

**Cuestiones
de Contratos
Administrativos**

en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira



Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho

Sobre estos dos goznes, idoneidad y estabilidad, gira el amazón de una Administración pública profesionalizada, eficiente y económica; cuyo funcionamiento se encuentra al abrigo del capricho de los administradores y de los vaivenes de los cambios políticos.

2 – Los entes reguladores se hallan constituidos como entes autárquicos, dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, regidos por normas de derecho público y desarrollando actividad de control, reglamentación, sanción y, en ciertos casos, de carácter jurisdiccional.

Sus funciones resultan esenciales para el desenvolvimiento del Estado; a punto tal que, como *organismos de control* de los servicios públicos de competencia nacional, se hallan especialmente citados en el Artículo 42 de la Constitución Nacional, surgido de la reforma de 1994.

Por ende, sus agentes revisten la categoría de empleado público a que se refiere el Artículo 14 bis de la Ley Fundamental.

3 – Como consecuencia, el actual sometimiento de los agentes de los entes reguladores al régimen de la Ley de Contrato de Trabajo resulta inconstitucional, en la medida en que no gozan de la estabilidad propia del Artículo 14 bis.

LA IMPORTANCIA DEL ELEMENTO FORMA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO (Consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)

FABIÁN O. CANDA*

1. PLANTEO

Precisar el concepto de “contrato administrativo” y determinar, asimismo, si el elemento “forma” constituye o no uno de sus elementos esenciales excede el mero interés académico o científico en fijar los contornos de una categoría jurídica.

La definición y determinación de los elementos esenciales resulta, pues, esencial para dar respuesta a cuestiones muy concretas y que a diario suelen presentarse en la práctica del derecho administrativo.

En efecto, establecer si se está frente a un contrato administrativo o no incide directamente, entre otras, sobre las siguientes centrales cuestiones:

* Abogado por la UBA, Máster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, Premio Editorial Ciencias de la Administración a la mejor tesina año 1994. Es Profesor de las Maestrías en Derecho Administrativo de las Universidades Austral, Católica de Buenos Aires y Católica de La Plata así como del posgrado de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Es Profesor de Derecho Administrativo en las carreras de grado de las Universidades de Buenos Aires y Austral. Es Miembro del Depto. de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho.

Autor de numerosos artículos de doctrina publicados en revistas especializadas y obras colectivas y del libro *Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos* (2004). Ha dado conferencias, seminarios y disertaciones en la Cdad. de Bs. As. y en el interior del país sobre temas de la materia. Es miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho.

En la vida profesional se desempeñó como Fiscal de Investigaciones Administrativas de la Nación, Secretario de la Comisión de Reglamentos del Consejo de la Magistratura de la Nación y Jefe de Asesores del Síndico General Gabinete del Síndico General de la Nación.

En la actualidad es Profesor de Fiscales de Contencioso Administrativo Federal y Fiscal subrogante en el

a) régimen jurídico de fondo aplicable (¿derecho público o derecho privado?);

b) posibles privilegios posicionales de una de las partes (la Administración) y correlativas garantías en favor de la otra (el contratista), ante la posibilidad de un quiebre en el equilibrio contractual;

c) tribunales que resultarán competentes y requisitos para el acceso a la justicia. Intentaremos una aproximación a la noción, tanto desde el plano jurídico positivo, como desde la voz de la jurisprudencia.

Como veremos, la CSJN no se ha privado de esbozar un concepto de contrato administrativo. Tal concepto no incluye, entre sus elementos constitutivos, la "oportunidad de celebrarse el acuerdo, entendiéndose por tal no sólo los recaudos a reunir en los cuales descuelga el de selección de la oferta más conveniente, normalmente mediante licitación o concurso público.

Pensamos, no obstante, que en la actualidad el elemento "forma" integra el concepto de contrato administrativo y procuraremos demostrarlo mediante el análisis de la última jurisprudencia de la CSJN sobre la materia.

Dilucidar la importancia del elemento "forma" resulta indispensable para dar respuesta a preguntas como: ¿qué sucede cuando dicho elemento falta o se encuentra viciado? ¿No existe contrato? ¿Existe, pero viciado? ¿Qué tipo de nulidad acarrea? ¿Qué efectos tiene el vicio en la forma sobre los derechos del contratista que ha realizado prestaciones?

En suma, nos proponemos identificar sumariamente el concepto de contrato administrativo, tal como surge hoy de nuestro régimen jurídico positivo nacional y de la jurisprudencia de la CSJN. Identificado éste, intentaremos analizar la relevancia del elemento "forma", a efectos de indagar si —más allá de su no mención expresa en el concepto dado por la CS en sus fallos— integra o no el catálogo de requisitos esenciales del contrato administrativo. Nos interesan, sobre todo, las consecuencias prácticas que se derivan de un conjunto de fallos de la Corte en los que el incumplimiento de formalidades esenciales en la celebración de los contratos constituyó el *holding* de lo resuelto.

2. CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL NUEVO RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (DECRETO N° 1.023/01)

Hasta hace poco tiempo atrás, la tarea de encontrar elementos para una definición del instituto en la legislación nacional resultaba estéril, pues no existía una normativa diseñada para su aplicación con carácter general a toda contratación pública.

En la actualidad, en la órbita nacional, existe el Decreto N° 1.023/01, que es un reglamento delegado de cuyo Artículo 1° es dable inferir un concepto de contrato administrativo, del que nos ocuparemos enseguida.

Esta norma es de indudable interés para el cometido propuesto, toda vez que se trata de un Reglamento de Contrataciones del Estado cuyo ámbito de aplicación es lo suficientemente amplio como para informar al régimen administrativo nacional en materia contractual.

