modo, el procedimiento de licitación pública se realizará de acuerdo con el monto que fije la reglamentación y cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos.

⁷³ Ver *Etudes des conditions de passation et d'exécution des marchés publics*, París, PUF, p. 12, citado en Boquera Oliver, José M., *Valoración de los sistemas de selección del contratista*, en “Contratos públicos”, Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, AADA, Mendoza, 1980, p. 175 y 176.

⁷⁴ Cassagne, Juan C., *El contrato administrativo*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1999, p. 46.

⁷⁵ Boquera Oliver, *Valoración de los sistemas de selección del contratista*, p. 178.

Los procedimientos utilizados como alternativa a la regla de la licitación pública existen en numerosas legislaciones extranjeras. Si bien, a diferencia de los supuestos que consignamos en este trabajo, se encuentran contemplados normativamente y poseen un régimen jurídico especial y diferenciado, en España, la figura de los “contratos directos” ha sido objeto de debate y encuentra cierta resistencia en su aceptación como una alternativa válida para la no aplicación de la licitación pública. Es que, aunque estos se encuentran contemplados en la misma Ley de Contrataciones con el objetivo de la “simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación”, su régimen jurídico se encuentra limitado a “la definición exclusiva por razón de su cuantía, a la necesidad de aprobar el gasto y a la de incorporar al expediente la factura correspondiente”⁷⁶.

Algunas estadísticas pueden verse a través de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), con relación al tipo de procedimiento escogido por los distintos órganos de la Administración Pública para efectuar las contrataciones⁷⁷, a saber:

2012: en el período de referencia se utilizaron seis tipos de procedimiento de contratación. Los tres tipos de procedimiento con mayores importes fueron: licitación pública, 75,7% (3.552,33 millones de pesos en 9.509 OC); contratación directa, 17,4% (816,94 millones de pesos en 7.250 OC); licitación privada, 6,1% (287,70 millones de pesos en 5.762 OC). Además, se emplearon el concurso público, el concurso privado y la subasta pública.

2011: en el período de referencia se utilizaron cinco tipos de procedimiento de contratación. Los tres tipos de procedimiento con mayores importes fueron: licitación pública, 71,5% (3.433,65 millones de pesos en 9.003 OC); contratación directa, 21,4% (1.027,43 millones de pesos en 8.271 OC); licitación privada 6,4% (305,12 millones de \$ en 6.576 OC). Además, se emplearon el concurso público y el concurso privado.

2010: en el período de referencia se utilizaron cinco tipos de procedimiento de contratación. Los tres tipos de procedimiento con mayores importes fueron: licitación pública, 75,4% (3.312,63 millones de pesos en 6.805 OC); contratación directa, 16,8% (738,11 millones de pesos en 10.012 OC); licitación privada 7,6% (335,99 millones de pesos en 10.501 OC). Además, se emplearon el concurso público y el concurso privado.

2009: en el período de referencia se utilizaron cinco tipos de procedimiento de contratación. Los tres tipos de procedimiento con mayores importes fueron: licitación pública 60,5% (2.221,39 millones de pesos en 7.070 OC); contratación directa 29,8% (1.094,57 millones de pesos en 17.692 OC); licitación privada, 9,4% (346,56 millones de pesos en 10.818 OC). Además, se emplearon el concurso público y el concurso privado.

2008: en el período de referencia se utilizaron cinco tipos de procedimiento de contratación. Los tres tipos de procedimiento con mayores importes fueron: licitación pública, 57,6% (1.508,96 millones de pesos en 6.172 OC); contratación directa, 29,6%

⁷⁶ Moreno Gil, Oscar, *Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia*, Madrid, Thomson Civitas, 5ª ed., p. 920 y 921, citado en Damsky, Isaac A., “Excursus sobre la forma de los contratos administrativos o la necesidad de modernizar la licitación pública en Argentina”, *LL*, 2011-D-1102.

⁷⁷ Lamentablemente, la ONC sólo cuenta con las estadísticas de esos años, www.argentina-compra.gov.ar.

(776,03 millones de pesos en 23.404 OC); licitación privada, 12,5% (326,34 millones de pesos en 9.743 OC). Además, se emplearon el concurso público y el concurso privado.

2007: en el período de referencia se utilizaron seis tipos de procedimiento de contratación. Los tres tipos de procedimiento con mayores importes fueron: licitación pública, 57,3% (1.498,51 millones de pesos en 5.370 OC); contratación directa, 28,8% (753,27 millones de pesos en 27.847 OC); licitación privada, 13,1% (343,72 millones de pesos en 9.486 OC). Además, se emplearon el concurso público, el concurso privado y la subasta pública.

2006: en el período de referencia se utilizaron cinco tipos de procedimiento de contratación. Los tres tipos de procedimiento con mayores importes fueron: licitación pública, 56,2% (1.083,06 millones de pesos en 4.585 OC); contratación directa, 31,7% (610,30 millones de pesos en 23.350 OC); licitación privada, 11,6% (222,52 millones de pesos en 6.901 OC). Además, se emplearon el concurso público y el concurso privado⁷⁸.

En otras publicaciones de estadísticas de 2003, 2004 y 2005 se expresa que la licitación pública fue el procedimiento escogido en el 16,1%, 11,1% y 14,9%, respectivamente. En cuanto a la contratación directa, fue utilizada en el 50,5%, 55,8% y 50,7% de los casos, también respectivamente en los años señalados⁷⁹.

Recientemente, y a medida que la presente tesis encuentra cauce y rumbo, se publicó una investigación a través de la cual se informó que en 2015 y 2017 se había utilizado el procedimiento de licitación pública en el 19% y 13%, respectivamente, de todas las compras. Asegura el informe que en 2017, la licitación privada alcanzó el 41,55% y la contratación directa el 35,90%, en ambos casos, del total de las compras, respondiendo el saldo final a otros procedimientos selectivos –v.gr., concurso público, privado, compulsa de precios–⁸⁰.

Se observa entonces una degradación peligrosa en la utilización de lo que constituye el principio en materia de selección del contratista, recurriéndose a otros medios selectivos en pos de una supuesta mayor celeridad en el trámite de contratación⁸¹. Las razones de tales datos estadísticos pueden obedecer, como se mencionó, a la búsqueda de una mayor rapidez en el resultado final esperado. Sin embargo, soslayar la licitación pública implica una pérdida de competencia y competitividad para

⁷⁸ Datos recopilados en www.argentinacompra.gov.ar.

⁷⁹ Conf. Raigorodosky, Nicolás, *El estado de las contrataciones. Mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las adquisiciones públicas*, 2ª ed., Oficina Anticorrupción, Bs. As., p. 131. Investigación desarrollada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Proyecto ARG/05/013.

⁸⁰ Ver *Solo un 13% de las compras que hace el Estado son por licitación pública*, “La Nación”, 13/3/18, disponible en www.lanacion.com.ar/2116470-solo-un-13-de-las-compras-que-hace-el-estado-son-por-licitacion-publica.

⁸¹ El art. 27 del decreto 1030/2016 eleva los montos mínimos de los distintos procedimientos selectivos, siendo para el caso de la licitación pública el piso es de pesos seis millones. En consecuencia, ningún organismo público de la Administración Pública Nacional se encuentra obligado a seguir la regla en la materia, pudiendo recurrir a las distintas excepciones que prevé el Régimen de Contrataciones Nacional, decreto 1023/2001. Por otra parte, la enérgica inflación provoca una pronta desactualización de los montos mencionados.

un determinado sector productor de bienes y servicios, como así también, en un sobre costo para el Estado en el objeto pretendido.

Empero, también aquí hallamos que el direccionamiento hacia un proveedor será más permeable si la concurrencia de ofertas dispuestas a satisfacer la necesidad estatal es menor, o si se pretende una contratación directa con algún sujeto determinado a quien se pretende favorecer.

En consonancia con la presente exposición, y sin perjuicio de que aún no se cuentan con datos contrastables para algunos períodos intermedios, se advierte, entonces, una riesgosa tendencia a canalizar los procedimientos de selección mediante la excepción a la licitación pública, siendo además, que si el procedimiento que constituye la regla pasa a ser la excepción –conforme los datos recopilados–, quedaría desnaturalizada la licitación pública como paradigma de la transparencia en la gestión estatal.

No obstante lo expuesto, y amén de la legalidad que puede implicar la elección de un determinado procedimiento de excepción avalado por la normativa, en muchas ocasiones se verifican numerosas prestaciones entre proveedores y la Administración Pública sin el sustento contractual debido, canalizadas a través de los medios que más adelante se detallarán, siendo principalmente el legítimo abono el abanderado de dicha relación subrepticia e “inmoral” que pone en foco la desidia estatal, la ineficiencia en los procedimientos selectivos y la configuración de una administración paralela, que toma su nombre de la excelente obra de Agustín Gordillo⁸² escrita hace más de 30 años.

Seguidamente, analizaremos los distintos procedimientos de excepción establecidos por la normativa y otros previstos en distintas normas:

Licitación o concurso privado. Establece el Régimen Nacional de Contrataciones, que la licitación o el concurso serán privados cuando el llamado a participar esté dirigido exclusivamente a proveedores que se hallaren inscriptos en la base de datos que diseñará, implementará y administrará el órgano rector, conforme lo determine la reglamentación, y serán aplicables cuando el monto estimado de la contratación no supere al que aquella fije al efecto. También serán consideradas las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar⁸³.

El procedimiento aludido pretende dotar de mayor agilidad a la selección de proveedores estatales cuando el monto se encuentre por debajo de los parámetros establecidos por la norma, la cual prevé, además, que podrán participar de la competencia quienes no hayan sido invitadas a participar.

El sistema pregona un método de convocatoria basado en la mera discrecionalidad de la autoridad administrativa, pues, sin perjuicio de que a los proponentes se los invita a participar, *ninguna discriminación o mención a méritos se realiza a dichos fines, resultando ser el Estado quien decide en definitiva a qué proveedor enviar la invitación.* Ello, no obstante la publicación en el sitio www.comprar.gov.ar donde se

⁸² Gordillo, Agustín, *La Administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982.

⁸³ Conf. art. 25, inc. c del decreto delegado 1023/2001.

dan a publicidad todas las convocatorias, debiendo preferentemente fijarse un método de premios para los mejores proveedores a los fines de su invitación.

Contratación directa. Mediante este procedimiento se regula la adquisición de bienes o servicios inviables de adquirir por licitaciones públicas o privadas en razón de hechos objetivos que no admiten el seguimiento de las formas prescriptas para dichos procesos.

Constituyen una excepción a la regla, por lo cual, deberá motivarse adecuadamente el acto administrativo mediante el cual se resuelva recurrir a este tipo selectivo; en la normativa reglamentaria, además, se prevé la compulsa abreviada por precio⁸⁴ y la adjudicación simple⁸⁵.

Concretamente, en el Régimen Nacional de Contrataciones se prevén las siguientes causales de contratación directa⁸⁶, a saber:

1) Cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no superase el máximo que fije la reglamentación⁸⁷.

2) La realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo. Se deberá fundar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva⁸⁸.

3) La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes. Cuando la contratación se fundamente en esta disposición, deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la

⁸⁴ Art. 14 del decreto 1030/2016, segundo párrafo: “Las contrataciones por compulsa abreviada serán aquellas en que exista más de un potencial oferente con capacidad para satisfacer la prestación y la situación de hecho se encuadre en los apartados 1, 4, 5 –para los casos de urgencia– del inc. d del art. 25 del decreto delegado 1023/01 y sus modificatorios y complementarios”.

⁸⁵ Art. 14 del decreto 1030/2016, tercer párrafo: “Las contrataciones por adjudicación simple serán aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto cocontratante, la Administración no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultada para elegir un cocontratante de naturaleza pública y cuando la situación de hecho se encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8, o 9 del inc. d del art. 25 del decreto delegado 1023/01 y sus modificatorios y complementarios”.

⁸⁶ Conf. art. 25, inc. d del decreto delegado 1023/2001.

⁸⁷ El art. 15 del decreto 1030/2016 aclara que será suficiente que el monto presunto del contrato no supere el máximo fijado para tal tipo de procedimiento, debiendo estarse a lo prescripto en el art. 27 del citado acto reglamentario, es decir, actualmente \$1.300.000.

⁸⁸ V.gr., si se pretendiese que un artista famoso pintara el Teatro Colón, o bien, que determinada empresa –única en el mercado– elaborara un programa para el mejor funcionamiento de la Administración. Establece el art. 16 del decreto 1030/2016 que la especialidad e idoneidad serán características determinantes para el cumplimiento de la prestación. Quedará acreditada la condición de único proveedor cuando se fundamente la necesidad de la especialización y se acompañen los antecedentes que acrediten la notoria capacidad científica, técnica o artística de la empresa, persona o artista a quien se encomiende la ejecución de la obra.

documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora⁸⁹. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

4) Cuando una licitación o concurso haya resultado desierto o fracasare, se deberá efectuar un segundo llamado, modificándose los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares.

5) Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones y aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad⁹⁰.

6) Cuando el Poder Ejecutivo Nacional haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad excepcional e indelegable⁹¹.

7) Cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. No podrá utilizarse la contratación directa para las reparaciones comunes de mantenimiento de tales elementos.

8) Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato⁹².

⁸⁹ V.gr., insumos para una determinada marca de impresoras o computadoras en garantía, bienes patentados con único representante en Argentina. El informe técnico será vital para justificar por qué se requiere determinado producto. Establece el art. 17 del decreto 1030/2016 que, en aquellos casos en que la exclusividad surja de normas específicas, se entenderá acreditada y documentada con la sola cita de las normas pertinentes. El informe técnico al que se refiere el apartado 3 del inc. d del art. 25 del decreto delegado 1023/01 y sus modificatorios y complementarios, es mediante el cual se debe acreditar la inexistencia de sustitutos convenientes. El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá acreditarse mediante la documentación que compruebe dicha exclusividad.

⁹⁰ V.gr., epidemia repentina que requiere de la pronta adquisición de vacunas, o catástrofe natural que moviliza al Estado a adquirir alimentos, medicamentos y servicios de terceros para paliar aquella situación de peligro y necesidad para la población. El art. 19 del decreto 1030/2016 prevé que deberá probarse la existencia de circunstancias objetivas que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno para satisfacer una necesidad pública. Serán razones de urgencia las necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales de la jurisdicción o entidad contratante. Se entenderá por casos de emergencia: los accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que creen una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad de la población o funciones esenciales del Estado Nacional.

⁹¹ V.gr., adquisición de radares para defensa aérea cuya ubicación no puede ser develada sin mengua para la seguridad nacional.

⁹² El art. 22 del decreto 1030/2016 prevé que el cocontratante deberá ser una jurisdicción o entidad del Estado Nacional, o un organismo provincial o municipal o del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o bien una empresa o sociedad en la que tenga participación mayoritaria el

9) Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Estado Nacional con las universidades nacionales⁹³.

10) Los contratos que, previo informe al Ministerio de Desarrollo Social, se celebren con personas físicas o jurídicas que se hallaren inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, reciban o no financiamiento estatal⁹⁴.

11) La locación de inmuebles, en los casos en los que las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inc. a del art. 8° de la ley 24.156 y sus modificaciones, actúen como locatarios (incorporado por la ley 27.431).

Surgen entonces múltiples posibilidades de contratar con el Estado, sea mediante la regla de la licitación pública como principio rector en la materia, como así también a través de los distintos procedimientos excepcionales; tal vez el problema radica, precisamente, en las distintas alternativas con las que se cuenta para instrumentar la compra de un suministro, dotando a los funcionarios de un poder discrecional evasivo de una competencia reglada.

Es decir, si bien trata la norma sobre distintos supuestos de instrumentación de los procedimientos selectivos a fin de dotar de mayor agilidad al Estado ante necesidades concretas y con el afán de sortear la burocracia a la que se encuentran sometidos, el funcionario público intentará encauzar la contratación a través de un régimen más benigno en cuanto a plazos y requisitos, evadiéndose de las más engorrosas y atiborradas formalidades de la licitación pública.

El citado funcionario público, por ello, debe entonces decidir –en determinados casos– entre el cumplimiento eficaz de sus funciones y el legalismo que obra como barrera infranqueable de aquellos cometidos.

En efecto, la utilidad de fijar una regla constituye el elemento central de la cuestión, por cuanto la norma ha pretendido que todas las contrataciones se realizaran mediante tal procedimiento reglado; ahora bien, si la regla se aplica a un puñado de situaciones, pasa a ser la excepción, invirtiéndose la carga mencionada. La suba de los montos mínimos dentro de los cuales deben realizarse los modos selectivos contraviene el principio pretendido, debiendo fijarse un piso mínimo y la obligatoriedad de la regla para los que encuadren en tales circunstancias.

Estado. La limitación del objeto a la prestación de servicios de seguridad, de logística o de salud a que hace referencia el citado apartado, solo será aplicable en los casos en que el cocontratante fuera una empresa o sociedad en la que tenga participación estatal mayoritaria el Estado. Por su parte, deberá entenderse por servicios de logística, al conjunto de medios y métodos que resultan indispensables para el efectivo desarrollo de una actividad, incluyéndose la organización y/o sistemas de que se vale el emprendimiento para alcanzar los objetivos indispensables para su sustentación.

⁹³ Conf. art 23 del decreto 1030/2016 modificado por su similar 641/2018. El cocontratante deberá tratarse de una universidad nacional quedando expresamente excluidas del alcance de esta excepción las universidades provinciales o privadas u otras Instituciones de enseñanza pública, ya sean nacionales, provinciales, municipales o privadas.

⁹⁴ El art. 24 del decreto 1030/2016 prevé que el cocontratante deberá tratarse de una persona humana o jurídica inscripta en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, reciba o no financiamiento estatal, considerándose cumplido de esta forma el requisito de previo informe al Ministerio de Desarrollo Social.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS POR VICIOS EN LAS FORMAS ESENCIALES

§ 8. *Normativa aplicable sobre nulidades a los contratos administrativos. Modo de indagación sobre los distintos vicios que pueden afectarlos.* Para fundar la nulidad de un contrato administrativo se parte de la base de la aplicabilidad de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) 19.549 a dichos acuerdos, en cuanto prescribe en su art. 7 –modificado por el art. 36 del decreto delegado 1023/2001– que: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”.

La anterior normativa –previa a la modificación formulada por el reglamento delegado– disponía la aplicabilidad de las normas del citado título de modo analógico –y no directo–, aunque, con rigor técnico, la aplicabilidad es supletoria a otras normas de Derecho Administrativo ante la presencia de dos normas integrantes del bloque de legalidad del derecho público⁹⁵, quedando la analogía para el derecho privado.

De tal manera, el Título III de la Ley 19.549 resultará aplicable –de modo directo– a los contratos administrativos; específicamente, los elementos esenciales que deben reunir los actos administrativos (conf. art. 7), el régimen de nulidades y saneamiento (conf. arts. 14 a 21), y el instituto de la caducidad y revisión (arts. 22 y 23).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó la categoría de actos administrativos bilaterales en su formación y efectos⁹⁶, como así también unilaterales y contractuales, y de los derechos adquiridos que nacen de los efectos propios de estos, pudiendo inferirse de modo concreto y expreso la escisión entre los tres tipos de actos que pueden considerarse.

El Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, el ya citado decreto delegado 1023/2001, determina en su art. 11 cuáles actuaciones deberán

⁹⁵ Conforme tiene dicho la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal: “Las reglas de derecho privado no se aplican a los contratos administrativos de modo directo o supletorio, pero sí por analogía en ausencia de normas o principios de derecho público que rijan el punto” (Sala IV, 13/4/10, “Empresa Nacional de Telecomunicaciones (en liquidación) c/Telefónica de Argentina SA s/Contrato Administrativo”, expte. 32.765/99).

Al respecto, el art. 1 del decreto 1030/2016 recoge correctamente estos conceptos, al afirmar que: “Los contratos comprendidos en este reglamento se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el decreto delegado 1023/01 y sus modificatorios y complementarios, por el presente reglamento y por las disposiciones que se dicten en consecuencia, por los pliegos de bases y condiciones, por el contrato, convenio, orden de compra o venta según corresponda, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de la ley 19.549 y sus modificaciones en cuanto fuere pertinente. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía”.

⁹⁶ Causa “Metalmecánica”, *Fallos*, 296:672: “Sobre este punto cabe señalar, que esta corte ha reconocido la existencia de derechos adquiridos no sólo en actos contractuales (*Fallos*, 164:140), sino también en actos de estructura unilateral o bilateral, los cuales –lo mismo que aquéllos– pueden dar nacimiento a derechos subjetivos para el administrado” (*Fallos*, 175:368).

formalizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo⁹⁷, de manera que todo el ámbito de ejecución contractual y la etapa previa de formación de la voluntad de aquel acuerdo se encontrará surcada por la aplicabilidad lineal –en primer término– del reglamento delegado y, en modo directo, por la citada Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, de acuerdo al armónico juego entre ley en sentido formal y reglamentación.

En este contexto, el contrato administrativo deberá estar dotado de todos los elementos esenciales que conforman la integridad de los actos administrativos válidos, y el que adolezca de algún vicio será pasible de las consecuencias previstas en los arts. 17 y 18 de aquella ley, en cuanto al modo de tratamiento de los actos irregulares y regulares.

El art. 14 de la LNPA prevé, en lo que aquí interesa, que el acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable, cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.

Serán diversas las preguntas que deberemos formularnos como operadores jurídicos para determinar la validez de un contrato administrativo, considerando a dicho fin la trascendencia de conocer los siguientes aspectos, a saber: a) ¿Es competente el órgano que autorizó el llamado?, ¿el que lo aprobó?, ¿el que lo adjudicó? En su caso, si algún órgano no resultara competente, ¿podría sanearse?, en el mismo sentido, ¿se verificó el saneamiento del acto?⁹⁸; b) ¿Tiene una causa legítima el contrato? ¿Se sustenta en los antecedentes de hecho (necesidad objetiva de la Administración) o derecho (normativa de contrataciones)?; c) ¿Es válido el objeto del acto de adjudicación o los actos administrativos dictados en función del procedimiento?; d) ¿El contrato satisface una necesidad pública? ¿O responde a intereses públicos o privados distintos a los que motivan la contratación?; y e) ¿El contrato respeta las formas esenciales?, ¿Se verificó que el procedimiento selectivo haya sido cuidadosamente observado?

Todas estas preguntas vienen a contestar el interrogante acerca de la nulidad de los contratos administrativos, sin perjuicio de la profunda indagación que deba realizarse en función de los hechos administrativos y actos internos que componen la concatenación de actos del procedimiento de selección de contratista del Estado, y

⁹⁷ Dice dicho artículo: “Deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el art. 7 de la ley 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario: a) La convocatoria y la elección del procedimiento de selección. b) La aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. c) La declaración de que el llamado hubiere resultado desierto o fracasado. d) La preselección de los oferentes en la licitación con etapa múltiple. e) La aplicación de penalidades y sanciones a los oferentes o cocontratantes. f) La aprobación del procedimiento de selección y la adjudicación. g) La determinación de dejar sin efecto el procedimiento. h) La revocación de los actos administrativos del procedimiento de contratación. i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato”.

⁹⁸ El art. 19, inc. a de la LNPA prevé: “El acto administrativo anulable puede ser saneado mediante: ratificación por el órgano superior, cuando el acto hubiere sido emitido con incompetencia en razón de grado y siempre que la avocación, delegación o sustitución fueren procedentes”.

sin descuidar el ámbito de delimitación del presente estudio. A tal fin, éste se centra de modo preciso en los vicios sobre las formalidades esenciales que, en rigor de lo cierto, se traducen en un defecto sobre el elemento procedimiento –al omitirse un trámite esencial en la formación de la voluntad administrativa–, pues no creemos que la forma en sí misma del contrato comprenda un defecto en su estructuración⁹⁹ en todos los supuestos –en los casos en los cuales se incoa un procedimiento distinto al legalmente establecido–, pues que el acto haya sido materializado –o no– por escrito no hace a la esencia de la nulidad.

Elípticamente, puede pensarse también en un defecto en la causa, pues la materialización del acto de adjudicación no remitirá al necesario e imprescindible antecedente de la realización del procedimiento selectivo pertinente, pudiendo concluirse que aquella causa sea falsa o inexistente de acuerdo al caso.

La doctrina ha dicho que, aun cuando se propicie incorporar como principio del procedimiento administrativo a la contradicción (v.gr. concursos, licitaciones), esta responde también al interés público, pues con las observaciones y pruebas de los contra interesados la Administración contará con mayores elementos de juicio y estará en condiciones más adecuadas de tomar la decisión que mejor responda a los intereses de la colectividad¹⁰⁰.

Esto lleva a plantearnos si la constitución de garantías impugnatorias, sea de dictámenes de evaluación o de actos de adjudicación, limita a los oferentes y restringe la posibilidad de que la Administración, a través de sus autoridades competentes, pueda evaluar la pertinencia y admisibilidad de las pretensiones de los particulares y la existencia –o no– de actuaciones administrativas que no se ajusten a la legalidad.

El art. 17 de la LNPA prevé que “el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”; de modo que, armonizando dichos preceptos con los contratos administrativos, observamos que, en primer lugar, el acuerdo que adolezca de alguno de los vicios previstos en el aludido art. 14 deberá ser revocado o sustituido en sede administrativa en razón de su ilegitimidad.

En segundo lugar, si el acto se encontrara firme o consentido, deberá el órgano –a través de los atributos de la personalidad y conforme sus competencias– declarar la lesividad del acto administrativo y requerir su anulación judicial, si para el caso existieran derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo.

Traducido al ámbito contractual, *un acuerdo en ejecución mediante el cual el proveedor estatal haya comenzado a proveer el suministro adjudicado (luego de*

⁹⁹ El art. 8 de la LNPA prevé que el acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito; indicará el lugar y fecha en que se lo dictará y contendrá la firma de la autoridad que lo emitirá; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta.

¹⁰⁰ Conf. Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2003, p. 129; Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Bs. As., FDA, 1974, p. XVII-14.

*perfeccionado el contrato, entiéndase) sólo podrá ser pasible –en principio– de anulación judicial*¹⁰¹.

En relación con ello, se ha postulado también, con favorable acogida jurisprudencial¹⁰², la aplicabilidad de las causales de excepción de la segunda parte del art. 18 de la LNPA –que tratan sobre la potestad revocatoria de la Administración de actos válidos y notificados a los particulares–¹⁰³, a los actos viciados de nulidad absoluta.

Ello fue receptado, también, oportunamente por el máximo Tribunal en la causa “Almagro”, en la cual se dijo que: “Una interpretación armónica de los preceptos citados conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 –entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado– son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave”¹⁰⁴.

La Cámara Contencioso Administrativo Federal continuó la línea argumental sentada por la Corte, manifestando que “las causales que autorizan la anulación oficiosa del acto regular son igualmente aplicables a la anulación oficiosa del acto irregular, porque, de no ser así, absurdamente habría mayor rigor para revocar un acto nulo que uno regular (es decir un acto nulo gozaría de mayor estabilidad que uno regular). Entonces, aun cuando el acto irregular hubiera quedado firme y generado derechos subjetivos que se comenzaron a cumplir, la Administración debe igualmente anularlo oficiosamente cuando se configure alguno de los supuestos idóneos para disponer tal extinción con relación al acto regular, entre ellos, el conocimiento del vicio por parte del administrado”¹⁰⁵.

¹⁰¹ Conf. doctrina de *Fallos*, 314:322, consid. 8, que resolvió que el Instituto Nacional de Vitivinicultura no se encontraba habilitado para revocar en sede administrativa una disposición del mismo instituto, en tanto de ella se habían derivado derechos subjetivos en favor de la actora; debió a tal efecto requerir el auxilio judicial, mediante el proceso de lesividad a que se refieren los arts. 17 in fine y 26 de la ley 19.549.

¹⁰² De acuerdo con lo resuelto en la causa “Rincón de los Artistas”, *Fallos*, 326:3700: “Como lo ha resuelto esta Corte, las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 de la ley 19.549 entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado, en el caso, el vicio en la competencia y el procedimiento son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte, pues de lo contrario el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular”.

¹⁰³ Establece dicho artículo: “El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”.

¹⁰⁴ *Fallos*, 321:169.

¹⁰⁵ Sala IV, 26/3/09, “Peña Onganía, Matías Guillermo c/EN -M. Justicia CSJN- Resol. 1411 y 3185 s/empleo público”, expte. 31.683/99.

También la doctrina ha sido conteste en la aplicabilidad conjunta de los arts. 17 y 18 de la LNPA con algunos matices¹⁰⁶, sobre todo, cuando se pretende la revocación del acto irregular del que hubieren nacido derechos subjetivos, alegándose el conocimiento del vicio por parte del contratista.

Tal vez, para el ámbito contractual, el conocimiento del vicio sea una de las mayores cuestiones a dilucidar y precisar, pues como bien señalan algunos autores, *el citado conocimiento debe serle imputable al particular (es decir, que actúe con dolo o mala fe) y no limitarse a un simple conocimiento*¹⁰⁷.

En otro caso, y ante la desmedida profusión de normas de contrataciones, se cuestionó hasta qué punto el deber de diligencia debe exigírsele al contratista y hasta dónde debe presumirse su mala fe, cuando estamos frente a contrataciones administrativas reguladas por normas que son modificadas constantemente durante su ejecución, y donde la incertidumbre jurídica rige respecto de cuál es la reglamentación aplicable a ese contrato en particular. Así, se ha señalado que “este ‘deber’, –al parecer solo en cabeza del contratista– debe incluir, necesariamente, el conocimiento de la normativa a la que se sujetan las contrataciones pero, cabría agregar ahora, que dicho ‘deber’ cede cuando existe una profusión de normas dictadas en un corto período de tiempo”. Ello fue justamente analizado en el fallo “Copacabana SA c/GCBA”, en el cual se “viene a poner en su justa medida el principio de buena fe y el cese de la obligación del contratista –en ciertos y particulares casos– de conocer las normas que rigen un determinado procedimiento de selección, cuando existe una profusión de normas que excedan un parámetro razonable”¹⁰⁸.

En el fallo mencionado¹⁰⁹, se alegó también que “la contemplación de esta situación especial no es contraria al deber de diligencia calificado que corresponde a los contratistas del Estado en relación con el conocimiento de la regulación de las contrataciones administrativas que les son aplicables, como sostuvo la Corte Suprema (‘Chediak SA c/Estado Nacional’, citada supra), dado que dicha obligación general corresponde a situaciones normales, no a casos excepcionales como el de estos autos”.

Sin embargo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha ido en sentido contrario en algunos casos, afirmando que no haber obrado de mala fe, no impide la revocación del acto administrativo, ya que sólo basta para que esta medida proceda que el beneficiario hubiera tenido conocimiento del vicio¹¹⁰. En otro precedente, se ha sostenido

¹⁰⁶ Christe, Graciela E., *Una excepción a la estabilidad del acto administrativo irregular: el conocimiento del vicio por el interesado*, El Derecho, Especial Administrativo I, 27/3/02, p. 9; Comadira, Julio R., *ED*, 178-750; García Cándido, *Revocación y caducidad del acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, JA, 1974-886; Estrada, Juan R., *La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular*, LL, 1976-D-820; Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, VI-24.

¹⁰⁷ Cassagne, Juan C, *Derecho administrativo*, 6ª ed., t. II, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, p. 290.

¹⁰⁸ Conf. Cardaci Mendez, Ariel - Dubinski, Guido, *Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)*, LL, 2010-F-169.

¹⁰⁹ CContAdmTrib, Sala I, 1/12/09, “Copacabana SA c/GCBA”.

¹¹⁰ *Dictámenes*, 249:447, 237:512.

contrariamente, que, tratándose de un vicio de ilegitimidad, no basta el mero conocimiento de este por parte del administrado para que quede configurada tal excepción que habilita a la Administración a revocar un acto viciado que ha generado derechos subjetivos, requiriéndose connivencia dolosa entre el funcionario y el particular con relación a la emisión del acto de cuya revocación se trata¹¹¹.

También en el ámbito contractual, la misma PTN ha dictaminado que la entidad del vicio acreditado no podría generar una invocación infundada de desconocimiento por parte de la adjudicataria, tornándose aplicable, entonces, la excepción a la irrevocabilidad de los actos regulares prevista en el art. 18 de esa ley¹¹².

Esta última posición del máximo órgano asesor del Estado –que exige connivencia dolosa para tener por configurado el conocimiento del vicio– ha sido abandonada en la actualidad, destacando la PTN que el conocimiento del vicio debe ser fehacientemente acreditado, señalando que no puede colegirse que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado¹¹³.

Tal es el panorama de las normas aplicables que se ha descrito en el presente capítulo, y la posible configuración de vicios en el contrato administrativo.

§ 9. *Modos para decretar la nulidad de los contratos administrativos.* Como hemos expuesto, no siempre que un contrato administrativo adolezca de un vicio invalidante en uno de sus elementos fundantes –que lo transformaría en nulo de nulidad absoluta e insanable–, será así declarado.

En este sentido, en el Derecho Administrativo, la noción de nulidad radical, tal y como señalan García de Enterría y Fernández¹¹⁴, queda reducida a las exigencias del actuar de la Administración, que están orientadas hacia la consecución de un resultado conforme con el interés público. Las actuaciones administrativas, entonces, gozan de presunción de validez y solo en aquellos supuestos de gravedad máxima se aplica dicha sanción de nulidad, lo que la convierte en algo residual.

Haciendo un paralelo con el Derecho Penal, es como un delito nunca investigado o descubierto, aun cuando las pruebas se encuentren a la vista de los actores involucrados.

En efecto, para que prospere una hipotética nulidad de un contrato, la Administración Pública deberá tomar alguno de los caminos que prevé la normativa estudiada, en cuanto establece que: 1) ante un vicio de nulidad absoluta e insanable deberá declarar la nulidad en su propia sede; 2) empero, si el acto estuviese firme o consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad. Para ello, la Administración, deberá declarar la lesividad del acto nulo, y requerir al juez la anulación judicial del citado acto portador de derechos subjetivos hacia los administrados; 3) la Administración Pública podría declarar en su propia sede

¹¹¹ *Dictámenes*, 195:49.

¹¹² *Dictámenes*, 170:155, 184:36, 277:196.

¹¹³ *Dictámenes*, 259:11.

¹¹⁴ García de Enterría, Eduardo - Fernández Rodríguez, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, 14^a ed., Madrid, Civitas, 2008, p. 607.

la nulidad del contrato, aun ante la verificación de derechos subjetivos en juego, si entiende que hubo conocimiento del vicio, o el derecho se otorgó mediante un título precario (v.gr., permiso de uso de un bien del dominio público), o la revocación o sustitución lo favorece sin causar perjuicios a terceros (v.gr., un contratista que no desea continuar con la ejecución por motivos económicos); 4) ante el reclamo del contratista por falta de pago de las obligaciones asumidas, la Administración Pública deberá reconvenir, siempre y cuando el acto en cuestión haya sido declarado lesivo en su propia sede; 5) un contratista que pretende no continuar con la ejecución por el mayor costo (podría ser por la inflación) reclama a la Administración que declare la nulidad del contrato.

Las derivaciones y consecuencias jurídicas que se describen para cada uno de los distintos supuestos posibles para declarar la nulidad de los contratos asumen distintas ponderaciones considerando la manera en que la nulificación sea encauzada.

Veamos entonces los distintos supuestos argüidos:

a) Declaración de la nulidad en sede administrativa sin acto firme o consentido y derechos subjetivos pendientes.

Tal vez sea el supuesto menos conflictivo de todos, pues se supone en este caso, no hay acto firme o consentido.

En este contexto, podríamos considerar el dictado de un acto de adjudicación de un contrato sin perfeccionamiento aún (sea porque no se notificó la orden de compra o se suscribió el pertinente contrato), en el cual la Administración Pública detecta algún vicio en la etapa procedimental (v.gr., no se canalizó el procedimiento de selección mediante licitación pública cuando la norma lo requería, o no fue autorizado por autoridad competente).

Para el caso en estudio, podría advertirse la existencia del vicio por iniciativa de la propia Administración Pública a través de los órganos competentes para incoar la selección, o bien, ante denuncia fundada de algún proveedor estatal (quien seguramente no haya calificado para el contrato, o bien, se encuentre desfavorablemente posicionado en el pertinente orden de mérito), o por la auditoría llevada a cabo por los distintos órganos de control (v.gr., UAI¹¹⁵, SIGEN¹¹⁶ o AGN¹¹⁷).

¹¹⁵ Conf. ley 24.156, art. 102: “La auditoría interna es un servicio a toda la organización y consiste en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a que hace referencia esta ley, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. Las funciones y actividades de los auditores internos deberán mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a su examen”.

¹¹⁶ Conf. ley 24.156, art. 104, inc. j: “Formular directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia”.

¹¹⁷ Conf. ley 24.156, art. 118, inc. g: “Realizar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica, por si o por indicación de las Cámaras del Congreso o de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuenta”.

De todas maneras, será la Administración Pública quien ante el conocimiento fehaciente sobre las circunstancias aludidas determina la nulidad del contrato administrativo en su propia sede.

b) Acto firme o consentido¹¹⁸ generador de derechos subjetivos aún pendientes de cumplimiento. Acción de lesividad.

