

El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional.

Bárbara Fernández Villa

SUMARIO: I. Introducción. II. El Régimen Nacional de Contrataciones Públicas. 1. Régimen de Contrataciones de la Administración nacional. 2. Ámbito de aplicación. 3. Contrato administrativo. 4. Principios generales de la contratación administrativa. 5. Procedimientos de selección. III. El “legítimo abono”. Caracterización. Supuestos. IV. El enriquecimiento sin causa en la contratación administrativa. 1. Enriquecimiento sin causa. Conceptualización. 2. Presupuestos necesarios de la acción *in rem verso*. 3. El elemento subjetivo: ¿se debe exigir la buena fe del empobrecido? 4. Oportunidad de la invocación del enriquecimiento sin causa. V. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1. Breve reseña de la jurisprudencia anterior al año 2000. 2. Jurisprudencia a partir de los fallos “Más Consultores” e “Ingeniería Omega” en el año 2000. VI. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1. Dictámenes desde 2001 hasta agosto de 2016. 2. Doctrina sentada por la Procuración del Tesoro. VII. ¿Cómo deberían proceder las jurisdicciones y entidades de la Administración nacional ante las solicitudes de pagos de facturas de bienes y servicios de “legítimos abonados”? 1. Reclamo del proveedor. 2. Informe del organismo. 3. Acto administrativo que apruebe el “legítimo abono”. 4. Investigación para deslindar responsabilidades. VIII. Conclusiones. Bibliografía. Jurisprudencia y Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación consultados.

I. Introducción.

El objeto del presente trabajo es delinear los requisitos que se deberían cumplimentar para que la Administración nacional proceda al pago de las facturas de bienes y servicios que solicitó y recibió apartándose del Régimen de Contrataciones vigente, procedimiento conocido como reconocimiento de pago de “legítimo abono”.

A nivel nacional, el Régimen de Contrataciones Públicas establece cuál es el procedimiento de selección que se debe seguir adelante para obtener la adquisición y/o contratación de bienes y servicios de la Administración nacional¹.

¹ Decreto Delegado N° 1.023/2001 (BO 16-8-2001).

Se establece la regla general de la licitación o concurso público y se enumeran taxativamente cuáles son las excepciones a esa regla general (subasta pública, licitación o concurso privado, contratación directa). Además, se disponen claramente los pasos, requisitos y etapas que se deben cumplimentar en cada uno de esos procedimientos de selección del cocontratante de la Administración.

No obstante el Régimen de Contrataciones vigente, y que él persigue en cierta medida el buen uso de los recursos públicos, la Administración nacional en algunos supuestos contrata con particulares o empresas proveedoras sin cumplimentar los recaudos exigidos por la normativa, ya sea que se aparta totalmente del Régimen legal vigente o bien que celebra un contrato que no cumplimentó en sus etapas previas la totalidad de las exigencias que la normativa prevé.

Si bien en dichos supuestos nos encontraríamos frente a una contratación nula (por padecer un vicio grave, ya sea en el modo en cómo se perfeccionó el contrato o porque directamente no se lo celebró), el contratista podrá, cumplimentando ciertos requisitos, reclamar el pago de los servicios o bienes entregados y recibidos por la Administración.

El pago de tales prestaciones tiene su fundamento en que no resulta válido que exista un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración, que ocurriría si se recibieran bienes o servicios sin contraprestación económica alguna, con el consiguiente empobrecimiento de quien presta el servicio o provee el bien. En esos supuestos la razón de pago no sería un contrato vigente² sino el instituto del enriquecimiento sin causa. Por ello, el eventual reclamo debe cumplir los presupuestos de procedibilidad de la acción *in rem verso*, de los que cabe resaltar en esta introducción que el precio a pagar seguramente no coincida con el precio que el proveedor desea facturar, puesto que el importe a abonar debe excluir la ganancia que pretende el contratista.

Pese a los criterios imperantes en materia de enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación³, en la realidad suele pagarse sin embargo el precio fijado en las facturas (el que incluye la ganancia respectiva, es decir el precio del bien o servicio en el mercado), y en los casos de continuación de la prestación en un contrato que se encuentra vencido, se suele pagar en los términos y condiciones allí pactados como si el origen de la obligación fuera dicho contrato y no la situación de enriquecimiento sin causa mencionada⁴.