Cabe recordar que la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control encomendó al PEN la elaboración de un proyecto de ley regulatoria del sistema de contrataciones (Artículo 135).

El proyecto, oportunamente enviado por el PEN al Congreso, perdió estado parlamentario, y otros —remitidos posteriormente— no obtuvieron sanción.

Ante la carencia de regulación, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 1.023/01 que, por su naturaleza, es un reglamento delegado en los términos del Artículo 76 de la CN.

La norma delegante invocada es la Ley N° 25.414, en tanto delega en materia de administración para mejorar la eficacia de ésta (Artículo 1°, I, D) y en materia de emergencia pública, para mejorar la competitividad de la economía (Artículo 1°, II, e) Ley N° 25.414).

El reglamento deroga los Artículos 55/63 de la Ley de Contabilidad (Decreto Ley N° 23.354/56) y permite elaborar una definición del contrato administrativo, pues determina que *toda contratación de la Administración se presume de índole administrativa salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida al Derecho Privado* (Artículo 1°).

Es fácil advertir que el aludido Régimen de Contrataciones sigue un criterio preponderantemente subjetivo, pues, salvo prueba en contrario, todo contrato que celebre la Administración será administrativo.

Claro está que se trata de una presunción *iuris tantum*, dado que si de la propia contratación o de sus antecedentes surgiera la aplicación del derecho privado, aquella presunción cae y el contrato se registrá por este último.

Esta posibilidad —que un contrato celebrado por la Administración se rija por el derecho privado—, nos da la pauta de que el legislador acepta la categoría de los contratos de objeto privado.

Es acertado prever la existencia de tales contratos, pues así como hay actos de objeto privado, también puede haber contratos de esta índole, máxime cuando ha sido la propia CSJN la que ha calificado los contratos estatales como actos administrativos¹ y la LNPA, en su actual redacción, prevé la aplicación directa del Título III (requisitos esenciales del acto administrativo) a los contratos administrativos (Artículo 7° *in fine* de la LNPA N° 19.549, texto según Decreto N° 1.023/01).

Si además de actos administrativos la Administración puede emitir actos de objeto privado, lógico es que puedan concertar, también, contratos con ese objeto, cuando

lo hace bajo un régimen sustantivo común al de los particulares o personas jurídicas de derecho privado².

¿Cuál es el ámbito subjetivo de aplicación del Nuevo Régimen de Contrataciones?

La norma resulta de aplicación obligatoria para la Administración central y descentralizada, dado que remite, en este aspecto, al Artículo 8° a) de la Ley N° 24.156 Poder Legislativo y el Ministerio Público reglamentarán la ley para aplicarla en sus jurisdicciones (Artículo 39). Lo que lleva a preguntarnos si el decreto procura alcanzar a estos poderes y, en tal caso, si resulta constitucional que el Poder Ejecutivo, por decreto delegado, regule materia administrativa de los demás poderes.

No menos ambicioso es el ámbito objetivo de aplicación del reglamento, pues involucra los contratos que enuncia y todos los no excluidos expresamente (Artículo 4°).

Los enunciados son los contratos de compra venta, suministro, servicios, consultoría, concesiones de uso de bienes, Obra Pública, concesión de Obra Pública, concesión de servicio público y licencias³.

Los contratos excluidos son los de empleo, compras por caja chica, internacionales y de crédito público (Artículo 5°).

En suma, salvo estos últimos, el resto de los contratos que tengan por parte a la Administración se presumen administrativos y se rigen por el Decreto N° 1.023/01.

Bajo el estándar de esta norma, a menos que del propio contrato surja que se aplica el derecho privado, el acuerdo de voluntades será de naturaleza administrativa y resultará alcanzado por su normativa.

Prescinde, pues, de la finalidad y de la denominada cláusula o régimen exorbitante para tipificar al contrato administrativo.

En lo que respecta a la "forma" de la contratación, el reglamento fija seis principios generales a los que debe ajustarse toda contratación, entre los cuales destacan, en lo que aquí interesa, el de promoción de la concurrencia de interesados y competencia entre oferentes, de la transparencia en los procedimientos, de la publicidad y difusión de las actuaciones e igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, "Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato" (Artículo 3°).

Asimismo, fija como momento de perfeccionamiento del contrato la notificación de la orden de compra o suscripción del instrumento contractual (Artículo 20) y licitación o concurso públicos (Artículo 24).

² Así, la apertura de una caja de ahorro por una entidad bancaria estatal, como el Banco Nación, es un contrato de objeto privado, dado que no es dable diferenciarlo por sus caracteres y régimen aplicable, con la apertura de idéntica cuenta por una entidad bancaria privada.

³ La licencia aparece aquí no como especie de la autorización (léase el artículo 10 de la ley 24.156), sino como figura genérica (licencia telefónica).

3. CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

Como bien ha puesto de relieve Coviello en un trabajo de obligada consulta y referencia en la materia, la Corte, desde un principio "prefirió no dar criterios dogmáticos sobre el contrato administrativo"⁴.

Sin embargo, en 1990 se registra un cambio en esta tendencia, pues el doctor Fayt emite un voto en el caso "Dulcamara", caracterizando al contrato administrativo como "especie dentro del género de los contratos" y señalando como notas esenciales de aquél:

1. que "una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal";
2. que "su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración";
3. y, por último, que llevan "insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado"⁵.

Tres años después, la Corte toda haría suyo el concepto de contrato administrativo delineado por Fayt en "Dulcamara" a la hora de resolver el caso "Cimplast", repitiendo textualmente las notas esenciales enunciadas precedentemente⁶.