Ante la existencia de un acto contra el cual se han agotado las vías recursivas, o bien, por consentimiento expreso o tácito del particular, la Administración deberá recurrir a la justicia a fin de que declare la anulación de aquel acto viciado¹¹⁹.

Para ello, deberá declarar lesivo al interés público el acto en cuestión mediante otro acto administrativo, y ordenar que, por quien corresponda, se instrumenten las actuaciones tendientes a fin de obtener la sentencia judicial anulatoria.

Esto es lo que se denomina tradicionalmente como cosa juzgada administrativa, es decir, la calidad atribuida al acto que no puede ser extinguido de oficio por ilegitimidad en sede administrativa. Asimismo, la expresión “cosa juzgada administrativa”, aunque ciertamente criticable, enuncia en nuestro Derecho la síntesis de los requisitos que debe reunir un acto administrativo para que no pueda ser revocado de oficio por ilegitimidad (anulado)¹²⁰.

En la causa “SA Organización Coordinadora Argentina”, expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “no cabe sino concluir en que el acto celebrado en las condiciones descritas era irregular y, por tanto, susceptible de ser revocado, a lo que no obstaba que se estuviese cumpliendo porque, además de declararlo lesivo en su propia sede, la Administración solicitó la declaración judicial de nulidad pertinente por vía de reconvencción”¹²¹.

En consecuencia, una vez perfeccionado el contrato, es decir, en el “momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación”, solo podrá requerirse la anulación al juez competente. Este, a su vez, deberá determinar y discriminar los

¹¹⁸ Preferimos utilizar la noción de firme o consentido, pues la conjunción copulativa “y” determina una manifiesta contradicción en la frase; ello por cuanto el acto que se encuentra firme es porque está consentido de modo tácito o expreso, sea porque transcurrieron los plazos para su impugnación judicial o administrativa, o bien aquel acto que no es susceptible de revisión judicial por expresa imposición normativa, o porque se ha manifestado la conformidad con su contenido. Conf. Comadira, Julio R., *La anulación de oficio del acto administrativo: la denominada cosa juzgada administrativa*, Bs. As., Astrea, 1981, p. 174.

¹¹⁹ Ha dicho la Cámara Contencioso Administrativa Federal: “El acto administrativo nulo, por principio, debe ser revocado en sede administrativa; sin perjuicio de lo cual, cuando el acto nulo generó derechos subjetivos que se están cumpliendo, no puede ser revocado en sede administrativa, debiendo pedir la Administración su nulidad en sede judicial. En efecto, la Administración realiza en algunos casos declaraciones jurídicas que adquieren el valor de un derecho subjetivo, al que corresponde un contenido protegido por el acto administrativo. Si este pudiera ser revocado, sin más, el acto revocatorio habría desconocido la situación jurídica creada por el acto revocado. Ello produciría una peligrosa inestabilidad en las situaciones jurídicas que se estén cumpliendo” (Sala V, 5/2/98, “Gendarmería Nacional Estado Nacional c/Romero Gregorio s/Retiro Militar y Fuerzas de Seguridad”, causa 4105/92, del voto del juez Gallegos Fedriani, consid. II).

¹²⁰ Cfr. Comadira, Julio R., *Acto administrativo municipal*, Bs. As., Depalma, 1992, p. 124 y 125.

¹²¹ *Fallos*, 321:174.

efectos producidos y pendientes, a fin de disponer los alcances de la nulidad. En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, encontramos una norma similar al art. 17 de la LNPA¹²², pero que agrega en su último párrafo que la limitación de la nulidad a los efectos aún pendientes no se producirá si el interesado hubiese conocido el vicio del acto al momento de su dictado, en cuyo caso esa limitación será inaplicable.

En relación con los derechos subjetivos aún pendientes¹²³, algunos precedentes jurisprudenciales precisan algunas discrepancias suscitadas en torno a su interpretación.

En la causa “Movimiento Scout” (*Fallos*, 302:545), el máximo Tribunal de Justicia de la Nación prescribió que el art. 17 de la ley 19.549, en su redacción originaria vigente al dictarse la resolución que autorizó al “Movimiento Scout Argentino” a funcionar como persona jurídica, faltando un requisito de forma, disponía que el acto administrativo afectado de nulidad absoluta debía ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa, salvo que “hubieren generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento”, en cuyo caso debía recurrirse a la declaración judicial de nulidad. Ello no ocurrió en el caso, en el que la concesión de personería jurídica solo dio lugar al comienzo de la existencia de dicha entidad como persona jurídica, sin que esto generara obligaciones ni prestaciones que estuvieran en vías de cumplimiento al disponerse su revocación.

En otro precedente (*Fallos*, 315:1299), dijo que “no puede sostenerse que hayan nacido derechos subjetivos irrevocables del contrato de obra pública, celebrado por el mandatario de las autoridades provinciales, si su eficacia había quedado sometida a un hecho futuro e incierto que lo privaba de efectos jurídicos hasta que no mediara la ratificación necesaria”.

De tal manera, y sorteado el obstáculo de la cuestión relativa a los derechos subjetivos en vías de cumplimiento, resta analizar el modo en que la Administración debe proceder para requerir la anulación judicial del acto nulo en las condiciones planteadas.

Deberá entonces –ante la evidencia de un contrato viciado– declarar la lesividad del acto en su sede –mediante otro acto administrativo que así lo disponga y que contenga todos los elementos esenciales–, y recurrir a la justicia a fin de materializar una sentencia anulatoria.

La PTN ha dicho que: “En lo que atañe a la disposición... por aplicación del art. 17 antes transcripto, dicho acto sólo puede ser anulado mediante decisión judicial y

¹²² Art. 17 del decreto 1510/1997, GCBA.

¹²³ Dice Gordillo: “La redacción de 1972 era equívoca al hablar de prestaciones en vías de cumplimiento y en este sentido es más amplia la reforma de 1977, que protege al acto nulo de su revocación en sede administrativa siempre que el acto hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sin importar si tales derechos subjetivos se concretan en prestaciones o no y aclarando que ha de tratarse de derechos que se estén cumpliendo y no que estén en vías de cumplimiento. En consecuencia, cualquier clase de derecho subjetivo nacido al amparo de un acto nulo queda amparado también por la regla de la estabilidad. La única condición que la norma pone es que el derecho se esté cumpliendo, o dicho en otras palabras, que el acto haya sido ejecutado, o haya comenzado a ejecutarse y falten efectos aún pendientes de ejecución, al momento de plantearse su posible revocación” (*Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., t. III, Bs. As., FDA, 2011, p. VI-12).

previa deducción de la pertinente acción de lesividad” (v. *Dictámenes*, 224:96 y 246:248, entre otros).

La jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal ha aportado su impronta al determinar la necesaria existencia del acto que declare la lesividad de uno anterior tildado de nulo: “Cuando se ejerce la acción de lesividad lo que debe hacerse es: 1) ‘declarar’, previa intervención del afectado, la nulidad del acto, puesto que, si no, la Administración carece de título que tenga ejecutividad para justificar el pedido judicial de anulación; 2) suspender la ejecutoriedad de dicho acto anulatorio, y 3) promover la demanda (Comadira, *La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”, 2ª ed., Bs. As., 1998, p. 185*)”¹²⁴.

Empero, resulta interesante analizar lo resuelto en el marco de un contrato ejecutado completamente en cuanto estableció la Cámara del fuero, que “habiéndose ejecutado sin observaciones el contrato, la posterior pretensión de nulidad por parte de la Administración, basada en una deficiencia en la celebración de aquél, la coloca en una situación de contradicción con sus propios actos, esto es, constituye una conducta incompatible con la asumida anteriormente, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. En todo caso, debió la Administración iniciar la correspondiente acción de lesividad, cumpliendo con los requisitos que a tales efectos dispone la ley, justificando debidamente el interés público que se encuentra comprometido”¹²⁵.

En conclusión, la aplicación irreflexiva de la norma sobre la que se sustenta la argumentación jurisprudencial de la nulidad contractual, *puede dar como resultado la pretensión anulatoria sobre un acuerdo ya ejecutado, lo que nos conduce a cuestionar si existen derechos subjetivos pendientes, de la misma manera en que la ejecución parcial de obligaciones por parte del contratista y restando el pago del Estado puede encuadrarse en este supuesto de límite a la facultad anulatoria*. Es decir, habrá prestaciones pendientes si esta refiere a una obligación ejecutada mas no correspondida, situación distinta a la verificación de una inejecución de ambas partes.

c) Declaración de nulidad en sede administrativa ante el conocimiento del vicio por parte del contratista.

El conocimiento del vicio por parte del administrado y la consecuente habilitación a la Administración para declarar la nulidad del contrato en su sede ha sido una cuestión asaz debatida, específicamente, ha generado controversia el grado de entendimiento del vicio que se le imputa al acto contractual; correlativamente, de tenerse por configurada la citada causal, emergerá la opción subyacente de declaración de nulidad en el ámbito estatal cuando el acto se encuentra firme o consentido y existan derechos subjetivos aún pendientes.

¿Cuál es el modo en que debe proceder la Administración Pública para declarar nulo el contrato ante el supuesto de marras? El contrato debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad por la autoridad competente, es decir, por quien tiene atribuida la competencia para autorizar la contratación y aprobar los documentos y

¹²⁴ Sala I, 31/8/06, “EN-M°EyOSP c/Battioni Julio César s/proceso de conocimiento”, causa 25.498/99, del voto del juez Coviello, consid. XIII.2.

¹²⁵ CNContAdmFed, Sala IV, 14/3/07, “ITEM Construcciones SA c/Empresa Nacional de Telecomunicaciones-E.L- s/Contrato de obra pública”, causa 27.297/95.

características de la convocatoria (paralelismo de las competencias)¹²⁶, salvo que hubiere actuado por delegación y que, al tiempo de la anulación, aquella hubiera cesado, supuesto en el cual la anulación sólo podrá disponerla el órgano delegante¹²⁷.

Se advierte, entonces, el modo imperativo en que la norma regula las conductas contractuales a las que hiciéramos alusión, y la obligación legal de ejecutar la nulidad del acto que adoleciese de un defecto que implicara la necesaria desaparición del mundo jurídico.

Por su parte, Fiorini entiende que la potestad excepcional debe ejercerse ante vicios manifiestos y graves que hagan imposible la vigencia de los actos afectados¹²⁸, afirmando que la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de la Nación reconoce a la Administración Pública la potestad de anular los actos afectados de nulidad manifiesta¹²⁹.

Esta postura coincide con la de otros autores, quienes afirman que la existencia de una nulidad manifiesta (ostensible, que surge del propio acto y resulta verificable sin necesidad de sustanciar prueba alguna para declararla) hace caer la presunción de legitimidad sea el acto nulo o anulable (es decir, tenga una nulidad absoluta o relativa). Por esta razón, la nulidad manifiesta cumple un papel trascendente en la teoría de las nulidades del acto administrativo mucho mayor al que surge del limitado alcance que le atribuye a esta categoría el (entonces vigente) Código Civil (art. 1047) aunque alguna doctrina civilista asimila esta categoría a la del acto nulo (Borda, por ejemplo)¹³⁰.

Si bien resulta de aplicación complementaria lo desarrollado en el punto III.1, el presente punto merece un tratamiento extensivo, pues se parte de la necesaria premisa de que el contratista conocía que debía efectuarse una licitación pública, o bien, el procedimiento que correspondiese, y la Administración Pública instruyó otro distinto (v.gr., contratación directa por un monto por el cual debía realizarse otro procedimiento), o bien, se le requirió una prórroga ante contrato vencido, o finalmente, ante una eventual petición informal.

Al respecto, algunos sostienen que si de la confrontación de un acto –o contrato administrativo–, con el orden jurídico surge su invalidez, debe concluirse que ha existido, solo por ello, conocimiento del vicio que lo afecta, por cuanto la presunción ficta que existe respecto del conocimiento de las normas, la sola violación de estas, supone que el particular ha conocido tal circunstancia¹³¹.

¹²⁶ Conf. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 595.

¹²⁷ Comadira, *Acto administrativo municipal*, p. 369.

¹²⁸ Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 1976, p. 704.

¹²⁹ Fiorini, Bartolomé A., *Potestad anulatoria de la Administración Pública. La cosa juzgada administrativa y el derecho adquirido*, LL, 140-462.

¹³⁰ Cassagne, Juan C., *El dictado de una medida cautelar que suspende la revocación de un acto administrativo por razones de ilegitimidad*, LL, 2001-E-586.

¹³¹ Ver al respecto, entre otros, Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Ley 19.549, Dec. Regl. 1759/1972, 8ª ed., Bs. As., Astrea, 2006, p. 149 y 150. Tampoco considera que sea necesario el dolo del particular Comadira, Julio R., *La anulación de oficio del acto*

Otras posturas, sin embargo, refieren a la aquiescencia del particular frente a vicios manifiestos sin que ello equivalga, necesariamente, a que exista dolo o connivencia de la Administración¹³².

La jurisprudencia ha pergeñado su doctrina entendiendo que la Administración debe revocar por sí y ante sí los actos irregulares, viciados de una nulidad absoluta (art. 17, LNPA), o iniciar la correspondiente acción judicial de lesividad cuando ellos se encontraren firmes y hubiesen generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (limitación, esta última, que no se exige cuando el particular haya “conocido el vicio”; cfr. en ese sentido, CSJN, 17/2/98, in re “Almagro, Gabriela y otra c/Universidad Nac. de Córdoba”)¹³³.

El máximo órgano asesor del Estado Nacional ha dictaminado que “el requisito previo de la licitación en los contratos públicos tiene fundamento en razones elementales de conveniencia y ética administrativa, por lo que la interpretación de las excepciones a ese requisito debe ser estricta y considerarse limitada a los fines perseguidos por la ley al establecer aquella exigencia con carácter general. Con dicho requisito se pretende la concurrencia del mayor número de proponentes. *El incumplimiento del requisito previo de la licitación pública produce la invalidez del contrato que en esas condiciones fue celebrado, determinando dicha irregularidad su nulidad absoluta. Pese a afectarse derechos subjetivos, corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular.* El acto administrativo afectado de nulidad absoluta debe ser revocado, pues la potestad que emerge del art. 17 de la ley 19.549 no es excepcional, sino la expresión de un principio que constriñe a la Administración, frente a actos irregulares, a disponer la revocación (conf. *Dictámenes*, 183:275; 221:124)”. Asimismo, la revocación del acto administrativo que adolece de algún vicio es una obligación de la Administración, en virtud de los principios de legalidad objetiva y de verdad material que deben imperar en el procedimiento administrativo, y tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones la juridicidad comprometida por ese tipo de actos que, por esa razón, carecen de la estabilidad propia de los actos regulares y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad¹³⁴.

A los fines de determinar el grado de conocimiento del vicio, resta indicar –además de lo ya expuesto supra–, que poner en cabeza del contratista la responsabilidad por la nulidad del contrato no se condice con una actitud diligente, de buena fe y honesta, aun cuando el Código Civil y Comercial de la Nación refiere que la ley se

administrativo: la denominada cosa juzgada administrativa, Bs. As., Ciencias de la Administración, 1998, p. 218 y ss.

¹³² Rejtman Farah, Mario, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2001, p. 282.

¹³³ CNContAdmFed, Sala IV, 16/11/00, “Gamba, Miguel Bautista c/EN (Presidencia de la Nación) s/empleo público”, causa 29.411/98.

¹³⁴ PTN, *Dictámenes*, 235:446.

presume conocida por todos¹³⁵ —configurando una presunción *iuris et de iure* (de acuerdo, además, a la calidad que le asignan a los contratistas algunos tribunales en cuanto a su conocimiento especializado en la materia)—. En esta postura, tampoco podría deslindarse de la responsabilidad objetiva al órgano estatal, que se encontraría sujeto a la presunción mencionada y al principio de legalidad, que requiere un estricto sometimiento del funcionario a la norma.

No obstante ello, dichas presunciones no se correlacionan con la realidad de las contrataciones públicas y con la catalogación que se realiza de los contratistas del Estado, por cuanto resulta exagerado entender que los proveedores deben conocer el régimen jurisdiccional vigente sobre las autoridades competentes (incluso muchas veces regulados en normas internas que no se publican en el Boletín Oficial) y conocer cuáles constituirían excepciones a la licitación pública (y sobre todo, en este caso, los motivos o razones que inducen a la Administración a escoger uno u otro proceso a fin de cumplir con la finalidad pública). Adviértase, además, que la contratación directa por razones de urgencia puede ser desconocida por el contratista (pues, ¿por qué tendría que saberlo?), de modo que, si se realiza un acuerdo por el modo excepcional mencionado, es al menos improbable que el proveedor pueda conocer y acceder a dichas razones que inducen a la Administración a contratar de dicha manera; peor aún, habiéndose motivado el acto interno por el cual se escoge un tipo de procedimiento en violación al régimen con sustento en una falsa causa, la fulminación posterior de nulidad recaería de todos modos en el contratista aun cuando sea decretada por autoridad jurisdiccional.

En tal análisis, el grado de conocimiento adquiere mayor relevancia en cuanto debe exigirse una connivencia dolosa entre el proveedor y el funcionario público que integra la voluntad del órgano.

En una publicación ya citada¹³⁶, patrocinada por la misma Oficina Anticorrupción, se concluyó que la multiplicidad de normas genera una serie de inconvenientes que le restan racionalidad y simpleza al procedimiento de contratación de bienes y servicios y, también, dificulta la actualización normativa de los encargados de la gestión de contrataciones.

Agrega también: “Los funcionarios de los organismos públicos argumentaron que en la práctica los inconvenientes vinculados con el presupuesto se resuelven a través de otras vías informales (prórrogas y reconocimiento de gastos)”¹³⁷.

En consecuencia, nos encontramos ante un escenario incierto y disímilmente valorado, en cuanto al establecimiento y determinación de las posibles consecuencias jurídicas que aparejará para los contratistas una declaración de nulidad que se relacionará con la conveniencia, necesidad y conocimiento del funcionario de turno, quien deberá evaluar las constancias y procedimientos de cada contrato a fin de tomar una

¹³⁵ El art. 8 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que: “Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico”.

¹³⁶ Conf. *El estado de las contrataciones*, p. 123.

¹³⁷ *El estado de las contrataciones*, p. 124.

decisión formalista, o bien, intentar cumplir con las finalidades públicas del mejor modo posible.

Fiorini tiene dicho en relación con las declaraciones de nulidades contractuales, que estas deben ser restrictivas y ser decretadas únicamente cuando causen gravamen¹³⁸.

Por tal motivo, la determinación de una hipotética sabiduría en relación con defectos del acto cuestionado constituye una ponderación del órgano administrativo sujeto a la discrecionalidad, salvo que por otros motivos pueda probarse aquella. En efecto, será el funcionario quien –de acuerdo a su leal saber y entender– deberá resolver si ha existido –o no– conocimiento del vicio por parte del proveedor y en qué grado –simple conocimiento o dolo directo o eventual– esta se ha configurado.

d) Reconvención de la Administración Pública en el marco de un proceso judicial instruido por un contratista ante el incumplimiento de obligaciones.

El contrato administrativo viciado de nulidad puede también ser ejecutado parcialmente, cumpliendo el proveedor con la obligación a su cargo. Para el supuesto en que la Administración contratante no cumpla lo acordado y deje de abonar la contraprestación que le corresponde por aquel suministro recibido de conformidad (sea porque no tiene presupuesto, se ha reasignado la cuota presupuestaria, o bien, por haberse detectado en esa instancia un vicio en el contrato administrativo), y ante la falta de declaración en sede administrativa de la nulidad –en atención a la existencia de derechos subjetivos aún pendientes de ejecución y por desconocimiento del vicio del contratista–, se presenta una situación de inercia pasiva, pues el Estado, sin haber declarado ni tampoco requerido la declaración judicial de nulidad, ha incumplido sus obligaciones cuya causa fuente es el contrato asumido.

En la misma hipótesis, el contratista se ve forzado a iniciar juicio por cobro de las sumas de dinero adeudadas, resultando que el Estado, al momento de contestar la demanda, plantea una reconvención por nulidad del contrato.

Como supra expresáramos, en *Fallos*, 321:174¹³⁹, el máximo Tribunal resolvió que el acto irregular en vías de cumplimiento, además de ser declarado lesivo en sede administrativa, fue objeto de reconvención judicial requiriéndose su nulidad.

De tal manera, podemos inferir de los términos del citado fallo las dos circunstancias que deben operar a fin que proceda la revocación judicial de un contrato administrativo irregular, a saber: 1) declaración de la lesividad del contrato en sede administrativa mediante el dictado del acto pertinente; 2) pedimento judicial para la anulación del contrato mediante acción o reconvención.

En consecuencia, se impone el siguiente silogismo: así como no podría existir solicitud judicial de nulidad sin la declaración de lesividad previa emanada del órgano administrativo competente, tampoco podría haber una reconvención judicial sin aquella declaración en sede administrativa; o dicho de otra manera: a) la nulidad del

¹³⁸ Fiorini, *Derecho administrativo*, p. 706.

¹³⁹ Los hechos del caso se centraban en que, a raíz de lo informado por el director “83” con relación a la conveniencia de proseguir contratando los servicios referidos, el director “56”, requirió que se confeccionara el contrato de prórroga, es decir, con otro precio máximo que significaba un incremento del 858% sin más examen de la cuestión.

contrato solo puede provenir de una previa declaración de lesividad, b) la nulidad del contrato puede articularse por acción o reconvención, entonces c) la nulidad del contrato articulada por acción o reconvención, tiene como condición apodíctica la declaración previa de lesividad en sede administrativa.

Principalmente entendemos que, por el paralelismo de las formas y de las competencias, si es la autoridad competente para autorizar o aprobar el llamado, o adjudicar el contrato, quien tiene la aptitud legal para revocar aquel acto irregular, de igual modo será aquella autoridad la que deberá declarar la lesividad del acto irregular portador de derechos subjetivos que se encuentren en cumplimiento, *y no un abogado a quien se lo apodera o nombra representante para litigar en un proceso judicial determinado con taxativas y exclusivas facultades.*

Gordillo ha señalado que el acto que ha sido aprobado u homologado por la autoridad superior no puede ser revocado por el órgano inferior. En virtud del principio del paralelismo de las formas y las competencias, el primer acto sólo podría ser dejado sin efecto por un segundo acto también aprobado y ello a partir de la fecha de aprobación¹⁴⁰.

El propio Reglamento del Régimen de Contrataciones Nacional prevé que la autoridad con competencia para revocar actos administrativos del procedimiento de contratación será la que haya dictado el acto que se revoca o la autoridad en la que se hubiese delegado tal facultad¹⁴¹.

En tal contexto, resulta claro que si el acto irregular generador de derechos subjetivos sólo puede ser revocado mediante acción judicial de nulidad, previa declaración de lesividad por la autoridad competente para ello, no podría un abogado apoderado del Estado cuestionar un acto administrativo que su propio mandante no ha declarado lesivo (pues de los actos que confieren facultades a los abogados para representar en juicio al Estado no se desprende ninguna facultad en tal sentido)¹⁴².

No puede soslayarse además, que el acto administrativo que declare la lesividad del contrato deberá contener lógicamente todos los elementos mencionados en el art. 7° de la ley 19.549, entre los cuales no podría faltar el dictamen del servicio jurídico permanente, cuando el acto afecte o pueda afectar derechos subjetivos. De tal manera, se impone la lógica conclusión de que el abogado del Estado al momento

¹⁴⁰ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, p. 326.

¹⁴¹ Art. 9 del decreto 1030/2016.

¹⁴² Nos remitimos como fuente a la disposición 49/09 AFIP (BO, 19/5/09) del propio autor de la tesis, mediante la cual es designado representante del fisco en juicios contenciosos no tributarios. Aunque, cabe señalar, tampoco podría admitirse una delegación de competencias en un sujeto físico con facultades para representar en juicio al Estado, pues en modo alguno sustituye al órgano titular de las competencias. En síntesis, la potestad para declarar la lesividad del contrato reside en quien autoriza o aprueba el llamado, o en la autoridad superior que ostente jerarquía, y no en una persona física integrante de un órgano mas no titular del mismo. En este sentido, se ha dicho que la teoría del órgano supone la existencia de dos elementos que, aunque susceptibles de diferenciación, constituyen una unidad, Ellos son un elemento objetivo, caracterizado por un centro de competencias –integrado por poderes o facultades, que se refieren tanto a potestades en sentido técnico como cometidos– y otro de carácter subjetivo, representado por la voluntad y capacidad necesaria de las personas físicas que desempeñan la titularidad del órgano. Conf. Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, t. I, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, p. 208.

de contestar demanda no tendría atribuciones para cuestionar la legitimidad de un contrato que su mandante no ha expresamente cuestionado.

Conforme lo expuesto, para que la justicia declare nulo un contrato irregular, la Administración debe promover la pertinente pretensión anulatoria en un juicio ordinario mediante acción o reconvencción; para ello, de manera previa, debe emitir el pertinente acto administrativo emanado de la autoridad competente que declare la lesividad del contrato y, paralelamente, autorice y ordene a sus representantes judiciales requerir ante la justicia la declaración de nulidad pertinente, causando y motivando debidamente al mismo. Caso contrario, el sujeto facultado para representar en juicio al Estado carecería de facultades expresas para petitionar la anulación de un contrato administrativo que, en principio, sería legítimo y eficaz hasta tanto la declaración de invalidez quede firme y consentida en la vía judicial incoada.

Tal pronunciamiento administrativo debe formularse dando participación al administrado afectado, a fin de preservar el debido proceso adjetivo, conforme lo impone el art. 1, inc. f de la ley 19.549.

La acción que pretenda promoverse para requerir la nulidad judicial de un contrato administrativo será el sustento del derecho de la Administración para lograr un pronunciamiento judicial que aplique la ley a un caso determinado. La demanda o reconvencción que se promueva, entonces, será un acto de petición mediante el cual se ejercitará el poder de accionar que, en mérito a la dinámica del proceso, se lo considera un acto de iniciación; mientras que desde el punto de vista subjetivo será un acto de la parte (obviamente actora o demandada en caso de reconvencción). Por fin, la pretensión anulatoria será el pronunciamiento que se desea obtener de la jurisdicción¹⁴³.

e) Revocación en sede administrativa de un acuerdo nulo que favorece al contratista.

Podemos suponer también, en este entramado hipotético, que ante la verificación de un vicio del que adoleciese el contrato administrativo, la correspondiente declaración revocatoria en sede administrativa favorezca al contratista –siempre aplicando las excepciones a la revocación del acto regular al irregular–, por cuanto sus costos, tal vez, se hayan incrementado producto de un proceso inflacionario en ciernes y no le resulta conveniente continuar con la ejecución de dicho acuerdo en los términos originales.

Las particularidades económicas de nuestro país con ciclos inflacionarios latentes, y procedimientos de contratación prolongados, desvirtúan, en muchos casos, las estimaciones de precios y las cotizaciones proyectadas por los distintos proveedores, lo que se traduce en muchos casos, en ofertas más onerosas que los valores de mercado, a fin de cubrir las pérdidas de poder adquisitivo generadas por la inflación o devaluación de la moneda.

Cabe indagar, entonces, cuál sería el resultado si, para el caso referido, la Administración no sustanciara la nulidad del acuerdo y pretendiera, en cambio, su cumplimiento (a pesar de la virtual nulidad). *¿Podría el proveedor rescindir el citado contrato denunciando la nulidad del convenio por violación de las formas esenciales, y*

¹⁴³ Arazi, Roland, *Derecho procesal civil y comercial*, Bs. As., Astrea, 1995, p. 82.

declarar que poseía conocimiento del referido vicio? Seguramente, ante la hipotética existencia de un acuerdo y compromiso verbal con el funcionario de la Administración para la provisión de una determinada prestación, podría granjearse la enemistad de aquel sujeto encargado de gestionar las contrataciones.

No podemos soslayar los inconvenientes que acarreará para el sujeto estatal en su conjunto la extinción de un contrato administrativo para una determinada provisión de bienes y servicios u obras, y, en caso que la finalización del vínculo provenga de la voluntad unilateral del contratista (de darse el supuesto aludido en el párrafo anterior), podría tener que soportar las consecuencias de su accionar mediante una eventual proscripción del circuito contractual de dicho organismo.

Distintos son los interrogantes entonces que se nos presentan.

En primer lugar, ¿cabría la denuncia del contratista acerca de la nulidad en caso de que pretendiese no cumplir con la obligación asumida por resultarle inconveniente?

En segundo lugar, nos formulamos el siguiente interrogante: ¿Debería la Administración ante la citada manifestación acerca del vicio por parte del contratista declarar la nulidad en sede administrativa?

De lo preceptuado en el art. 17 de la LNPA, podríamos aventurar la respuesta, infiriendo asertivamente la obligación que pesa sobre la Administración de revocar sus actos nulos, aun cuando favorezca al administrado.

Sin embargo, y aunque pueda parecer sencillo elaborar una presunta solución al interrogante que nos formuláramos, podría suceder –como manifestáramos supra– que a la propia Administración le resulta inconveniente declarar la nulidad en su sede –básicamente porque debería buscar otro proveedor en exiguos plazos y los nuevos precios de mercado superarían lo abonado hasta ese momento, careciendo de presupuesto para afrontar un nuevo contrato más oneroso–, y entienda que el acto se encuentra firme o consentido generando derechos subjetivos en cumplimiento debiendo recurrir entonces a la justicia para dicho cometido.

En tercer lugar, y a raíz de este razonamiento, nos preguntamos si la declaración de nulidad en sede de la Administración ante el conocimiento del vicio por parte del administrado se mantiene incólume como deber, pues fácil es advertir que no existe obligación legal para la Administración –que emane de la norma estudiada– de extrapolar las excepciones de revocación del acto regular al irregular.

Entendemos por ello, que en todas las hipótesis planteadas por la doctrina y jurisprudencia (causas “Almagro” y “Rincón de los Artistas”, ambas citadas) se parte de la base de una conveniencia de la Administración de revocar en sede administrativa los actos nulos firmes o consentidos que hayan generado derechos subjetivos y que aquel vicio entra en la esfera de conocimiento del proveedor, sin contemplarse, la posibilidad de que dicha declaración pueda resultarle inconveniente al órgano estatal por las razones supra mencionadas.

En estos casos, la Administración podrá, eventualmente, declarar la lesividad del acto y requerir la anulación judicial, o bien, declararla en su propia sede; aunque en el primer caso deberá juzgar si la nulidad es manifiesta y eventualmente suspender

—o no— los efectos del contrato en ciernes¹⁴⁴, o bien, *en una interpretación más generosa, puede juzgar que existe un beneficio para el interés general y continuar con la prestación subyacente.*

Entendemos, que ante la verificación de un interés público concreto que requiera inmediata satisfacción podría continuarse con la prestación acordada pues, de lo contrario, cabe preguntarse, ¿cuál sería la alternativa?, si revocar el contrato nulo y salir a contratar mediante una contratación directa por un valor mucho mayor —si es que dicho tipo de contratación encuadra en algún supuesto, siendo que si no nos encontraríamos otra vez en la misma situación de nulidad—, o bien, instruir un procedimiento selectivo acorde a la normativa y frustrar el fin público, y acarrear consecuencias a la población (v.gr., se declara la nulidad de un contrato para el mantenimiento de escáneres de frontera para la lucha contra el narcotráfico y contrabando).

§ 10. *Jurisprudencia en relación con la nulidad de los contratos administrativos por vicios en las formas esenciales. Consecuencias. Críticas.* Interesa citar los casos siguientes.

a) caso “Ingeniería Omega”¹⁴⁵

Se trata de una demanda interpuesta por Ingeniería Omega contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, pretendiendo el cobro de facturas impagas por servicios prestados a partir de abril de 1990 en el Hospital Argerich. La demandada contestó argumentando que para las contrataciones de servicios públicos y/o suministros que se llevaran a cabo por la Administración comunal, resultaba aplicable el Reglamento de Contrataciones del Estado. Estas, a su vez, debían hacerse previa licitación pública y solo en forma excepcional se podía recurrir a la contratación directa, a la licitación privada o al remate público. Su conclusión: la empresa no respetó los recaudos de fondo y de forma que todo proveedor debe observar para quedar habilitado a exigir el pago, por lo que la demanda debía rechazarse¹⁴⁶.

La acción prosperó en primera instancia a partir de la valoración de los siguientes hechos determinantes: a) la relación contractual, b) la recepción de los trabajos realizados, y c) la existencia de deuda a favor de la actora¹⁴⁷. A su turno, y con un razonamiento similar, la Cámara Nacional en lo Civil confirmó la sentencia del *a quo*, aunque, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, admitió solo el derecho a reclamar el precio o el valor de lo ejecutado o entregado en beneficio de la demandada.

El dictamen del Procurador General guardó concordancia y vinculación con la doctrina sentada en el fallo “Stamei SRL c/Universidad de Buenos Aires”. Allí fulminó al contrato de nulidad absoluta con base en el art. 14 de la LNPA, y acordó los efectos de la declaración a partir de las prescripciones de los arts. 1050 y 1052 del Código

¹⁴⁴ Conf. art. 12, LNPA.

¹⁴⁵ Fallos, 323:3924.

¹⁴⁶ Conf. considerandos II y III del dictamen del Procurador General de la Nación, 29/2/00.

¹⁴⁷ Conf. considerando III del dictamen del Procurador General de la Nación, 29/2/00.

Civil, siguiendo su doctrina tradicional que aceptaba la aplicación analógica al derecho público de determinadas normas del sistema de nulidades del Código Civil¹⁴⁸.

El máximo Tribunal, sin embargo, decidió revocar la decisión apoyado en la teoría del acto inexistente, siguiendo así la doctrina del antecedente “Mas Consultores”¹⁴⁹, que reemplazó la anterior calificación de esta tipología de casos como nulidades para sentar a partir de allí que la omisión de las formas esenciales determina en concreto la inexistencia del contrato.

Además, vinculó la violación de las formas esenciales con la inexistencia del contrato, señalando que: “la validez y eficacia de los contratos administrativos se sujeta al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”, lo cual determina “que, en razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público... Los arts. 9, ley 13.064 y 55, decreto ley 23.354/1956 exigían que las contrataciones de la comuna se hicieran por licitación pública; y admitían, sólo en forma excepcional, la licitación privada y la contratación directa en determinados supuestos, entre los cuales no resulta de las actuaciones que se encuentren los que motivan este proceso”¹⁵⁰.

Concluyó al fin, que “la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia... Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescrita”¹⁵¹.

El fallo en análisis complementa los argumentos sobre la declaración de inexistencia del contrato vertidos en la causa “Mas Consultores”. Especifica cuál es el medio jurídico que posibilitaría la reparación del desequilibrio económico en que se hubiera incurrido en el caso concreto y estatuye que todo reclamo compensatorio nacido a la sombra de un acto inexistente, de no haber una acción específica, debe fundar su acción en los principios del enriquecimiento sin causa, incoando la pertinente acción *in rem verso*¹⁵².

Cabe señalar, además, que si bien desde una perspectiva administrativista la omisión de una forma esencial, como el procedimiento licitatorio, conllevaría a la

¹⁴⁸ Conf. considerando III del dictamen del Procurador General de la Nación, 29/2/00.

¹⁴⁹ CSJN, 1/6/00, “Mas Consultores de Empresas SA c/Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s/cobro de pesos”.

¹⁵⁰ Considerandos 5 y 6.

¹⁵¹ Considerando 8.

¹⁵² Álvarez, Sebastián, *Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, RAP, 382-53.

nulidad absoluta del contrato¹⁵³, la doctrina judicial citada entiende que la omisión de la licitación pública implica un estado de inexistencia.

El Tribunal cimero también, como arriba refiriéramos, estableció que tampoco corresponde fundar la decisión condenatoria, como lo hizo el *a quo*, en los principios del enriquecimiento sin causa, toda vez que ello importa una grave violación del principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de “cobro de pesos”; en el supuesto incumplimiento contractual y no en la institución citada¹⁵⁴; con lo que legitima un supuesto de confiscación prohibida en el ordenamiento constitucional vulnerando claramente el derecho de propiedad. No tiene en cuenta, la Corte, que la Administración Pública ha satisfecho el interés público a costa de un contratista determinado, quien, para el caso que no incluya en su demanda los fundamentos y las pruebas del citado empobrecimiento, no tendrá derecho a percibir siquiera el costo de su prestación (pues aun cuando pueda incoar una nueva demanda, estará sujeto a una eventual prescripción y demás excepciones que el órgano podría esgrimir, tal como la excepción de cosa juzgada).

En este sentido, no puede cuanto menos señalarse, que ni aun tratándose de la responsabilidad por la actividad lícita del Estado¹⁵⁵ —o bien en el mismo régimen legal de expropiaciones¹⁵⁶—, se encuentra una consecuencia como la asignada por el Tribunal en cuanto a ni siquiera tener que indemnizar al administrado por el indebido enriquecimiento de la Administración, en caso de que la demanda se funde exclusivamente en la falta de pago del Estado por las prestaciones recibidas y no en dicho instituto.

Por otra parte, y aun cuando pueda entenderse que el ejercicio del derecho puede efectuarse con posterioridad —en un nuevo proceso—, ello no siempre podrá ser así, pues tal vez ha operado la prescripción para ejercer tal tipo de acción, y aun cuando pueda alegarse que la acción se encuentra expedita luego de la anulación judicial, se estaría castigando de modo supremo a quien se lo ha descrito como colaborador de la Administración, colocando sobre su ejido una carga extra y sometiénolo a un largo proceso judicial con el desmedro económico producto de tal situación¹⁵⁷, además de encontrarse sometido a un tedioso procedimiento presupuestario¹⁵⁸ en caso de resultar vencedor en la lid, y amén del dictado de leyes

¹⁵³ Conf. “Stamei”, *Fallos*, 310:2280.