Por ello, comenzaré por reseñar la normativa vigente sobre la contratación de bienes y servicios de la Administración nacional.

En segundo término, me propongo caracterizar al “legítimo abono”, enunciar algunos de sus supuestos, y señalar cómo la realidad imperante en nuestro país acoge dicha figura.

² Rejtman Farah, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración nacional*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, p. 88, 2010.

³ Los que serán analizados en los Puntos V y VI del presente trabajo.

⁴ Rejtman Farah, Mario, *op. cit.*, p. 89.

En tercer lugar, describiré en qué consiste la acción de enriquecimiento sin causa y cuáles son los presupuestos necesarios para la procedencia de la acción *in rem verso*.

Luego, analizaré la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación referidos al tema del presente trabajo, en los que podrá observarse que siempre se habla de la nulidad de la contratación y del instituto del enriquecimiento sin causa.

Con todo ello, abordaré el aspecto central de este trabajo que consiste en desarrollar los requisitos y pasos a seguir, según mi opinión, por las jurisdicciones y entidades de la Administración nacional ante las solicitudes de pagos de “legítimos abonos”.

Por último, expondré mis conclusiones.

II. El Régimen Nacional de Contrataciones Públicas.

1. Régimen de Contrataciones de la Administración nacional.

El Decreto Delegado N° 1.023/2001⁵, que aprueba el Régimen de Contrataciones de la Administración nacional, fue dictado en ejercicio de las facultades de orden legislativo que le fueron delegadas al Poder Ejecutivo Nacional a través de la Ley N° 25.414 de Emergencia Económica⁶, por lo que tiene rango y jerarquía legal.

El Régimen en cuestión tiene por objeto que “las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible⁷, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad”⁸.

Respecto a las contrataciones de bienes y servicios –que es el objeto del presente trabajo–, hasta el año 2012 las contrataciones del Poder Ejecutivo Nacional se encontraban reglamentadas por el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de

⁵ El Decreto Delegado N° 1.023/2001 deroga, entre otras normas, los Artículos 55 al 63 del Decreto Ley N° 23.354 de fecha 31 de diciembre de 1956, ratificado por la Ley N° 14.467, es decir, deroga las normas de la “Ley de Contabilidad” que regían hasta el momento las compras públicas (cfr. Art. 38 del Decreto Delegado N° 1.023/2001) e instaura el nuevo *Régimen de Contrataciones de la Administración nacional*, que es el que rige hasta la actualidad en materia de compras y contrataciones a nivel nacional.

⁶ Publicada en *BO* 30-3-2001.

⁷ Con el dictado de los Decretos Nros. 893/2012 y 1.030/2016, también puede afirmarse que todo ello debe realizarse mediante una gestión sustentable del poder de compra del Estado, puesto que es responsabilidad de la Oficina Nacional de Contrataciones desarrollar mecanismos que promuevan la adecuada y efectiva instrumentación de criterios de sustentabilidad ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas (Art. 115 del Anexo al Decreto N° 1.030/2016).

⁸ Art. 1° del Decreto Delegado N° 1.023/2001.

Bienes y Servicios del Estado Nacional aprobado por el Decreto N° 436/2000⁹, el que continuó aplicándose como “Reglamento de Contrataciones” hasta el dictado del Decreto N° 893/2012¹⁰.

El 7 de junio de 2012, luego de casi once años, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 893/2012, por el que se aprobó la primera reglamentación del Régimen general instaurado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001 y que constituyó el “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración nacional”, cuya entrada en vigencia ocurrió el día 14 de agosto de 2012 para los procedimientos de selección que a partir de esa fecha se autoricen¹¹, y derogó no sólo a su similar N° 436/2000, sino también a la gran cantidad de normas complementarias que estaban vigentes en materia de contrataciones públicas nacionales¹².