Con posterioridad a este fallo, la CSJN volvió a ocuparse en más de una oportunidad de los elementos constitutivos del contrato administrativo, prefiriendo no aludir explícitamente al régimen o a las cláusulas exorbitantes.

En efecto, en precedentes tales como "Prov. de Buenos Aires c/ Estado Nacional"⁷, "Estado Mayor General del Ejército c/ Prov. de Tucumán"⁸ y, más cerca en el tiempo "Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato"⁹, sostuvo que existía contrato administrativo "cuando el Estado, en ejercicio de sus funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidad del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades [...]"¹⁰.

De tal modo, puede afirmarse que, en la actualidad, para el tribunal cimero existe el contrato administrativo cuando concurren los siguientes elementos:

⁴ Coviello, Pedro J. J.: *La Teoría General del Contrato Administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Estudio preliminar a la obra Estudios sobre contratación pública* de Eduardo Merzhikian, Buenos Aires, Ediciones Ciencias de la Administración, 1996, p. 21 y sigs. Sobre el particular, enfatiza Coviello que la Corte "Más bien siguió una línea casuista al respecto, evitando el encasillamiento" (p. 28).

⁵ Fallos: 313:376.

⁶ Sentencia del 02-03-93, Fallos: 316:212.

⁷ Fallos: 321:714.

⁸ Fallos: 325:2935.

⁹ P.238, XXVII ORIGINALARIO, 21-03-06.

¹⁰ Cons.

- a) subjetivo (presencia del Estado);
- b) objetivo (en ejercicio de función pública, por oposición a los denominados "actos de objeto privado");
- c) teleológico (fin público).

Si bien la definición se distingue de la dada en "Cimplast" en la falta de mención del régimen o cláusulas exorbitantes, considero que esta diferencia no es sustantiva, pues en "Punte" se cita aquel precedente al calificar la naturaleza del contrato en cuestión¹¹ y, sobre todo, porque el ejercicio de la función pública o administrativa implica, necesariamente, la presencia de un régimen exorbitante caracterizado por la existencia de prerrogativas de la Administración y correlativas garantías de los particulares. De modo tal que, en mi concepto, al decir "función pública" está aludiendo a una función caracterizada por su régimen exorbitante, coincidiendo en sustancia con lo que había expresado en "Cimplast".

4. IMPORTANCIA DEL ELEMENTO "FORMA" EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN

Del concepto de contrato administrativo que se desprende del Reglamento de Contrataciones y de la jurisprudencia de la CSJN no es dable inferir que el elemento "forma" constituya un requisito esencial para la existencia del contrato.

No obstante ello, sería apresurado sostener que los requisitos formales que es dable exigir en la contratación pública, tanto en el momento de celebrar el acuerdo de voluntades como, antes que ello, en oportunidad de seleccionar el mejor oferente y, aun antes, en ocasión de establecer la existencia de previsión presupuestaria para afrontar el convenio, resultan neutros para la validez del contrato.

Antes bien, una lectura atenta de la jurisprudencia de la CSJN en los últimos años conduce, en nuestro concepto, a una conclusión exactamente opuesta: el elemento forma ha adquirido una relevancia tal vez impensable tiempo atrás. Y su violación acarrea consecuencias gravísimas para el contratista en un aspecto de suma importancia para sus intereses, esto es, el derecho al cobro de las prestaciones realizadas.

Analizaremos con algún detenimiento esta evolución jurisprudencial.

5. PRIMERA ETAPA (1986/2000): LA "FORMA" COMO REQUISITO DE VALIDEZ Y EFICACIA. SU INCUMPLIMIENTO POR EL CONTRATISTA. CASOS "HOTEL INTERNACIONAL IGUAZÚ"¹², "RADELJAK"¹³ Y "VICENTE ROBLES"¹⁴

En "Hotel Internacional Iguazú", fallo del año 1986, la CSJN sostuvo que *la validez y eficacia* de los "contratos de la Administración" quedaba supeditada "al

cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimiento de contratación", agregando que, entre esos procedimientos, se encontraba "la licitación pública" cuya "ley" es el pliego de condiciones.

Cabe señalar que lo que se discutía en ese caso era la recepción e incidencia jurídica de una nota con que la actora sostenía haber acompañado su oferta en una licitación pública, por la cual unilateralmente efectuaba "aclaraciones" sobre los contenidos de los pliegos y formulaba reservas y respecto de la cual la Administración había guardado silencio. Para la CS no estaba probada la recepción de la mencionada nota, pero, de admitrse, ello resultaba inapto para modificar los términos del contrato, toda vez que en la contratación pública el oferente debe aceptar las cláusulas fijadas por el licitante. En caso contrario, la oferta resultará inadmisibles y deberá ser rechazada.

Como se observa, la CS hace referencia a "la forma y procedimientos de contratación", involucrando en tal concepto tanto a los pasos que preceden a la adjudicación como a las formalidades propias de la celebración del contrato administrativo.

Adhiere, así, a un criterio amplio de este elemento, similar al seguido en la LNPA N° 19.549 en su Artículo 14 inc. b), cuando al aludir al vicio de violación de las formas esenciales hace referencia tanto a los procedimientos previos a la emisión del acto (Artículo 7° inc. d) como a los que éste debe reunir en el momento de su dictado (Artículo 8°).

Sin embargo, debe destacarse que en "Hotel Internacional Iguazú" no estaba en juego la existencia o no del contrato por falta de licitación pública o de algún otro trámite esencial, sino el derecho a indemnización del actor con sustento en la "nota" modificatoria del pliego, preensión que le fue rechazada.