¹⁵⁴ Considerando 10.

¹⁵⁵ Art. 5, ley 26.944.

¹⁵⁶ Art. 9, ley 21.499.

¹⁵⁷ No hay que olvidarse que el fuero competente en la materia en el ámbito nacional es Contencioso Administrativo Federal, que aún aplica la tasa pasiva.

¹⁵⁸ Art. 170, ley 11.672 (t.o 2014): “Los pronunciamientos judiciales que condenen al Estado Nacional o a alguno de los entes y organismos que integran la Administración Nacional al pago de una suma de dinero o, cuando sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, serán satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en las distintas jurisdicciones y entidades del Presupuesto General de la Administración Nacional, sin perjuicio del mantenimiento del régimen establecido por las leyes 23.982 y 25.344. En el caso que el presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el Poder Ejecutivo Nacional deberá efectuar las previsiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente, a cuyo fin las jurisdicciones y entidades demandadas

de emergencia que prorrogan su vigencia y determinan la consolidación de las deudas del Estado¹⁵⁹.

El principio de igualdad ante las cargas públicas determina que el proveedor de suministros u obras, por las cuales el Estado y la comunidad se benefician, debe ser resarcido adecuadamente, pues de lo contrario, un ciudadano estaría contribuyendo de modo desigual en la satisfacción de los intereses de la colectividad.

A mayor abundamiento, consideramos que el fundamento del Tribunal para abogar por la inexistencia del contrato resulta erróneo, por cuanto, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7 in fine de la LNPA –que dispone la aplicación directa del Título III a los contratos administrativos en lo que resulta pertinente–, en consonancia con lo previsto en el art. 14 del citado régimen, ante un vicio en uno de sus elementos esenciales, la fulminación de nulidad del contrato resultaría ser la consecuencia lógica y no la inexistencia; de lo contrario, todos los actos administrativos que padezcan vicios no saneables regulados, por supuesto, por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, serían igualmente inexistentes, categoría no regulada por la citada norma.

Es del caso resaltar que la atribución de consecuencias distintas para situaciones jurídicas asimilables –a un acto unilateral o bilateral en su formación o efectos– representa una distorsión de los efectos de la regla general y abstracta, y una interpretación que no se condice con la exégesis de la letra de la ley.

En efecto, no es correcto afirmar que el contrato administrativo viciado en un elemento esencial –procedimiento– es inexistente, del mismo modo que el acto administrativo irregular tampoco lo es. En este marco, si el acto administrativo unilateral viciado en el procedimiento es nulo, también lo será el contrato administrativo, como condición apodíctica para encuadrar un caso similar en la regla general y abstracta.

Adunando lo expuesto, la interpretación del fallo “Ingeniería Omega”, en cuanto a la inexistencia del acuerdo de voluntades, implicaría el desconocimiento de la categoría jurídica de los actos nulos, al entender que los contratos –especie de actos administrativos, para algunos bilaterales– ingresarían a un plano de inexistencia ante vicios esenciales no saneables; de manera que, la aplicabilidad del Título III de la LNPA a los contratos administrativos se encuentra fuera de toda discusión¹⁶⁰ por lo

deberán tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del día 31 de julio del año correspondiente al envío del proyecto, debiendo incorporar en sus respectivos anteproyectos de presupuesto el requerimiento financiero total correspondiente a las sentencias firmes a incluir en el citado proyecto, de acuerdo con los lineamientos que anualmente la Secretaría de Hacienda establezca para la elaboración del Proyecto de Presupuesto de la Administración Nacional”.

¹⁵⁹ Conf. leyes 23.982, 25.344, 25.725.

¹⁶⁰ En *Fallos*, 326:3700, consid. 17, se dijo que “resulta adecuado aplicar, para el examen de la validez de los actos relacionados con contratos administrativos, las disposiciones de la ley 19.549. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del art. 7° de dicha ley (texto anterior a la reforma por el decreto 1023/01), los contratos administrativos se regían por sus leyes especiales y en forma analógica por las disposiciones del Título III de la ley, referente al régimen del acto administrativo. En ese contexto, la inexistencia de regulaciones especiales referentes a los contratos sobre las materias regidas en el citado título llevaba a que aquéllos debieran considerarse regulados por la misma normativa aplicable a los actos administrativos”.

dispuesto en la propia ley, y es en ese contexto en el cual no se advierte la introducción legal de la inexistencia del acto.

En este sentido, incluso terminológicamente¹⁶¹, podemos afirmar que el contrato administrativo aun viciado no puede tildarse como inexistente¹⁶² desconociendo la propia esencia de la nulidad –precisamente, que algo que se verificó y tuvo razón de ser, aun con falencias, sea declarado como nulo–, siendo además que la misma prueba de la existencia de ese acuerdo radica en la necesidad objetiva de la declaración judicial o administrativa de la nulidad. Pues, precisamente, si no existe, no precisa de una declaración para corroborar aquella falta de substancia.

Cassagne sostiene que la teoría del acto inexistente debe ser desterrada del Derecho Administrativo, entre otras razones, porque en el plano lógico no resulta correcto asignar apariencia jurídica a lo que en realidad no ha existido y, en segundo lugar, introduce un elemento de confusión, pues, lo que para algunos entrañará una nulidad absoluta, para otros será un acto inexistente, afectando la certeza que debe reinar en todo el sistema jurídico.

Agrega, que en el Derecho Administrativo todo tipo de nulidad (sea absoluta o relativa) operan, en principio y una vez declarada, efectos retroactivos, es decir, *ex tunc*, tanto en relación con los destinatarios originarios del acto como respecto a las transmisiones sucesivas, y ya sea si la estructura del acto resulta unilateral o bilateral en su formación¹⁶³.

Concluye el autor citado en último término, “excepcionalmente la invalidez carecerá de efectos retroactivos en los siguientes supuestos: a) cuando el administrado o la Administración Pública hubieren ejecutado el acto sin conocer la existencia del vicio; b) el vicio o defecto no le fuera imputable total o parcialmente a quien se perjudica con la nulidad. Por otra parte, la Administración puede renunciar –por razones de orden o interés público– a la aplicación retroactiva de la invalidez ya que no existe norma o principio que se oponga a dicha posibilidad”¹⁶⁴.

Cabe aludir también aquí, a la disputa que ha desatado la postulada teoría de la inexistencia, habida cuenta del amplio consenso entre los juristas en cuanto a que ella no tiene recepción en la LNPA. Originariamente, tanto Escola¹⁶⁵ como Marienhoff la repudiaron, y lo propio ocurrió con Hutchinson¹⁶⁶.

¹⁶¹ Existente: que existe en un determinado momento (www.rae.es).

¹⁶² Postulan la teoría del acto inexistente autores como Diez, Manuel María, *El acto administrativo*, p. 390 y ss.; Gordillo, Agustín, *El acto administrativo*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1969, p. 359; Sayagues Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, Bianchi Altuna, 1963, p. 505.

¹⁶³ Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, p. 180 y ss. Ver, especialmente, nota al pie 77.

¹⁶⁴ Cassagne, *Derecho administrativo*.

¹⁶⁵ Escola, Héctor J., *Compendio de derecho administrativo*, vol. 1, Depalma, 1984, p. 530 a 533.

¹⁶⁶ Hutchinson, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, t. 1, Bs. As., Astrea, 1997 p. 309 y ss., y en p. 311 y 313 de la 3ª reimpresión.

Gordillo, no obstante, advierte una relación con las vías de hecho de la Administración, reconociendo que la Ley de Procedimientos Administrativos no habla de actos inexistentes sino de vías de hecho “como comportamientos materiales de lo cual no trata en verdad la teoría de la inexistencia. Esta se refiere a actos que parecen actos administrativos sin serlo. Los comportamientos materiales no parecen actos administrativos ni pueden confundirse con ellos. Son situaciones distintas, equiparadas por su inaptitud para producir un efecto jurídico contra los particulares, salvo la responsabilidad a que pueden dar lugar”¹⁶⁷.

Agrega el citado tratadista, “se trata de determinar si en ciertos supuestos que no estamos en presencia de una conducta que podamos legítimamente llamar acto administrativo ni siquiera nulo, debemos o no aplicar alguno de los criterios de apreciación que se utilizan en materia de nulidades de los actos administrativos”¹⁶⁸.

Finalmente, para este autor, la inexistencia es una de las categorías de las nulidades administrativas. Dirá que “existen supuestos en que no se reconoce a determinada actividad el carácter de acto administrativo, sea por encuadrárselo dentro de los denominados meros pronunciamientos de la Administración, que no producen efectos jurídicos directos, sea por tratarse de actos que en razón de no provenir de la Administración, o aun proviniendo de esta por adolecer de un vicio grosero se los descalifica como actos administrativos”¹⁶⁹.

Entonces, vinculados con los efectos de la inexistencia y su comparación con la nulidad, tendremos los siguientes elementos. Primero, la comparación con la estabilidad del acto, porque mientras el acto nulo no puede ser revocado en sede administrativa cuando de él han nacido derechos subjetivos en cumplimiento, para Gordillo no ocurriría lo mismo, en cambio, respecto de la inexistencia, porque ello es lo que determina la falta de virtualidad jurídica para producir efectos en derecho. Segundo, la facultad judicial de declarar de oficio la inexistencia, lo cual en su opinión no acontece en materia de actos nulos. Tercero, la presunción de legitimidad que alcanza al acto nulo que ostenta presunción de legitimidad y que, como tal, debe ser obedecido por el particular (y por la propia Administración) hasta que se declare su invalidez, situación que, en cambio, no comprende al inexistente.

Continúa Gordillo, la inexistencia en el Derecho Administrativo se verifica siempre que “se encuentre un acto que no es acto administrativo, pero que presenta caracteres externos que podrían llevar a confusión y hacer creer que se trata en verdad de un acto administrativo, aunque inválido”. En tales casos, “no cabe aplicarle las consecuencias propias de los actos administrativos inválidos sino que corresponde tratarlo como un no-acto administrativo o como un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica”¹⁷⁰.

Por otra parte, compartimos la tesis acerca de la inaplicabilidad al Derecho Administrativo de la teoría de la inexistencia, por cuanto “la figura de la inexistencia no tiene campo alguno de aplicación en un sistema que contemple un cuadro de invalidez

¹⁶⁷ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, p XI-30.

¹⁶⁸ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, p. XI-31.

¹⁶⁹ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, p. XI-46.

¹⁷⁰ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, p. XI-37.

bien definido, por cuanto ella –como ya vimos al comienzo– ha sido construida como una llave de salvaguardia residual, propia de ordenamientos deficitarios técnicamente”¹⁷¹.

Continuando con el análisis del fallo, es dable señalar que la Corte no resuelve lo atinente a los efectos cumplidos del contrato durante su vigencia –o pseudo existencia–, por cuanto cabe preguntarse si debiera la Administración –en virtud de la declaración de nulidad o inexistencia del contrato– reclamar las sumas que excedan el empobrecimiento del contratista y correlativo enriquecimiento por lo eventualmente abonado, en virtud de la ejecución del acuerdo con apariencia de legalidad. Es que de lo contrario, se produciría un empobrecimiento de la Administración Pública al haber abonado prestaciones fuera del marco legal, y excediendo el mero costo del proveedor, lo que denotaría la contradicción misma de la aplicación del enriquecimiento sin causa a los contratos nulos ponderando los distintos efectos acaecidos.

En este sentido, advertimos situaciones de contratos parcialmente ejecutados y abonados a precios de mercado hasta que opera la declaración de nulidad, como así también de prestaciones ejecutadas y no abonadas, las cuales deberán ser reclamadas judicialmente mediante la alegación del enriquecimiento sin causa; por ello, el interrogante de si el Estado debiera reclamar mediante un proceso judicial el reintegro de lo abonado sobre lo que exceda el mero costo del contratista, amén de la hipotética compensación legal, constituye una de las mayores convalidaciones flagrantes de la exorbitancia.

Si nos atenemos a la letra de la ley –en particular los arts. 17 y 18 de la LNPA– pareciera que los efectos aún pendientes de los derechos subjetivos en vías de cumplimiento no podrían incluir a los efectos cumplidos de los contratos, sin perjuicio de lo cual, cabe preguntarse si la pendencia de la obligación estatal de pago encaja en la precitada definición, o bien, corresponde entender que se ha verificado un cumplimiento. Es decir, si la interdependencia de obligaciones de las partes a los fines de la determinación de prestaciones que no han sido satisfechas se halla vinculada a la satisfacción de ambas obligaciones, o bien, basta con que una sola cumpla.

Para ser más claros, ¿cuál sería el efecto de un contrato de obra pública en el cual el Estado haya realizado anticipos financieros al comienzo de su ejecución y el contratista alegara la nulidad?, o bien, ¿el mismo proveedor cumple con su obligación y luego el Estado pretende la nulidad?

Como propondremos luego, determinadas situaciones deben derivar en soluciones acordes con la realidad fáctica sin que ninguna de las partes se vea perjudicada en sus derechos.

Entendemos que la legítima creencia de la existencia de una obligación legal no puede dar como resultado un avasallamiento de derechos, máxime cuando el interés público es el exponente del fin en sí mismo.

b) Causa “Cardiocorp”¹⁷²

¹⁷¹ Conf. Christe, Graciela - Sánchez Correa, Ramiro, *Nuevamente en torno al precedente de “Ingeniería Omega SA”*, SJA, 5/12/07, JA, 2007-IV-95 citando a Santamaría Pastor.

¹⁷² CSJN, *Fallos*, 329:5976.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –Sala C–, con motivo de la revocación de la sentencia –dictada por la Sala D– dispuesta por la Corte, se pronunció por la desestimación de la demanda que interpuso Cardiocorp SRL contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y la condenó –según el criterio de la mayoría– a restituir a la actora los insumos medicinales suministrados. Para así resolver, sus integrantes recordaron que el litigio se había originado con motivo de la provisión de tales insumos al Hospital Bernardino Rivadavia durante 1993 y que, si bien la demandada negaba haberlos recibido, de las constancias del expediente administrativo surgía lo contrario, razón por la cual habían sido declarados de legítimo abono por el Director de Control Legal de la Secretaría de Salud, aunque no fueron pagados por carecerse de fondos.

En el caso, la Corte revoca el pronunciamiento de la Sala F de la Cámara Civil que condenó a la ex Municipalidad de Buenos Aires a reintegrar insumos hospitalarios que habían sido entregados sin la realización de la debida licitación, al sostener que en el supuesto resultaba inaplicable la teoría del enriquecimiento sin causa, a más de no haber sido formalmente demandada, por resultar violatoria del sistema de licitación de los propios efectores de salud en los que fueron utilizados dichos insumos.

El dictamen fiscal expresa “que en materia de contratos públicos, al igual que en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la Administración y las entidades estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, en cuya virtud se desplaza la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, sobre los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal (causa ‘Espacio’, *Fallos*, 316:3157)¹⁷³, concluyendo que el contrato celebrado no era nulo sino inexistente”.

El Tribunal Supremo se remite a lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, agregando que en el caso no existió contrato alguno y reiterando la doctrina ya sentada en “Ingeniería Omega”.

Entiende además, que el principio del enriquecimiento sin causa no resultaba aplicable cuando los extremos de procedencia de la acción respectiva no han sido oportunamente invocados ni acreditados en la causa, siendo además que las ofertas de los proveedores incluyen los costos de manufactura o adquisición de los bienes suministrados, además de la ganancia estimada por el contratista. En la medida en que en la demanda no se haya invocado cuál ha sido el costo de suministro, no es posible establecer la medida de la pérdida experimentada por el contratista; a lo que cabe añadir que sólo puede considerarse que la comuna se ha enriquecido en lo que hace al valor objetivo que los productos suministrados tenían en el mercado, con exclusión de la ganancia estimada y de los gastos eventualmente realizados para obtenerla.

Los ministros Petracchi y Lorenzetti, sin referirse a la inexistencia del acto ni a su nulidad, fundaron el deber de restitución en la teoría del enriquecimiento sin causa y en lo previsto por el art. 1050 del entonces vigente Código Civil para actos anulados. Incluso, morigeraron los requisitos de acreditación de los extremos de la acción de

¹⁷³ Apartado 3 del dictamen fiscal.

enriquecimiento sin causa para que proceda la compensación, admitiendo la presunción de que el importe consignado en las facturas del proveedor está integrado en buena medida por el costo de su prestación, excepto prueba de sobreprecios, la que evidentemente debió haber estado a cargo de la demandada¹⁷⁴.

c) Causa “Case SACIFIE”¹⁷⁵

La empresa Case SACIFIE demandó a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por el cobro de sumas de dinero derivadas del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de los Centros Geriátricos Municipales “Hogar Gral. San Martín” y “Programa de Chicos de la Calle”.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la demandada, criterio que fue confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por entender que “el Gobierno de la Ciudad, al recibir las notas presentadas por la actora en sede administrativa... había admitido que mantenía una deuda con la actora derivada de dicho convenio, tal como lo demuestra la renegociación pactada el 5 de octubre de 1993”¹⁷⁶.

A diferencia de sus precedentes, la discusión no discurrió sobre el procedimiento de selección sino sobre los requisitos exigidos por la normativa aplicable para este supuesto de contratación en específico¹⁷⁷. No obstante tal distinción, el máximo Tribunal hizo un giro en su decisión en la materia resolviendo que no cabe sino concluir en que el acto celebrado en las condiciones descritas era irregular y, por lo tanto, susceptible de ser anulado en sede judicial, dejando de lado la doctrina sobre la inexistencia del contrato.

El dictamen de la Procuradora Fiscal –al cual remite la Corte–, tras recrear la doctrina judicial en la materia relativa al imperio del principio de legalidad sobre los contratos administrativos, expresa que “en este caso no se invocó ni se probó la observancia de estas disposiciones para el llamado a licitación pública ni que fuera precedida de una adecuada motivación de los actos que determinaban este régimen, recaudo que era de ineludible cumplimiento por tratarse de un contrato administrativo. En consecuencia, no cabe sino concluir en que el acto celebrado en las condiciones descritas era irregular y, por lo tanto, susceptible de ser anulado en sede judicial”.

Con fundamento en tales señalamientos, coincidiendo con la argumentación de la Procuradora Fiscal, nuestro máximo Tribunal concluyó que al tratarse de un contrato celebrado transgrediendo el principio de legalidad y sin cumplir con las formalidades

¹⁷⁴ Conf. Álvarez, *Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, RAP, 382-53.

¹⁷⁵ CSJN, *Fallos*, 333:1922.

¹⁷⁶ Dictamen de la Procuradora Fiscal del 8/10/09.

¹⁷⁷ Dictamen donde además se agregó que: “En ese orden, la ley 23.696 y su decreto reglamentario prevén que las obras objeto del contrato para ser entregadas en concesión subvencionada –como la del sub lite– deben, como primera medida, ser declaradas de interés público y, en el mismo acto, la autoridad de aplicación tiene que ejercer la opción entre la licitación pública y el concurso de proyectos integrales. Sin embargo, en este caso no se invocó ni se probó la observancia de estas disposiciones para el llamado a licitación pública ni que fuera precedida de una adecuada motivación de los actos que determinaban este régimen, recaudo que era de ineludible cumplimiento por tratarse de un contrato administrativo”.

exigidas por el Derecho Administrativo local, correspondía descalificarlo como acto judicial válido, revocando la sentencia de Cámara y declarando la nulidad de la contratación¹⁷⁸.

d) Causa “Carl Chung Ching Kao”¹⁷⁹

Los hechos del caso se circunscriben a un médico neurocirujano (el actor), quien había sido contratado por la provincia de La Pampa para brindar unas conferencias sobre reconstrucción medular y hacer unas operaciones con fines didácticos. Posteriormente, reclamó el actor judicialmente por la falta de pago de sus honorarios por los servicios prestados. Del expediente administrativo mediante el cual se había aprobado la contratación, surgía que el actor iba a operar a cuatro pacientes, extremo no controvertido en el caso. La provincia demandada negó hasta las resoluciones dictadas por la Subsecretaría de Salud provincial obrantes en el expediente administrativo.

La Corte Suprema no rechazó la existencia de los servicios prestados y solo se adentró a analizar si los honorarios del actor debían ser abonados por la provincia. Aplicando la doctrina de la “existencia y validez” de los contratos, e invocando las normas de contrataciones de la provincia, concluyó que la demanda debía ser rechazada porque no se habían observado los procedimientos establecidos –licitación–, ni se contaba con la partida presupuestaria afectada para atender el gasto respectivo.

e) Causa “Lix Klett”¹⁸⁰

Lix Klett promovió una demanda ante la Biblioteca Nacional-Secretaría de Cultura de la Nación por el cobro de la suma de dinero imputada a facturas pendientes de pago, más intereses, por la prestación del servicio de operación de mantenimiento de aire acondicionado (calefacción refrigeración), ventilaciones mecánicas, calderas y tratamiento químico del agua (aire acondicionado).

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda promovida por la quebrada Lix Klett, haciendo énfasis en la violación de las normas de contratación del Estado y en la falta efectiva de prestación de los servicios en atención a la ausencia de conformidad de las facturas emanada de autoridad competente.

Entendiendo, además, que “de las constancias... se extrae que si bien en sus orígenes hubo contratación directa no así durante el período reclamado, durante el cual no consta vinculación formal alguna entre la actora y la Biblioteca Nacional”¹⁸¹.

La Corte Suprema manifestó que “conforme el reconocimiento expreso de las partes la prueba producida en la causa surge que, por tratarse de acuerdos verbales, no se observaron los procedimientos sustanciales pertinentes ni se contó con la

¹⁷⁸ Del mismo modo se expresa Damsky, *Excursus sobre la forma de los contratos administrativos o la necesidad de modernizar la licitación pública en Argentina*, LL, 2011-D-1102.

¹⁷⁹ *Fallos*, 324:3019, 2001.

¹⁸⁰ CSJN, *Fallos*, 335:1385.

¹⁸¹ Consid. 3.

habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto respectivo, tal como lo exige la normativa señalada”¹⁸².

Agregó también que “en el caso no se cumplió con los procedimientos propios para las contrataciones con el Estado y la actora no logró acreditar la efectiva prestación del servicio, y que la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa no es procedente en el sub examine, toda vez que ella importaría una grave violación al principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de ‘cobro de pesos’ en el supuesto incumplimiento contractual”¹⁸³.

Del análisis del fallo se desprende que la Corte volvió a su anterior doctrina, al afirmar que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda perfeccionado y que, cuando la legislación exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia, reiterando la doctrina de “Ingeniería Omega”.

En el caso se asienta aún más el criterio jurisprudencial acerca de la teoría del enriquecimiento sin causa, y la obligación en cabeza del contratista de invocar conjuntamente con la acción judicial por cobro de sumas de dinero ante la falta de pago de lo adeudado, “por las dudas”, el sustento de aquella teoría.

Claro está que deberá el contratista prever en su demanda por falta de pago, la contingencia de que la contratación no se hubiese realizado conforme a derecho y que, por tal motivo, aquel contrato podría ser pasible de nulidad, con lo cual, el mismo accionante sería quien debería poner en conocimiento a la propia Administración sobre una posible deficiencia en el acuerdo, para que esta pueda, finalmente, invocarla.

A nuestro criterio, los argumentos de la Corte para sustentar el rechazo del enriquecimiento sin causa en el proceso judicial (de no haber sido invocado, claro está) parte de los siguientes errores que se describen a continuación:

1) El contratista “debía” conocer el vicio acaecido en el procedimiento selectivo incoado, pues, de otra manera, ¿cómo alegraría el enriquecimiento sin causa?

En tal sentido, si el citado proveedor cree legítimamente en la legalidad y validez de la contratación –sin que le quepa entonces poner en duda su accionar o el de la Administración Pública–, cabe preguntarse, ¿de qué manera podría representarse la posibilidad de que el acuerdo fuese nulo?; no caben dudas de que se pone en cabeza de una de las partes contratantes –proveedor– un deber de diligencia especial que no se le exige al propio Estado.

Podríamos entonces válidamente inferir que, si el contratista conocía el vicio del que adolecía el contrato, la Administración Pública, advertida de ello, podría nulificar el acto contractual en su propia sede, previo a la contestación de la demanda, introduciendo un hecho nuevo y una modificación de la situación jurídica del

¹⁸² Consid. 8.

¹⁸³ Consids. 16 y 17.

suministrador operada hasta ese momento. Al respecto, resultan aplicables las contingencias supra desarrolladas en lo inherente al conocimiento del vicio¹⁸⁴.

2) El principio del enriquecimiento sin causa solo puede ser alegado si –como afirmamos– el cocontratante conocía el vicio. De lo contrario, no hay sustento posible para prever la introducción de la citada teoría cuando lo que se persigue es un legítimo cobro de pesos por una prestación efectuada.

3) Para el caso, debería ser el Estado quien cargara con la prueba de la supuesta nulidad del contrato en función del vicio que denuncia, pues aun cuando se alegara que el enriquecimiento sin causa podría introducirse una vez que se ordenara el traslado de la respectiva reconvención al actor, el contratista no tendría por qué conocer las circunstancias de la nulidad. En efecto, supongamos en el caso que la unidad con capacidad para contratar autoriza un llamado a licitación pública, resultando que la autoridad competente es otro órgano; ¿debería entonces el contratista conocer las normas internas de distribución de competencias? O bien, en una contratación directa en la cual se alegue una urgencia que finalmente no resulta ser tal –evadiéndose el principio de la licitación pública–, ¿resultaría también imputable al contratista estatal la inexistencia o falsedad de la causa esgrimida con motivo de aquella contratación? En el mismo sentido, debería el contratista conocer los motivos que fundan la urgencia o emergencia –¿podría ejercer tal valoración subjetiva, ponderando el acierto de la discrecionalidad del funcionario?–, o bien, ¿conocer las causas de licitaciones anteriores fracasadas que condujeron a una contratación directa posterior?

Por otra parte, la probanza del enriquecimiento sin causa recaerá en el contratista del Estado, quien deberá acreditar la medida de su empobrecimiento dentro del plazo legal para contestar la reconvención y alegar dicha teoría.

Volviendo a las cuestiones planteadas en este punto, cabe entender, que la suposición acerca de que el proveedor conoce todas las cuestiones inherentes a la contratación, implica una interpretación abusiva de la ley y del marco legal de los contratos, como así también de los principios de organización administrativa y de la realidad de los contratos públicos, pues es evidente que la valoración de las circunstancias que dan como resultado la elección de un determinado procedimiento de selección obedece y compete al funcionario respectivo.

Sostener lo contrario constituye el resultado de un argumento propio de un diletante y apartado sentido de justicia.

f) Causa “Hotel Corrientes (Domingo Martín-Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario concedido”¹⁸⁵.

Los hechos del caso giraron en torno a las siguientes cuestiones:

- los actores demandaron el cobro de sumas de dinero con motivo de las prestaciones impagas por servicios prestados en favor de la ex Municipalidad citadina;

¹⁸⁴ Ver desarrollo punto III.1 de la presente tesis.

¹⁸⁵ TSJ CABA, 26/5/04.

- los actores no reclamaron con fundamento en el principio de enriquecimiento sin causa, sino en base a un llano incumplimiento obligacional (art. 750 y cc. del entonces Código Civil vigente);
- la demandada no invocó la inexistencia de contrato entre las partes al contestar demanda;
- la demandada no cuestionó el procedimiento de selección de los actores como contratistas de la comuna;
- la demandada no desconoció las órdenes de alojamiento presentadas por la actora ni solicitó la declaración de nulidad de esos actos;
- la demandada sí cuestionó la existencia, cantidad y calidad de las prestaciones realizadas por los actores.

La sentencia de Cámara rechazó la demanda por no existir contrato entre las partes y por vicios en el procedimiento de selección del contratista.

Se desprende de la sentencia del Tribunal Superior, el voto de la doctora Ruiz, quien manifestó que “la orden de compra (en este caso, las órdenes de alojamiento) instrumenta la contratación directa y permite al contratista acreditar la existencia del acuerdo. Como tal, integra y perfecciona el contrato, pero esta decisión debe estar precedida de los trámites correspondientes a la adecuada selección del contratista que incluye la solicitud de la autoridad administrativa que requiere el servicio, la decisión de contratarlo con terceros, la intervención del área a cargo de realizar la contratación, el requerimiento de cotizaciones, la presentación de las ofertas, la decisión que las evalúa y el trámite administrativo de emisión del documento que da forma al contrato. La ex Municipalidad contrató la prestación de los servicios de Hotel Corrientes sin atender las reglas de contratación pública aplicables. Ella no revocó por ilegitimidad ni solicitó la declaración judicial de invalidez de los contratos celebrados, y, finalmente, continuó contratando los servicios de los actores de la misma forma”.

En el voto del doctor Maier se dijo que: “La relación jurídica que vincula a las partes se ha prolongado por tracto sucesivo alrededor de ocho años. Los períodos por los cuales se demanda son prueba evidente de esta relación prolongada e, incluso, se debe reparar en que ellos representan períodos alternados, en el sentido de que existen períodos intermedios en los cuales las obligaciones fueron cumplidas, aparentemente”. Agrega que: “A partir de este instituto jurídico, del que deriva que las sumas reconocidas ingresaron como derechos adquiridos al patrimonio de la parte actora –toda vez que los decretos no fueron tachados de nulos y gozan de la presunción de legitimidad de los actos administrativos–, quedó plasmada una consolidación de derechos en cabeza de la parte actora que no resulta susceptible de revocación ulterior”.

Continúa expresando: “Entiendo pertinente recordar que bajo las circunstancias de extrema urgencia y necesidad de atención a la población en riesgo, asumidas por la actora durante varios años, las normas jurídicas, de consuno, ceden en sus ápices formales para constituirse en cauces o vehículos aptos para cumplir con la pauta fundamental de contribuir a la justicia del caso y dar a cada uno lo que necesita o lo que le corresponde en derecho en una sociedad que aspira al equilibrio”.

En el fallo en cuestión, y si bien el voto del doctor Casás remite a los jueces preopinantes –agregando que se trataría de una locación de servicios–, se hace lugar

a la demanda por el hecho de que el Estado demandado no había planteado la nulidad de las contrataciones como acción o reconvencción como sí lo había hecho en la causa “Ingeniería Omega”.

De este modo, y a pesar de las loas que vierten sobre la buena fe, la finalidad pública y su prevalencia sobre las leyes formales, nos encontramos ante una sentencia meramente formalista, pues no obstante las declaraciones vertidas en *obiter dictum* se resuelve, en cambio, en el voto de la mayoría, en base a principios de orden procesalista en lugar de considerar la realidad de la contratación y aquellas bases de valores traducidas en principios que repercuten en las relaciones humanas.

Tampoco advierten que así como afirman que los actos que reconocen el legítimo abono solo pueden ser revocados por la autoridad competente en base al principio de paralelismo de las formas y competencias, el abogado que representó al Estado debería adjuntar en la demanda de reconvencción la declaración de lesividad del órgano competente sobre el acto cuya nulidad se pretende, pues como hemos afirmado, el abogado no tendría aptitud ni atribución legal de facultades para cuestionar un acto que goza de presunción de legitimidad.

La pregunta que cabe realizarse es qué hubiera sucedido si el GCBA hubiera cuestionado, precisamente, la nulidad de los órdenes de compra; ¿hubiesen rechazado la demanda? Recordemos que la relación entre las partes databa de ocho años de antigüedad a la fecha del fallo, y que uno de los votos aquí transcriptos recurrió para fundamentar el decisorio a la prevalencia de la justicia y a la justicia distributiva por sobre la formalidad de las normas.

g) Consideraciones sobre los fallos citados.

En los casos analizados, la jurisprudencia sienta las bases de su doctrina en la falta de la forma debida e inobservancia de los procedimientos legales prescriptos, lo que determina, a la postre, la declaración acerca de la inexistencia del contrato y, en consecuencia, devendría en inadmisibile la acción basada en las obligaciones que se habrían generado como consecuencia de dicho supuesto acuerdo, dado que el cumplimiento de la forma contractual atañe a un requisito esencial de su existencia.

Es en el fallo “Ingeniería Omega” en el cual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, basa la fundamentación de estos casos y, aplicando la teoría del acto inexistente, desconoce el sistema de las nulidades regulado en la LNPA, puesto que a partir de entonces, se vincula la existencia del contrato administrativo “al cumplimiento de las formalidades legalmente exigidas”, lo que atañe a la validez y eficacia. En consecuencia, sin la forma no existe el acto, si es que la Corte pretende asignarle tal significado a la omisión del procedimiento específico previsto, contemplando una causal de nulidad rígida por la omisión de dicha regla. Empero, a nuestro juicio, la omisión de la licitación pública cuando la norma específicamente la exige y se verifica un procedimiento distinto al legalmente establecido, implicaría una violación al procedimiento aplicable más que a la forma.

En efecto, el art. 7, inc. d de la ley 19.549 prevé que “antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos

subjetivos e intereses legítimos”, asimismo, el art. 8 de la misma ley procedimental dispone que: “El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito; indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta”.

De manera que, lo que la Corte refiere como inobservancia de la forma, en realidad se trata de un error en el procedimiento incoado, atendiendo, además, a que la selección del contratista del Estado es en su sustancia una concatenación de actos que aspiran a la determinación objetiva de la oferta más conveniente para la Administración¹⁸⁶, maximizando los recursos del erario público.

En este orden, la correcta sistematización del procedimiento de selección del contratante de la Administración se ubica como uno de los elementos esenciales y sustanciales que exige la norma mencionada en el párrafo precedente. Precisamente, porque la omisión del procedimiento licitatorio o de otros equiparables importa desnaturalizar los principios informadores de la licitación pública –la concurrencia garantizada por la igualdad y la publicidad– y su razón misma, que se traduce en el logro de la contratación más conveniente a efectos de satisfacer los intereses públicos y privados protegidos¹⁸⁷.

De allí se concluye que su omisión vicia gravemente el acto de adjudicación determinando su nulidad absoluta (cfr. art. 14, inc. b de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), debiendo ser fulminado de ilegitimidad¹⁸⁸. Esta postura es, como hemos visto, la retomada recientemente en la causa “Case SACIFIE” de *Fallos*, 333:1922.

Dado el carácter extremo de la solución, se verifica una reacción doctrinaria contraria a esta teoría, fincada en la dificultad para distinguir los “actos inexistentes” de los “actos nulos”, habida cuenta su enrostrada imprecisión como concepto jurídico, sus alcances y, con ello, su inutilidad práctica. Más aun considerando el especial sistema de nulidades desarrollado en el régimen de procedimientos administrativos que adoptó la denominada “teoría de la bipartición” y que distingue entre “actos nulos de nulidad absoluta e insanable” (art. 14, LNPA) y “actos anulables de nulidad relativa” (art. 15 LNPA)¹⁸⁹.

Por otra parte, y aun cuando la Corte haya primero calificado a estos contratos como nulos y luego de inexistentes, para definir más adelante su retorno a la nulidad, vemos que para el máximo Tribunal existe el deber del pretenseo contratista de interponer en legal forma la acción *in rem verso* cuyo alcance se determina por la reparación de los gastos sin derecho al reconocimiento del lucro. Como ocurrió en “Ingeniería

¹⁸⁶ Con relación a la oferta más conveniente, ver Cardaci Méndez, Ariel - Dubinski, Guido J., *Comentario al art. 15*, en Rejtman Farah, Mario (dir.), “Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001. Comentado, anotado y concordado”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 158 y ss.

¹⁸⁷ Rejtman Farah (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*.

¹⁸⁸ Comadira, Julio R., *La licitación pública*, Bs. As., Depalma, 2000, p. 103 y 104.

¹⁸⁹ Christe, Graciela - Sánchez Correa, Ramiro, *Nuevamente en torno al precedente de “Ingeniería Omega SA”*, SJA, 5/12/07, JA, 2007-IV-95.

Omega”, no interpuesta expresamente la acción aludida, la ulterior fulminación que haga el Tribunal no da derecho a la restitución de efectos¹⁹⁰.

Las prescripciones contenidas en los arts. 1050 y 1052 del entonces Código Civil vigente, ahora derogado (hoy sustituidos por el art. 390 del Código Civil y Comercial), obligaba a las partes a restituirse mutuamente lo que habían recibido o percibido en virtud o como consecuencia del acto anulado.

Por su parte, el legítimo abono aparece entonces como una solución mágica a la problemática de los pagos realizados sin respaldo contractual, empero, nos encontraremos ante situaciones idénticas con efectos jurídicos distintos. Entendemos, en este sentido, que la percepción del cobro de prestaciones efectuadas en el marco de un contrato nulo no puede estar sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios de turno, puesto que, declarado el legítimo abono, el contratista percibirá el costo de la prestación más la ganancia facturada –pues claramente deberá adjuntar el comprobante fiscal por el importe a percibirse y que fuera oportunamente acordado, independientemente del costo–, en cambio, si no se declara el legítimo abono y el proveedor se encuentra sujeto a una reconvencción judicial por la nulidad, o bien por una declaración de irregularidad en sede administrativa, solo tendrá derecho a resarcirse en la medida de su empobrecimiento, siempre y cuando haya probado la ejecución de las prestaciones. Sobre el legítimo abono volveremos más adelante.