Recientemente, con fecha 15 de septiembre de 2016 se dictó el Decreto N° 1.030/2016, que aprobó una nueva reglamentación del Decreto Delegado N° 1.023, de fecha 13 de agosto de 2001 y sus modificatorios y complementarios, para los contratos comprendidos en el inciso a) del Artículo 4° del decreto aludido, la que constituye el nuevo Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración nacional, publicado en el *Boletín Oficial* el día 16 de septiembre de 2016. Este decreto derogó al reglamento aprobado por el Decreto N° 893/2012 y sus modificatorios¹³; dispone que comenzará a regir a los quince (15) días corridos de su publicación en el *Boletín Oficial*, y será de aplicación a los procedimientos de selección que a partir de esa fecha se autoricen¹⁴, por lo que su vigencia comenzó el 3 de octubre de 2016¹⁵.

Además, el día 27 de septiembre de 2016 la Oficina Nacional de Contrataciones, en su carácter de Órgano Rector del Sistema Nacional de Contrataciones, dictó las siguientes normas: Disposición N° 62, que aprueba el “Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración nacional”; Disposición N° 63, que aprueba el “Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración nacional”; Disposición N° 64, que aprueba el “Manual de Procedimiento para la incorporación y actualización de datos en SIPRO” y Disposición N° 65, que aprueba el “Manual de Procedimiento del COMPR.AR”¹⁶.

⁹ El Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/2000 (*BO* 5-6-2000) había sido dictado para reglamentar los Artículos 55, 56, 61 y 62 del Capítulo VI de la Ley de Contabilidad Pública (Decreto Ley N° 23.354, de fecha 31 de diciembre de 1956, ratificado por la Ley N° 14.467), los que se encontraban vigentes en función de lo establecido por el Artículo 137, inciso a) de la Ley N° 24.156, y eran los que regían en materia de compras y contrataciones del Estado.

¹⁰ Publicado en *BO* 14-6-2012.

¹¹ Cfr. Art. 7° del Decreto N° 893/2012.

¹² Art. 6° del Decreto N° 893/2012.

¹³ Derogó asimismo los Decretos Nros. 1.188 de fecha 17 de julio de 2012, 1.190 de fecha 17 de julio de 2012 y los Artículos 2° y 3° del Decreto N° 690 del 15 de mayo de 2016.

¹⁴ Art. 7° del Decreto N° 1.030/2016.

¹⁵ La Comunicación General de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 51 de fecha 19 de septiembre de 2016 comunica que los procedimientos que se autoricen a partir del día 3 de octubre de 2016 –o los que a partir de esa fecha se convoquen cuando no se requiera autorización previa– deberán regirse por el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1.030/2016.

¹⁶ Publicadas en el *BO* el 29-9-2016.

Las citadas Disposiciones de la Oficina Nacional de Contrataciones Nros. 62/2016 y 63/2016 entraron en vigencia el día hábil siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial*, y resultan de aplicación a los procedimientos de selección que a partir de esa fecha se autoricen o a los que a partir de esa fecha se convoquen cuando no se requiera autorización previa y que se rijan por el Régimen de Contrataciones de la Administración nacional aprobado por el Decreto N° 1.030/2016. Es decir que los procedimientos que se autoricen o convoquen a partir del día 3 de octubre de 2016 deberán regirse por el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1.030/2016 y por las Disposiciones ONC Nros. 62/2016 y 63/2016. En consecuencia, para los procedimientos autorizados con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 1.030/2016, continuará siendo aplicable el Decreto N° 893/2012 y su normativa complementaria¹⁷.

2. Ámbito de aplicación.

El Régimen de Contrataciones de la Administración nacional tiene un ámbito de aplicación subjetivo y otro objetivo, que determina a quiénes y a qué contratos se aplica.

Su ámbito de aplicación subjetivo está establecido en su Artículo 2º, el que dispone: “[...] el presente Régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del Artículo 8º de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones”.

La Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional¹⁸ define en su Artículo 8º cómo está integrado el Sector Público Nacional. En relación con el Régimen de Contrataciones en análisis, cabe señalar que el inciso a) del mencionado artículo se refiere a la Administración nacional, conformada por la Administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social.

En cuanto a los contratos a los cuales se aplica el Régimen de Contrataciones instaurado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001 –ámbito de aplicación objetivo–, su Artículo 4º, titulado “Contratos comprendidos”, establece: “[...] este Régimen se aplicará a los siguientes contratos: a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias”.