En suma, el *holding* de la sentencia residió en que no se dio por probada la recepción de la nota y en que, aún de admitirse tal recepción, aquélla no resultaba apta para modificar las condiciones del pliego ante el silencio de la Administración.

Dos años más tarde, en "Radeljajak" (1988), volvió a aludir al cumplimiento es-tricto de las formalidades en materia de forma y procedimientos como requisitos de validez y eficacia del contrato administrativo y a los pliegos como "ley del contrato", esta vez para desecher la pretensión de la actora que reclamaba por el pago del IVA sobre las obras realizadas, sosteniendo que no lo había tenido en cuenta al ofertar. La CS señaló que la actora había firmado el contrato sin reservas después de la publicación de la ley del IVA, por lo que no podía alegar su desconocimiento.

Como se observa, en el caso no se admitió la invocación de desconocimiento de una ley que fuera dictada con anterioridad a la celebración del contrato y su incidencia sobre éste. No se trató, pues, de un supuesto de falta de licitación pública o de algún trámite esencial sino de la conducta de la propia actora en ese procedimiento, al igual que en "Hotel Internacional Iguazú".

En 1993, la CS volvió sobre la cuestión de las formalidades en la contratación administrativa en el caso "Vicente Robles". Refirió nuevamente la importancia que tenían la forma y el procedimiento sobre la validez y eficacia del contrato, así como

¹¹ Ver considerando 4°, en el que se cita Fallos: 316:212.

¹² Fallos: 308:618, sent. del 22-04-86.

¹³ Fallos: 311:2831, sent. del 27-12-88.

¹⁴ Fallos: 316:382, sent. del 30-03-93.

el carácter de "ley de la licitación" que revisen los pliegos. En el caso, no se hizo lugar a la pretensión de la actora que entendía que no estaba obligada a ceder gratuitamente al Estado contratante los edificios construidos durante la relación contractual particular que preveía tal traspaso gratuito. La CS recordó el carácter normativo de los pliegos, que no pueden ser contradichos por especificaciones del contrato sin violar el principio de igualdad, y resaltó que si el concesionario tenía dudas sobre el destino de los edificios debió efectuar las consultas pertinentes solicitando aclaraciones.

Nuevamente el *holding* giró alrededor de la conducta de la contratista durante el procedimiento de selección y firma del contrato y no sobre la inexistencia de un trámite esencial como podría ser la licitación pública.

Es dable concluir que en estos tres precedentes lo que se valora es la conducta del cocontratante, que incorpora unilateralmente pretensiones contrarias a la ley del contrato (el pliego) o que tiene dudas sobre el significado de esa ley contractual pero omite solicitar aclaraciones, entre otros supuestos.

En suma, no se trató de casos en los cuales faltara un procedimiento o trámite esencial. Por eso sostenemos que el *holding* de estos primeros tres casos –en los que se forjó la idea de la forma y el procedimiento como recaudos de validez y eficacia del contrato– residió en la valoración del comportamiento del contratista y no en la omisión de uno o más trámites o procedimientos esenciales.

Adviértase que lo que se negó en estos tres fallos fue el derecho que derivaba de la nota modificatoria ("Hotel Internacional Iguazú"), el derecho a recuperar lo pagado en concepto de IVA ("Radeljak") y el derecho a percibir un precio por la transferencia de los edificios ("Vicente Robles"), pero de modo alguno se desconoció todo derecho del contratista por inexistencia del contrato fundada en la omisión de un procedimiento esencial.

El salto cualitativo, por el cual se derivó de la omisión de las formas esenciales la inexistencia del contrato y de todo derecho del contratista a reclamar por las prestaciones que hubiere realizado, sería dado en otro grupo de fallos, encabezados por el precedente "Mas Consultores", de los que me ocuparé seguidamente.

6. SEGUNDA ETAPA (2000/2006): LA "FORMA" COMO REQUISITO DE EXISTENCIA DEL CONTRATO. SU OMISIÓN. CONSECUENCIAS PARA LOS DERECHOS DE LOS CONTRATISTAS

6.1. Caso "Mas Consultores": el *leading case*

Este caso del año 2000 fue resuelto por la Corte en instancia originaria. La actora, una empresa consultora del grupo Price Waterhouse, reclamaba honorarios por un asesoramiento prestado a la Provincia de Santiago del Estero

para la selección de directores del Ente Regulador de Energía Eléctrica provincial (ENRESE).

La Corte enunció las razones de la actora –que, entre otras cosas, aducía que el acuerdo de voluntades se exteriorizó en un periódico local y que la prestación se encontraba reconocida por la ley provincial de designación de los integrantes del ENRESE, en la que se indicó que la selección de los candidatos fue realizada por la Consultora– y de la accionada –que negó la contratación– para ingresar luego en el *thema decidendum*, es decir, "la existencia del contrato".

Al respecto, sostuvo –con cita de "Hotel Internacional Iguazú" y "Vicente Robles"– su ya conocido criterio según el cual "la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación".

Luego afirmó que la ley provincial de contabilidad exigía que toda contratación de la que se derivaran gastos debía realizarse por licitación pública.

Seguidamente, expresó que en la contratación invocada no se llevó a cabo una licitación pública ni se contó con la habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto, "tal como lo exige la normativa señalada".

Concluyó, finalmente, en lo que constituye el aporte conceptual fundamental del fallo: "[...] la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado" y que "Cuando la legislación aplicable 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".

Estamos, pues, ante el *holding* de la sentencia: *no existió contrato, porque para que lo hubiera era menester respetar las formas y los procedimientos establecidos en la legislación administrativa –ley de contabilidad, en el caso–. Al no verificarse los recaudos de la previa habilitación presupuestaria y la realización de una licitación pública, no se cumplió con un requisito esencial que hace a la existencia del contrato que se invoca.*

En consecuencia –finaliza la Corte su razonamiento– "no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación".