Este sistema –a todas luces perverso–, denota una discrecionalidad negativa en cabeza del funcionario público, potestad ajena, por otra parte, a sus competencias legalmente atribuidas. Es que, ante una necesidad operativa del organismo en cuestión, podría obtenerse un determinado suministro sin seguirse los procedimientos legalmente establecidos (v.gr., contratación directa) y el proveedor gozaría de la contraprestación correspondiente por dicha suministración percibiendo el precio a los valores cotizados –y de mercado– y acordados, previa declaración del legítimo abono por parte de la Administración Pública. Si, por el contrario, no se verifica esa declaración administrativa unilateral (acto administrativo que declare el legítimo abono), productora de efectos jurídicos individuales y directos con respecto a terceros, la fulminación de nulidad ante la falta de sustento contractual determinará un complejo entramado procesal para poder obtener el proveedor al menos el costo de lo abonado.

En realidad, y desmenuzando de modo pormenorizado la cuestión, cabe entender, que tampoco obtendrá el proveedor estatal el costo real de lo ejecutado, pues el fuero especializado en la materia, es decir, Contencioso Administrativo Federal en el ámbito nacional, aplica la tasa de interés pasiva¹⁹¹ (hasta la fecha), con lo cual, al momento de la sentencia y su posterior ejecución, el valor del bien actualizado por debajo de la inflación dará como resultado una magnífica pérdida patrimonial, no debiendo soslayarse el régimen de previsión presupuestaria establecido en la ley 11.672 o, peor aún, el confiscatorio régimen de consolidación de deudas.

En este contexto, la aporía de la nulidad o inexistencia del contrato constituye una ficción jurídica que se basa en el pedimento estatal de una provisión, para luego considerarlo irregular. Esta posición colisiona con la realidad fáctica y circunstancial

¹⁹⁰ Damsky, *Excursus sobre la forma de los contratos administrativos o la necesidad de modernizar la licitación pública en Argentina*, LL, 2011-D-1102.

¹⁹¹ Fallos, 315:158, consid. 10.

que da origen al acuerdo por el intercambio de bienes y servicios, pues, induciéndose a engaño al contratante de la Administración, se le hace creer que se le abonará lo pactado cuando, en realidad, ello dependerá de la voluntad del funcionario si considera –o no– la declaración del legítimo abono. Tal accionar representa una confiscación prohibida constitucionalmente, pues se vulnera el derecho de propiedad.

Sin mengua de lo expuesto, el pago por legítimo abono no puede acotar el negocio contractual al costo del bien o servicio provisto, pues ello se enmarcaría en un artificio prohibido, elaborado para una maquinación dolosa en aras de la celebración de determinado acto jurídico traducido en la percepción de un suministro por parte del Estado, *canibalizada la ganancia*, siempre que se trate de precios de mercado. De otro modo, podría válidamente presumirse que existe una connivencia dolosa entre funcionario y contratista para perjudicar al Estado y enriquecerse indebidamente. A contrario sensu, ante valores de plaza nadie sale perjudicado.

Como ya hemos expresado, y volviendo a la ilación propuesta, la exigencia de la invocación del instituto del enriquecimiento sin causa responde a un supuesto entendimiento acerca del conocimiento del vicio por parte del proveedor, siendo que, de otro modo, no podría alegarse algo que desconoce, como hemos supra manifestado.

Aun ante una reconvencción por nulidad del Estado –y su posibilidad de articular una defensa–, no se resuelve la carencia de conocimiento en relación a la certeza que podría haber tenido el proveedor sobre aquel vicio invalidante. Es menester señalar, además, que para la doctrina de la Corte solo sería susceptible de convalidarse una indemnización por el costo efectivo de la prestación ante la alegación efectiva del instituto del enriquecimiento citado y la efectiva prueba de aquel.

§ 11. *El procedimiento de selección del contratista estatal y su necesaria vinculación con el fin público.* La licitación (ya sea pública o privada)¹⁹² es el procedimiento administrativo selectivo, mediante el cual el Estado Nacional –administración centralizada o descentralizada– escoge, dentro de los sujetos que se hayan presentado al llamado formulado por la Administración (y con arreglo a las bases y condiciones previstas en el documento denominado “pliego”), a una persona física o jurídica para que sea proveedor de un suministro, locador de una obra y/o concesionario de una obra y/o servicio público, buscando la consecución de un interés de la comunidad de modo directo o indirecto y ponderando a dichos fines la oferta más conveniente en cuanto a su calidad, idoneidad y precio.

Independientemente de las formalidades que puedan fijarse como piso o base para poder sortear el filtro de elegibilidad de un proveedor, deberá primar siempre el bienestar social y la razonabilidad, sin desmedro de los principios y reglas que se fijan en la convocatoria, tales como la concurrencia de oferentes, igualdad,

¹⁹² Ver Dubinski, Guido, *Los errores formales en los procedimientos de selección de contratistas y su necesaria vinculación con el fin público*, comentario al fallo “Aquifund SA c/Estado Nacional”, CNFedContAdm, Sala 2, 24/2/15, REDA n° 100, p. 953 y ss. Allí se dijo que la licitación “consiste en un modo de selección de contratistas de entes públicos, en ejercicio de la función administrativa, por medio del cual estos invitan públicamente a una cantidad indeterminada de posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público” (conf. Comadira, Julio R. - Escola, Héctor J. - Comadira, Julio P., *Curso de derecho administrativo*, t. I, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 798, Cap. XIV).

publicidad entre los participantes del procedimiento selectivo; principios que no pueden resquebrajar o primar sobre las necesidades generales.

Concordemente, Gordillo refiere que la licitación pública es un procedimiento administrativo que tiene la finalidad de seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrará un contrato, dada por un pedido de ofertas¹⁹³.

A nuestro entender, dichos principios deben armonizarse, interpretarse y aplicarse conjuntamente con aquel fin que guía a la Administración Pública para vincularse contractualmente con un proveedor del Estado, que no es otro que el de responder a las necesidades de la población.

La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal¹⁹⁴ expresó que “no es razonable equiparar la falta de indicación de un detalle de los bienes ofrecidos, con la falta de acompañamiento del instrumento notarial del que surja la calidad del presentante para representar a la sociedad anónima. Se trata, en verdad, de elementos de disímil trascendencia y proyecciones, que impiden el parangón sugerido, al punto de que, precisamente, obviar la falta de la aquí actora habría implicado una ventaja, que sería susceptible de vulnerar el principio de igualdad” (considerando VIII).

No obstante ello, manifestamos contrariamente a lo argumentado por la Cámara, que resulta imposible catalogar todos los posibles errores que podrían verificarse en un procedimiento selectivo, debiendo la autoridad administrativa relevar meticulosamente cuáles son los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento y por las normas que han inspirado su creación –lo que en definitiva representa una fuente del Derecho Administrativo–; el patrimonio del Estado y el mejor aprovechamiento de los recursos públicos constituyen el eje fundamental sobre los que deben concentrarse los esfuerzos de los funcionarios del Estado para el cumplimiento de dichas metas¹⁹⁵.

Siguiendo tal orden de ideas, no debe perderse de vista que el procedimiento en análisis trata de la selección de un determinado contratista a fin de responder a las incesantes necesidades de la sociedad, y que el funcionario administrativo (o bien podría ser un magistrado), se encuentra ante recursos públicos que deben ser maximizados, con lo cual, debe primar la regla de la subsanación sin que ello implique alterar la cualidad de la oferta. En el fallo “Aquifund”, que hemos comentado oportunamente –y referido en la nota al pie correspondiente–, la licitación se adjudicó a un oferente que, por el mismo producto cotizó un valor superior en más de un 30% al del oferente desestimado, por cuanto se consideró que la falta de acreditación de la personería en una oferta constituía un obstáculo para la delimitación de una adecuada competencia entre los oferentes, cuando dicho dato, además, obraba en poder del propio Estado a través del Sistema de Información de Proveedores (SIPRO); es decir, el distanciamiento entre la Magistratura y las necesidades del Estado resultó evidente en dicho fallo, pues una mera formalidad provocó que la sociedad deba solventar por un mismo producto un sobrecosto del 30%.

¹⁹³ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Bs. As., FDA, 2014, p. XII-7 y ss.

¹⁹⁴ CNContAdmFed, Sala 2, 24/2/15, “Aquifund SA c/Estado Nacional”.

¹⁹⁵ Dubinski, *Los errores formales en los procedimientos de selección de contratistas*.

Parejo Alfonso ha dicho que: “si la actividad administrativa toda (también, pues, la cumplida a través del acuerdo administrativo consensual) se justifica en su específico fin de interés público (no pudiendo apartarse objetivamente de él) y si dicho acuerdo no constituye sino una forma de participación en el desarrollo de dicha actividad (en el ejercicio de la correspondiente potestad), es claro que la única causa legítima del mismo es la consecución de aquel interés público, en los términos en que en cada caso se encuentre definido por el ordenamiento jurídico aplicable. La causa del acuerdo es, pues, única y típica (por legalmente prefijada). Ello no obsta, obviamente, a la diferenciación para cada una de las partes de la causa de las obligaciones que asuman en el acuerdo administrativo consensual y a la posible trascendencia de sus motivaciones concretas para la causa del acuerdo mismo”¹⁹⁶.

Consideramos pues, que el interés público constituye la finalidad primaria que debe regir el accionar del Estado a través de sus funcionarios, resultando las acciones que se ejecuten en consecuencia, una traducción de aquel obrar cuya motivación primaria trasciende la esfera de interés del sujeto que representa al órgano administrativo y que se expande al bienestar general. Empero, tampoco puede sacrificarse el legítimo beneficio que intentarán obtener las personas que interactúan con la Administración, debiendo siempre atenderse a un adecuado equilibrio entre los distintos intereses en juego.

En efecto, y sin ir más lejos, será la justicia distributiva el primer eslabón que enarbolará la cadena social necesaria para vivir en comunidades, pues su fin primario se centra en la distribución de bienes materiales que son una condición de posibilidad para los bienes del espíritu, siendo que esta distribución se hace de modos y formas muy distintas (camino, salud pública, alumbrado, policía, educación, parques, etc.)¹⁹⁷.

En cambio, la justicia conmutativa se traba entre las partes de un todo, y su finalidad es regular el intercambio de bienes y valores¹⁹⁸.

Entendemos que no podría despojarse arbitrariamente de su legítimo ánimo de lucro a los sujetos que obran en beneficio propio, empero, contribuyendo al bien común; a contrario sensu, la formalidad no puede prevalecer por sobre la propiedad, resultando exagerado juzgar situaciones en las cuales prevalece un interés formal por sobre la armónica relación entre los distintos tipos de justicia.

Aun cuando entendamos que resulta convincente resguardar las formas como elementos centrales en la distribución de bienes y servicios, ello no puede dar como resultado una vulneración de derechos de base constitucional, admitiéndose la convalidación de consecuencias distintas supeditadas a cómo se desarrollen las circunstancias en uno y otro caso.

De tal modo, el procedimiento de selección de contratistas compone el complejo vínculo que debe existir entre la satisfacción de los intereses generales e

¹⁹⁶ Parejo Alfonso, Luciano, *La terminación convencional del procedimiento administrativo: Naturaleza y características de una nueva figura en el derecho español*, en Cassagne, Juan C. (dir.), “Derecho administrativo. En homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff”, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998.

¹⁹⁷ Fernández Sabaté, Edgardo, *Filosofía del derecho*, Bs. As., Depalma, 1984, p. 310.

¹⁹⁸ Fernández Sabaté, *Filosofía del derecho*.

individuales, sin desmedro de entender que, en determinadas situaciones límites –o no–, puede existir un traspasamiento de aquellas formalidades, sin que ello deba necesariamente implicar la producción de un perjuicio a algunas de las partes intervinientes.

§ 12. *Doctrina extranjera.* En la doctrina extranjera (Colombia), se ha dicho que “desde el punto de vista de la formación del consentimiento, el contrato administrativo es esencialmente formal y solemne.

En efecto, la expresión de la voluntad administrativa de contratar un determinado bien o servicio sólo se logra luego del cumplimiento de un procedimiento en el que participan diversos proponentes o aspirantes, y cuyos extremos son el pliego de condiciones y la adjudicación”¹⁹⁹.

Otro autor, Sandoval Peña, señaló que: “es evidente que la contratación que lleva a cabo el Estado no puede ser una actividad carente de planificación, puesto que de acuerdo con lo establecido en el art. 3 de la ley 80 de 1993, en esta materia se debe propender por: a) el efectivo logro de los fines del Estado; b) la prestación eficiente y continua de los servicios públicos, y c) la efectividad de los derechos e intereses de los particulares. Agregando que la declaratoria de nulidad absoluta conlleva el desaparecimiento del acto viciado a fin de que...las partes sean restituidas al mismo estado en el que se encontraban si el acto anulado no hubiera existido, es decir, produce efectos *ex tunc* (desde siempre), sin perjuicio de la excepción establecida... en cuanto a la imposibilidad de restituir cuando el acto haya sido declarado nulo por objeto o causa ilícita a sabiendas. Por su parte, el art. 48 de la ley 80 de 1993 establece que la nulidad de un contrato de tracto sucesivo no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria y, además, señala que habrá lugar a reconocimiento en el contrato anulado por objeto o causa ilícita, siempre que se pruebe que la entidad estatal se benefició de su ejecución y únicamente hasta el monto de dicho beneficio. Este beneficio es verificable –dice la norma en cita– al analizar si las prestaciones ejecutadas sirvieron para satisfacer un interés público”²⁰⁰.

Finaliza el último autor aludido, “se propone que la nulidad del contrato público por falta de planificación se respalde en la causal de desviación de poder, en la medida en que las fallas de planeación irrumpen el correcto actuar administrativo a fin de desencaminar el logro de sus objetivos”²⁰¹, pareciendo acotar su postura para los contratos en los cuales confluyen connivencias espurias entre funcionario y contratista, pues es el único escenario donde puede verificarse una desviación de la finalidad pública, persiguiéndose fines distintos a los que surgen de las normas atributivas de competencia.

Siguiendo con la doctrina extranjera (Brasil), se ha expresado que “si el procedimiento es lícito, conveniente y oportuno, será aprobado, cobrando eficacia y

¹⁹⁹ Perdomo, Jaime Vidal, *La adjudicación: vicios*, en “Contratos públicos”, Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Mendoza, 1980, p. 423.

²⁰⁰ Sandoval Peña, Víctor A., *Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación*, “Revista de Derecho Público”, n° 35, Universidad de los Andes, Colombia, 2015.

²⁰¹ Sandoval Peña, *Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación*.

configurando un vínculo obligacional, que no es todavía el futuro contrato de suministro, prestación de servicios o ejecución de obras, sino una simple promesa de contrato. Si el procedimiento presenta vicios de legalidad, deberá ser anulado. Si es lícito, pero inconveniente o inoportuno, podrá la Administración optar por su revocación”²⁰².

Sayagués Laso (Uruguay), por su parte, entiende que “las reglas expuestas al estudiar los actos administrativos son, en general, aplicables a los contratos administrativos, tomando debida cuenta de las particularidades de estos en cuanto a sus elementos esenciales”²⁰³.

Paradigmática resulta la postura de Sarmiento Acosta (España), quien afirma “que pretender impugnar un acto o acuerdo administrativo directamente ante los órganos jurisdiccionales, en muchos casos, no pasa de ser una frivolidad, un mero resabio dogmático, que desconoce lo que realmente sucede día a día en la Administración y en el Poder Judicial. La cuantía de un proceso judicial, la lentitud, el tecnicismo, la solemnidad, producen más que la adhesión, el rechazo de muchos particulares que prefieren perder por el abuso, que perder por la justicia porque saben que ésta última pérdida es, a veces, más onerosa, aunque dicho así pueda parecer extraño”²⁰⁴.

Para García de Enterría y Fernández, la selección de los contratistas privados de la Administración ha remitido siempre, como regla general, a fórmulas de licitación pública con las cuales pretendía garantizarse tanto la igualdad de los particulares como la obtención por la Administración, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público. Agregan que dichas fórmulas han partido tradicionalmente del común respeto a los principios de publicidad de la licitación y secreto de las proposiciones²⁰⁵.

Explica Vedel, que en Francia se reconoce la posibilidad de que la Administración pueda revisar sus propios actos, previéndose que la impugnación de actos administrativos pueda ser revisada mediante los recursos administrativos –gracioso y jerárquico– como también mediante los recursos contencioso-administrativos. Los primeros, propios de la misma Administración, y los segundos, del conocimiento de los tribunales respectivos, sin que necesariamente haya que cumplir previamente la etapa administrativa de reclamación para interponer los recursos contenciosos²⁰⁶.

²⁰² Dallari, Abreu Adilson, *Vicios de la adjudicación en el procedimiento licitatorio*, en “Contratos públicos”, p. 442.

²⁰³ Sayagues Laso, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo-Bs. As., B. de F., 2005, p. 206. Agrega el citado autor en la nota al pie 108 que: “Frente a una concesión de servicio público a término, cuya prórroga por inercia no fue autorizada por el Parlamento, pactándose en vía administrativa un *modus vivendi* especial cumplido durante más de veinte años, se declaró que el convenio debía considerarse valedero y producir efectos, incluso en las exoneraciones impositivas que establecía, a pesar que éstas requerían ley: Trib. Apel., 2º turno, 22/6/17, Jurisp., t. 8, p. 523, nº 2302”.

²⁰⁴ Sarmiento Acosta, Manuel J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1996, p. 35 a 49.

²⁰⁵ García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Bs. As., Thomson Civitas, 2006, p. 719.

²⁰⁶ Vedel, Georges - Devolve, Pierre, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, t. II, 12ª ed., París, 1992, p. 28 a 30.

En Chile, uno de los progresos más significativos en lo tocante a la irregularidad de los actos administrativos, y que además se condice con el principio de conservación de las decisiones administrativas, lo concreta la doctrina de los actos irregulares pero válidos, especialmente con la consagración de que ante terceros de buena fe que han consolidado situaciones jurídicas subjetivas basadas en dichas resoluciones, estas no pueden ser invalidadas. En general, el fundamento de tal doctrina se encuentra en el respeto hacia la buena fe, la certeza o seguridad jurídica y, en algunos casos, también al concurrente principio de confianza en el actuar legítimo de la Administración²⁰⁷.

Algún otro autor mexicano refiere que puede decirse que el acto administrativo es un medio para atender al interés social confiado a la Administración –por tanto, subordinado y conducente a que este se realice en las mejores condiciones–. Es así que la *ratio* y *principia essendi* del acto debe responder a los valores, necesidades y principios que exigen la comunidad y, secundariamente, el gobierno²⁰⁸.

En este sentido, también se dijo, que tratándose de negocios jurídicos relativos a la validez o invalidez de los actos y contratos administrativos, la autoridad jurisdiccional tiene como punto de partida por supuesto la norma habilitante de la facultad ejercida por la autoridad administrativa, pero también debe tener la posibilidad de morigerarla a partir del fin teleológico del propio acto administrativo y su concreción en el caso concreto, para que, así, le permita colocarse en una posición más cercana a una verdadera impartición de justicia administrativa y no a una mera declaración de la legalidad administrativa²⁰⁹.

Jeze, por su parte, cuando se refiere a la adjudicación irregular como vicio del procedimiento, explica “que los agravios que pueden alegarse contra la adjudicación son todas las irregularidades cuyo efecto viola uno de los tres principios establecidos esenciales de adjudicación: publicidad, competencia e igualdad entre los presentantes. Por lo general, es este último principio el que constituirá el objeto del agravio”²¹⁰.

Resulta interesante a estos fines, replicar las conclusiones de Romieu (Cons. de Est., 30 de marzo de 1906²¹¹) quien expresa: “¿sobre qué argumentos puede fundarse el recurso por exceso de poder tendiente a la anulación de una adjudicación y entablado por un competidor no proclamado? Puede fundarse en el hecho de que se ha proclamado adjudicatario a un participante que no se hallaba en el primer puesto, que no se había propuesto la mayor rebaja de precio, o en el hecho de que se ha

²⁰⁷ Conf. Riveros, Jorge Reyes, *Invaldación de actos administrativos*, Santiago de Chile, Lexis-Nexis, 2002, p. 180 y 181.

²⁰⁸ Ortiz Reyes, Gabriel - Tron Petit, Jean Claude, *La nulidad de los actos administrativos*, 2ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 63.

²⁰⁹ Béjar Rivera, Luis J., *Finalidad y desviación de poder en los actos y contratos administrativos: ¿Ilegalidad o inmoralidad administrativa?*, “Cuadernos Críticos del Derecho”, 1-2016, disponible en: www.liberlex.com/archivos/II_monog_DCCP-desvia.pdf.

²¹⁰ Jeze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, Bs. As., Depalma, 1950, p. 125., trad. directa de la 3ª ed. francesa *Les principes généraux du droit administratif*, Marcel Giard, París, 1934, por Julio N. San Millán Almagro.

²¹¹ Ballande, p. 281 (nota al pie 218), en Jeze, *Principios generales del derecho administrativo*.

excluido injustamente al primero de la lista (Cons. de Est., 21 de marzo de 1890²¹²). Puede fundarse, en segundo lugar, en la violación de las reglas de la adjudicación: se ha proclamado adjudicatario al candidato que ocupaba el primer puesto, pero se han violado en su favor las reglas de la adjudicación. Se ha sostenido, es verdad, que las reglas y las formas de las adjudicaciones se han establecido únicamente en interés financiero de la Administración, y de ahí se ha concluido que los participantes de la adjudicación no podían prevalerse de las irregularidades cometidas²¹³.

También manifiesta el autor francés citado, que “la jurisprudencia del Consejo no ha admitido que una irregularidad cualquiera pueda entrañar la nulidad de una adjudicación. El Consejo tampoco ha creído necesario establecer, en principio, que toda adjudicación en la que se hayan violado las formalidades esenciales debe declararse nula, sin que haya que determinar si la violación de estas formas ha influido sobre las relaciones recíprocas de los empresarios²¹⁴.”

Empero, resulta interesante el distinto enfoque que se señalará a continuación y que, tal vez, ilustra de modo acabado el objetivo de la presente investigación, pues tanto nuestra Corte Suprema como la doctrina, en general, han posado sus ojos y la responsabilidad consecuente presuponiendo un deber de diligencia mayor en los proveedores estatales que el exigido a los propios funcionarios públicos, y aún, cuando estos puedan ser pasibles de la debida responsabilidad disciplinaria, dicha perspectiva no resuelve el entramado de promesas y requerimientos a fin de lograr una prestación específica sin el debido proceso legal que justifique la calificación de contrato.

Se ha dicho que en el Derecho Administrativo francés se admiten con normalidad algunos acuerdos celebrados por la Administración con particulares, a pesar de no ser válidos, en caso de que esta actúe apartándose de las normas regulatorias, produciéndose así una especie de compensación a favor del particular, quien obtiene una indemnización en lugar de beneficiarse por el cumplimiento del acuerdo. Se agrega que, como la nulidad de cualquier contrato tiene como consecuencia la devolución recíproca de las prestaciones que ya se hubiesen cumplido, o de su equivalente económico, lo que importa determinar es si la Administración, a pesar de devolver las prestaciones recibidas, debe indemnizar al otro contratante privado por los daños y perjuicios sufridos²¹⁵.

Siguiendo este último autor, la doctrina francesa habla de acuerdos (bilaterales) o promesas (unilaterales) que la Administración efectúa para obtener prestaciones de los particulares, por lo que en muchos casos son promesas enlazadas sinalagmáticamente con las de otro contrato²¹⁶. Precisa además, que “la doctrina asume implícitamente que, si tales promesas fueran válidas, muchas de ellas serían contratos,

²¹² Caillete, p. 495 (nota al pie 218) en Jeze, *Principios generales del derecho administrativo*.

²¹³ Gris, p. 1085 (nota al pie 218), en Jeze, *Principios generales del derecho administrativo*.

²¹⁴ AUCOC, “Conférences”, t. II, p. 637 (nota al pie 220), en Jeze, *Principios generales del derecho administrativo*.

²¹⁵ Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Civitas, 1998, p. 216.

²¹⁶ André, *La responsabilité de la puissance publique du fait du diverses formes d'engagement non contractuels de l'Administration*, AJDA, 1976, p. 20 y ss., cit. en Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, p. 218.

cuando señala la responsabilidad patrimonial de la Administración como un efecto sustitutivo de la responsabilidad contractual, a la que apunta el tenor literal de muchas tales promesas”²¹⁷.

Finaliza, en lo que aquí interesa, manifestando que “la responsabilidad de la Administración, aunque extracontractual, es el supuesto típico de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, es decir, la responsabilidad de la parte que conocía la existencia de una causa de invalidez del contrato, por los daños que la invalidez ocasiona a la otra parte”²¹⁸.

CAPÍTULO IV

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

§ 13. *México*. El art. 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) prevé: “se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales: a) Incompetencia del funcionario que la haya dictado, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución. b) Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso. c) Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada. d) Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto. e) Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades”²¹⁹.

Seguidamente, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público²²⁰, en su art. 54 bis, prevé: “la dependencia o entidad podrá dar por terminados anticipadamente los contratos cuando concurren razones de interés general, o bien, cuando por causas justificadas se extinga la necesidad de requerir los bienes o servicios originalmente contratados, y se demuestre que de continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas, se ocasionaría algún daño o perjuicio al Estado, o se determine la nulidad de los actos que dieron origen al contrato, con motivo de la resolución de una inconformidad o intervención de oficio emitida por la Secretaría de la Función Pública. En estos supuestos la dependencia o entidad reembolsará al

²¹⁷ Laudaberé, *Droit publique économique*, 3ª ed., París, 1979, p. 439; Puyaud, *La Nullité de les contrats administratifs*, París, 1991, p. 225, cit. en Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, p. 218.

²¹⁸ Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*.

²¹⁹ www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/ley-federal-de-procedimiento-contencioso-administrativo#29090.

²²⁰ www.ordenjuridico.gob.mx/leyes.php. En la ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas se observa idéntico criterio en su art. 60. Diario Oficial de la Federación 4/1/00, última reforma DOF 13/1/16.

proveedor los gastos no recuperables en que haya incurrido, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato correspondiente”.

§ 14. *España*. En España se dictó el Real Decreto Legislativo nº 3/2011, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público²²¹ –norma dictada por delegación en atención a la motivación que le diera sustento²²²–. La aludida norma ha sido recientemente derogada por la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público por la que se traspusieron al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE²²³.

En el art. 32 del citado texto derogado, se expresa: “Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: a) Las indicadas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992²²⁴, de 26 de noviembre. b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 60. c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta ley, salvo los supuestos de emergencia”.

Mientras que el art. 39 de la norma vigente prevé: “1) Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. 2)

²²¹ BOE 276, 16/11/11, p. 117.729 a 117.914, referencia: BOE-A-2011-17887.

²²² BOE 285, 27/11/92, p. 40.300 a 40.319, referencia: BOE-A-1992-26318. Se aclara en el texto que: “La disposición final trigésima segunda de la ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, autoriza al gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos. Dicha habilitación tiene su razón de ser en la seguridad jurídica, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen de 29 de abril de 2010, al recomendar la introducción, en el texto del anteproyecto de modificación de la ley 30/2007, de 30 de octubre, sometido a dictamen, de una disposición final que habilitara al gobierno para la realización de un texto refundido, con el alcance que se estimara por conveniente. Efectivamente, la sucesión de leyes que han modificado por diversos motivos la ley 30/2007 unido a la existencia de otras normas en materia de financiación privada para la ejecución de contratos públicos incluidas en otros textos legislativos, pero de indudable relación con los preceptos que regulan los contratos a los que se refieren, aconsejan la elaboración de un texto único en el que se incluyan debidamente aclaradas y armonizadas, todas las disposiciones aplicables a la contratación del sector público”.

²²³ BOE 126, 24/5/18, p. 54.197, referencia: BOE-A-2018-6892.

²²⁴ Art. 62.1 de la ley 30/1992 –derogada–, que prevé: “1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”.

Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes: a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 71. b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta ley, salvo los supuestos de emergencia. c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el 'Diario Oficial de la Unión Europea' o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el art. 135. d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurran los dos siguientes requisitos: Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y, que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta. e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los arts. 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto. f) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador. g) El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al art. 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

El art. 42 del régimen en análisis determina, en lo que aquí interesa respecto de los efectos de la nulidad, lo siguiente: “1) La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. 2) La nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias. 3) Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio. 4) Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el art.

71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Asimismo, en el texto derogado supra citado se conferían facultades discrecionales a la Administración a fin de que decidiera la continuidad de los efectos del contrato²²⁵.

El Capítulo IV del Título III del Libro de la Ley de Contratos del Sector Público (LCAP) regula con especial detalle, aunque con fortuna diversa, el tema de la invalidez de los contratos, comenzando por establecer en su art. 61 que “los contratos regulados en la presente ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación”. En cualquier caso, declarada la nulidad del contrato o de alguno de sus actos preparatorios, las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo previa liquidación correspondiente y, si esto no fuere posible, habrán de devolverse su valor, todo ello sin perjuicio de la facultad que el art. 63.5 de la LCAP reconoce al órgano administrativo competente para acordar su continuación, bajo las mismas cláusulas, de los efectos del contrato en caso de grave trastorno para los servicios públicos hasta tanto se adopten las medidas necesarias para evitar dicho trastorno²²⁶.

Dicha potestad de continuar la ejecución del contrato a fin de evitar un trastorno grave o significativo a la sociedad continúa incólume en la ley vigente.

También, en el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 34/2010 creó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuya competencia comprende a las impugnaciones relacionadas con la actividad contractual del Sector Público estatal²²⁷.

Dentro del complejo entramado de atribución de competencias en el país ibérico, lo que redundaba en la creación de entidades autónomas y otrora autárquicas, una particular propuesta –a nuestro juicio acertada–, resuelve en la Comunidad Autónoma de Galicia aprobar una ley²²⁸ de medidas fiscales y administrativas que autoriza en art. 36 al Consejo de la Junta para que, por propuesta de la Consejería de Facenda y

²²⁵ En el art. 38: El órgano competente para declarar la nulidad, sin embargo, podrá no declararla y acordar el mantenimiento de los efectos del contrato, si, atendiendo las circunstancias excepcionales que concurran, considera que existen razones imperiosas de interés general que lo exijan. Sólo se considerará que los intereses económicos constituyen las razones imperiosas mencionadas en el primer párrafo de este apartado en los casos excepcionales en que la declaración de nulidad del contrato dé lugar a consecuencias desproporcionadas. Asimismo, no se considerará que constituyen razones imperiosas de interés general, los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión, tales como los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato o de las obligaciones jurídicas derivadas de la nulidad. La resolución por la que se acuerde el mantenimiento de los efectos del contrato deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante previsto en el art. 53 de esta ley.

²²⁶ Conf. García de Enterría - Fernández, *Curso de derecho administrativo*, t. I, p. 768.

²²⁷ Ver Lazo Vitoria, Ximena, *Nuevas fórmulas de control de la actividad contractual del sector público*, en Alonso Regueira, Enrique (dir.), “Control de la actividad estatal”, t. I, Bs. As., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), 2016, p. 564.

²²⁸ Ley 15/2010 del 28 de diciembre. Liñeira Piñeiro, José, *Cuestión de nulidad en la ley de contratos del sector público*, “Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia”, n° 6, 2011, p. 177.

respetando la legislación básica, se cree el órgano colegiado independiente para el conocimiento y resolución de las cuestiones de nulidad formuladas y de los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

§ 15. *Colombia*. Se ha regulado la cuestión de la nulidad del contrato por violación al principio de planeación²²⁹ –decreto 1510 de 2013– expresándose que el contrato estatal tiene un objeto ilícito cuando no se cumple con el principio de planeación. Aunque no todas las falencias de planeación del contrato implican la nulidad del mismo por ilicitud en su objeto, cuando hay falencias que desde el momento de la celebración del contrato ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución del contrato no podrá cumplirse, el contrato es nulo por objeto ilícito al faltarse al principio de planeación.

§ 16. *Alemania*. El principio general de la anulación radica en que los actos administrativos ilegales (irregulares) deben ser retirados (anulados), siendo que el art. 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo prescribe que un acto administrativo irregular puede ser objeto de un retiro (anulación) total o parcial con efecto para el futuro o para el pasado, aunque haya devenido inimpugnable²³⁰.

Seguidamente, el inc. 2 del art. 48 referido prevé: “un acto administrativo irregular que acuerda una prestación material fraccionable o una prestación en especie única o periódica, o que sea la condición para hacerlo, no puede ser anulado cuando el beneficiario confió en su mantenimiento y su confianza, puesta en comparación con el interés general relacionado con el acto, merece protección. La confianza es en principio merecedora de protección si el beneficiario ha consumido las prestaciones otorgadas o si hizo una disposición patrimonial que no puede modificar o no podría modificar más que al precio de perjuicios sostenibles”²³¹.

En el portal de la Unión Europea²³², se expresa que los poderes públicos solo pueden adjudicar contratos sin publicar un anuncio de licitación en casos muy concretos: a) emergencias debidas a acontecimientos imprevistos; b) contratos que, por razones técnicas o debido a derechos exclusivos, solo pueden ejecutarse por una determinada empresa; c) contratos excluidos por ley de la contratación pública (adquisición/alquiler de edificios existentes, contratos de trabajo, material de programas para difusión, etc.).

Seguidamente prevé, que en razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no

²²⁹ www.sintesis.colombiacompra.gov.co/normatividad/documento/14049.

²³⁰ Maurer, Harmut, *Droit administratif allemand*, trad. de Michel Fromont, París, 1995, cit. en Coviello, Pedro J. J., “La protección de la confianza del administrado”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2004, p. 60.

²³¹ Coviello, *La protección de la confianza del administrado*, p. 61.

²³² http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_es.htm#Thresholds-EU-rules.

imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generará más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter único del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación. Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional²³³.

§ 17. *Italia*. El art. 1338 del Código Civil prevé: “Conocimiento de las causas de invalidez. La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no lo haya comunicado a la otra parte, debe resarcir el daño sufrido por ésta por haber confiado, sin culpa, en la validez del contrato”²³⁴.

§ 18. *Gran Bretaña*. Podemos referir el Reglamento de Contratos Públicos²³⁵ –y particularmente a las nulidades–, que establece como uno de los motivos de la petición de declaración de ineficacia del contrato que este haya sido adjudicado sin publicación previa de un anuncio de contrato en cualquier caso en el que se requiera la publicación previa de un anuncio de licitación²³⁶.

Seguidamente, prevé que cuando se produzca una declaración de ineficacia, se considerará al contrato como ineficaz de forma prospectiva, pero no retroactivamente. Por lo tanto, es ineficaz desde el momento en que se efectúa la declaración y, por consiguiente, no se cumplirán las obligaciones derivadas del contrato que hasta ese momento no se hubieran cumplido.

La normativa aludida prescribe en qué casos podrá no declararse la ineficacia del contrato: esto es, si el Tribunal de Justicia considera que razones imperiosas de interés general exigen que se mantengan los efectos del contrato. A tal efecto, los intereses económicos en la eficacia del contrato solo pueden considerarse razones imperiosas si, en circunstancias excepcionales, la ineficacia conduce a consecuencias desproporcionadas. No obstante, los intereses económicos directamente vinculados

²³³ Conf. directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26/2/14 sobre contratación pública y por la que se deroga la directiva 2004/18/CE (texto pertinente a efectos del EEE): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1415180510261&uri=CELEX:32014L0024>.

²³⁴ Art. 1338: “Conoscenza delle cause d’invalidità. La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto (1418 e seguenti), non ne ha dato notizia all’altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto” (1308) www.notarfor.com.ar/codigo-civil-italia/articulo-1338.php.

²³⁵ These Regulations may be cited as the Public Contracts Regulations 2015: www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/regulation/1/made.

²³⁶ The Public Contracts Regulations 2015, art. 100: “There are three grounds for ineffectiveness. The first ground (2) Subject to paragraph (3), the first ground applies where the contract has been awarded without prior publication of a contract notice in any case in which Part 2 required the prior publication of a contract notice” www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/regulation/99/made.

al contrato no pueden constituir razones imperiosas de interés general. A tal fin, los intereses económicos directamente vinculados al contrato incluyen: *a)* los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato; *b)* los costes derivados del inicio de un nuevo procedimiento de contratación pública; *c)* los costes resultantes del cambio de operador económico que ejecuta el contrato; y *d)* los costes de las obligaciones jurídicas resultantes de la ineficacia. A los efectos de la letra *b*, se podrán aducir razones imperiosas para exigir que los efectos del contrato se mantengan aunque no impliquen que el Tribunal se abstenga de acortar la duración del contrato²³⁷.

CAPÍTULO V

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

§ 19. *Francia*. Interesa citar los casos siguientes.

a) Sentencia Consejo de Estado del 21/3/14 n° 358.994²³⁸. Se dijo en este caso que:

“Considerando que, para confirmar la anulación de la deliberación de 20 de noviembre de 2006 por la que la Comisión Permanente del Consejo General autorizó al Presidente de la Asamblea Departamental a firmar el contrato con la sociedad Sotral, el Tribunal Administrativo de Apelación de Burdeos enunció que al omitir consignar los datos requeridos en el apartado del anuncio de convocatoria de licitación pública dedicado a las vías de recurso, el departamento había vulnerado las obligaciones de publicidad y apertura a la competencia que le incumbían en virtud de las obligaciones del Reglamento de la Comisión, de 7 de septiembre de 2005, por el que se establecen los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con arreglo a las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ...sostiene que el anuncio de convocatoria de licitación pública publicado por el departamento de Tarn y Garona no contenía el apartado sobre las ‘Vías de recurso’, vulnerando lo dispuesto por el Reglamento de la Comisión de 7 de septiembre de 2005, no se desprende de los documentos obrantes en autos que dicha

²³⁷ The Public Contracts Regulations 2015, art. 100: 1. “Where the Court is satisfied that any of the grounds for ineffectiveness applies, the Court must not make a declaration of ineffectiveness if: *a)* the contracting authority or another party to the proceedings raises an issue under this regulation; and *b)* the Court is satisfied that overriding reasons relating to a general interest require that the effects of the contract should be maintained. 2. For that purpose, economic interests in the effectiveness of the contract may be considered as overriding reasons only if in exceptional circumstances ineffectiveness would lead to disproportionate consequences. 3. However, economic interests directly linked to the contract cannot constitute overriding reasons relating to a general interest. 4. For that purpose, economic interests directly linked to the contract include: *a)* the costs resulting from the delay in the execution of the contract; *b)* the costs resulting from the commencement of a new procurement procedure; *c)* the costs resulting from change of the economic operator performing the contract; and *d)* the costs of legal obligations resulting from the ineffectiveness. 5. For the purposes of paragraph 1. *b*, overriding reasons may be taken to require that the effects of the contract should be maintained even if they do not require the Court to refrain from shortening the duration of the contract by an order under regulation 102(3)(a)” www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/regulation/100/made.

²³⁸ Conf. www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2.

irregularidad, en las circunstancias del caso de autos, haya podido ejercer alguna influencia en el sentido de la deliberación impugnada o privar de alguna garantía a licitadores descartados, habida cuenta de que, además, la sociedad adjudicataria fue la única candidata; que, por consiguiente, el departamento de Tarn y Garona tiene fundamento para sostener que el Tribunal Administrativo de Toulouse yerra cuando para anular la deliberación de 20 de noviembre de 2006 se funda en la vulneración de las obligaciones de publicidad y apertura a la competencia que incumbían al departamento al no hacer constar los datos requeridos en el apartado sobre las 'Vías de recurso' del anuncio de convocatoria... , en último lugar, que con arreglo al segundo apartado del art. 57 del Código de Contratos Públicos por entonces vigente: 'El plazo de recepción de las ofertas no podrá ser inferior a 52 días contados desde el envío del anuncio de convocatoria de licitación pública...'; que si bien el Sr. A. ...sostiene que el departamento de Tarn y Garona vulneró dichas disposiciones al establecer el plazo de recepción de ofertas a las diecisiete horas del quincuagésimo segundo día subsiguiente al envío del anuncio de convocatoria de licitación pública, no se desprende de los documentos obrantes en autos, y ni siquiera se defiende, que candidato alguno se viera impedido de presentar válidamente su oferta por razón de la alegada reducción de unas pocas horas del plazo de recepción de ofertas, de 52 días; que, así pues, en las circunstancias del caso de autos, el vicio que se alega que afecta al procedimiento de adjudicación de la contrata no puede ni ejercer influencia alguna en el sentido de la deliberación impugnada ni privar a otros candidatos de garantía alguna; licitación pública”.

En el precedente supra indicado, a pesar de que se había vulnerado la reglamentación atinente a los medios de publicación que debía seguir el órgano público contratante, se resolvió que dicha infracción no perjudicaba a otros potenciales licitadores. Puede inferirse, entonces, que no siempre y ante cualquier vicio procederá la nulidad del contrato administrativo por adolecer de algún defecto el procedimiento de selección, debiendo estarse a la realidad fáctica y a la finalidad pública que se persigue con la contratación; cabría agregar también, a la efectiva correspondencia entre lo contratado y los precios de mercado y la correlativa satisfacción del interés público que se persigue con la contratación.

b) Sentencia del Consejo de Estado del 7/5/04²³⁹. Aquí dijo:

“Considerando que la anulación de un acto administrativo conlleva, en principio, que dicho acto tenga la consideración de no haberse producido nunca; que, no obstante, si bien resulta que ese efecto retroactivo de la anulación es proclive a conllevar consecuencias manifiestamente excesivas por razón tanto de los efectos que ese acto haya surtido y las situaciones que hayan podido constituirse durante su vigencia como del interés general que pueda adscribirse a un mantenimiento temporal de sus efectos, corresponde al juez administrativo (tras haber recabado a tal respecto las observaciones de las partes y examinado la totalidad de los motivos, de orden público o que se hayan invocado ante él, que puedan afectar la legalidad del acto en cuestión) sopesar, por un lado, las consecuencias de la retroactividad de la anulación para los diversos intereses públicos o privados que concurran y, por otro, los inconvenientes que una limitación temporal de los efectos de la anulación entrañaría, en atención al principio de legalidad y del derecho de los justiciables

²³⁹ http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/es/ViewRoot.asp?View=Html&DMo de=Html&PushDirectUrl=1&Item=12&fond=DCE_ES&texte=contrato+administrativo+anulaci%C3%B3n&Page=3&querytype=advanced&NbEltPerPages=4&Pluriels=False&Synonymes=False.

a una tutela efectiva; que corresponde al juez administrativo valorar, sopesándolos conjuntamente, si dichos elementos pueden justificar que, con carácter excepcional, se haga una salvedad al principio del efecto retroactivo de las anulaciones contenciosas y, de ser así, que prevea en su resolución anulatoria que, sin perjuicio de las acciones contenciosas incoadas a la fecha de dicha resolución contra los actos adoptados con fundamento en el acto en cuestión, la totalidad o parte de los efectos de dicho acto anteriores a su anulación tendrán la consideración de definitivos o incluso, en su caso, que la anulación no surtirá efecto hasta fecha ulterior que determine dicho juez”.

En este fallo, los magistrados elucubran una solución novedosa a la situación sometida a su jurisdicción, entendiendo que los efectos de la nulidad pueden ser sopesados por el juez administrativo, y eventualmente morigerados, poniendo un coto a la aplicación irrestricta de las normas que supeditan de modo apodíctico la sujeción al principio de legalidad sin consideración de los derechos de los justiciables. Para el caso, no puede soslayarse el planteo respecto a los efectos sobre los actos ejecutados del acuerdo, estableciendo una especie de irretroactividad de la anulación judicial sobre aquellos y precisando que deben ser considerados como definitivos. Tal matización de la nulidad y sus efectos configura la línea del planteo de la presente investigación en cuanto a la ponderación del sentido de justicia y la prevalencia de ciertos derechos por sobre la mera formalidad; ello por cuanto el apego de algunos jueces por un positivismo desapegado de la realidad da como resultado una sociedad desconfiada y un encarecimiento de los bienes y servicios.

Así, se ha dicho que “avanzar tras los propósitos diseñados en la esencia humana va dejando una ganancia jurídica que es adquirida por el hombre”²⁴⁰, de manera que el apego irrestricto a las formas en situaciones acaecidas puede degradar la confianza en el Estado, debiéndose incorporar al Derecho todas las enseñanzas que derivan de las prácticas estatales a través de la interacción con los administrados.

c) Sentencia de Consejo de Estado causa “Sodevam”. El comisario de Gobierno STIRN resume la jurisprudencia en la causa referida:

“Se produce la responsabilidad del poder público por culpa (*faute*), cuando promesas incumplidas, compromisos no respetados o indicaciones erróneas causan un perjuicio a quienes se han fiado de la palabra de la Administración... cuando más formales son las promesas hechas mayor es la responsabilidad. A su vez, ésta disminuye, y puede llegar a desaparecer, a causa, de un lado, de la imprudencia de la víctima, y, de otro, de la imprecisión de la voluntad expresada... La capacidad de conocimiento del interlocutor de la Administración constituye también un elemento de apreciación”²⁴¹.

§ 20. *España*. Obran los casos siguientes.

a) Sentencia del Tribunal Superior (Sala 3) de 11 de enero de 2013²⁴². En esta causa, de voto dividido, el núcleo esencial consistía en la posición de reconocer –o no– el abono del lucro cesante producido a la entidad mercantil recurrente, como

²⁴⁰ Fernández Sabaté, *Filosofía del derecho*, p. 376.

²⁴¹ Reproducida en Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, p. 219

²⁴² www.poderjudicial.es/search/.

consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato de gestión de un servicio público de depuración de aguas residuales por causas imputables única y exclusivamente a la Administración, al entender que la entidad adjudicadora era manifiestamente incompetente para adjudicar un contrato que se solapaba con otro de gestión, otorgado por un Ayuntamiento previamente existente.

Se dijo allí que:

“avanzando en el análisis de la cuestión sometida a nuestra consideración debemos tener presente que el contrato de gestión de servicio público que une a la Administración y al contratista es un contrato bilateral del que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes y durante todo el tracto sucesivo del contrato. La Administración está sujeta, al igual que el contratista, al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Del vínculo contractual surge la obligación del contratista de organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación, y la paralela obligación de la Administración de abonar la prestación económica y la revisión de la misma (ex art. 162 y 163 de Real Decreto Legislativo). La nulidad del contrato significa una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos, y al estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno, lo que se traduce en la inexistencia de las obligaciones contractuales antes citadas, mientras que la resolución del contrato supone el ejercicio de una potestad o prerrogativa que el legislador otorga a la Administración para dejar sin efecto unas obligaciones perfectamente válidas”.

El Tribunal Superior español resolvió, en voto dividido, confirmar la sentencia de la instancia anterior, rechazando la indemnización por lucro cesante pretendida ante la nulidad del contrato. Adviértase que se discute los efectos indemnizatorios de un contrato nulo, sin entrar en consideraciones como lo hace nuestra Corte Suprema acerca del derecho a un resarcimiento –sea daño emergente o no–, se hubiere planteado o no la teoría del enriquecimiento sin causa.

b) Dictamen del Consejo de Estado²⁴³. En esta oportunidad expresó el máximo órgano consultivo:

“como última reflexión, debe tenerse en cuenta que la eventual declaración de nulidad de un contrato, incluso de los menores, tiene los efectos previstos en el art. 35 de la LCSP. El Consejo de Estado (dictamen n° 3007/2003) ha entendido que la nulidad del contrato comporta la obligación de restitución recíproca de aquello que hubieran recibido en virtud del mismo y, si esto no es posible, han de devolver su valor. Para el caso, como parece ser el presente, en que antes de la declaración de nulidad se ha ejecutado el contrato por el contratista, este tiene derecho a ser resarcido, en la medida en que la Administración se aprovechó de las prestaciones recibidas, por aplicación del principio según el cual la nulidad no puede perjudicar a la parte que sin su culpa se ve afectada por ella y de la interdicción del enriquecimiento injusto. La Administración consultante debe abonar a las contratistas las prestaciones ejecutadas y, para el caso de que se proceda a la tramitación de un nuevo procedimiento de declaración de nulidad de los contratos menores mencionados, deberán liquidarse los contratos tras esa declaración y, en su caso,

²⁴³ Conf. dictamen 819/2014. www.boe.es.

indemnizar la parte culpable de la nulidad a la contraria de los daños y perjuicios causados”.

El texto resaltado remarca conceptualmente la propuesta de esta investigación, en cuanto a que resulta inadmisibles que el Estado se aproveche de prestaciones recibidas por el sujeto proveedor cuando éste no ha tenido participación alguna en la gestación de la nulidad; en todo caso, no debemos avalar la traumática jurisprudencia que pregona un supuesto conocimiento del vicio por parte del contratista en toda contratación. Alguna jurisprudencia ya se ha hecho eco de tal cuestión²⁴⁴.

§ 21. *Chile*. Sentencia de la Corte Suprema²⁴⁵. Dijo la Corte:

“La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada. ‘El acto invalidatorio será siempre impugnables ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario’. De la lectura de la disposición transcrita, se desprende que la invalidación es aquella sanción aplicable a los actos administrativos ilegales, esto es, que vulneren el principio de juridicidad establecido en los arts. 6 y 7 de la Constitución Política de la República y el art. 2 de la ley 18.575. La invalidación debe, necesariamente, hacerse cargo en su motivación de las normas particulares que determinan que ese preciso acto o contrato es nulo. En el caso de autos, a las normas sobre probidad administrativa, que son las que en la especie concretizan el mandato de los preceptos ya citados. Es así como la doctrina la ha definido como ‘la decisión adoptada por la Administración del Estado consistente en la pérdida de eficacia del acto administrativo por razones de su ilegalidad’ (Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho administrativo general*, 2014, p. 169). A lo anterior se agrega que la invalidación es una facultad discrecional de la Administración, una potestad de revisión de oficio que se puede ejercer –previo procedimiento administrativo– cuando se ha detectado un vicio de nulidad que no ha podido subsanarse, para efectos que el acto administrativo ilegal no produzca efectos. Incluso el autor Luis Cordero Vega la califica como una ‘facultad propia de la autotutela de la Administración’ (Cordero Vega, Luis, *Lecciones de derecho administrativo*, 2015, p. 295). Décimo Tercero: Que en efecto, el acto administrativo invalidado nació a la vida del derecho con un vicio que impidió que produjera efecto alguno, de manera que nada se adeuda a la demandante. Así lo ha precisado también una parte de la doctrina, señalando que ‘basar la adquisición de un derecho subjetivo nacido de un acto administrativo ilegítimo en la supuesta buena fe del beneficiario constituye una extrapolación incorrecta de un concepto eminentemente privatista y un contrasentido a partir de la ilegitimidad del acto y la presunción del conocimiento del Derecho’ (Bermúdez Soto, *Derecho administrativo general*, p. 172)”.

En el fallo citado, el máximo Tribunal del país trasandino parece supeditar la decisión de la nulidad a una facultad discrecional del órgano administrativo, quien a la postre podrá resolver si declara o no aquella nulidad; empero, una vez declarada, entiende que ningún concepto indemnizatorio se le adeuda a la contraparte pública.

§ 22. *Uruguay*. Sentencia de la Suprema Corte²⁴⁶. Previó que:

²⁴⁴ Cardaci Mendez, Ariel - Dubinski, Guido, *Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)*, LL, 2010-F-169.

²⁴⁵ Tercera Sala, 15/3/16, fallo 24.756-2015, <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl>.

²⁴⁶ N° 232/2001, 26/10/01, <http://bjn.poderjudicial.gub.uy>.

“ha de partirse del concepto de que la contratación administrativa se rige por reglas o principios de derecho público –al menos en principio– y no por el derecho privado. Y entre esos principios propios –según enseña Sayagués (*Tratado de derecho administrativo*, t. I, 7ª ed., p. 417 y ss.)– aparece la existencia de un régimen particular de nulidad de los actos administrativos elástico y abierto a los distintos intereses a contemplar en cada caso por el juez. Como se señalara en S. n° 899/94: En los casos de revocación por ilegitimidad se deberá tener en cuenta el grado de participación del interesado en el error administrativo: a) Quien deliberadamente induce en error a la Administración debe soportar las consecuencias de su acción, b) Es injusto que el error de derecho de la Administración y que constituye una falta de servicio produzca sus consecuencias lesivas irreparables sobre el particular no culpable (Real, Alberto Ramón, *Extinción del acto administrativo creador de derechos*, Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XI, n° 1-2, p. 95, cit. a fs. 386)... De allí que sea insuficiente la sola constatación de vicios o irregularidades que alteren la legitimidad para señalar la invalidez del acto o del contrato. Lo cual es avalado por el art. 309 de la Carta, del que surge que todo acto administrativo que contraría a una regla de derecho es pasible de ser anulado pero no nulo *ipso jure* lo que obliga a evaluar si la entidad de los vicios que aquejan al contrato de autos, revisten una magnitud digna de acarrear su invalidez. Valoración que debe hacerse a la luz de la gravedad del perjuicio padecido por quienes sufragan a favor de la nulidad del contrato en que se apoya el conflicto de autos. En tal sentido la doctrina explica que, a pesar de que el acto puede estar resentido por diversos vicios, puede no ser anulable si no se ha lesionado el derecho o el interés mencionado por el impugnante (Cfme. Giorgi, H., *El contencioso administrativo de anulación*, p. 68 y 140)... Como se sostuvo en S. n° 146/98, citando expresiones de Enrique Sayagués Laso en *Tratado de derecho administrativo*, t. I: La regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado, es un principio general y por lo tanto rige también en el derecho administrativo (p. 570). Esto es, ley entre las partes y todos ellos... deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley (art. cit., inc. 2°)”.

El Tribunal uruguayo consideró que debe ponderarse la actitud de la cocontratante de la Administración y el eventual conocimiento del vicio que pudiese tener sobre aquella vinculación jurídica, aduciendo, además, que aun ante diversos vicios puede no decretarse necesariamente la anulación del contrato.

§ 23. *Colofón de la jurisprudencia citada.* En la mayoría de los casos se hace hincapié en que la potestad anulatoria constituye una facultad discrecional del órgano administrativo y que este puede, en virtud de ello, disponer la revocación sea en su propia sede o a través de la pertinente anulación en la justicia, o bien resolver sobre la continuidad de la prestación.

Lo expuesto difiere, sin embargo, de la legislación y jurisprudencia imperante en nuestro país por cuanto la exégesis del art. 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos impone el deber a la Administración Pública de revocar o sustituir los actos nulos de nulidad absoluta en sede su propia sede (sea porque aún no se han consolidado derechos subjetivos o por la presuposición de que el administrado conocía aquel vicio, por aplicación de la doctrina de la Corte en las causas “Almagro” y “Rincón de los Artistas” supra citados, y doctrina acorde), o eventualmente, mediante la acción de lesividad pertinente requerir a la magistratura la anulación judicial a fin de impedir los efectos aún pendientes del contrato.

En este sentido, los fallos aludidos son contestes en señalar la correspondencia de indemnizar al cocontratante público, aun cuando se discuta en algunos casos si corresponde o no el lucro cesante o solo los daños y perjuicios, no aclarándose en este último caso, si dicha indemnización abarca solo el valor de las prestaciones ejecutadas o el valor de lo acordado (costo más ganancia), lo cual, vale decirlo, resultaría razonable.

Cabe indicar además, que nada se dice respecto a los efectos cumplidos de los contratos, pues si la nulidad tiene efectos *ex tunc* los eventuales pagos efectuados por el Estado en virtud de prestaciones periódicas, ejecutadas de conformidad, carecerían de causa y deberían ser reclamados en función de un posible perjuicio al erario público, debiéndose, a todo evento, compensarse con las sumas que integren el costo de la prestación para el contratista. En resumen, la compensación operaría por lo facturado contra el aludido costo.

Ello, constituye una faceta más de la inconsistencia de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa a los contratos nulos, por cuanto no se ha conseguido determinar las consecuencias prácticas que devienen sobre los actos cumplidos de los contratos; en efecto, cabe preguntarse, si corresponde la asignación de efectos distintos a los actos contractuales que contemplan obligaciones sinalagmáticas ejecutadas (aun no declarada la nulidad) –derechos subjetivos cumplidos para el caso–, de los casos de obligaciones parcialmente cumplidas por una parte –como el caso del proveedor que efectúa su contraprestación, restando únicamente el pago del Estado–.

Podría suceder en consecuencia, que un mismo proveedor reciba pagos dentro de un mismo contrato por prestaciones ejecutadas, y, luego de declarada la nulidad, el resto de las prestaciones pendientes de pago le sean abonadas conforme la doctrina del enriquecimiento sin causa, situación anómala si las hay.

En suma, se impone el interrogante acerca de si las prestaciones o derechos subjetivos cumplidos (no en cumplimiento) merecen el mismo tratamiento que los parcialmente cumplidos, en cuyo caso, el Estado, debería propender al recupero de las sumas abonadas sin causa y en lo que exceda del empobrecimiento del proveedor.

CAPÍTULO VI

ARGUMENTOS TENDIENTES A REGULAR LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS

A. Realidad contractual. Situaciones

§ 24. *Introducción.* Hasta aquí nos hemos explayado sobre normativa, jurisprudencia y doctrina de distintos países, exponiendo algunas ideas neurálgicas, para desentrañar y exponer la crítica que aquí efectuamos a la doctrina sentada por la Corte y seguida por ciertos autores.

Seguidamente, analizaremos en este capítulo el panorama que se impone –a nuestro entender– en la Administración Pública y/o en cualquier sujeto público estatal en el marco de la ejecución de contratos administrativos portadores de vicios invalidantes, como así también, aquellos supuestos en los cuales las prestaciones

requeridas por organismos estatales en ejercicio de la función administrativa carezcan de toda formalidad.

De modo previo, huelga aclarar que el marco delimitado de la presente investigación –tal como hemos expresado anteriormente– excluye las situaciones de connivencia dolosa entre proveedores y funcionarios del Estado, mediante las cuales se pactan prestaciones determinadas, recibiendo el funcionario público una retribución prohibida por la ley por parte del contratista, pues ello conlleva un delito penal²⁴⁷; ello, aun cuando los precios acordados sean los de mercado, pues se persigue conscientemente la idea de perjudicar a otros proveedores y se viola la legalidad objetiva que debe acompañar a la actividad administrativa.

Claro está, que la exorbitancia de los precios acordados dará como resultado, también, la consecución de un delito penal –además de los ya señalados– como el de estafa²⁴⁸. En consecuencia, todos los supuestos y las consideraciones volcadas en esta investigación dejan fuera del análisis a aquellos casos en los cuales confluye subrepticamente el dolo, mediante la conjugación de voluntades conniventes a fin de evadir, con conocimiento e intención, la legalidad y enriquecerse de modo indebido a costa del erario público.

Distinto es el caso en el cual el proveedor no tiene conocimiento acerca del vicio, o bien, no está en su ánimo perjudicar de algún modo al erario público, ni existen intereses particulares distintos a los que dimanan de la prestación que se le requiere.

No obstante lo expuesto, pueden darse situaciones en las cuales no hay connivencia o situación irregular para evadir las formas, sino un posible desconocimiento del órgano de compras sobre la normativa aplicable²⁴⁹, verificándose una necesidad funcional de continuar con la ejecución de un contrato vencido o la obtención de un bien o servicio, para poder satisfacer de modo acuciante determinadas funciones esenciales del Estado.

La única verdad es la realidad y, en función de esta, no puede desconocerse en la práctica administrativa, que los procedimientos selectivos, en algunos casos,

²⁴⁷ Los arts. 256, 256 bis y 258 del Código Penal prevén, respectivamente: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”, “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones”, “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo”.

²⁴⁸ Ver cita de *Fallos*, 321:174, donde se prorrogó el contrato fijando un precio máximo que significaba un incremento del 858% del precio original.

²⁴⁹ Dubinski, Guido J., *Contralor de la función administrativa en la celebración de los contratos públicos*, Alonso Regueira, Enrique (dir.), “Control de la actividad estatal”, t. I, Bs. As., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho, UBA, 2016, p. 497 a 507.

conlleven tiempos de sustanciación distintos a los necesarios para la contratación a término para la prestación de un servicio o la adquisición de un bien determinado, sea por propia ineficiencia de los órganos que componen la estructura estatal, o bien, por la propia ineficacia de los proveedores del Estado, dentro del necesario marco burocrático en el cual se desenvuelve el procedimiento de selección del contratista del Estado para justificar la transparencia como ícono de la propia Administración.

En efecto, podemos mencionar servicios esenciales para la debida ejecución de las tareas de los funcionarios –indirectas tal vez con relación al interés público final–, tales como servicios de limpieza de organismos o de acarreo de bultos, mantenimiento de ascensores, de equipos de aire acondicionado o de seguridad, por citar algunos; del mismo modo, en cuanto a los bienes, más manifiesto resulta el contraste, puesto que medicamentos, alimentos, mobiliario escolar, insumos para impresoras, resmas de papel, computadoras o mobiliario de oficina (por enumerar algunos) constituyen cabales ejemplos de necesidades básicas para la satisfacción de necesidades generales de la población a través de la ejecución de las funciones esenciales del Estado.

Así, también se ha expresado que:

“sea pues por encontrar la contratación directa amparo en alguna de las causales previstas como de excepción –frecuentemente sin fundamentos de hecho que habiliten a hacerlo– o por acudirse a mecanismos tales como los legítimos abonos, la utilización de fondos rotatorios, las contrataciones celebradas por caja chica o a través de la administración de fondos fiduciarios, lo concreto es que en la realidad administrativa el principio general de la licitación pública como procedimiento de selección al que la CSJN ha hecho referencia no tiene real incidencia”²⁵⁰.

En virtud de ello, diversas situaciones pueden verificarse, a saber:

a) Requerimiento de suministros por el órgano estatal sin licitación cuando la norma lo requiere, sea por contratación directa o sin ella²⁵¹. Puede suceder que el funcionario público, con el ánimo de ejecutar presupuesto, en atención al programa de contrataciones que debe respetar –y que, además, debe formular anualmente²⁵²– y en atención a la existencia de necesidades objetivas que no admiten dilación, requiera un suministro a fin de ejecutar de la mejor manera la función administrativa del órgano –por ejemplo, la falta de limpieza de un organismo, o la falta de papel puede entorpecer o imposibilitar la debida labor de los empleados públicos–. La pregunta que

²⁵⁰ Rejtman Farah, Mario, *Desencuentros entre la Corte Suprema y la Administración Pública en materia de contrataciones administrativas*, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario, La Ley, agosto 2010, p. 203.

²⁵¹ El tema adquiere actualidad de modo permanente, ver “La Nación”, 4/7/12, “Piden explicaciones a Macri por supuestas irregularidades en el Metrobús y las bicis”. Allí se lee: “Los contratos más altos llegarían con los proyectos más ambiciosos para el transporte porteño. En 2008 realizaron el estudio sobre el desarrollo del proyecto ‘Mejor en Bici’, que consistía en el diseño de los carriles exclusivos para las bicicletas y la ubicación de las estaciones. En 2010, con el programa ya desarrollado, la firma AT fue contratada para proveer e instalar delineadores ‘reflectivos y retráctiles’ en las bicisendas por \$ 2 millones. Las compras se realizaron sin licitación, mediante dos contrataciones directas”.

²⁵² Conf. art. 6 del decreto delegado 1023/2001 que establece: “Programación de las Contrataciones. Cada unidad ejecutora de programas o proyectos formulará su programa de contrataciones ajustado a la naturaleza de sus actividades y a los créditos asignados en la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional”.

nos debemos formular, en caso de corresponder, es la siguiente: ¿por qué no se encauzó el procedimiento mediante una contratación directa por urgencia o emergencia? La respuesta tal vez sea por desidia, desconocimiento, o bien, porque no se dieron aquellos presupuestos para dicho tipo de contratación²⁵³. O bien, aun cuando se hubo impetrado una contratación directa por urgencia o emergencia, el procedimiento adecuado hubiese sido la licitación pública, siendo que las eventuales causales invocadas pueden no encontrar justificación en el cauce de la norma –máxime cuando el decreto 1030/2016 ha reglamentado de modo pormenorizado las situaciones de urgencia y emergencia²⁵⁴–.

En un interesante caso de la Unión Europea, en el cual se trató la cuestión de la urgencia, la Société Regionale Wallone había convocado a una licitación para la adjudicación de un contrato público de suministro de más de trescientos vehículos destinados al transporte público. La Comisión interpuso un recurso por incumplimiento de la normativa comunitaria y pidió la suspensión de la adjudicación realizada, pero el juez la desestimó dadas las circunstancias del caso y habida cuenta de la gravedad del riesgo (estaba en juego la seguridad de los viajeros de Valonia) sin que procediera examinar si el Reino de Bélgica había conseguido privar, mediante observaciones y documentos, de su apariencia de fundados los motivos de *fumus bonis iuris* formulados por la Comisión²⁵⁵.

En España, explica Sosa Wagner, la urgencia viene configurada por una imperiosa necesidad, dimanante de acontecimientos que hayan sido imprevisibles para el órgano de contratación y, además, no imputables, sea exigible una pronta ejecución del suministro (siempre que esta no pueda lograrse por los medios ordinarios) o mediante una reducción de los plazos de publicidad en el Diario Oficial de las comunidades. Concluye, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que no puede seguirse el procedimiento negociado sin publicidad, si no se acreditan en el expediente algunas de las circunstancias tales como la exclusividad, la citada urgencia, el carácter de desierto o fracasado del procedimiento²⁵⁶.

Corroborar lo expuesto lo manifestado por cierta doctrina en cuanto a que, por ineficacia, por ineficiencia, o por la antieconomicidad del instrumento licitatorio, los autores reconocen que predominantemente el Estado compra, se abastece, refacciona y construye directamente sin contrato. Un porcentaje altamente significativo de obras públicas, servicios y aprovisionamientos estatales no discurre por los cauces formales y es atendido mediante mecanismos excepcionales aparentemente desprovistos del cariz procedimental²⁵⁷.

²⁵³ Remisión al punto II.3 de la presente tesis.

²⁵⁴ Conf. art. 19 del decreto 1030/2016 supra citado.

²⁵⁵ Ver Álvarez García, *La contratación pública de urgencia*, Noticias de la Unión Europea, n° 136, p. 7 y ss., citado en Sosa Wagner, Francisco, “El contrato público de suministros”, Madrid, Civitas, 1996, p. 119.

²⁵⁶ Sosa Wagner, *El contrato público de suministros*, p. 118 y 119.

²⁵⁷ Conf. Damsky, *Excursus sobre la forma de los contratos administrativos o la necesidad de modernizar la licitación pública en Argentina*, LL, 2011-D-1102. Agrega el autor citado que: “A modo de ejemplo, en los informes de auditoría de la AGCBA es común encontrar entre sus conclusiones que en materia de adquisición de muebles, insumos de librería y de hospitales, y alimentos para comedores escolares, hay un alto porcentaje de contrataciones realizadas bajo procedimientos de excepción,

Para el caso, podría suceder que el Estado abonara las prestaciones recibidas en el marco del supuesto contrato –al menos en el entendimiento de las partes– siendo que, en realidad, debería haberse incoado un procedimiento licitatorio previo.

Entonces, si se abona una prestación efectuada en el marco de una contratación directa en violación al régimen que pregona un proceso licitatorio de competencia, el proveedor recibirá el valor de la prestación pretendida (costo más ganancia) y acordada, siempre y cuando no exista aún una declaración administrativa revocatoria del contrato, o bien, la anulación judicial.

Si la declaración anulatoria resulta posterior a la ejecución del contrato por parte del proveedor, y si resta al Estado abonar la contraprestación recibida, deberá aquel iniciar el juicio de cobro de pesos fundando su demanda –subsidiariamente– en el enriquecimiento sin causa, pues podría suceder que el apoderado del Estado no invocara la lesividad del contrato.

En el supuesto de que el proveedor entregue el suministro o preste el servicio y el Estado haya abonado lo pactado, deberá este último –de acuerdo a nuestra legislación– iniciar un proceso judicial a fin de que se declare la nulidad del acuerdo mediante la acción de lesividad, y resarcirse por el exceso de empobrecimiento (será el Estado en este caso quien deberá aportar la prueba pertinente).

Empero, cabe considerar que, en atención a lo que determina el art. 17 de la LNPA, “si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”; de manera que, una interpretación exegética de la citada ley, permite inferir que el contrato ejecutado en su totalidad no contiene efectos pendientes, pues las partes se han satisfecho mutuamente lo acordado.

En consecuencia,

a) Si el Estado abona las prestaciones recibidas del modo acordado, el proveedor percibe el total facturado. En ese caso, el Estado debería (o podría) iniciar la acción de lesividad (declarando la lesividad del contrato mediante acto administrativo) ante la justicia, reclamando el resarcimiento por el exceso de empobrecimiento del proveedor. Es decir, toda suma que exceda estrictamente del costo que ha tenido que afrontar el proveedor para cumplir con el suministro será pasible de reclamación judicial.

b) Si, en cambio, provista la suministración por el proveedor, el órgano administrativo no abona lo recibido e invoca la nulidad del contrato, el proveedor percibirá –en caso de invocarlo– el gasto inherente al costo de lo prestado, o lo que es lo mismo, la suma que representa la medida de su empobrecimiento.

Advertimos que una misma situación puede dar lugar a consecuencias distintas entre los sujetos de la relación y ante la misma normativa, pues, es claro que no todas las contrataciones en violación a la ley reciben una fulminación de nulidad –ni

fondos de emergencia, y contrataciones directas. Además se detectó una reiterada falta de justificación de la urgencia argumentada en las mismas, e incumplimientos de los recaudos para la invocación de las aprobaciones de gastos, entre otras deficiencias. En www.agcba.gov.ar (Conf. Informes Finales de los proyectos 8.05.03, 2.09.08 A, 2.05.04, 4.07.10, 3.09.14)”.

remotamente—, verificándose en muchos casos la situación descrita en los párrafos anteriores (a).

Tendremos, pues, en algunos casos —siempre suponiendo que nos encontramos ante precios de mercado y sin ningún tipo de connivencia—, a un particular que contribuirá al bien común de modo desigual que otro en la misma situación, dependiendo de si ha podido percibir o no el precio de lo acordado.

De tal modo, cabe preguntarse si la omisión formal de un procedimiento licitatorio en las condiciones mencionadas puede tener como corolario, ante la falta de pago por parte del Estado, la invocación de la nulidad y el reconocimiento del costo del suministro únicamente.

Entendemos que ello no puede ser así sin que se vea afectado de modo grosero el principio de igualdad ante las cargas públicas reconocido en el art. 16 de la Constitución Nacional, y que recoge y funda la teoría de la responsabilidad estatal.

Es decir, la obtención de un bien de mercado por cualquier sujeto se rige por la ley de oferta y la demanda —siempre que el precio no se encuentre sujeto a regulación estatal— y la desnaturalización de la renta conlleva a un entendimiento equivocado de lo que constituye un enriquecimiento sin causa. Es que, ningún individuo podría obtener en plaza un precio de un producto o servicio abonando únicamente el costo, si así fuera, se estaría enriqueciendo y correlativamente el proveedor se vería empobrecido²⁵⁸.

b) Contrato administrativo extinto por cumplimiento, y en cuyo marco el órgano administrativo le solicita al contratista la continuidad del suministro. En primer lugar, cabe señalar que —fuera de toda lógica jurídica— el Reglamento del Régimen de Contrataciones Nacional previó, en su última redacción, la posibilidad de aumentar²⁵⁹ las prestaciones, o bien, de disponer su prórroga, luego de 3 meses de vencido el plazo. Asistimos con estupor jurídico a dicha previsión, pretendiendo hacerse renacer los efectos de un contrato extinto por cumplimiento del objeto, y aun cuando dicha potestad pretenda ampararse en un régimen exorbitante, tal inclusión normativa resulta cuanto menos desafortunada.

En segundo lugar, y en relación a la temática en análisis, muchos de los supuestos se originan en contratos vencidos²⁶⁰, en los cuales el funcionario le requiere al entonces prestador la continuidad del servicio —o menos frecuente, tal vez, en

²⁵⁸ Smith, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, editada por R.H. Campbell y A.S. Skinner, The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith, Liberty Fund, Liberty Classics, Indianapolis. Smith afirma que el precio de toda mercancía está compuesto por los salarios, el beneficio y la renta y, entonces, que “los salarios, el beneficio y la renta son las tres fuentes originales de todo ingreso como de todo valor de cambio” [RN, I.vi.17]. Esta frase parece conducir a una interpretación de la teoría de Smith como una teoría de costos de producción. Los salarios, el beneficio y la renta serían la remuneración (el costo) de los tres factores de producción: trabajo, capital y tierra.

²⁵⁹ Decreto 1030/2016, art. 100, inc. a, ap. 4 que prevé: El aumento o la disminución de la prestación podrá tener lugar en oportunidad de dictarse el acto de adjudicación o durante la ejecución del contrato, incluida la prórroga en su caso o, como máximo, hasta tres meses después de cumplido el plazo del contrato.

²⁶⁰ Como en *Fallos*, 335:1385.

órdenes de compra abierta, la continuidad de la provisión. Por ejemplo, en el caso de alimentos o medicamentos—²⁶¹.

En estos supuestos, finalmente se vislumbra la falta del sentido de justicia²⁶² con la doctrina de “Ingeniería Omega” y posteriores fallos, y es donde adquiere relevancia, precisamente, la manifiesta inducción a error a los contratistas bajo la promesa de la continuidad de la suministración, con la consiguiente expectativa por el potencial y real negocio que a aquellos les representa; si bien para el Derecho Administrativo el cocontratante puede ser representado como un colaborador de la Administración, a los fines del negocio comercial —que implica un mero intercambio de bienes y servicios a cambio de una retribución en dinero— no debe soslayarse que aquel persigue un fin de lucro, y esa resulta ser la motivación primaria que lo moviliza a contratar con el Estado.

En consecuencia, ante el vencimiento del contrato, y la correlativa expectativa de una mayor ganancia en virtud de la continuidad de la prestación por requerimiento expreso de la Administración, resulta forzado entender que el proveedor estatal conocía el vicio, y más rebuscada es la idea acerca de que solo debe resarcírsele el coste del suministro u obra entregada.

Abona esta idea, además, que en la mayoría de los casos la continuidad se realiza al mismo precio que el verificado durante la vigencia del contrato, con lo cual, ponderando el índice inflacionario, el precio de la prestación quedará desvalorizado.