Adviértase, pues, la diferencia cualitativa entre el presente caso y sus precedentes "Hotel Internacional Iguazú", "Radeljak" y "Vicente Robles": en éstos la conducta del contratista en el proceso de selección (inclusión de una nota con pretensión de modificar la "ley del contrato", omisión de solicitar oportunas aclaraciones) determinó no la negación de la existencia del vínculo contractual sino la pérdida del derecho de esa conducta su objeto.

¹⁵ CSJN, Fallos: 323:1515, sent. del 01-06-00

En "Mas Consultores", en cambio, la falta de trámites esenciales (habilitación presupuestaria y licitación pública) determina la inexistencia del contrato y de todo derecho que sobre su base pudiere invocarse.

Ciertamente, es posible observar cómo el cumplimiento del elemento "forma" pasa a tener una gravitación insoslayable como recaudo para acreditar—previo a cualquier reclamo—la existencia misma del contrato.

La Corte traza la siguiente ecuación: respecto de las formas como condición de existencia del contrato, si no hay contrato, no hay derechos deducibles con fundamento en él.

6.2. Caso "Servicios Empresarios Wallabies"¹⁶: afirmación de la doctrina de la inexistencia del contrato por carencia de formas esenciales

Poco después, en julio de 2000, la CS reiteró el criterio sustentado en "Mas Consultores" en un caso en el que la empresa actora reclamaba el pago de servicios de limpieza y refacciones efectuado en el edificio de la Casa de la Provincia de Salta.

La Corte, luego de reparar las peculiares vicisitudes de la relación aducida por la actora (entre las que destaca la falta de prueba acerca de cómo se habría materializado el acuerdo de voluntades), volvió a centrar el *thema decidendum* en la existencia o prestación del servicio de limpieza—como la de obras públicas—que regía la refacciones—exigían la licitación pública como procedimiento de selección o la justificación de por qué se recurría a otra modalidad excepcional. La licitación no fue realizada y el caso no encuadraba en ninguna excepción, por lo que concluyó que, siendo la forma de celebración un requisito esencial del contrato, su omisión implica la inexistencia del contrato administrativo y acarrearba el rechazo de la acción basada en obligaciones derivadas de un acuerdo inexistente.

6.3. Caso "Ingeniería Omega"¹⁷: el enriquecimiento sin causa como fuente de la obligación

La última sentencia del año 2000 trajo novedades en la materia, pues, además de tratarse la inexistencia del contrato, se hizo mención a la posibilidad de reconocer el derecho del contratista con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa.

La Cámara Civil había confirmado un fallo de primera instancia que condenó al actual Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires al pago de una suma de dinero por los trabajos, reparaciones y suministros efectuados por la actora en el Hospital Cosme Argerich. Fundamentó la procedencia de ese pago en la teoría del enriquecimiento sin causa.

Interpuesto el recurso extraordinario, la CS sostuvo la inexistencia de contrato por incumplimiento de las formas esenciales, toda vez que no se había celebrado la licitación pública prevista tanto por la Ley de Obras Públicas como por la de Contabilidad aplicables a la Ciudad. Dedujo de ello la falta de derecho de la actora, por fundarse en un contrato inexistente. En suma, reiteró la doctrina labrada en "Mas Consultores".

El interés adicional del fallo radica en que—como se dijo—la Cámara Civil había sustentado la procedencia de la acción en la existencia de un enriquecimiento sin causa en favor del Estado accionado.

Al respecto, la CS desechó el argumento del tribunal de grado porque la actora había fundado su demanda de "cobro de pesos" en el incumplimiento contractual y no en la mencionada teoría del enriquecimiento. Por lo tanto, hacer lugar a la pretensión por la causal de enriquecimiento vulneraba el principio de congruencia y afectaba el derecho de defensa de la accionada. Recordó, en tal sentido, que los presupuestos para el enriquecimiento debían ser previstos al incoarse la demanda y que constituía una carga probatoria de la actora acreditarlos.

En suma, descalificó la posibilidad de que el caso pudiere ser resuelto aplicando la teoría del enriquecimiento, por falta de planteo oportuno.

Pero, avanzando un paso más—y con carácter *obiter dicta*, a mi entender—argumentó que el instituto no era de aplicación en el caso, por no haberse invocado ni probado el empobrecimiento, "como condición de existencia del derecho a repetir".

En suma, sería dable inferir de este precedente que si el contratista sostuviere como fuente de su derecho el enriquecimiento sin causa, debería iniciar una acción específicamente destinada a probarlo (y no una de cobro de pesos o reconocimiento de derechos emanados del contrato, pues éste no existe) o bien, al menos, invocar en subsidio el enriquecimiento en la acción por incumplimiento contractual, con la carga de acreditar tanto el enriquecimiento del contratante como el empobrecimiento propio.

Merece recordarse, a efectos de ubicarnos sumariamente en el instituto del enriquecimiento sin causa, que la doctrina privatista ha reconocido que éste es fuente de obligaciones y fundamento de la acción por restitución; que no es admisible cuando la ley otorga al empobrecido otros medios para ser indemnizado y que son requisitos indispensables para su procedencia: a) el enriquecimiento del demandado, b) el empobrecimiento del actor, c) el nexa causal entre empobrecimiento y enriquecimiento y d) la falta de causa lícita que justifique el enriquecimiento. Asimismo, el límite de la restitución viene dado por el enriquecimiento o por el empobrecimiento, el que resulte menor¹⁸.