Por ello, en el entendimiento de que la nulidad del contrato corrompe la buena fe que tanto se esquematiza y repite en la jurisprudencia vernácula, es que entendemos, en estos casos, que el resarcimiento debe ser por los mismos valores acordados y de mercado.

González Pérez afirma que el principio general de la buena fe no solo tiene aplicación en el Derecho Administrativo, sino que en este ámbito adquiere especial relevancia, porque, en efecto, la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación comporta es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones de la Administración con los administrados²⁶³.

Cuestión que excede el presente trabajo será indagar los motivos por los cuales el funcionario ha recurrido a estos métodos y, para ello, deberán instrumentarse los sumarios administrativos correspondientes.

§ 25. *Legítimo abono*. El marco conceptual descripto y el desarrollo pertinente de la situación referida, se completa con el estudio del instituto del legítimo abono

²⁶¹ Ver Clarín, 13/9/04, p. 34 y 35 en donde se expone la prórroga mensual de varios contratos de concesión en el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires vencidos desde hacía varios años.

²⁶² “Pretender sacar lo justo a partir de las sociedades, donde hay tanto virtudes como vicios, es renunciar a los verdaderos valores, de modo que el jurista puede llegar a convalidar inmundicias en ciertos porcentajes...y pretender obtener lo justo a partir de leyes escritas, en las cuales hay aciertos y falacias, implica acogerse a la afasia ética. En ambos casos el jurista hace renunciar al hombre”. En Fernández, Sabaté, *Filosofía del derecho*, p. 162.

²⁶³ González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, p. 31.

como figura extra contractual que permite al Estado abonar prestaciones sin contrato alguno.

En esencia, constituyen pagos efectuados por la Administración Pública que no tienen origen en contratos legalmente celebrados en cuanto a las formas exigidas, sino que por el contrario, reconocen sus raíces en los principios del enriquecimiento sin causa como aduce cierta doctrina²⁶⁴, aunque vale decirlo, en rigor de verdad, y aunque podría asociarse el fundamento a aquella, los efectos de una y otra no se asemejan en lo más mínimo, pues mientras el legítimo abono constituye un reconocimiento de una prestación recibida (aun cuando se alegue la inexistencia del contrato) a valores acordados, el enriquecimiento sin causa, solo admite el pago en la medida del empobrecimiento de una parte y correlativo enriquecimiento de la otra. Aquí, en cambio, nos encontramos ante una prestación onerosa que es resarcida mediante el canal en trato, y como bien lo indica su nombre, su pago resulta legítimo, en atención a tratarse de una obligación de hacer de carácter patrimonial derivada de un acuerdo cuya formalidad no ha sido cuestionada aún.

Cabe agregar a este escenario, que en muchas ocasiones, el legítimo abono es utilizado por períodos de tiempo que exceden lo razonable²⁶⁵, y por valores por encima de los de mercado²⁶⁶, y además constituye el elemento fundante de muchos de los actos de corrupción en las compras estatales²⁶⁷.

²⁶⁴ Conf. Rejtman Farah, *Régimen de contrataciones*, p. 89.

²⁶⁵ Rejtman Farah, *Régimen de contrataciones*.

²⁶⁶ En el diario “Clarín” de fecha 10/11/16 puede leerse en “Purga en las cárceles: remueven a la cúpula de Administración del Servicio Penitenciario”: “Mientras pulen los detalles del proyecto de reforma integral del Servicio Penitenciario que el Presidente enviará al Congreso antes de fin de año, en el Gobierno buscan dar una señal de cambios en materia de transparencia en el Servicio Penitenciario Federal... afirmaron que ya no habrá más compras de alimentos e insumos sin licitación, bajo la denominada modalidad de ‘legítimo abono’. Y expusieron que, en lo va del año, ya se realizaron licitaciones para aprovisionamiento por más de 150 millones de pesos, cuando en 2015 todo fue a través de contratación directa”. www.clarin.com/politica/Purga-remueven-Administracion-Servicio-Penitenciario_0_1684631594.html.

²⁶⁷ Puede verse, entre muchos otros, el diario “La Nación” de fecha 15/4/15, “Detectan anomalías y desvíos de fondos en Fútbol para Todos”: “En el documento, la AGN anticipa dos motivos que llevaron al FPT a afrontar estas cifras bajo la figura del ‘legítimo abono’, término administrativo con el que se conoce el pago de gastos sin orden de compra: 1) La habitualidad en la prestación de servicios de las citadas empresas para desarrollar el cometido del FPT sin cumplir con los procedimientos de contratación pública. 2) ‘La ausencia de una adecuada planificación de contrataciones y su seguimiento’ ... La AGN asegura que ‘el contrato de agosto de 2009 mediante el cual la Jefatura de Gabinete adquirió los derechos de explotación de las imágenes y/o sonidos de los encuentros de los torneos de fútbol realizados por la AFA no fue tramitado conforme las prescripciones del Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado nacional”; www.lanacion.com.ar/1784584-detectan-anomalias-en-los-contratos-de-futbol-para-todos-el-acuerdo-que-no-le-iba-a-costar-un-peso-al-gobierno. En el mismo matutino, de fecha 31/5/16, “Boudou dejó el Senado con una deuda de \$ 126 millones por cuentas impagas”: “del análisis de la gestión de Boudou surge que ‘todas las contrataciones se hacían por legítimo abono, sin llamar a licitación pública’. Es decir, no había un control exhaustivo sobre los valores que se pagaban por los servicios”. www.lanacion.com.ar/1904126-boudou-dejo-el-senado-con-una-deuda-de-126-millones-por-cuentas-impagas.

Empero, lo referido en último párrafo no puede asociar un instituto jurídico de habilitación de un pago con la llana corrupción. La desvirtuación institucional no corrompe al instituto.

Se encuentra legislado²⁶⁸ en algunas jurisdicciones y entidades, lo que denota el modo de convalidación legal de situaciones irregulares. Peligrosa entonces, resulta la discrecionalidad administrativa para abonar prestaciones por legítimo abono, o bien, decidir no hacerlo, sentando como precedente un poder de decisión contrario a la legalidad y que representa un exceso de facultades en violación al bloque normativo de contrataciones.

También han sido reconocidos por la Procuración del Tesoro de la Nación, en el sentido de que “corresponde reconocer de legítimo abono la suma reclamada por la firma prestadora del servicio de asistencia técnica de campo permanente a dos helicópteros pertenecientes a la dotación de la Presidencia de la Nación por el período comprendido entre el 1° de septiembre de 1999 y el 31 de agosto de 2000, pues se encontrarían reunidos los requisitos que se exigen para la procedencia de la acción *in rem verso*: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición) y carencia de otra acción útil –nacida de un contrato o de la ley– para remediar el perjuicio”²⁶⁹.

Estos mecanismos erogatorios urgentes, base de las contrataciones ulteriormente fulminadas, constituyen derivaciones de mecanismos reglamentarios que hunden sus raíces en disposiciones legales relativas al presupuesto público, y que por tal razón, y al integrar un sistema diferenciado, no suelen ser parte de la discusión del contrato administrativo. Frente a esta realidad, cuando no se rechaza totalmente la pretensión del contratista, el mecanismo de pago se lleva a cabo a través del instituto del “legítimo abono”, que viene a invocarse como respuesta a este tipo de contrataciones esquivas a los procedimientos licitatorios pero que no está prevista como procedimiento legítimo y, para peor, se admite sin previo análisis de costos y margen de utilidad razonable del contratista²⁷⁰.

En otro precedente, la PTN tuvo oportunidad de decir que “el contrato que eventualmente pudo haber mediado resultaría nulo por incumplimiento de las formalidades exigidas para su validez, por lo que el eventual crédito de quién prestó el servicio no surgiría directamente de él, pues ello importaría atribuir eficacia a un acto radicalmente nulo”²⁷¹, lo que a la postre importa una ilegítima diferenciación en función de la discrecionalidad del funcionario, para conceder a unos lo que deniegan a otros.

Pues, cabe preguntarse, ¿cuál es la diferencia entre un contrato declarado nulo y/o prestaciones percibidas sin contratación formal a los que se les reconoce el pago

²⁶⁸ Conf. disposición 329/2015, AFIP.

²⁶⁹ *Dictámenes*, 241:115.

²⁷⁰ Rejtman Farah, Mario, *Las brechas existentes entre la realidad y las normas en las contrataciones públicas*, en “Cuestiones de contratos administrativos. Homenaje a Julio Rodolfo Comadira”, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Bs. As., Rap, 2007, p. 907.

²⁷¹ PTN, Dictamen 89, del 18/4/02.

mediante legítimo abono, de aquellos otros, en los cuales el pago debe sustanciarse judicialmente por el instituto del enriquecimiento sin causa?

Es decir, en ambos casos se verifican prestaciones sinalagmáticas de carácter patrimonial que resultan beneficiosas para las necesidades generales de la comunidad, y no obstante ello, disímiles consecuencias acarrearán, dependiendo del funcionario que en suerte “resulte seleccionado”, declarando en unos casos legítima la prestación, mas en otros, optar por la elusión del compromiso asumido.

Efectivamente, se trata de situaciones jurídicas idénticas a las que el funcionario público atribuye distintos efectos en función del reconocimiento o no de la legitimidad de lo recibido, lo que determina una violación constitucional de la igualdad, pues similares consecuencias deben acaecer sobre quienes ostentan una misma posición jurídica.

En un informe de la Auditoría General de la Nación del año 1996, con relación a los pagos mediante legítimo abono, se invocaron las siguientes causales: “corresponden a prestaciones de servicios que no cuentan con un contrato legal que los ampare... Esta situación se origina debido a: el contrato se encuentra vencido; las prórrogas pactadas han sido utilizadas; no se ha cumplido en tiempo y forma con el acto licitatorio para cubrir el servicio”²⁷².

En el citado trabajo de la Auditoría se advierte en las conclusiones: “El uso recurrente del mismo (legítimo abono), hace que el tratamiento dado a los referidos gastos, lejos de ser estrictamente excepcional, se transforma en sistemático y habitual... la habitualidad con la que se realizan pagos de contrataciones irregulares... convierte tal metodología en una modalidad más de contratación y pago”²⁷³.

La diferencia es de substancia, y grave es la apreciación cuando se exponen las oscuras prácticas derivadas de un legítimo abono en franca contradicción con aquellas contrataciones castigadas con la nulidad por la Corte Suprema de Justicia Nacional, quien llegó al punto de desconocer el derecho de propiedad de los contratantes por el mero hecho de no invocar el enriquecimiento sin causa –pues la aspiración era percibir lo acordado (siempre suponiendo el valor objetivo de mercado)–; en definitiva, quien suministra un bien o servicio a la Administración en violación al formal principio de la licitación pública, puede convivir con las siguientes situaciones: a) recibir el precio acordado sea por legítimo abono o por otra modalidad de las mencionadas

²⁷² Conf. Actuación 00634/1995 AGN, “Análisis del régimen de autorización de los gastos declarados de legítimo abono”, Organismo auditado: Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (MCBA), 1996, www.agn.gov.ar/files/informes/1996_128info.pdf.

²⁷³ *Ibidem*. Asimismo, en otro trabajo se agrega el siguiente aporte: “El caso de la provincia de Buenos Aires es más llamativo que el de la Nación. Empieza la provincia por reconocer en los considerandos del decreto provincial 787/04 “que del informe correspondiente al ejercicio financiero 2001 surge que los procedimientos contractuales básicos, licitaciones públicas y privadas, que promedian el 4% de las actuaciones sometidas al control de legalidad de dicho organismo (menos de 130 licitaciones) y representan sólo el 28% del gasto (menos de \$ 55,0 millones), no sólo se han visto desplazados por los procedimientos de excepción autorizados por la ley –contrataciones directas que han resuelto el 7% de los trámites (unos 270) y el 42% de la inversión (menos de \$ 42,0 millones)– sino y fundamentalmente por formas de contratación no autorizadas (legítimos abonos - casi 3300 trámites), que generaron el 28% de las erogaciones, unos \$ 57,0 millones, mediante el 86% de las actuaciones”. Ver García Sanz, Agustín A. M., *Licitación pública vs. contratación directa: ¿La batalla perdida?*, en “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, t. VII, Bs. As., FDA, 2013, p. 456.

supra, b) no recibir el precio acordado, y tener que recurrir a la justicia –salvo que milagrosamente le sea reconocido el importe en la vía administrativa– a fin de resarcirse del costo del producto –lo que siempre redundará en pérdida económica–.

Así, el monto que en definitiva se abone por la prestación reconocida bajo la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa no comprende el lucro que le podría haber correspondido percibir. Entiéndase, no es lucro cesante, sino la utilidad –entiéndase beneficio económico– que le hubiera correspondido por el suministro. Así, aún en aquellos casos en los que se hace lugar a la pretensión de la empresa, no se le reconoce el pago del monto total de la factura presentada por el proveedor –que siempre incluye el lucro– sino solamente la estructura de costos que finalmente se le reconozca. Es decir, el valor del enriquecimiento en la medida de su empobrecimiento, que en la mayoría de los casos desconoce el alcance de los costos fijos y variables que componen el precio final del producto.

La conclusión a la que arribamos es que el reconocimiento del instituto del legítimo abono resulta contradictorio con el enriquecimiento sin causa –al menos en los casos aquí tratados y que excluyen las situaciones de connivencia que implican la comisión de delitos, o bien, ante un manifiesto conocimiento del vicio por el cocontratante–. Ello, por cuanto el legítimo abono reviste el pago total de lo acordado.

En este sentido, no puede dejar de señalarse, el panorama casuístico que nos representa el análisis de las nulidades en los contratos por vicios en las formas esenciales, pudiendo presentarse de una u otra manera, siendo diversos los elementos que deben analizarse a dichos fines²⁷⁴.

Empero, la contradicción expresada parte de la base de la asignación de consecuencias distintas a situaciones similares por parte del órgano de asesoramiento. La propia Corte Suprema de Justicia Nacional sentó la doctrina de que no resulta afectado el principio de igualdad cuando se confiere un tratamiento diferente a personas que se encuentran en situaciones distintas (*Fallos*, 315:135; 329:4349; entre muchos otros), entonces, de la propia doctrina del Tribunal cívico, surge que, efectivamente, situaciones similares requieren tratamientos igualitarios.

Conclusión de lo expuesto, es que ante violaciones formales a los procedimientos de contratación se requerirán soluciones equivalentes, y no, en unos casos proceder al reconocimiento del legítimo abono, y en cambio, en otros, negar toda prestación y alegar la nulidad del contrato²⁷⁵.

²⁷⁴ En el Centro de Información Judicial, www.cij.gov.ar/nota-9054-Procesaron-a-ocho-acusados-en-causa-por-irregularidades-en-una-licitacion-publica.html, puede leerse el siguiente resumen: “La licitación se trata de la n° 20/2010 a través de la cual se convocó a oferentes para la contratación de servicios de tecnología, equipamientos informáticos, audiovideo y otros insumos tendientes a garantizar la realización de la citada cumbre. Dicha licitación fue obtenida por la firma Punto Baires, y en el proceso de adjudicación se habrían advertido ciertas irregularidades, tales como vinculaciones entre las diversas oferentes para favorecer a la adjudicataria, y el pago de sobrepagos por los insumos utilizados en la Cumbre. En ese sentido se habrían llegado a pagar por el alquiler de cada notebook la suma \$ 6.500; siendo que el valor del mercado para su compra se estima en \$ 2.500. El valor total de la licitación fue cercano a los 7 millones de pesos”.

²⁷⁵ En otra publicación manifestamos que: “el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, utilizando el procedimiento aludido (legítimo abono), ha permitido la perpetuación de los mencionados contratos, abonando las facturas emitidas por los contratistas involucrados, mientras que contradictoriamente, ha

Cierto es, que el Estado tiene la potestad –como cualquier sujeto de derecho que comparece a juicio– de negar las imputaciones que se le efectúan en lugar de reconocer el legítimo abono. Empero, y aun cuando se pretenda la nulidad del contrato y dicha acción o reconvencción pudiese prosperar, la efectiva prestación por parte del proveedor surgirá de modo patente de las constancias probatorias del expediente o documentos vinculantes (como en el caso de *Fallos*, 324:3019 supra citado); de modo que, lo que está en juego en uno y otro caso son los efectos de la aplicabilidad de uno u otro instituto, pues mientras en un caso se reconocerá el valor del costo más la correlativa ganancia, en el otro, sólo podrá accederse a recuperar el costo de lo suministrado –con toda la problemática de la probanza además que se le demandará integrar en su escrito de demanda–.

En fin, distintas soluciones para casos idénticos.

§ 26. *Fondos rotatorios y otras erogaciones presupuestarias*. La Ley de Administración Financiera 24.156 regula los mecanismos que integran el presente título, estableciendo en el art. 81 que: “los órganos de los tres poderes del Estado y la autoridad superior de cada una de las entidades descentralizadas que conformen la Administración Nacional, podrán autorizar el funcionamiento de fondos rotatorios, fondos rotatorios internos y/o cajas chicas, con el régimen y los límites que establezcan en sus respectivas reglamentaciones. Los gastos que se realicen a través del régimen de fondos rotatorios, fondos rotatorios internos y/o cajas chicas o similares, quedan excluidos del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. A estos efectos, las tesorerías correspondientes podrán entregar los fondos necesarios con carácter de anticipo, formulando el cargo correspondiente a sus receptores”.

En la reglamentación del mencionado artículo²⁷⁶ se establece la regulación de los Fondos Permanentes y/o Cajas Chicas al Régimen de Fondos Rotatorios y Cajas Chicas.

Allí, se prevé que los fondos rotatorios y cajas chicas se crearán en cada jurisdicción o entidad por la autoridad máxima respectiva, previa opinión favorable de los órganos rectores competentes de la Secretaría de Hacienda, y se formalizarán con el dictado del acto dispositivo que los autoriza, materializándose con la entrega de una determinada cantidad de dinero a un Servicio Administrativo Financiero (SAF) o a una unidad dependiente de éste, para que la utilice en el pago de gastos expresamente autorizados.

La ejecución de estos gastos es un procedimiento de excepción, limitado a casos de urgencia que, contando con saldo de crédito y cuota no permitan la tramitación normal de una orden de pago, por consiguiente, tanto la clase de gasto como el monto de las asignaciones, responderán a un criterio restrictivo y sólo podrán ser aplicados a transacciones de contado.

cuestionado la legalidad de contratos celebrados por administraciones anteriores bajo las mismas justificaciones, solicitando el rechazo de los reclamos de pagos de facturas ante los tribunales judiciales” (véase CApelContAdmTrib CABA, Sala I, 18/9/02, “Sulimp SRL c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Cobro de Pesos”, exp. 1009, entre otros fallos). Ver Dubinski Alejandro - Dubinski Guido, *Nulidad de los contratos administrativos por vicios en las formas esenciales. Requisitos formales. Efectos*, El Derecho, 30/9/05, p. 9.

²⁷⁶ Decreto 1344/2007.

La citada normativa prevé, además, que se podrán realizar pagos con cargo a fondos rotatorios y/o cajas chicas para los conceptos del clasificador por objeto del gasto que se traduzcan en bienes de consumo, servicios no personales y bienes de uso, entre otros.

En cuanto a las cajas chicas, será la autoridad máxima de cada jurisdicción o entidad, quien podrá disponer la creación de fondos rotatorios internos y cajas chicas, siendo que sus montos no podrán exceder la suma allí determinada²⁷⁷.

La escasa regulación de estos institutos legales constituye tierra fértil para la comisión de las más diversas tropelías²⁷⁸, pues, amén de su escasa divulgación, la discrecionalidad para su asignación –motivada en la falta de controles y publicidad– predetermina una operatoria que funciona a las sombras del régimen de contrataciones²⁷⁹.

Amén de la normativa reseñada, tampoco podría entenderse que la disposición de estos fondos se encuentra fuera de la égida de control que instituye la Ley de Administración Financiera.

Si las leyes de presupuesto deben contener, de forma separada (universalidad), una estimación de la totalidad de los ingresos y si, luego, debe autorizar la totalidad de los gastos públicos (generalidad), puede juzgarse lógico que todos los recursos públicos ingresen a una única caja financiera, siendo que la Tesorería General de la Nación interviene en la recaudación de los ingresos y en los pagos que configuran el flujo de fondos del sector público y en las custodias de las disponibilidades²⁸⁰.

En una resolución de la Secretaría de Hacienda, derogada luego de 17 años de vigencia, se puede leer en sus considerandos que “por ser el régimen de fondo rotatorio un mecanismo de excepción limitado a gastos de urgencia o bajo monto, no resulta posible al abonar requerir la documentación que avale los números consignados en la factura, recibo o documento equivalente”²⁸¹, lo que denota a la postre la poca transparencia que envuelve a este tipo de erogaciones, excluidas del régimen

²⁷⁷ En la actualidad de pesos treinta mil (\$ 30.000) y estarán limitadas a gastos individuales que no superen los pesos tres mil (\$ 3000), conf. art. 52, ley 11.672.

²⁷⁸ Ver diario “La Nación” de fecha 11/7/16, replicando una denuncia de la Oficina Anticorrupción, “Detectan un fraude millonario de cuando Alicia K era ministra”: “La presentación del organismo que dirige Laura Alonso se dio a raíz de una auditoría interna que se realizó en Desarrollo Social sobre el manejo de los fondos rotatorios y las cajas chicas, en el período entre julio y diciembre de 2015. Allí se da cuenta de irregularidades en las rendiciones de gastos, como el uso de facturas apócrifas o adulteradas, por \$ 3.327.740, sólo en ese período”.

²⁷⁹ Diario “Clarín” del 27/11/09, “Allanan el ministerio de Salud y mandan a prisión a 6 dueños de droguerías”: “El juez sospecha que desde ese banco y desde el ministerio de Salud bonaerense ‘se direccionaron licitaciones’, que se financian con los llamados ‘fondos rotatorios’, que son partidas especiales para comprar remedios contra epidemias en casos de emergencia... ‘En los procedimientos se secuestró numerosa documentación sobre la participación de laboratorios en licitaciones hechas con fondos rotatorios que eran con sobre cerrado pero se adelantaban datos a empresas amigas’, finalizaron las fuentes”. <http://edant.clarin.com/diario/2009/11/27/elpais/p-02049824.htm>

²⁸⁰ Corti, Horacio G., *Derecho constitucional presupuestario*, Bs. As., LexisNexis, 2007, p. 310 y 311.

²⁸¹ Resolución 278/97 de la Secretaría de Hacienda, 23/6/97, derogada por su similar 87/2014. <http://forotgn.mecon.gov.ar/normativa/resoluciones/res27897.pdf>.

contractual aplicable, y consignándose, expresamente, que estas no consideran el más mínimo control documental acerca de qué es lo que se está pagando²⁸², violando de modo grosero el régimen republicano de gobierno y la consiguiente publicidad de sus actos.

A mayor abundamiento, explica la doctrina, que a partir de 1994 se instituyó la Cuenta Única del Tesoro o CUT, a través de la cual son realizados todos los pagos para la cancelación de las obligaciones contraídas por los Servicios Administrativos Financieros de los organismos y entidades del sector público nacional, sistema cuya creación tuvo por fin crear una herramienta de mayor eficiencia, seguridad y transparencia en el manejo de los fondos públicos²⁸³.

En consecuencia, los distintos órganos de la Administración, ante razones excepcionales y tratándose de montos menores, cuentan con un mecanismo paralelo a la Ley de Contrataciones –además del ya citado legítimo abono– para efectuar compras, por lo que cabe señalar que la lupa se ha puesto en determinados focos de atención –específicamente cuando se violenta el régimen formalista procedimental de la licitación–, dejándose fuera del marco de discusión a las otras formas no cuestionadas para efectuar erogaciones con cargo al tesoro nacional.

Como venimos exponiendo, la única manera de decretar la nulidad de un contrato administrativo será por medio de una declaración judicial de anulación –mediante la acción de lesividad por acción o reconvencción–, o bien, ante el conocimiento del vicio del administrado podrá declararla en su propia sede. El Estado podrá (y deberá) revocar aquel convenio en su ámbito, empero, para ello, deberán acaecer las circunstancias que motiven la declaración de nulidad, aun cuando la realidad indique que se hayan contratado diversos suministros mediante los fondos rotatorios, cajas chicas o fondos fiduciarios²⁸⁴, prohibidos para gastos que no sean urgentes o que no impiden la tramitación por los canales normales²⁸⁵.

Las circunstancias a las que nos referimos en el párrafo que antecede son las que hipotéticamente pueden desencadenar la denuncia sobre la irregularidad en la contratación, pues si esta se ejecuta y consolida sus efectos, sin que se advierta la potencial nulidad, se habrá fusionado al mundo de las leyes un acto indecoroso desde el punto de vista jurídico.

Así, la falta de pago al contratista (que deberá concurrir a los estrados judiciales para defender sus derechos), o bien, algún funcionario público competente que declare la lesividad del acto –aun cuando podamos inferir que si este fue cómplice en la contratación irregular difícilmente vuelva sobre sus pasos para autoincriminarse–,

²⁸² En PTN, *Dictámenes*, 266:100 se analizó la siguiente cuestión: “el Ministerio Público Fiscal al expedirse ‘en los términos del art. 347’ sostuvo ‘que tanto E. S, R. D. y P. M., mediante la creación de fondos especiales o en las liquidaciones de cajas chicas y fondos rotatorios, defraudaron a la Administración Pública Nacional auspiciando la presentación de facturas falsas correspondientes a empresas inexistentes, para obtener desembolsos de dinero’, lo que trasluce la necesaria correlación entre la posibilidad de defraudación con el nulo control documental previo al pago por Tesorería Nacional”.

²⁸³ Ivanega, Miriam M., *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Bs. As., Ábaco, 2003, p. 51 y 52.

²⁸⁴ Conf. art. 8, inc. d y 46 y ccdtes. de la LAF.

²⁸⁵ Conf. art. 81, inc. c del decreto 1344/07.

serán las causas fundantes de la nulidad. Por el contrario, si ninguna de ellas se verifica, la nulidad podría quedar impune, pero ello tampoco sería la novedad, pues la jurisprudencia se ha construido sobre las causas que trascienden al mundo de la juridicidad.

En los ámbitos provinciales también se verifican normas atinentes a los fondos rotatorios²⁸⁶ y su modo de ejecución, convirtiéndose en una modalidad localmente instituida y aceptada la profusión de estos fondos al margen de la Ley de Contrataciones.

§ 27. *El enriquecimiento sin causa.* El presente análisis tampoco puede prescindir del estudio del instituto del enriquecimiento sin causa, por cuanto, de lo visto hasta aquí, resulta aplicable a los contratos cuya nulidad es decretada conforme lo estableciera la Corte Suprema de Justicia en la causa “Ingeniería Omega”, siempre y cuando ello sea planteado en la demanda por quien pretende resarcirse por lo entregado a la Administración.

Pero, claro está, dependiendo del ámbito de declaración de aquella nulidad –si es la propia Administración en su sede o mediante sentencia anulatoria–, el interesado deberá incoar su reclamo en el ámbito correspondiente.

Absurdamente, si es el propio administrado quien debe recurrir a la justicia ante la falta de pago por las prestaciones ejecutadas, deberá tomar el recaudo de “comunicarle” a la Administración que planteará el enriquecimiento sin causa de modo subsidiario, sin tener que aguardar a que el citado sujeto del Estado –que tal vez no haya advertido la situación de nulidad aún no declarada– pueda reconvenirlo eventualmente en sede judicial, tornándose en un garante de la nulidad.

En efecto, abundando en detalles, lo interesante es que si la nulidad se petitiona mediante la vía judicial por la citada reconvención del abogado del Estado (esto ha sido supra criticado, en atención a la falta de facultades del profesional para plantear una nulidad no impetrada mediante acción de lesividad sustentada en un acto administrativo emanado del órgano competente que declare aquella lesividad), se invertiría la situación jurídica y procesal del actor contratista, quien recurrió a la justicia reclamando se la abone la suma de dinero pactada ante el incumplimiento del supuesto contrato hasta entonces vigente y, en el mejor de los casos, podrá aspirar a percibir el costo neto de su manufactura, servicio u obra, sin la utilidad que tuvo en miras al acordar, o aún menos en otros casos.

Llegado el caso, efectuado el traslado de la nulidad planteada, debería probar acabadamente el costo de lo producido o ejecutado, o de lo adquirido para su posterior

²⁸⁶ Conf. decreto 2960/2005, reglamentario de la ley 2743, de la provincia de Santa Cruz que prevé en su art. 10: “El organismo responsable de la obra por administración, deberá asignar recursos destinados a un fondo fijo rotatorio mensual para solventar gastos de menor cuantía que demande su ejecución. El fondo fijo será constituido, administrado y rendido en los términos y condiciones previstos en la normativa de cada organismo”. La ley 5492 de la provincia de San Luis prevé en su art. 68: “Fondos rotatorios. Los titulares de los Poderes del Estado y el Tribunal de Cuentas, podrán autorizar en caso de necesidad y urgencia, el funcionamiento de fondos rotatorios, con el régimen y los límites que se establezca en la reglamentación del presente artículo”. La ley 5216 de la provincia de Chubut: “Serán misiones y funciones del Comité Evaluador de Emergencia y/o Desastre Agropecuario las que a continuación se detallan, más las que se determinen por vía reglamentaria: ...g) Administrar el fondo rotatorio. i) Organizar talleres de capacitación de Organización de Fondos Rotatorios”.

venta, o del servicio prestado, aunque, en este último caso, la prueba del costo deviene en una misión harto complicada, sino imposible.

En palabras de la Procuración del Tesoro de la Nación: “Si un contrato administrativo es declarado nulo de nulidad absoluta, a los efectos del pago, pueden aplicarse los principios del enriquecimiento sin causa. En este marco el crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por lo tanto sometido siempre al límite menor. Previo a disponerse el pago de suma alguna la firma proveedora deberá probar la medida del empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir” (*Dictámenes*, 238:9).

La Corte en *Fallos*, 329:5976 (citado), sentó como doctrina que “teniendo en cuenta que las ofertas de los proveedores incluyen los costos de manufactura o adquisición de los bienes suministrados, además de la ganancia estimada por el contratista, en la medida en que en la demanda no se haya invocado cuál ha sido el costo de suministro, no es posible establecer la medida de la pérdida experimentada por el contratista; a lo que cabe añadir que sólo puede considerarse que la comuna se ha enriquecido en lo que hace al valor objetivo que los productos suministrados tenían en el mercado, con exclusión de la ganancia estimada y de los gastos eventualmente realizados para obtenerla”.

Para que prospere la acción por enriquecimiento sin causa se han establecido las siguientes pautas²⁸⁷:

- a) enriquecimiento del demandado²⁸⁸;
- b) empobrecimiento del demandante²⁸⁹;
- c) relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento;
- d) inexistencia de causa lícita que justifique el empobrecimiento (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito que legitime la adquisición);
- e) inexistencia de otra acción útil, es decir, que sea subsidiaria o residual²⁹⁰.

Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial regula lo atinente al enriquecimiento sin causa, caracterizándolo de la siguiente manera: “Toda persona que sin una

²⁸⁷ Doctrina de PTN, *Dictámenes*, 241:115.

²⁸⁸ Cualquier ventaja o provecho, puede ser positivo, si hay incremento patrimonial, o negativo, si se evita una disminución del patrimonio.

²⁸⁹ Lo que se representa mediante una disminución patrimonial, ya sea por la prestación de un servicio o una venta sin retribución, incluso por la no obtención de un lucro cierto o positivo, al cual algunos denominan pérdida de chance.

²⁹⁰ PTN, *Dictámenes*, 241:115; 265:105. Con respecto al carácter subsidiario o residual de esta acción, López Mesa, Marcelo J., *Acción de enriquecimiento sin causa. Presupuestos y caracteres*, LL, 2009-E-803; Guglielmetti, Cristián - Nicolau, Noemí M., *La acción de enriquecimiento sin causa en el ámbito de la locación de obra*, LL, 1997-C-180. La Cámara Contencioso Administrativo Federal también ha dicho que: “La figura del enriquecimiento sin causa reviste operatividad subsidiaria y residual cuya aplicación solo resulta procedente cuando no existe otra norma o instituto que proteja el interés legítimo u obste a la consumación de un daño injustificado o cualquier otra situación de manifiesta antijuridicidad” (CContAdmFed, Sala III, 23/10/09, “Roberto Jorge Cimillo SA c/Empresa Ferrocarriles Argentinos y otro s/Contrato Obra Pública”, expte. 928/07).

causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda²⁹¹.

En otro precedente, la PTN estableció: “si como consecuencia de los actos irregulares de la Administración hubiere recibido un servicio sin contraprestación de su parte, se configuraría una situación que requeriría tratamiento específico. Siendo así, el organismo técnico con competencia específica en la materia de la jurisdicción es quien deberá informar si hubo o no prestación –obras, servicios– cumplidas por la reclamante y recibidas por la Secretaría de Programación para la prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico –Sedronar–, que no hayan sido abonadas y, en caso afirmativo, la autoridad jurisdiccional determinará si en tal situación se encuentran reunidos o no los requisitos que doctrinaria y jurisprudencialmente se exigen para la procedencia de la acción *in rem verso*: esto es, enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra –motivado precisamente por la falta de contraprestación–, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición) y carencia de otra acción útil –nacida de un contrato de la ley– para remediar el perjuicio (conf. Dict. 241:115; 265:105; 280:107)”²⁹².

Con justa agudeza trata la cuestión F. Moderne, manifestando que el enriquecimiento sin causa desplegará sus efectos propios cuando no haya contrato en buena y debida forma, o cuando sea anulado o, si acaso, cuando se produzcan prestaciones suplementarias. En estas condiciones el enriquecimiento sin causa permite evitar una iniquidad, incluyendo como potenciales aplicaciones de este principio los casos de prestaciones de contratos que no han sido válidamente concluidos y, en segundo lugar, aquellos en que el contratista no respeta el marco contractual por trabajos no conformes o suplementarios²⁹³.

Agrega Rebollo Puig que, como fuente autónoma de unas obligaciones específicas de restitución de valores que se hacen valer mediante la *condictio o actio de in rem verso*, el enriquecimiento injusto despliega sus efectos haciendo nacer obligaciones entre las partes de un contrato (o una apariencia de contrato) distintas de las contractuales. Es más, esta es, precisamente, una de las funciones más relevantes de la *actio* en Derecho Administrativo²⁹⁴.

En cuanto a lo referido a la probanza del empobrecimiento y correlativo enriquecimiento, las implicancias de aportar la prueba a dichos efectos constituye una cuestión asaz debatida, por cuanto tratándose de la locación de obra o compraventa de un bien mueble, la producción y determinación del coste no debería representar

²⁹¹ Art. 1794, Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁹² *Dictámenes*, 285:156.

²⁹³ F. Moderne, *Les Engagements quasi-contractuels des collectivités locales*, en “Collectivités locales”, 3050, n° 25, 1976, cit. en Rebollo Puig, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 267.

²⁹⁴ Rebollo Puig, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, p. 270.

mayores dificultades, sin embargo, en la prestación de servicios no será sencillo proceder a la exacta imputación del costo puro ejecutado.

A pesar de todo lo expuesto, la nulidad del contrato en atención a la verificación de actos irregulares, y la consecuencia derivada de esta invalidación –judicial o administrativa–, traerá aparejada para el administrado la posibilidad –exclusiva– para resarcirse de los daños (es decir, de la prestación brindada y recibida), mediante la invocación de su empobrecimiento, lo cual, en definitiva, redundará únicamente en la percepción del costo de su suministro. Esto no ilustra de modo certero la realidad económica en ciernes, puesto que:

1) Aun abonando el Estado la supuesta medida de su enriquecimiento –entendiéndose por esta el coste de producción o adquisición–, de igual manera se estaría beneficiando a costa del proveedor, por cuanto no es intermediario en la producción de bienes o servicios, razón por la cual no podría obtener un suministro al costo –salvo que, como explicáramos, sea el Estado quien se lo provea–. Es decir, que una aplicación armónica de dicha teoría aplicada a los contratos administrativos, debería ponderar que la medida del empobrecimiento sea acorde al valor de lo pactado (y a la realidad del mercado, por supuesto), y no al coste puro de producción, por cuanto de modo contrario, subsistiría el empobrecimiento.

2) La prueba del costo²⁹⁵ real de la prestación para el proveedor no reflejará fielmente la efectiva erogación en cuanto a los costos indirectos, cuya traslación al precio final de venta resultará dificultosa en la medida de la compleja determinación en la composición final de aquel. En este sentido, resulta menester indicar, que la doctrina de la Corte plasmada en “Omega” pretende –además de la invocación de la teoría en cuestión para no violentar la congruencia–, tratándose de un servicio, la discriminación contable –o bien en la facturación–, acerca de, por ejemplo, cuántos litros de cera se utilizaron en cada ocasión en que se enceraron los pisos de un organismo, o la precisión de cuántos cepillos o trapos de piso se utilizaron mensualmente y cuál fue el desgaste de cada uno, para llevarlo a lo absurdo en caso de tratarse de un servicio de limpieza²⁹⁶.