¹⁶ Fallos: 323:1841, sent. del 11-07-00.

¹⁷ Fallos: 323:393.

¹⁸ IV Congreso Nacional de Derecho Civil, de la Comisión relativa al modo de interpretación de la teoría del enriquecimiento sin causa.

Refiere Borda que la jurisprudencia exige, además, que el demandante haya actuado de buena fe. Es decir, no procede la acción de repetición cuando ha mediado culpa o mala fe del empobrecido.¹⁹

La cuestión guarda relevancia para los casos que nos ocupan, pues la exigencia de buena fe y máxima diligencia en quienes se postulan como oferentes o contratantes especializada ha sido destacada por la Corte en sus precedentes, presumiéndose ciertos que tienen de la normativa contractual.²⁰

Por otro lado sí, como creemos, la posición de la Corte en punto a desconocer la existencia de contrato alguno y de derechos emanados de éstos cuando no se han respetado los procedimientos previos viene informada de un afán de exigencia ética y de transparencia en la relación contractual, resultaría incongruente que lo que se entienda por vía de negación del contrato se reconozca luego mediante el instituto del desconocimiento de los trámites o procedimientos omitidos.

En atención a tales razones, estimamos asimismo coherente la posición asumida por el máximo tribunal en el caso en comentario respecto de no aplicar oficiosamente y por imperio del principio *iura novit curia* el instituto del enriquecimiento sin causa, cuando el actor no lo hubiere invocado en su acción.²¹

Como es dable observar, el enriquecimiento sin causa constituye una fuente de obligaciones de carácter subsidiario o residual, por lo que el actor no debe contar con otro medio o acción para obtener la indemnización. Además, en el plano sustancial, exige acreditar el enriquecimiento, el empobrecimiento y la relación de causalidad, alcanzando la restitución sólo al que resulte menor. Por último, a nuestro juicio es razonable el requisito de la ausencia de mala fe o culpa en el empobrecido, aunque estimamos que la presunción de conocimiento del vicio debe ser sólo *iuris tantum* y refutable por prueba en contrario. Entendemos que no es dable, pues, predicar una ecuación necesaria entre la condición de contratista y la de especialista en el conocimiento de los trámites y procedimientos estatales, dependiendo ello de factores diversos que deberán ser sopesados en cada caso por los tribunales.

¹⁹ Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*, T. II, Obligaciones, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 8ª edición actualizada, p. 449. Josseland mencionaba como requisito para la procedencia del instituto la ausencia de ánimo de burlar la ley (*Derecho Civil*, T. II, Eda, 1950, p. 455, cit. por Marchetti, Luciano, *Derecho*, SEDA del 30-11-05)

²⁰ CSJN, "Chediak", *Fallos*: 319:1681, sent. del 27-08-96.

²¹ En precedentes anteriores, la CSJN había examinado la viabilidad del reclamo de un contratista, pese a haber declarado nulo el contrato por falta de celebración de la licitación pública y con fundamento último en la teoría del enriquecimiento sin causa ("S...

6.4. Caso "Carl Chung Ching Kao"²²: un precedente con aristas para el debate

Ya en el año 2001, la CS volvió a entender en instancia originaria en un caso en el que entendió existieron vicios de forma.

El actor, médico neurocirujano especializado en técnicas de reconstrucción mediante pacientes cuadripléjicos accionó contra la Prov. de La Pampa por la falta de pago de sus honorarios médicos (US\$ 15.000) originados en la atención de cuatro personas con graves problemas neurológicos que le fueran derivados por la Subsecretaría de Salud Pública provincial.

La CS señaló que no era discutido que Kao —que había viajado al país para dar algunas conferencias sobre su especialidad y realizar algunas operaciones con fines didácticos— llevó a cabo la prestación médica en favor de las personas indicadas. La cuestión a dilucidar era si existía obligación de pagar los honorarios reclamados.

Al respecto, la CS encuadró al contrato como administrativo y sostuvo que la Ley de Contabilidad local establecía que toda contratación que implicara entrada o salida de fondos debía efectuarse por licitación pública. Excepcionalmente procedía la contratación directa (v. gr., para la contratación de especialistas en la realización de ciertas obras científicas, técnicas o artísticas), para la cual debía seguirse un trámite que no fue observado. Tampoco se contó —dijo el tribunal— con la habilitación presupuestaria para atender el gasto, como asimismo lo exige la ley de contabilidad.

En suma, concluyó que al no cumplirse tales formalidades faltó "un requisito esencial de su existencia", por lo que rechazó la acción.

El caso ofrece varias cuestiones para debatir. En primer lugar, la implícita asimilación de la labor médica del neurocirujano a la realización de una obra científica, técnica o artística. En segundo término, la exigencia del requisito de licitación pública (o concurso público, atento a la predominancia de las capacidades personales de aquel con quien se contrata). Por último, el reconocimiento expreso de la existencia de la prestación (ausente en los casos anteriores) y, no obstante tal abierto reconocimiento, la negativa a admitir derecho alguno en favor del actor.

El efecto moralizador que parecería dimanar de la doctrina de la Corte, orientada a desalentar la realización de contrataciones de espaldas a la juridicidad, concurrencia, publicidad e igualdad que caracterizan a los procedimientos de selección, no se advierte en el caso.

En efecto, no es dable exigir de un profesional extranjero que viene al país a dar conferencias y efectuar operaciones médicas el conocimiento acabado de una normativa provincial en materia contractual, por lo que pensamos que una acción de enri-

quecimiento sin causa resultaría claramente procedente, sin que pudiera imputársele al médico mala fe o culpa alguna²³.