Algunos economistas han sostenido que “en el caso de mercancías el costo de producción es el principal factor que, en último término, determina las condiciones de la oferta. De manera semejante, la utilidad es el principal factor que, al fin, determina

²⁹⁵ Deberá probarse en su caso los costos directos. Son los de recursos que se pueden identificar, medidos exactamente, en el producto. Corresponden a costos como: el costo de la materia prima que tiene cada producto (área de producción); el costo del tiempo de trabajo utilizado en operaciones concretas de producción (área de producción); el valor de la comisión que se paga al vendedor por la venta que realiza de un producto (área de comercialización); el costo del transporte de cada producto que se lleva de la bodega de la Empresa al sitio del comprador (área de comercialización). En cambio, los costos indirectos, son los de recursos que son necesarios para desarrollar las actividades de producción, comercialización o apoyo, pero que no se puede identificar o medir exactamente cuánto de ellos contiene cada producto. Corresponde a costos como: el costo de elementos físicos necesarios para la producción, como: energía, agua, refrigerantes, etc.; el costo de la nómina de administración de la producción (Departamento de Ingeniería Industrial, Departamento de Diseño, Departamento de Control de Calidad, Departamento de Mantenimiento y similares); el costo de la nómina de administración de ventas (facturadores, liquidadores de comisiones de los bodegueros).

²⁹⁶ Conf. Cardaci Mendez, Ariel - Dubinski, Guido, *Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)*, LL, 2010-F-169.

las condiciones de la demanda”. Seguidamente, agregan: “es difícil medir el costo de la producción hasta no conocer la magnitud de la demanda, la cual, en cierta forma, aún por dilucidar, claramente depende de la utilidad”²⁹⁷.

3) De todas maneras –y siempre tratándose de precios de mercado en cuanto a lo acordado primigeniamente entre el proveedor y el Estado–, cabe señalar que la sociedad/Estado se enriquecerá al recibir un suministro al costo y no a su valor de mercado, lo cual, en definitiva, atentará contra la igualdad ante las cargas públicas, pues un ciudadano concreto habrá contribuido a estas de modo desigual sin la debida y justa compensación.

En este sentido, ni la Administración Pública ni los administrados se perjudicarán. La primera, porque habrá obtenido un suministro por debajo de los precios de mercado consiguiendo a la postre un incremento patrimonial cuantificable (y mayor presupuesto ejecutable para sus necesidades). La segunda, como ya hemos dicho, por maximizar con sus contribuciones e impuestos las prestaciones recibidas por la Administración (significa que, a una escala menor, su dinero rindió más). Es que, en tal contexto, el que se habrá perjudicado es el contratista, quien proveerá un suministro u obra a un valor inferior al de mercado.

§ 28. *El principio de la confianza legítima del administrado.* El instituto que encabeza el presente título tiene su origen en el año 1956, a raíz de una serie de pronunciamientos emitidos por el Tribunal Alemán, que alcanzaron pronta expansión a los demás países europeos.

Relata Coviello que la aplicación de este principio no siempre tuvo favorable acogida, siendo que, en Francia, por ejemplo, la posición del Consejo de Estado y Consejo Constitucional han sido renuentes a aceptarlo, pese a que en algún precedente aislado se haya admitido. En Italia se lo confunde con la buena fe, mientras que en España y Gran Bretaña, sí se ha incorporado a su derecho positivo²⁹⁸.

En este contexto, resulta sustancial comenzar el presente capítulo con el caso de “La Viuda de Berlín”, el cual aparece a mediados del siglo pasado, como una reacción contra la rígida aplicación del principio de legalidad en aquellos casos en que su seguimiento habría determinado la nulidad de actos que habían conferido beneficios a los particulares de buena fe. En el precedente en cita, a través del Tribunal Administrativo Supremo de Berlín del 14/11/1956, se reconoció el derecho de protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la entonces República Democrática Alemana, a quien oficialmente se le había notificado que si se trasladaba a Berlín Occidental tendría derecho a percibir su pensión. En consecuencia, la viuda concretó el cambio de radicación con los gastos que ello significaba y comenzó a percibir su pensión. Tiempo después se comprobó que la “viuda” no cumplía con los requisitos legales, por lo que se le revocó la pensión y se le exigió que devolviera las sumas percibidas. Sin embargo, la defensa de la viuda tuvo favorable acogida por el Tribunal, el cual decidió no solo que no correspondía la devolución que

²⁹⁷ Conf. H. D. Henderson, *Las leyes de la oferta y la demanda*, 4ª ed., México DF, Fondo de Cultura Económica, 1953, p. 34 y 35.

²⁹⁸ Coviello, *La protección de la confianza del administrado*, p. 33 y 34.

la Administración le exigía a aquella señora, sino también negó los efectos *ex nunc* de dicho acto revocatorio, por lo que debió continuar pagando las prestaciones²⁹⁹.

Dicha doctrina fue recogida por el Tribunal de Baviera, quien sostuvo, que en los supuestos de actos administrativos ilegales de favorecimiento “se configura la presencia de bienes jurídicos de rango superior que el principio de legalidad, como es el caso de la seguridad y de la protección de la confianza”, llegando a la conclusión que correspondía limitar la revocación *ex nunc*³⁰⁰.

En Argentina, la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal tiene dicho, siguiendo a Luciano Parejo Alfonso, que: “el principio de la confianza legítima se erige en pieza clave en la limitación y el control del ejercicio de la potestad administrativa de volver sobre los propios actos’ (prólogo a la obra *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, de Federico Castillo-Blanco)... La seguridad jurídica es uno de los elementos fundamentales del principio del Estado de Derecho.

Los ciudadanos tienen que ser capaces de prever posibles injerencias de parte del Estado que les pueden afectar y de comportarse de manera adecuada. Los individuos tienen que poder fiarse de que sus acciones que son lícitas bajo el derecho actual y de las que siguen determinadas consecuencias jurídicas también pueden ser consideradas lícitas en el futuro. Seguridad jurídica significa para el ciudadano en primer lugar la protección de la confianza legítima (verf.GE 13, 261, cit. por Johann-Christian Pielow, *El principio de la confianza legítima (vertrauensschutz) en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas*, IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, 9-12 de noviembre de 1998, Caracas, 1998, Funeda)³⁰¹.

Es dable indicar, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es bien clara en la materia, habiendo declarado por sentencia de 18 de febrero de 1992 que uno de “los principios que informan el ordenamiento jurídico es el de que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, art. 7.1 del título preliminar del Código Civil”, principio que se infringe, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1965, “cuando se finge ignorar lo que sabe..., se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación, o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien ha puesto su confianza en ella”³⁰².

Ciertamente, el principio de buena fe, no resulta claro en algunas prestaciones recibidas y requeridas por el Estado y luego desconocidas; efectivamente, la vaga interpretación y alegación acerca del conocimiento del vicio por el propio afectado atenta contra la confianza depositada en el funcionario público –órgano estatal–, en

²⁹⁹ Coviello, *La protección de la confianza del administrado*, p. 37 y 38.

³⁰⁰ Coviello, *La protección de la confianza del administrado*.

³⁰¹ CNContAdmFed, Sala IV, 11/5/00, “Itoiz, Carlos Mario y otros c/UBA Resol. 938/98”. Misma Sala, 14/5/09, “ThinnerTede SRL s/recurso de apelación (TF 19.969-I) c/DGI”, y 27/4/07, “Ticoral SRL (TF 19754-I) c/DGI”, expte. 2569/99.

³⁰² Rodríguez-Arana, Jaime, *El principio general del derecho de confianza legítima*, “Ciencia Jurídica”, año 1, n° 4, Departamento de Derecho. División de Derecho Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato, 2013, <https://dialnet.unirioja.es>.

virtud de la cual, se entendía –por haberse así acordado–, que el supuesto contrato era válido y que se ejecutaría conforme las reglas pactadas.

La realidad de los actos irregulares por falta de licitación, representada por la nulidad contractual, desconoce las circunstancias económicas, buena fe y confianza con que se conduce el intercambio de bienes y servicios entre sujetos libres y honestos –aun considerando que una parte es el Estado y tiene prerrogativas exorbitantes– trayendo consigo aparejado un acto de “traición” para quien confiara denodadamente en el mantenimiento de la relación jurídica entablada.

Se advierten la siguiente secuencia: a) situación de verificarse un contrato administrativo vencido, b) la consecuente solicitud del funcionario a dicho proveedor para que continúe temporalmente proveyendo el suministro –al mismo precio en la mayoría de los casos–, c) posterior desconocimiento de las prestaciones percibidas o bien, falta de pago de las mismas, d) finalmente, en sede judicial, planteo de la nulidad contractual. Este accionar no solo viola el principio de la buena fe, sino también la legítima confianza y la teoría de los actos propios, pues el Estado ha inducido subrepticamente a engaño a un particular a fin de que ejecute su parte del contrato para luego desconocer las obligaciones acordadas.

En este orden de ideas, la legalidad no puede prevalecer por sobre la igualdad y la propiedad, amparadas constitucionalmente, y menos fomentarse estos comportamientos de los funcionarios del Estado. En nuestro país debería dotarse al marco contractual de una legislación específica que contemple supuestos como los planteados, puesto que, claramente, la jurisprudencia hasta ahora referida –al margen de su vetustez– no desentraña el paradigma de las contrataciones y los vicios.

Surge del presente trabajo, asimismo, que la mayoría de los países investigados han atribuido facultades discrecionales para resolver y decidir acerca de la aplicación efectiva del régimen de la nulidad a los contratos irregulares, como así también, los efectos asignados, es decir, *ex tunc* o *ex nunc*; del mismo modo, la teoría que aquí se trata, y que recibiera un estudio agudo por la doctrina citada³⁰³, no ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte, llevándose el extremo de la formalidad a situaciones de perjuicio concreto sobre la propiedad de los administrados. Advertimos, en este contexto, las múltiples aplicaciones de este principio –sistemáticamente soslayado por los Tribunales, a pesar de algún precedente aislado del Fuero Contencioso Administrativo Federal supra citado–³⁰⁴.

³⁰³ En particular el trabajo de Coviello, *La protección de la confianza del administrado*.

³⁰⁴ Cuando John Nash asevera que descubrió, literalmente, que Adam Smith –el padre de la economía– no tenía razón, cuando en 1776 en su obra *La riqueza de las naciones*, esbozó su tesis principal –y base fundamental de toda la teoría económica moderna–, de que el máximo nivel de bienestar social se genera cuando un individuo en forma egoísta persigue su bienestar individual, y nada más que ello, el decano de la Universidad de Princeton, Mr. Herlinger, declara azorado, que más de un siglo y medio de teoría económica se desvanecía. Ver Graziano Walter, *Hitler ganó la guerra*, Bs. As., Sudamericana, 2004, p. 16. Agrega finalmente este economista: “lo que llama poderosamente la atención es que estas expresiones... hayan pasado inadvertidas para miles y miles de economistas... Pero a un economista no se le puede escapar, si está en una posición realmente científica, la real dimensión de lo que significaba la demolición del individualismo y de la libre competencia como base central de la teoría económica” (p. 17). Es lo que entendemos ha sucedido con la presunción de la confianza legítima del administrado, soslayada sistemáticamente cuando se trata de las nulidades de los contratos, y aún en situaciones en los que se constatará dicha circunstancia como en el caso de *Fallos*, 324:3019, en

En esta hipótesis no se advierten los motivos para entender de un modo inflexible que las irregularidades que pudiere contener un contrato administrativo –creador de derechos subjetivos literalmente ya cumplidos–, acarree la fulminación de nulidad, considerando que la Administración Pública se benefició de aquellas prestaciones. En concreto, decretar la nulidad de un contrato parcialmente ejecutado –v.gr., cuando el proveedor cumplió con lo requerido, restando el pago de lo ejecutado–, lesiona el derecho de propiedad y la igualdad.

En efecto, de ningún modo el interés formal puede prevalecer por sobre un interés individual plasmado en la Constitución Nacional; tal es así, que en el caso de contratos prorrogados sucesivamente sin observarse el procedimiento licitatorio y que la contraprestación a cargo del particular se encuentre dentro de los márgenes de precios de mercado, y sin que se verifique una finalidad pública o privada distinta de la encomendada para el objeto contractual, y además, se encuentre parcialmente cumplida la prestación por el proveedor, los efectos de la nulidad no pueden, nunca, ser *ex tunc*, es decir, retroactivos, resultando lo más lógico decretar eventualmente la nulidad hacia el futuro, es decir, sobre prestaciones no ejecutadas por ninguna de las partes.

Graficamos con el siguiente ejemplo:

Se realiza una contratación directa por urgencia o emergencia para la compra de medicamentos, o bien, alimentos para comedores escolares para carenciados, por requerimiento de un funcionario público a un hipotético contratista a fin de conseguir los insumos aludidos de modo inmediato. La situación excepcional que habilita el procedimiento de excepción luego es cuestionada y aquel contrato declarado nulo. Consideramos, además, que existió prestación efectiva del proveedor restando el pago por parte de la Administración Pública para tener por ejecutado íntegramente el contrato. Aun cuando las causales por las cuales se evadiera la licitación pública pueden ser múltiples, es dable señalar, que siempre será preferible para el funcionario ser imputado en un sumario administrativo por no respetar la formalidad de la licitación, que encontrarse imputado en una causa penal en atención a las consecuencias que pudieren acontecer por la falta de medicamentos o de alimentos para infantes. En este ejemplo, el funcionario solo tiene en miras la obtención del insumo lo más pronto posible y, el proveedor, obtener una venta más, como decíamos, dentro de los márgenes normales y razonables que permite el mercado. En este contexto, difícilmente pueda endilgársele al contratista responsabilidad alguna por la discrecionalidad estatal, en cuanto a los fundamentos primariamente esbozados para instar el procedimiento por urgencia o emergencia.

Si aplicáramos, entonces, literalmente la doctrina de la confianza legítima, cuyo origen data del año 1956 como arriba se explicara, tendríamos como síntesis de lo actuado, que ante el requerimiento del funcionario público, el proveedor efectuó una venta a valores de mercado del suministro requerido, depositando la confianza en que aquel acuerdo negocial se realizaría de buena fe, y considerando, además, la investidura de los funcionarios públicos –que en virtud de la Teoría del Órgano actúan como si fueran este, representando al Estado Nacional en sus relaciones con terceros–. En

donde el máximo Tribunal hiciera caso omiso de la confianza que había depositado el contratista, cuando –y es lo más relevante– el Consejo Superior había aprobado su contratación, habiéndolo inducido deliberadamente a error.

consecuencia, no caben dudas, en esta tesitura, que tendrá derecho al resarcimiento integral de lo suministrado (es decir, costo más la legítima ganancia).

En cambio, si aplicáramos la doctrina de “Ingeniería Omega”, el órgano estatal deberá mediante la acción de lesividad requerir la anulación judicial y, eventualmente, quedará en cabeza del proveedor la responsabilidad para accionar en defensa de sus intereses, pudiendo recibir en el mejor de los casos el costo de lo suministrado con sustento en la teoría del enriquecimiento sin causa, luego de varios años de litigio y con los gastos derivados de dicha lid.

No obstante, la mencionada teoría del enriquecimiento sin causa para estos casos constituirá una ficción no reproducible en datos reales de pérdida o ganancia, pues como hemos dicho en el punto anterior, la Administración recibiría un suministro al costo neto, circunstancia inconcebible en la práctica contractual, salvo que aquella sea productora, revendedora o prestadora de servicios y pueda obtener prestaciones al costo.

Paradigmático resulta el precedente de *Fallos*, 324:3019 supra citado, considerandos 1 y 2, en donde se dejó sentado que:

“del expediente 130/92 de la Subsecretaría -4- de Salud Pública de la provincia demandada surge la vinculación entre ésta y el doctor Kao... Ese profesional, experto en cirugía de médula espinal (ver fs. 3/15), propuso viajar a la Argentina para ‘dar algunas conferencias sobre la reconstrucción medular y hacer unas operaciones con fines didácticos’ (fs. 3). Si bien no se encontró impedimento inicial para el dictado de conferencias, se consideró necesaria una consulta al Consejo Superior Médico de la provincia para autorizar las operaciones, a lo que ese cuerpo no opuso ningún impedimento. De resultas de ello, por medio de la resolución 872/92, el subsecretario de Salud Pública provincial autorizó aquel ofrecimiento (fs. 78)”; no obstante ello, en los considerandos 3 y ss.: “no es tema discutido en autos que el doctor Kao llevó a cabo la prestación médica de que se trata, a favor de cuatro pacientes que fueron atendidos en el Sanatorio Adventista del Plata, y que los gastos de internación pertinentes fueron satisfechos por la demandada... de las constancias obrantes en la causa, surge que, en la contratación invocada, no se observaron los procedimientos referidos ni se contó con la habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto respectivo, tal como lo exige la normativa señalada”.

El caso aludido constituye la representación más fidedigna de la prevalencia jurisprudencial de la formalidad por sobre otros derechos, como la propiedad e igualdad, pues, en un caso, se apunta a una violación normativa sin perjuicios concretos –salvo el que pudieren alegar otros proveedores que se vieran privados de poder participar de una licitación con valores equivalentes– y, en otro caso, se menoscaba la igualdad ante las cargas públicas y la propiedad. Advertimos entonces, que la morigeración de dicha doctrina se encontraba delante de nuestras narices mediante la justa aplicación del instituto de la confianza legítima, cuya omisión determina la convalidación de la mala fe en las prestaciones con bases contractuales, muy distante de aquel buen padre de familia que propugnaba Marienhoff, que debía representar el comportamiento de la Administración Pública.

La misma conclusión puede arribarse en la causa “LixKlett” supra citada, en cuanto fue la propia Administración quien, luego de la extinción de la vinculación

contractual por vencimiento de plazo, peticionó al particular por la continuidad del servicio que hasta ese momento había prestado³⁰⁵.

En definitiva, la nulidad de acuerdos celebrados a valores de mercado por las causales señaladas, revestirá la cualidad de ser negocios estupendos para el Estado, quien podrá obtener prestaciones al costo, en desmedro del principio de igualdad ante las cargas públicas, empero gran negocio al fin.

Debe tomarse como parámetro, que el acuerdo cuya nulidad se declara y el posterior reconocimiento del costo de la prestación, no reconoce en el mercado un valor de tal entidad. Entiéndase, ningún proveedor estará dispuesto a proveer un suministro a los valores que se le ha concedido al ex contratista con contrato nulo y prestaciones pendientes –o derechos subjetivos en la terminología de la norma–.

En un claro precedente jurisprudencial del Tribunal Supremo español se dijo:

“De acuerdo con la sentencia del TC 150/1990 y otras, así como con el voto particular concurrente de la STC 270/2015, el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles. A su vez, la jurisprudencia de esta Sala... señala que el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. Este principio de confianza legítima encuentra su fundamento último... ‘en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento’, y en el principio de buena fe que rige la actuación administrativa... si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado. Ahora bien, la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino que... se refiere a la creencia racional y fundada de que por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión, y ...tan solo es susceptible de protección aquella confianza sobre aspectos concretos, que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes”³⁰⁶.

En el mismo sentido, se dijo que:

“en relación con el principio de confianza legítima, la jurisprudencia del TJCE señala que el derecho a reclamarlo se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas, siendo preciso determinar si un operador prudente

³⁰⁵ En Dubinski - Dubinski, *Nulidad de los contratos*.

³⁰⁶ Conf. Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Sede Madrid, Sección 3, Recurso: 563/2014, resolución: 2122/2016, 30/9/16. www.poderjudicial.es/search/doAction?action=content-pdf&database=match=TS&reference=7832937&links=contrato%20administrativo&optimize=20161006&publicinterface=true.

hubiera podido protegerse de los riesgos en que se incurran en un determinado supuesto y que los operadores económicos igualmente deben soportar los riesgos económicos inherentes a sus actividades, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Pues bien, en el caso de autos tanto el Parlamento Europeo como la empresa demandante creían que esta última cumpliría un contrato de prestación de servicios de transporte a partir del 1º de enero de 1996. Si bien no se había pedido expresamente a la empresa que realizase las inversiones necesarias para disponer de una infraestructura que le permitiese desarrollar el servicio, está claro, razona el Tribunal, dadas las circunstancias del caso, que, al hacerlo, actuó de manera razonable y realista con el fin de cumplir las exigencias del Parlamento. Por otro lado, el órgano de contratación debe respetar, en cada fase del procedimiento de adjudicación, no solamente el principio de igualdad de trato de los licitadores sino también el de transparencia. Así, una sociedad estrechamente implicada en un procedimiento de adjudicación y a la que se consideró incluso vencedora de la licitación, debe recibir, sin demora alguna, informaciones precisas referentes al desarrollo de todo el procedimiento. Sin embargo, la empresa no supo que no se le adjudicaría el contrato sino hasta 6 meses después. El Parlamento tendría, pues, que haber informado a la demandante de las razones por las que no se le encomendaría el contrato a partir del 1 de enero de 1996. En definitiva, el Parlamento, por una parte, hizo que la demandante albergase una confianza legítima, al incitarle a asumir un riesgo superior al que corren normalmente los licitadores en un procedimiento de adjudicación y, por otra, no informó a la demandante del acaecimiento de un cambio significativo en el desarrollo del procedimiento de adjudicación. De ello dedujo el TPI que el Parlamento incurrió en una falta que debe generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Así, el Tribunal consideró que constituyen el perjuicio reparable los gastos y costes contraídos debido a la convicción de que se obtendría el contrato: gastos de contratación, de reconocimientos médicos, formación de los chóferes, preparación de la flota de vehículos, contrato de telefonía y aparcamiento. Además, estimó que procedía indemnizar a la demandante por el perjuicio moral sufrido (en total 5 millones de francos belgas –4'6 daños materiales y 0'4 daños morales–). La sentencia se basa pues para reconocer la responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo en el principio de confianza legítima³⁰⁷.

Entendemos, que la doctrina analizada merece debido tratamiento en las resoluciones de los tribunales, a fin de dilucidar una nulidad contractual y sus consecuencias, pudiendo la misma determinar efectos retroactivos, no retroactivos, o bien, desechar la nulidad, como hizo el Tribunal Alemán en el ya citado caso de la “Viuda de Berlín”.

En este sentido, frente a un acto nulo en el que, previamente, haya sido depositada la confianza del particular, la Administración se encontraría frente a las siguientes posibilidades: a) ponderar cuáles son los intereses en juego; b) determinar si procede la protección legal, resolviendo, en su caso, si la anulación o retiro tendrá efectos *ex tunc* o *ex nunc*; c) definir si el acto permanecerá vigente, ante supuestos excepcionales de beneficios perdurables sobre cuya base previsible el particular organizó su vida de manera decisiva, durable e irreversible³⁰⁸.

³⁰⁷ Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11/3/87, asunto 265/85 y de 26 de junio de 1990, asunto C-152/88 en Jinesta Lobo, Ernesto y otros, *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, Guayacán, San José, 2011, p. 261.

³⁰⁸ Coviello, *La protección de la confianza del administrado*, p. 61.

Este último caso podría ser el de un contratista que montó una fábrica en un determinado ámbito, contrató personal y se asentó comercialmente, y una consecuente declaración de nulidad del contrato, génesis de su confianza en cuanto a la ejecución acabada del mismo, podría determinar su ruina económica en atención a tratarse de un proveedor cuyo único cliente es el Estado –obviamente con los matices del caso hipotético planteado–.

Del mismo modo, deberían ponderarse los efectos de una nulidad en virtud del objeto del contrato, por cuanto no será lo mismo proceder a nulificar un acuerdo para la entrega de alimentos o medicamentos, que para la provisión de computadoras para un organismo, debiendo evaluarse la posibilidad de la continuidad de la prestación.

§ 29. *Obligaciones contractuales fácticas*³⁰⁹. Si bien desarrolladas en el ámbito civilista, muchas ideas pueden ser consideradas de modo analógico³¹⁰ –y ante la ausencia de normativa prevista en el Derecho Público Administrativo– como potables soluciones que tornen más justos los efectos derivados de contratos nulos parcialmente ejecutados (por el contratista) restando el pago de la contraprestación de la Administración.

En este sentido, adquiere relevancia la tesis de las obligaciones contractuales fácticas. La doctrina se pregunta, entonces, ¿qué hacer con aquellos casos en los cuales existían obligaciones propias de un contrato sin que existiera un contrato? (aun cuando las partes desconocieran que su acuerdo se encontrara viciado).

No obstante parecer que su encuadre y tratamiento tienen origen en el legítimo abono, debe señalarse, que éste último, representa la cara de una sola moneda, pues a través suyo se viene a legalizar y a prever presupuestariamente un pago ante una determinada prestación sin contrato, reconociendo su origen en el enriquecimiento sin causa.

En cambio, las obligaciones fácticas contractuales revisten el carácter de relaciones jurídicas fácticas por su nacimiento, que no ocurren por contrato, sino mediante conductas de hecho, comprendiendo una retribución acorde a un contrato³¹¹, es decir, desprovista de toda escisión del costo puro del bien o servicio, con respecto al acuerdo del que preceden.

Al respecto, Haupt consideraba que podían evitarse los problemas derivados de la falta de contrato, sin desconocer por ello su importancia como principal fuente

³⁰⁹ Conf. López Mesa, Marcelo J., *Hacia la consideración de algunas ideas en materia de contratos*, ED, 175-990.

³¹⁰ Se ha afirmado que: “no puede caber duda, en efecto, de que tanto en el caso de la ley de individuación estrecha, como en el de la ley faltante, procede el razonamiento por analogía; y en cuanto a la ley incompleta, lo mismo cabe afirmar, pues en las tres especies se explicita una nueva norma con elementos tomados de la existente, solo que los elementos de esta, que integran la nueva, son más que en la especie de ley incompleta y de individuación estrecha, llegando a su máximo en la de la ley faltante”. Linares, Juan F., *Caso administrativo no previsto*, Bs. As., Astrea, 1976, p. 66.

³¹¹ López Mesa, *Hacia la consideración de algunas ideas en materia de contratos*, ED, 175-994.

de las relaciones contractuales, pero admitiendo que tales relaciones pueden nacer también de conductas de hecho³¹².

René Savatier³¹³ decía que en estos casos se estaba frente, no a un contrato, sino a una situación legal calcada sobre la situación contractual equivalente.

Finalmente, lo que se conoce en la terminología de la doctrina alemana como relaciones contractuales de hecho, son llamadas por Larenz y Betti como “conductas obligacionales típicas”, las cuales son actitudes o conductas realizadas por sujetos que ponen en funcionamiento prestaciones sobre la base de un contrato inexistente o defectuoso. Se actúa sobre la base de usos sociales conformes, como si existiera contrato, se realizan prestaciones y contraprestaciones y, en ese caso, el derecho no puede desconocer los efectos de lo hecho, sino reconducirlo a la normativa existente que le sea afín³¹⁴.

De tal manera el legítimo abono, en cuanto reconoce sus raíces en el enriquecimiento sin causa, se diferencia de esta doctrina, por cuanto aquella constituye un modo de justificar una erogación dentro de la contabilidad de los Servicios Administrativos Financieros del órgano ante inexistencia de contrato con base en el enriquecimiento sin causa. Esta doctrina, en cambio, tiene como argumento el legítimo reconocimiento de lo acordado aun sin contrato, o bien, ante vicios invalidantes de aquel acuerdo sinalagmático. Sin ir más lejos, una cuestión radica en encontrar el modo de justificar una erogación patrimonial dentro de la contabilidad del sector público, y otra bien distinta es el modo de considerar la ganancia o la pérdida derivada de prestaciones que han sido recibidas por el Estado sin que puedan enmarcarse en las fuentes de las obligaciones típicas.

Tampoco puede perderse de vista que el resarcimiento en el enriquecimiento sin causa alcanza a la medida del empobrecimiento y hasta el quantum del enriquecimiento, en función de la acción de restitución o reintegro a favor del accionante³¹⁵.

B. Posibles regulaciones específicas sobre las nulidades. Vacío normativo

§ 30. *Hipótesis de regulación.* En este apartado nos abocaremos a esquematizar algunas ideas desarrolladas a lo largo de la presente tesis acerca de la nulidad de los contratos, y a proponer otras, a fin de intentar efectuar algunos aportes a la temática desde nuestra visión (en lo que concierne a nuestro país, habiendo explorado soluciones normativas y jurisprudenciales diversas correspondientes a distintos países). Como punto de partida, comenzaremos expresando lo que entendemos debe constituir el fin de la doctrina labrada por el Máximo Tribunal en “Ingeniería Omega” y

³¹² Haupt, citado por López Mesa, *Hacia la consideración de algunas ideas en materia de contratos*, ED, 175-994.

³¹³ Citado por Lacruz Berdejo, José L., *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1997, p. 38.

³¹⁴ López Mesa, *Hacia la consideración de algunas ideas en materia de contratos*, ED, 175-995.

³¹⁵ Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1996, p. 730.

su adecuación a la realidad fáctica que circunvala a los contratos administrativos con vicios.

Como se ha expuesto, la nulidad de los contratos en el país se funda en parámetros normativos rígidos que no han sido creados para regular las situaciones de anormalidad en la contratación administrativa.

En efecto, el art. 7 in fine de la ley 19.549 (o decreto-ley) fue modificado por el decreto delegado 1023/2001, propugnando la aplicabilidad directa del Título III de dicha norma a los contratos administrativos, textualmente: “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” (párrafo sustituido por art. 36 del decreto 1023/2001, BO, 16/08/01).

En este esquema, el Título III referido –de aplicación directa a los contratos luego de la reforma–, abarca obviamente las nulidades previstas en el art. 14 y arts. 17 y 18 relativos al régimen de revocación de los actos regulares e irregulares.

Una primera conclusión que podemos extraer desde nuestra óptica, es que el régimen de la Ley 19.549 del año 1972 –en su redacción original– no previó la regulación directa de las nulidades contractuales; es más, de su texto ni siquiera puede advertirse la invocación o inclusión de actos administrativos bilaterales o contratos, siendo más bien una creación doctrinaria que una positiva normativización reguladora de los acuerdos obligacionales entre sujetos. Es, entonces –y a través de una incorrecta hermenéutica–, que se pretende encuadrar de modo directo en aquella norma a los contratos con vicios en las formas esenciales. Abona lo dicho la redacción original mencionada del art. 7 de aquella ley, que abogaba por una aplicación analógica del Título III (es decir, con las adecuaciones del caso), si ello fuera procedente.

De tal manera, la Ley de Procedimientos Administrativos no ha sido concebida originariamente como una norma regulatoria de los contratos administrativos pues, de su texto –tal como hemos manifestado supra– solo se advierten referencias a los actos de alcance particular y general, y, en el primer caso, presumiblemente unilaterales. Por ello, podemos válidamente colegir, que el régimen de nulidades aplicables a los actos administrativos unilaterales o bilaterales –independientemente de su emisión y efectos– no fue concebido originalmente para los contratos administrativos, resultando su posterior inclusión –vía reforma del art. 7 in fine de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos– inadecuada y forzada, pues se amplía el ámbito de la norma a relaciones jurídicas formuladas para generar derechos y obligaciones por mutuo acuerdo, es decir, distintas a las hipótesis de la norma original, y que la reforma viene a remendar.

Ello no implica tampoco, arribar a la errónea conclusión de que deben desconocerse los actos administrativos bilaterales o contractuales, sino más bien, se trata de poner en su justa medida los alcances normativos que venimos desarrollando y que, entendemos, no han sido ponderados, pues la Ley de Procedimientos Administrativos tuvo otra finalidad y concepción (la redacción original así lo indica). Por lo tanto, la reforma del decreto delegado 1023/2001, en ese aspecto, constituye un remendado de la norma para acomodar situaciones jurídicas no comprendidas originariamente en su texto.

Advertimos, no obstante, que la doctrina de “Ingeniería Omega” ha sido dictada en el año 2000, es decir, con anterioridad a la reforma del año 2001 por el art. 36 del decreto delegado 1023/2001, con lo cual, menos aún encontraba justificación la aplicación analógica (en ese momento) de la ley procedimental pues, en todo caso, la analogía hubiese determinado otras consecuencias, o bien, también podemos interpretar que no era procedente su aplicación.

A nuestro juicio no es un tema menor, pues la sistematización de los efectos de las nulidades en los contratos mediante la aplicación irrestricta de los arts. 17 y 18 (en cuanto a la traspolación de las causales de revocación en sede administrativa) contiene implicancias directas en la determinación final del asunto. Tal es así, que el art. 17 aludido, que regula la revocación de los actos irregulares, prescribe una obligación a la autoridad administrativa, al prever que aquellos actos deben ser revocados o sustituidos por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa.

Ello permite inferir, lógicamente, que dicho deber se expande a los actos generadores de derechos subjetivos con efectos pendientes, a cuyo fin, debe declararse la lesividad del acto, primero en sede de la Administración a través del acto pertinente, y luego, a través de la petición judicial de anulación.

Es que la lesividad contiene dos elementos imprescindibles para su constitución, a saber: 1) un acto administrativo que declare aquella lesividad del acto; 2) la impugnación judicial para obtener de la magistratura la correspondiente declaración de nulidad del acto viciado.

En este orden de ideas, el conocimiento del vicio por el administrado y la consiguiente obligación legal del órgano estatal de revocar en su sede dichos actos generadores de derechos subjetivos en cumplimiento no surgen de la ley, por lo que constituye una interpretación (del máximo Tribunal, por supuesto), que excede el marco jurisdiccional propio de las funciones constitucionalmente asignadas. Entendemos que dicha modificación de la norma solo puede provenir del poder cuya competencia es dictar normas de carácter general y abstracto –el Poder Legislativo en su substancia–.

Consecuentemente, y sin perjuicio de la “*iuris dictio*” para el caso concreto, la interpretación generalizada de una norma, mediante una hermenéutica forzada, no puede alterar los efectos y enfoque previstos por el legislador sobre la base de una regulación injusta o incompleta.

En virtud de lo expuesto, es menester señalar que se ha conferido una atribución extra legal a los órganos de la Administración para que apliquen una norma en un sentido diverso al establecido; raro es que el decreto delegado 1023/2001 no haya previsto una modificación de esta índole, entendiéndose, entonces, que solo ha procedido a emparchar un régimen regulado para tratar distintas situaciones jurídicas y no las contractuales (al menos no de modo directo)³¹⁶.

³¹⁶ En el decreto 1510/1997 de la CABA, se agregó en el art. 17 (que trata los actos irregulares) lo siguiente: “No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad, salvo que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, en cuyo caso esta limitación será inaplicable”.

§ 31. *Efectos de los contratos no celebrados de acuerdo con la formalidad normativamente establecida.* Continuando entonces con el desarrollo propuesto, consideramos que deben contemplarse especiales situaciones derivadas de la declaración de nulidad. En efecto, no será lo mismo un contrato tachado de nulidad por connivencia entre proveedor y funcionario (aunque hemos aclarado que dichos acuerdos y supuestos quedaban al margen de la presente hipótesis de trabajo), de aquellos supuestos en los cuales se contrata sin licitación pública mediante, cuando la norma así lo prescribía, sea por vencimiento del plazo contractual vigente, o por las causales infra descriptas. El principio es que siempre traducen un beneficio directo para la sociedad por cuanto se ha conseguido un suministro a precios de mercado.

Como hemos supra explicado, habrán de diferenciarse distintos supuestos:

1) Contrato vencido con prórrogas o ampliaciones de objeto –en violación al dispuesto normativamente–³¹⁷, mediante las cuales, los funcionarios públicos requieren al contratista la continuidad del suministro en los términos pactados. Aquí no hay sobrepuestos, entendiendo que los mismos ya han sido convalidados en la adjudicación del contrato originario, en donde se ha procedido a evaluar las ofertas, estimando el costo, determinando la razonabilidad de la cotización, y finalmente, escogiendo a la más conveniente para el organismo.

2) Contrato instrumentado mediante una contratación directa en franca violación al régimen de contrataciones, por no existir la urgencia o emergencia, o bien, por encuadrarse en un supuesto de aquella modalidad sin la debida justificación legal, o por no ser cierta la causal esbozada.

Podría darse el caso también de una contratación instrumentada a través de una licitación privada, siendo que objetivamente correspondía una licitación pública.

Descartada la connivencia y el sobrepuesto, constituye otro supuesto asimilable al del punto anterior.

3) Verificación de prestaciones contractuales o asimilables, instrumentadas mediante acuerdos verbales entre el funcionario público y el proveedor.

En estos supuestos se verifican requerimientos informales fuera de todo cauce procedimental aplicable.

En conclusión, de las situaciones descriptas, ya hemos tratado sus posibles consecuencias supra, por lo que, entendemos, en función de la problemática que plantea la cuestión –y la casuística de los casos aludidos– que la nulidad con efectos *ex tunc* o retroactivos no puede mediar cuando existe un palmario desconocimiento del vicio por parte del proveedor en los supuestos de prórroga de la vigencia del contrato, o bien, ante la incoación de un procedimiento distinto al regulado, al menos en lo que

³¹⁷ Art. 100, inc. a, apartado 1° del decreto 1030/2016 que prevé: “En los casos en que resulte imprescindible para la jurisdicción o entidad contratante, el aumento o la disminución podrán exceder el 20%, y se deberá requerir la conformidad del cocontratante, si esta no fuera aceptada, no generará ningún tipo de responsabilidad al proveedor ni será pasible de ningún tipo de penalidad o sanción. En ningún caso las ampliaciones o disminuciones podrán exceder del 35% del monto total del contrato, aún con consentimiento del cocontratante”. En el inc. b del mismo artículo “Cuando el plazo original del contrato fuere plurianual, podrá prorrogarse como máximo hasta 1 año adicional. La prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente”.

refiere a las prestaciones ejecutadas, salvo que sea posible la devolución de los bienes no consumidos.

El Estado debería ponderar, entonces, las distintas situaciones y necesidades que confluyen para el cumplimiento de los intereses públicos en juego, sin perjuicio de señalar que la realidad normativa impide una posible ponderación de los distintos supuestos y atribución específica de efectos; ello, sin mengua de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios que autoricen dichas contrataciones irregulares.

La nulidad debería ser declarada en sede administrativa cuando la norma lo admita, o bien, judicialmente en los demás supuestos, siempre a través de la acción de lesividad, previo acto administrativo que así lo declare. Consideramos, entonces, que la nulidad por acción o reconvención solo puede ser planteada si existe aquella declaración de lesividad del órgano competente, pues no debe perderse de vista que si en Derecho Administrativo la competencia es la excepción, los mismos parámetros deben aplicarse para comprender la representación del Estado en juicio. Es decir, que un apoderado del Estado no podría requerir la anulación judicial sin una orden expresa del titular del órgano competente.

En cuanto a los supuestos de acuerdos verbales, y sin perjuicio de las consideraciones planteadas en los párrafos precedentes, juzgamos improbable que la conclusión de un acuerdo de voluntades pueda plasmarse de ese modo sin menoscabo a la legalidad y a la diligencia que debe corresponder a un buen hombre de negocios, concepto jurídico indeterminado si se quiere.

Aun así, consideramos que puede inducirse a error a un proveedor, a quien, un funcionario público le requiere por la continuidad contractual de un suministro que viniera entregando vencido el contrato.

En este contexto, a la misma conclusión arribamos en los casos mencionados en los cuales se emplea un procedimiento selectivo distinto a la licitación pública que obra como principio. Pensemos si existe algún deber legal del proveedor en indagar en la naturaleza del procedimiento al que se lo convoca, es decir, ¿debería indagar si ha existido urgencia o emergencia? En estos casos, ¿debería analizar el acto administrativo de autorización y justificación emitido por la autoridad estatal para comprobar si se dan dichas circunstancias especiales y, en su caso, rechazar la convocatoria? Entendemos que dichas cargas no se encuentran dentro de los deberes de los administrados cocontratantes de la Administración como obligación que pueda serles exigida.

No podemos omitir que, en muchos casos, la contratación viene a remediar una ejecución ya efectivizada para adornar el marco legal y legalizar una previa irregularidad.

§ 32. *Distintos efectos. Presunción de la confianza legítima. Obligaciones contractuales fácticas.* Entendemos que los efectos *ex tunc* no han contemplado las situaciones de las prestaciones recibidas de conformidad por la Administración, quien, luego de desconocer o de plantear la nulidad, pretende, en el mejor de los casos, abonar el costo del servicio.

Al respecto, nos hemos referido a tales cuestiones en el punto VI.1 de la presente tesis, en donde hemos analizado el alcance del enriquecimiento sin causa y los problemas que plantea.

Entendemos que las prestaciones ejecutadas por el proveedor, y no abonadas por el Estado, deberían cancelarse de acuerdo a lo pactado o, en el peor de los casos, a valores parametrizados de mercado (volveremos sobre esto más adelante).

Ello, como consecuencia de la aplicación y desarrollo de la presunción de la confianza legítima del administrado, o bien, como derivación de las obligaciones contractuales fácticas, en donde pueda lógicamente presumirse que el contratista haya depositado su convicción y confianza en la ejecución de lo acordado en un caso, o bien, como el corolario del respeto por la buena fe estatal y en atención a la imposibilidad de exigirle a un ciudadano que contribuya de modo distinto al resto de la comunidad sin el debido contrapeso económico.

El hecho de reconocerse únicamente –en determinados casos– el costo del suministro entregado, cuando se han satisfecho de modo acabado los intereses de la comunidad a precios de mercado, quebranta la igualdad ante las cargas públicas de orden constitucional.

El máximo Tribunal ha sostenido: “Cabe recordar que es doctrina reiteradamente sostenida que no viola el art. 16 de la Constitución Nacional el hecho de que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, en tanto la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución de personas o grupos de ellas. La garantía consagrada en dicho precepto constitucional entrega a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación”³¹⁸.

No puede juzgarse, entonces, de modo distinto –como lo hace arbitrariamente la Administración Pública con determinados contratistas–, concediéndose por legítimo abono lo que se les deniega a otros a través de la nulidad contractual alegada mediante reconvencción (en el marco de un proceso judicial), o acción autónoma en vía judicial o en su propia sede mediante la revocación, previa declaración de la lesividad del contrato.

Cabe señalar que no se ha advertido lo siguiente: la violación a las formas esenciales y la eventual nulidad pueden ser o no alegadas, pues estas existen independientemente de los efectos que le asignemos. En efecto, si las prestaciones en el marco de un acuerdo irregular son abonadas mediante legítimo abono, el contratista verá resarcidas aquellas hasta el monto de lo estipulado (costo más beneficio), en cambio, si dicha prestación no es resarcida se alega la nulidad y el proveedor deberá probar, acabadamente, cuál ha sido el costo de su suministro para aspirar a una módica indemnización del mismo. Tal diferenciación, como hemos referido, no se condice con lo establecido en la ley 19.549 y constituye una violación al principio de igualdad.

Como se advierte, se verifican distintas ponderaciones y soluciones para una misma y única situación, debiendo indicarse que, en ambos casos, se respeta el interés de la comunidad de percibir a precios de mercado una determinada prestación, lo que permite identificar de modo concreto la violación de la igualdad ante las cargas públicas.

Ante los escasos argumentos vinculados con que también se estaría violentando la igualdad de otros participantes potenciales oferentes, quienes podrían ver

³¹⁸ Fallos, 313:410 y sus citas.

conculcado su derecho de poder asistir a un eventual proceso licitatorio vedándose asimismo la concurrencia, respondemos que ello no constituye más que una probabilidad o pérdida de chance de participar, principios que ceden ante la efectiva aportación a la comunidad de bienes mensurables en dinero y que, por otra parte, plantean distintas cuestiones, pues una cosa es el derecho a un resarcimiento por lo ejecutado y otra muy distinta, los agravios de sujetos de derecho por la no incoación de un procedimiento licitatorio normativamente estipulado.

En los casos de pago por legítimo abono, el agravante es que, eventualmente, también se verifica una violación a la ley 19.549, por cuanto esta estatuye la obligación de la Administración de revocar los actos irregulares en la posición hasta ahora asumida.

Entonces, ¿será que el pago por legítimo abono transforma en regular un contrato irregular?

Nótese asimismo, que la erogación estatal debe ser congruente con los fines de interés público asignados al Estado (la satisfacción de necesidades públicas). Pero, cabe preguntarse qué sucede con los fondos salidos de la tesorería estatal que no tienden a esos fines³¹⁹. Agrega Villegas que “la necesidad pública es el presupuesto de legitimidad del gasto público, pero no su presupuesto existencial”³²⁰.

Escola enseña que “si se efectuara una modificación sustancial de todos los sistemas de contratación utilizados por la administración, atenuando, o mejor aun erradicando, el formalismo riguroso y la automaticidad irreflexiva, volcándose gradualmente al sistema de libre elección, consciente y responsablemente aplicado, en el que los funcionarios públicos deban responder por los resultados de las contrataciones que lleven a cabo, haciendo predominar, de ese modo, la eficiencia y la vigencia del interés público, hacia el que debe estar orientado el actuar administrativo”³²¹.

Gordillo lo ha dicho con claridad: se corre el riesgo de que la licitación pública quede asociada con “una indebida connotación emotiva, totalmente superflua y negativa, de excesivos formalismos, pérdida de tiempo, engorrosos trámites... Todo lo que hace a formalismos, formulismos, complicaciones, etc., no son sino distorsiones propias de la burocracia, para nada imputables al procedimiento mismo de selección competitiva y pública de ofertas”³²².

Consecuentemente, consideramos que se ha verificado la hipótesis inicial planteada, en cuanto no debe declararse la nulidad de los contratos administrativos por vicios en las formas esenciales cuando no se verifique perjuicio alguno al interés y erario público, y en el contexto de un desconocimiento eventual de aquella afección por parte del contratista, por cuanto se ha demostrado:

³¹⁹ Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, t. I, Bs. As., Depalma, 1980, p. 38.

³²⁰ Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*.

³²¹ Escola, *El interés público*, p.168.

³²² Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, La defensa del usuario y el administrado, 8ª ed., Bs. As., FDA, 2006, p. XII-6.

1) Si bien la licitación pública constituye el principio en materia de selección de contratistas del Estado, y adquiere singular relevancia en lo que concierne al principio de legalidad –entendido este como la sujeción del funcionario a las normas–, en ciertos casos –materia de la presente tesis– cede ante principios superiores, tales como la igualdad ante las cargas públicas y el derecho de propiedad, ambos de raigambre constitucional, pues ante falta de agravio al erario y orden público (y verificándose un beneficio para la comunidad), recurrir a las formas por sobre los derechos lesiona el orden de valores plasmados en la Constitución Nacional, siendo que no puede admitirse un menoscabo de los derechos referidos en atención a un incumplimiento de normas sin perjuicio concreto a terceros.

2) El principio de la confianza legítima del administrado, o bien, las obligaciones fácticas contractuales, aportan los argumentos necesarios que convalidan la premisa básica, por la cual los efectos de la nulidad de los contratos administrativos deben correlacionarse con aquella confianza depositada en cuanto a la validez y celebración del acto o con la prestación recibida por la Administración que representa un bien patrimonial para el interés público.

3) El enriquecimiento sin causa no resarce al proveedor, considerando que el supuesto costo del suministro no equivale a la otra cara de la moneda, es decir, la ganancia del Estado al obtener un bien por debajo de los costos de mercado. Resulta evidente que la Administración se beneficia por demás al incorporar al patrimonio estatal una prestación cuyo valor de mercado es superior a lo abonado, pues aquella debería pagar, para la obtención de dicho bien, una suma equivalente al valor de mercado –el costo más el beneficio–, acorde con lo pactado con el cocontratante, aun a expensas de la nulidad. La aplicación de este principio, entonces, lesiona la igualdad ante las cargas públicas.

4) La configuración del legítimo abono como medio de cancelación de prestaciones sin contrato denota la arbitrariedad de la Administración para valorar situaciones jurídicas similares con criterios distintos. Por otra parte, si se legitima un pago de prestaciones sin contrato –sin discriminación alguna entre costo y ganancia–, la misma consecuencia debe asignarse cuando se ha verificado entrega de la prestación y el Estado no la ha abonado, puesto que ha quedado en evidencia que el legítimo abono reconoce no solo el costo al contratista, sino también la ganancia acordada. Entender al legítimo abono únicamente como un derecho al costo de la prestación y no a la ganancia, representa un contrasentido jurídico, y un desconocimiento de la realidad contractual, pues muchos proveedores actualmente prestan colaboración ante la inercia del aparato burocrático de la Administración, proveyendo un suministro a valores constantes de mercado. De otra manera, se crearían categorías de proveedores privilegiados que perciben su ganancia en desmedro de quienes han sido castigados con la desidia y mala fe, pues el Estado ha recibido la prestación y no abonándola recurre al artilugio de la subrepticia invocación de la nulidad.

En síntesis, se violenta también la igualdad al conferir un tratamiento distinto a un grupo de proveedores, pues, en palabras de la Corte Suprema (*Fallos*, 338:1455), “se trata, en definitiva, de examinar los elementos de clasificación que le componen, y observar si se excluye a alguien que debería integrarla y recibir igual atención jurídica”.

5) Tanto la doctrina, legislación y jurisprudencia extranjera, con distintos matices, concuerdan en la atribución de distintos efectos a las nulidades contractuales, ponderando, en algunos casos, la potestad para el sujeto estatal de decidir acerca de la continuidad de la prestación por razones de interés público, prescindiendo de una declaración de nulidad.

§ 33. *Conclusión final. Cambio de paradigma. Necesidad de una reforma legislativa.* De acuerdo al desarrollo que efectuamos, consideramos necesaria una reforma legislativa que incorpore al Régimen Nacional de Contrataciones estipulaciones específicas que traten de modo concreto la problemática de los contratos irregulares, reglamentando pormenorizadamente los distintos supuestos que pueden verificarse en la contratación administrativa viciada y, de este modo, independizar las consecuencias derivadas de la función nulificante asociada a una norma elaborada originariamente para otro tipo de actos.

En este sentido, es dable indicar, que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos ha sido concebida para fines distintos a una regulación en materia contractual, tal como hemos mencionado, y demostrado supra.

El contrato administrativo, y las prestaciones que se deriven de este, contienen una significación o trascendencia económica inescindible del Derecho Administrativo, aun cuando habitualmente son tratados como elementos formales. Se trata de eficaces instrumentos jurídicos de penetración económica-sustancial, que integran el sector privado de la economía y están sujetos a regulaciones de derecho público³²³.

En el escenario planteado, la debida incorporación de las nulidades contractuales al régimen legal debiera prever, del mismo modo, la atribución de facultades para el organismo público de decidir sobre los posibles efectos asignados a los contratos irregulares, dejando en claro, eventualmente, su naturaleza jurídica, no como un acto administrativo de carácter bilateral, sino como lo que realmente son, acuerdos de voluntades reguladores de derechos y obligaciones para las partes, en donde al menos una de estas es representada por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa con las facultades exorbitantes inherentes al régimen.

Creemos, asimismo, que la previsión del art. 48, inc. 2 de la ley alemana –supra referida– que establece que “un acto administrativo irregular que acuerda una prestación material fraccionable o una prestación en especie única o periódica, o que sea la condición para hacerlo, no puede ser anulado cuando el beneficiario confió en su mantenimiento y su confianza, puesta en comparación con el interés general relacionado con el acto, merece protección. La confianza es en principio merecedora de protección si el beneficiario ha consumido las prestaciones otorgadas o si hizo una disposición patrimonial que no puede modificar o no podría modificar más que al precio de perjuicios sostenibles”, podría replicarse en nuestro país con las adaptaciones del caso, pues refleja, justamente, el sentido de justicia que pretendemos dejar sentado.

Por otra parte, debería incluirse en los Pliegos de Bases y Condiciones Generales –y a mayor abundamiento–, las prescripciones acerca de las nulidades previstas, como así también propender a la publicación digital de todo el expediente a fin que

³²³ Dromi, Roberto J., *Derecho administrativo económico*, t. I, Bs. As., Depalma, 1983, p. 27. Este autor incluye a los contratos administrativos y a los procedimientos de contratación específicamente, tales como Licitación Pública, Privada o Contratación Directa.

pueda ser debidamente cotejado y estudiado, y analizados los actos internos y los actos administrativos de alcance general y particular. Actualmente, se encuentra en fase de desarrollo la sistematización de los medios electrónicos de gestión de expedientes (o GDE, Gestión Documental Electrónica) y de contrataciones (Portal de Compras); aun cuando ello resulta loable, lo cierto es que el sistema de Gestión Documental referido solo es de acceso para los funcionarios del Estado y no para los proveedores u oferentes, quienes solo pueden interactuar con la Administración a través del Portal. Las referidas actuaciones no obstante, carecen del carácter público para los ciudadanos en general.

Sin mengua de ello, entendemos que debe crearse un órgano independiente encargado de analizar los contratos irregulares y las posibles consecuencias, asesorando al sujeto estatal en la gestión contractual, tal como ha sido concebido en España, en donde se creó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuya competencia comprende las impugnaciones relacionadas con la actividad contractual del Sector Público Estatal³²⁴.

Si bien existe en nuestra legislación un órgano rector, la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) dependiente actualmente del Ministerio de Modernización³²⁵, entendemos que deberían coexistir ambos órganos, uno regulando –tal la competencia atribuida a la ONC– y el otro –un hipotético Tribunal Revisor de Contratos– resolviendo recursos en materia contractual y emitiendo dictámenes de asesoramiento a los sujetos que gestionan las contrataciones, o bien, con atribuciones de decisión.

Del mismo modo, resultaría conveniente la regulación normativa de precios estándar de referencia para toda la Administración, centralizándose en un determinado sujeto –podría ser el Tribunal Revisor propuesto– la consignación de los precios de referencia³²⁶, los cuales deberían poder ser consultados por todos los órganos y sujetos del Estado con las competencias específicas.

No puede soslayarse, que funciona en nuestro país un sistema de precios denominado “testigo”³²⁷, en cabeza de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN),

³²⁴ Ver Capítulo IV de la presente tesis, Legislación Extranjera.

³²⁵ Conf. art. 23 decreto delegado 1023/2001 que establece: “a) El órgano rector será la Oficina Nacional de Contrataciones o el organismo que en el futuro la reemplace, el que tendrá por función proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en el art. 29, inc. b del presente régimen, y b) Las unidades operativas de contrataciones funcionarán en las jurisdicciones y entidades aludidas en el art. 2° del presente y tendrán a su cargo la gestión de las contrataciones.

³²⁶ En Estados Unidos, existe la Junta de Normas de Contabilidad de Costos como una junta independiente dentro de la Oficina de Política de Adquisiciones Federales, que tiene como funciones prescribir, enmendar y rescindir las normas de contabilidad de costos y las interpretaciones de las normas, diseñadas para lograr uniformidad y consistencia en las normas de contabilidad de costos que rigen la medición y asignación de costos a contratos con el Gobierno Federal. Conf. 41 U.S. Code, Chapter 15, § 1501/2 - Cost Accounting Standards Board. <http://uscode.house.gov/codification/t41/pub-cllaw.pdf>.

³²⁷ Conf. art. 26 decreto 558/1996, en su parte pertinente: “Las compras y contrataciones cuyos montos superen las escalas que en el plazo de 15 días corridos a partir del dictado del presente

quien percibe un arancel por dicho servicio³²⁸ —es decir, por brindar la información de los precios pagados por el Estado por prestaciones estándar—. Cabe señalar que las normas de creación de dicho sistema deben modificarse y adaptarse a las nuevas circunstancias.

En efecto, debe ponderarse la creación de un sistema transparente y transversal que no requiera transferencia de fondos entre distintos sujetos y órganos estatales, y que permita a todos los operadores del sistema tener la información online para poder tomar la mejor decisión para resguardo de los intereses públicos.

Es necesario, pues, un sistema interactivo —automatizado— que solo requiera del ingreso de variables por el operador —funcionario o ciudadano—, transparentando y regulando lo atinente a precios de mercado, y que no admita la adjudicación de quienes ofrecen por fuera de esos márgenes, ya sea por ser el precio inconveniente (excesivo) o por resultar precio vil (por debajo del costo).

De este modo, lo primero que podríamos obtener es una estandarización de los valores abonados en los contratos administrativos excluyendo a las ofertas con sobreprecios, simplemente, porque el sistema desechará aquellas que superen dichas cotas.

Resulta contraproducente, por otra parte, la institucionalización del cobro interadministrativo de un arancel para conocer los precios de mercado, pues en tiempos de restricción presupuestaria el hilo se corta por lo fino, resultando dudoso que aquel acto de alcance general que establece el deber de someterse al Sistema de Precios Testigo sea cumplimentado en la práctica por los sujetos obligados.

Como referíamos en la nota al pie respectiva, en Estados Unidos funciona una Junta encargada de regular y transparentar los costos de los contratos que celebran los proveedores con el Gobierno Federal, estipulando que aquella dictará reglamentos para la implementación de las normas de contabilidad de costos requiriéndose a los contratistas y subcontratistas, como condición para contratar con el Gobierno Federal, revelar por escrito sus prácticas de contabilidad de costos, incluyendo métodos para distinguir los costos directos de los costos indirectos y la base utilizada para asignar los costos indirectos³²⁹.

Se requiere a estos fines una modificación normativa que clarifique el modo de obtención de precios de mercado —no ya de precios testigo únicamente— abarcando

determine la Sindicatura General de la Nación, deberán someterse al control del sistema de precios testigos elaborado por ese organismo”.

³²⁸ Conf. decreto 814/1998 que prevé: “Autorízase a la Sindicatura General de la Nación a percibir un arancel, que permita sufragar los gastos que ocasiona el mantenimiento del sistema de ‘precios testigo’, por parte de los Ministerios; Secretarías de la Presidencia de la Nación, y Organismos centralizados y descentralizados de la Administración Pública Nacional, que deban, por imperio de lo establecido en el decreto 558/96, someter a la consulta previa sus adquisiciones y/o contrataciones”.

³²⁹ Conf. 41 U.S. Code, Chapter 15, § 1502. The Board shall prescribe regulations for the implementation of cost accounting standards prescribed or interpreted under this section. The regulations shall be incorporated into the Federal Acquisition Regulation and shall require contractors and subcontractors as a condition of contracting with the Federal Government to (1) disclose in writing their cost accounting practices, including methods of distinguishing direct costs from indirect costs and the basis used for allocating indirect costs. <http://uscode.house.gov/codification/t41/publiclaw.pdf>.

no solamente las compras de bienes normalizados o de características homogéneas tal como refiere el decreto aludido, sino que deben ampliarse los bienes y servicios contratados por el Estado en su generalidad.

Debería entonces crearse un órgano con la respectiva atribución de competencias para que releve los precios de plaza de suministros y obras, siendo que las aptitudes de la SIGEN resultan ajenas a dicho cometido.

En resumen, debe crearse una entidad jurídicamente descentralizada con atribuciones específicas en la materia, a los fines de asesorar en materia de precios de mercado de los distintos bienes, servicios u obras, a todo el sector público nacional; ello, por cuanto se advierte una gran disparidad entre los distintos valores adjudicados en toda la Administración Pública.

Debe agregarse que también resulta indispensable el acceso a la citada información por parte de la ciudadanía a fin de cotejar los precios que el Estado abona por los suministros requeridos; no alcanza solo con la creación de un sistema electrónico de compras³³⁰, puesto que, hace a los principios republicanos de gobierno la transparencia de los actos públicos, a cuyo fin resulta esencial el conocimiento de los valores de estandarización de los productos.

El sistema de los precios testigo mantiene cautiva la información para aquellos órganos que solventen su gestión mediante el pago del arancel previsto, ocultando información vital para la gestión de las contrataciones estatales; consideramos, pues, que debería gestionarse un sistema de información que permita a los organismos contratantes compartir en línea los datos relativos a proveedores y precios adjudicados por los organismos, a fin de optimizar los beneficios, permitiendo a los sujetos estatales identificar quienes están comprando los mismos productos (y a quiénes) a mejores precios, mutando a un sistema de gestión universal de las contrataciones públicas.

Por ello, abogamos por la creación de un órgano independiente que centralice los recursos contractuales y asesore al Sector Público³³¹ en la materia y, asimismo, pueda integrar una dependencia que se encargue de transparentar el procedimiento de obtención de los precios de mercado, con clara referencia para la contratación que se pretenda gestionar.

Como afirma Rejtman Farah, se debilita, además, el valor de los precios testigo si el procedimiento, las metodologías y los antecedentes tenidos en cuenta para obtenerlos son reservados³³², entendiendo que se priva así a la información derivada del

³³⁰ Conf. Disposición 65-E-2016 de la ONC: "Habilitase el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, en adelante denominado 'COMPR.AR' y cuyo sitio de internet es www.comprar.gov.ar, como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos prescriptos en el reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el decreto 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, el que se implementará según el cronograma gradual que establezca la Oficina Nacional de Contrataciones".

³³¹ Conf. art. 8, ley 24.156.

³³² Art. 10 de la resolución 36-E/2017 SIGEN que prevé: A los efectos de sustentar los valores y conclusiones de cada Informe, la SIGEN pondrá a disposición del organismo solicitante toda la información, reservando la confidencialidad respecto al origen de los datos.

parámetro de la necesaria transparencia y objetividad, haciendo imposible verificar la documentación tenida en consideración para obtenerla³³³.

En cuanto a la normativa, el método de obtención de datos resulta incompleto por cuanto se prevé que en la elaboración de los valores de mercado, la Sindicatura General de la Nación utilizará preferentemente datos emergentes de organismos públicos, recurriendo a fuentes privadas solamente cuando ello no sea factible³³⁴, lo que nos conduce a afirmar que cualquier elaboración de precio que prescinda de la indagación privada carecerá de valor científico en cuanto a la exactitud y realidad de la información contenida.

Hemos advertido con desagrado en el ejercicio de la función pública que nos compete ejercer, que los precios de mercado cotizados por privados, previo al procedimiento selectivo (a fin de la conformación del presupuesto) difieren de los efectivamente ofertados. Ello obedece a que, de esa manera, elevan el promedio del precio presupuestado, pudiendo acusar de precio vil a quienes presenten una oferta de más bajo precio que el propio presupuesto estimado por el organismo para dicha contratación.

Adviértase que la conformación de los presupuestos para la ejecución de procesos de compras comienza con los requerimientos de cotizaciones por parte del área estatal a los proveedores. Las aludidas cotizaciones no resultan vinculantes, y solo tienen por finalidad que la Administración Pública pueda conocer y afectar un presupuesto para una determinada contratación.

En consecuencia, entendemos que resultaría necesaria una legislación abarcativa de las contrataciones que regule todas las contingencias y efectos de las nulidades, y de consuno, paralelamente, la implementación de un sistema de precios de mercado de acceso público, que permita un mejor y mayor control sobre lo que se pretende contratar, no solo por el órgano contratante, sino también por el ciudadano común, pues en definitiva, ello hará a la consecución del interés público como bien primario y objetivo del Estado.

Por ello, la determinación y sapiencia del precio de plaza por parte del Estado podrá obrar como límite, en caso de contrataciones que no respeten la formalidad prevista, y de ese modo, el proveedor podrá percibir –siempre en el ámbito subjetivo de investigación que aquí se plantea–, un valor universal consensuado sin discriminación de costo alguno, y el Estado, paralelamente, incorporará a su patrimonio un bien conforme su precio de mercado, en función de la justicia conmutativa.

Bibliografía

Alonso Regueira, Enrique M. - Cardaci Méndez, Ariel, *El fin de las garantías de impugnación*, LL, 2007-A-258.

Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1996.

³³³ Rejtman Farah, *Régimen de contrataciones*, p. 171.

³³⁴ Anexo I de la disposición 79/2005 SIGEN.

- Álvarez, Sebastián, *Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, RAP, 382-53.
- Arazi, Roland, *Derecho procesal civil y comercial*, Bs. As., Astrea, 1995.
- Barra, Rodolfo, *Contrato de obra pública*, t. I, Bs. As., Ábaco, 1984.
- *Contrato de obra pública*, t. III, Bs. As., Ábaco, 1988.
- Béjar Rivera, Luis J., *Finalidad y desviación de poder en los actos y contratos administrativos: ¿Ilegalidad o inmoralidad administrativa?*, “Cuadernos Críticos del Derecho”, 1-2016, disponible en www.liberlex.com/archivos/II_monog_DCCP-desvia.pdf.
- Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As., La Ley, 1964.
- *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As., Depalma, 1955.
- Boquera Oliver, José M., *Valoración de los sistemas de selección del contratista*, en “Contratos públicos”, Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, AADA, 1980.
- Cardaci Méndez, Ariel - Dubinski, Guido J., *Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega), LL*, 2010-F-169.
- Cardaci Méndez, Ariel - Dubinski, Guido J., *Comentario al art. 15*, en Rejtman Farah, Mario (dir.), “Régimen Nacional de Contrataciones de la Administración Pública. Decreto delegado 1023/01”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- Cassagne, Juan C., *El contrato administrativo*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1999.
- *Derecho administrativo*, t. I, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998.
- *Derecho administrativo*, t. II, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998.
- *El dictado de una medida cautelar que suspende la revocación de un acto administrativo por razones de ilegitimidad*, LL, 2001-E-586.
- Christe, Graciela E., *Una excepción a la estabilidad del acto administrativo irregular: el conocimiento del vicio por el interesado*, “El Derecho”, Especial Administrativo I, 27/3/02, p. 9.
- Christe, Graciela - Sánchez Correa, Ramiro, *Nuevamente en torno al precedente de “Ingeniería Omega SA”*, SJA 5/12/07, JA, 2007-IV-95, citando a Santamaría Pastor.
- Comadira, Julio R., *Acto administrativo municipal*, Bs. As., Depalma, 1992.
- *Derecho administrativo*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2003.
- *ED*, 178-750.
- *La anulación de oficio del acto administrativo: la denominada cosa juzgada administrativa*, Bs. As., Astrea, 1981.
- *La licitación pública*, Bs. As., Depalma, 2000.
- *Procedimientos administrativos*, 10ª ed., Bs. As., La Ley, 2002.
- Comadira, Julio R. - Escola, Héctor J. - Comadira Julio P., *Curso de derecho administrativo*, t. I, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.

- Corti, Horacio G., *Derecho constitucional presupuestario*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007.
- Coviello, Pedro J. J., *La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN*, en Cassagne, Juan - Rivero Ysern, Enrique (dirs.), "La contratación pública", t. I, Bs. As., Hammurabi, 2007.
- *La protección de la confianza del administrado*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2004.
- Dallari, Abreu Adilson, *Vicios de la adjudicación en el procedimiento licitatorio*, en "Contratos públicos", Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1980.
- Damsky, Isaac A., *Excursus sobre la forma de los contratos administrativos o la necesidad de modernizar la licitación pública en Argentina*, LL, 2011-D-1102.
- Diez, Manuel M., *Manual de derecho administrativo*, Bs. As., Plus Ultra, 1999.
- Dromi, Roberto J., *Derecho administrativo económico*, t. I, Bs. As., Depalma, 1983.
- Dubinski, Guido, *La teoría de la imprevisión en los contratos administrativos. Variaciones de costos*, LL, 2006-E-1393.
- *Los errores formales en los procedimientos de selección de contratistas y su necesaria vinculación con el fin público, comentario al fallo "Aquifund SA c/Estado Nacional"*, CNFed CA, Sala 2, 24/2/15, REDA n° 100.
- *Contralor de la función administrativa en la celebración de contratos públicos en control de la actividad estatal*, en Alonso Regueira, Enrique (dir.), "Control de la actividad estatal I", Bs. As., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), 2016.
- Dubinski, Alejandro - Dubinski, Guido, *Nulidad de los contratos administrativos por vicios en las formas esenciales. Requisitos formales. Efectos*, "El Derecho", Suplemento de Derecho Administrativo, 30/9/05.
- Druetta T., Ricardo - Guglielminetti, Ana P., *El contrato de obra pública*, en "Tratado general de los contratos públicos", t. III, Bs. As., La Ley, 2013.
- Entrena Cuesta, Rafael, *La nueva contratación pública*, Madrid, INAP, 2002.
- Escola, Héctor J., *Compendio de derecho administrativo*, vol. 1, Bs. As., Depalma, 1984.
- *El interés público*, Bs. As., Depalma, 1989.
- *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. II, Bs. As., Depalma, 1977.
- Estrada, Juan R., *La revocación por ilegitimidad del acto administrativo irregular*, LL, 1976-D-820.
- Fernández Sabaté, Edgardo, *Filosofía del derecho*, Bs. As., Depalma, 1984.
- Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 1976.
- *Potestad anulatoria de la Administración Pública. La cosa juzgada administrativa y el derecho adquirido*, LL, 140-462.
- Gallegos Fedriani, Pablo O., *Los contratos privados de la Administración*, XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Asociación Argentina de

- Derecho Administrativo y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, vol. 361, Bs. As., Rap, 2008.
- García, Cándido, *Revocación y caducidad del acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, JA, 1974-884.
- García de Enterría, Eduardo - Fernández Rodríguez, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Civitas, 1995.
- *Curso de derecho administrativo I*, Bs. As., Thomson Civitas, 2006.
- García Sanz, Agustín A. M., *Licitación pública vs. contratación directa: ¿La batalla perdida?* en “Tratado de derecho administrativo”, t. VII, Bs. As., FDA, 2013.
- González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983.
- Gordillo, Agustín, *El acto administrativo*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1969.
- *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Bs. As., FDA, 1974.
- *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Bs. As., FDA, 1979.
- *La Administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982.
- *Tratado de derecho administrativo*, t. II, La defensa del usuario y el administrado, Bs. As., FDA, 2006.
- *Tratado de derecho administrativo*, t. III, 10ª ed., Bs. As., FDA, 2011.
- *Tratado de derecho administrativo*, t. IX, Bs. As., FDA, 2014.
- *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Bs. As., FDA, 2014.
- Graziano, Walter, *Hitler ganó la guerra*, Bs. As., Sudamericana, 2004.
- Guglielmett, Cristián - Nicolau, Noemí M., *La acción de enriquecimiento sin causa en el ámbito de la locación de obra*, LL, 1997-C-180.
- Huergo Lora, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Civitas, 1998.
- Hutchinson, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, t. 1, Bs. As., Astrea, 1985.
- *Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, t. 1, Bs. As., Astrea, 1997.
- *Régimen de procedimientos administrativos, Ley 19.549, Decreto Reglamentario 1759/1972*, 8ª ed., Bs. As., Astrea, 2006.
- Ivanega, Miriam M., *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Bs. As., Ábaco, 2003.
- Jeze, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, t. III, Bs. As., Depalma, 1949.
- *Principios generales del derecho administrativo*, Bs. As., Depalma, 1950, trad. directa de la 3ª ed. francesa “Les principes généraux du droit administratif”, París, Marcel Giard, 1934, por Julio N. San Millán Almagro.

- Jinesta Lobo, Ernesto y otros, *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, San José, Guayacán, 2011.
- Lacruz Berdejo, José L., *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1997.
- Lazo Vitoria, Ximena, *Nuevas fórmulas de control de la actividad contractual del sector público*, en Alonso Regueira, Enrique (dir.), "Control de la actividad estatal", t. I, Bs. As., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), 2016.
- Linares, Juan F., *Caso administrativo no previsto*, Bs. As., Astrea, 1976.
- López Mesa, Marcelo, *Acción de enriquecimiento sin causa. Presupuestos y caracteres*, LL, 2009-E-803.
- *Hacia la reconsideración de algunas ideas en materia de contratos*, ED, 175-990.
- Mairal, Héctor A., *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED, 179-655 y *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*, ED, 180-849.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998.
- *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Bs. As., Abeledo Perrot, 1974.
- *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Bs. As., Abeledo Perrot, 1974.
- Mo, Fernando, *Régimen legal de las obras públicas*, Bs. As., Depalma, 1966.
- Mosset Iturraspe, Jorge, *Las relaciones contractuales fácticas*, LL, 1993-B-276.
- Ortiz Reyes, Gabriel - Tron Petit, Jean Claude, *La nulidad de los actos administrativos*, 2ª ed., México, Porrúa, 2007.
- Parejo Alfonso, Luciano, *La terminación convencional del procedimiento administrativo: Naturaleza y características de una nueva figura en el derecho español*, en Cassagne Juan C. (dir.), "Derecho administrativo. En homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff", Bs. As., Abeledo Perrot, 1998.
- Perdomo Jaime Vidal, *La adjudicación: vicios*, en "Contratos públicos", Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1980.
- Pozo Gowland, Héctor M., *Contrato administrativo de suministro*, en "Tratado general de los contratos públicos", t. III, Bs. As., La Ley, 2013.
- *Contrato administrativo de suministro*, LL, 2004-A-867.
- Raigorodosky, Nicolás, *El estado de las contrataciones, mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las adquisiciones públicas*, 2ª ed., Oficina Anticorrupción, Bs. As., investigación desarrollada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Proyecto ARG/05/013.
- Rejtman Farah, Mario, *Desencuentros entre la Corte Suprema y la Administración Pública en materia de contrataciones administrativas*, La Ley, Supl. Extraordinario Administrativo 75 Aniversario, agosto 2010.

- *Las brechas existentes entre la realidad y las normas en las contrataciones públicas*, en “Cuestiones de contratos administrativos. Homenaje a Julio Rodolfo Comadira”, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Bs. As., RAP, 2007.
- *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2001.
- Rebollo Puig, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Riveros, Jorge Reyes, *Invalidación de actos administrativos*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2002.
- Rodríguez-Arana, Jaime, *El principio general del derecho de confianza legítima*, Ciencia Jurídica, año 1, n° 4, Departamento de Derecho. División de Derecho Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato, 2013, disponible en <https://dialnet.unirioja.es>.
- Rolleri, Gabriel - Vanesa del Boca, *El estado de las contrataciones 2*, Estudio en profundidad de las contrataciones públicas, Bs. As., PNUD, Embajada Británica, Oficina Anticorrupción, 2009.
- Sandoval Peña, Víctor A., *Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación*, “Revista de Derecho Público”, n° 35, Universidad de los Andes (Colombia).
- Sarmiento Acosta, Manuel J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1996.
- Sayagues Laso, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo-Bs. As., B. de F., 2005.
- *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, Bianchi Altuna, 1963.
- Smith, Adam [1776], *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, R. H. Campbell - A. S. Skinner (eds.), “The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith”, Indianapolis, Liberty Fund, 1981.
- Sosa Wagner, Francisco, *El contrato público de suministros*, Madrid, Civitas, 1996.
- Vedel, Georges - Pierre Devolve, *Droit administratif*, t. II, 12ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1992.
- Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, t. I, Bs. As., Depalma, 1980.
- Vynioles I Castells, Miquel, *La adjudicación de los contratos públicos*, Madrid, Civitas, 1995.

© Editorial Astrea, 2023. Todos los derechos reservados.