6.5. Caso "Magnarelli"²⁴: paradigma de la contratación estatal vidriosa

Dos años después, es decir, en 2003, la CS resolvió el siguiente caso.

El actor, titular del buque "Humberto M", demandó en juicio originario por cobro de pesos contra la Provincia de Misiones, el INSSJP (PAMI) y contra cualquier subcontratante que éstos indiquen al contestar la demanda (menciona, en tal sentido, tres nombres de posibles UTES).

Sostuvo haber acordado con la Secretaría de Turismo misionera la prestación del servicio de transporte por barco de jubilados del PAMI, por el que recibió un pago parcial de parte de una "UTE de prestadores", "artificialmente introducida en la relación jurídica".

Las accionadas desconocieron el vínculo contractual y opusieron la defensa de falta de legitimación pasiva.

La Corte recordó la doctrina forjada en "Mas Consultores", en punto al cumplimiento de las formalidades establecidas legalmente como requisito de existencia del contrato y concluyó que toda vez que la ley de contabilidad provincial exigía la licitación pública y ésta no se había realizado, inexistía contrato alguno. Por tanto, no podía prosperar una acción que pretendiese el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato inexistente. Hizo lugar, en consecuencia, a la defensa de falta de legitimación pasiva invocada por las accionadas.

Puntualiza la CS que el PAMI no pudo localizar antecedente alguno respecto de los viajes de los jubilados a Misiones, no obstante haber desembolsado casi seis millones de pesos y que los apoderados de varias de las sociedades contratadas para la prestación de los servicios a los jubilados (v. gr., hoteles) eran, contemporáneamente, apoderados del PAMI.

Se trata, pues, de una contratación por demás vidriosa en la que pensamos que no sería viable el reconocimiento de enriquecimiento sin causa, pues resultaría muy difícil para el actor acreditar la existencia de buena fe y el ánimo de no burlar la ley.

6.6. Caso "Laser Disc"²⁵: la falta de legitimación activa ante un procedimiento de selección inconcluso

También en 2003, el tribunal supremo decidió la siguiente cuestión.

²³ Este precedente demuestra la necesidad de evaluar caso por caso el supuesto conocimiento del vicio de forma por el accionante, cuando se trata de obtener una reparación con fundamento en el enriquecimiento sin causa.

²⁴ Fallos: 326:1300, sept. del 10-04-03.

²⁵ Fallos: 327:84, sent. del 10-02-04.

La actora, empresa dedicada a la fabricación de CDs y otros discos compactos, accionó en instancia originaria contra la Prov. de Mendoza, reclamando el cobro de pesos por la grabación y edición de producciones de CDs musicales en el marco del Programa "Mendoza Suenas".

La accionada opuso la defensa de falta de legitimación activa, que fue tratada en primer término por la Corte.

El tribunal sostuvo que asista razón a la excepcionante, pues Laser Disc no era titular de la relación jurídica invocada, toda vez que la licitación privada convocada por la Provincia en el marco del aludido Programa no le fue adjudicada ni notificada a la actora, constituyendo éstos requisitos indispensables para que la licitación quede perfeccionada.

En suma, reiteró los conceptos acuñados desde "Mas Consultores", concluyendo que el vicio en las formas establecidas por el derecho administrativo local determinaba la inexistencia del contrato y la falta de legitimación de quien acciona con sustento en él.

6.7. Caso "Indicom"²⁶: falta de legitimación pasiva por inexistencia de contrato celebrado conforme la normativa administrativa

Ya en 2004, la Corte intervino en otro proceso originario en el que la empresa actora demandó a la Prov. de Buenos Aires, de la que depende el Comando Policial Radioeléctrico de Lanús, por cobro de pesos originado en la falta de pago de cánones por la prestación del servicio de transmisión de datos alfanuméricos mediante *beepers*.

La accionada opuso la defensa de falta de legitimación pasiva por inexistencia de toda relación contractual o comercial con la actora.

Al tratar la defensa en cuestión, la CS adujo que la ley de contabilidad provincial exigía la realización de licitación pública o, excepcionalmente, licitación privada o contratación directa en supuestos que no se reunían en autos. La falta de tal procedimiento licitatorio determinaba la inexistencia del contrato y de cualquier derecho que se sustentare en él, por lo que hizo lugar a la defensa articulada por la accionada.

6.8. Caso "Punte"²⁷: la CS, en su nueva conformación, ratifica la doctrina de "Mas Consultores"

El caso en estudio es el último precedente que sobre la cuestión trató la CS y fue sentenciado en marzo de 2006.

²⁶ Fallos: 327:84, sent. del 10-02-04.

²⁷ Punte, Roberto Antonio el TP, "El Fideicomiso Acreditado e Islas del Atlántico Sur sí cumplimiento de contrato", *Percepciones*, III.

Se trata de un juicio originario, en el que el actor, abogado, acciona contra la Prov. de Tierra del Fuego reclamando el cumplimiento de un pacto de cuota litis inserto en un contrato que afirma haber celebrado con la demandada y por el cual se le abonaría el 10% del monto total de los créditos que el Estado Nacional reconociera a la Provincia—en cuyo favor el actor realizaría gestiones judiciales y extrajudiciales—en concepto de regalías hidrocarbúrferas.

La Provincia cuestionó la validez del contrato y opuso la defensa de falta de legitimación activa.

Nuevamente, la CS acudió al derecho público local para afirmar que la ley de contabilidad territorial establece el principio general de la licitación pública, que no se había realizado en el caso. Tampoco se habían acreditado las causales de probada urgencia o caso fortuito que eximiesen del procedimiento aludido, por lo que concluyó que el contrato no existió y que la defensa de la Provincia debía ser admitida.

El precedente en estudio es el primero emitido por el Tribunal bajo su nueva conformación y viene a ratificar la línea jurisprudencial abierta a partir de “Mas Consultores”. De allí su importancia y actualidad.

7. CONCLUSIONES

En atención a lo hasta aquí expuesto, considero que cabe concluir lo siguiente.

7.1.

Si bien el elemento “forma” no aparece explícitamente enunciado entre las notas esenciales del concepto de contrato administrativo dado en la jurisprudencia de la CSJN (“Cimplast” y otros), cabe concluir que desde el precedente “Hotel Internacional Iguazú” (1986) es considerado un requisito de validez y eficacia, y desde el caso “Mas Consultores” (2000), un requisito de existencia del contrato administrativo.

7.2.

El elemento “forma” comprende tanto los recaudos formales que deben reunirse en el momento de la celebración del contrato como los trámites y procedimientos que preceden a tal celebración. La Corte adhiere, pues, a un criterio amplio para caracterizar el instituto, similar al seguido por la LNPA en los Artículos 7° y 8° respecto del acto administrativo.

7.3.

Su omisión acarrea consecuencias importantes en la esfera de los derechos de los contratistas, pues, al tratarse de un elemento esencial, su falta determina la inexistencia del contrato y de consiguiente la nulidad que pretendería fundarse en éste.

7.4.

Quedaría para el contratista el derecho de reclamar por Enriquecimiento sin causa por medio de la acción restitutiva o *in rem verso*.

7.5.

Para ello, habrá de solicitar expresamente en una acción autónoma o en subsidio de la pretensión de cobro de pesos por incumplimiento contractual su pedido de reconocimiento de Enriquecimiento sin causa. La CS no admite el reconocimiento oficioso del Enriquecimiento fundado en el principio del *lira novit curia* (caso “Ingeniería Omega”).

7.6.

La acción restitutiva exige probar el Enriquecimiento y el empobrecimiento y su nexo causal. El reconocimiento se limitará al monto que resulte menor.

7.7.

Además, debe tenerse en cuenta la exigencia jurisprudencial—que estimamos de razonable aplicación en este tipo de casos—de que no haya habido mala fe o culpa en el contratista empobrecido, es decir que no haya existido ánimo de burlar la ley. Esta valoración debe ser efectuada caso por caso y atendiendo las circunstancias particulares de cada situación.

7.8.

La doctrina forjada por la CS en “Mas Consultores” fue recientemente confirmada por el máximo tribunal en su nueva conformación en el caso “Punte” (2006), por lo que conserva lozanía.

7.9.

Desde el punto de vista de la ética y la transparencia en los negocios del Estado, computamos favorablemente los efectos de la doctrina. Como sostenía el profesor Comandari, la ética pública no es sólo cuestión de los funcionarios sino también de todos aquellos que se relacionan con la Administración, pues para que la corrupción sea posible tiene, muchas veces, que haber un interesado en los resultados del hecho corrupto, circunstancia particularmente verificable en el campo de las relaciones contractuales.

7.10.

La declaración de inexistencia del contrato y la consiguiente inexistencia de derechos que pudieran pretenderse con base en él, al no haberse verificado los procedi-

nientos esenciales de la contratación ejerce un claro efecto disuasivo para la comisión de maniobras irregulares, pues ningún contratista querrá verse expuesto al futuro desconocimiento judicial de sus derechos una vez cumplida la prestación.

7.11.

Con todo, esta doctrina debería ser aplicada con suma prudencia, limitándose a aquellos supuestos en los que real y efectivamente se hubieren vulnerado procedimientos esenciales que no podían ser ignorados por el contratista. En los casos que analizamos, el procedimiento omitido era nada menos que el de la licitación pública y, conjuntamente, en algunos fallos, el de la falta de habilitación presupuestaria.

7.12.

Pensamos que la doctrina judicial estudiada no es sino el corolario, en el ámbito del contrato administrativo, de aquel principio que sostiene que es esencial que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, sin hacer prevalecer la forma sobre el fondo, pero sin olvidar tampoco que, como solía enfatizar nuestro querido Julio Comadira, también *en las formas se realizan las esencias*²⁸

LA INMODIFICABILIDAD DE LAS OFERTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL COCONTRATANTE DEL ESTADO

La proyección de ese principio durante la etapa de ejecución del contrato administrativo

HORACIO DIEZ*

I. EL PRINCIPIO DE INMODIFICABILIDAD DE LAS OFERTAS EN LAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS. DIFERENCIAS CON LAS CONTRATACIONES REGIDAS POR EL DERECHO COMÚN

1.1. La doctrina administrativista ha sostenido que el principio de inmodificabilidad de las ofertas constituye una de las reglas específicas de los procedimientos de selección de los cocontratantes de la Administración¹.

La presentación de una propuesta en el marco de un procedimiento de selección convocado por la Administración le genera al oferente diversas obligaciones.

* Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (Promoción 1996). Premios al mejor promedio y tesina de esa promoción. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho. Docente de la materia Contratos Administrativos en la Maestría en Derecho Empleado de la Universidad Austral y en el Posgrado de Especialización en Derecho Administrativo y Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

En la función pública, actualmente desempeña el cargo de Subdirector General a/c de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

¹ Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1979, p. 111; Diez, Roberto, *Licitación Pública*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995, pp. 374 y 383; Cassag, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1995, p. 111.

²⁸ CSJN, "Ferreira Andrea c/ Ulla Carlos", *La Ley*, 1992-C-185, y "Conceicao Juan c/ MCB A", *La Ley*, 1995-B-316.