Resulta importante destacar que esta afirmación es de carácter enunciativa, puesto que al establecerse que se aplicará este Régimen a los contratos recién mencionados y *a todos aquellos contratos no excluidos expresamente*, cabe concluir que el Régimen

¹⁷ Cfr. Comunicación General de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 53 de fecha 29 de septiembre de 2016.

¹⁸ BO 29-10-1992.

se aplica a todos los contratos que no se encuentren excluidos expresamente por la norma en cuestión, los que están ahora sí taxativamente detallados en su Artículo 5º¹⁹.

Ahora bien, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración nacional, aprobado por el Decreto N° 1.030/2016, sólo se aplica a una porción de los sujetos y contratos que comprende el Decreto Delegado N° 1.023/2001. El Decreto N° 1.030/2016 tiene definido en su Artículo 2º el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo, puesto que dispone: “Establécese que todos los procedimientos llevados a cabo por las jurisdicciones y entidades del Poder Ejecutivo Nacional comprendidas en el inciso a) del Artículo 8º de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones, integrado por la Administración central, los organismos descentralizados, incluidas las universidades nacionales y las instituciones de seguridad social, siempre que tengan por objeto el perfeccionamiento de los contratos comprendidos en el inciso a) del Artículo 4º del Decreto Delegado N° 1.023/2001 y sus modificatorios y complementarios, se regirán por ese decreto, por el Reglamento que por el presente se aprueba, y por las normas que se dicten en su consecuencia”.

Por tanto, este nuevo reglamento se aplica²⁰: a) a los contratos comprendidos en el inciso a) del Artículo 4º del Decreto Delegado N° 1.023/2001, es decir, compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente; b) a los que celebren las jurisdicciones y entidades del Poder Ejecutivo Nacional comprendidas en el inciso a) del Artículo 8º de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones, integrado por la Administración central, los organismos descentralizados, incluidas las universidades nacionales y las instituciones de seguridad social.

3. *Contrato administrativo.*

Aunque un sector de la doctrina nacional se inclina por la negación de la existencia del contrato administrativo²¹, la mayor parte de nuestra doctrina²², aun desde perspectivas

¹⁹ Art. 5º del Decreto Delegado N° 1.023/2001: “Quedarán excluidos los siguientes contratos: a) Los de empleo público. b) Las compras por caja chica. c) Los que se celebren con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y de las facultades de fiscalización sobre ese tipo de contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control. d) Los comprendidos en operaciones de crédito público”.

²⁰ De acuerdo a la última expresión del Art. 4º, inciso a), del Decreto Delegado N° 1.023/2001 “y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente”, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración nacional aprobado por el Decreto N° 1.030/2016 se aplica entonces a todos los contratos que no se encuentren excluidos expresamente por los Decretos Nros. 1.023/2001 y 1.030/2016. A mayor precisión, ver el Art. 3º del texto del Decreto N° 1.030/2016, que señala claramente a cuáles contratos no se aplica dicho reglamento.

²¹ Mairal, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *ED*, 179-655.

²² Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1998, p. 21 y sigs.; Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2005, p. 21 y sigs.

diferentes, considera que el contrato administrativo posee una configuración jurídica propia y específica, sujeta a un régimen de derecho público que se nutre de una suma de prerrogativas conferidas al Estado como gestor del interés general y, a la vez, de un conjunto de garantías reconocidas a quienes se vinculan con aquél²³. Así, 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 están regidas por el derecho público²⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció en forma expresa su existencia a través de diversos pronunciamientos²⁵, en los que quedaron delineadas sus notas distintivas: un acuerdo generador de situaciones jurídicas subjetivas, una de cuyas partes es una persona jurídica estatal, que tiene por objeto la satisfacción de un fin público o propio de la Administración y que contiene implícita o explícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado²⁶.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido su existencia si se dan los presupuestos que deben concurrir para la configuración del contrato como administrativo: el sujeto contratante, una persona pública estatal; el objeto del contrato, un fin propio de la Administración y la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común, es decir, aquellas no usuales en el derecho privado por adjudicar a las partes derechos u obligaciones ajenos a los que son susceptibles de ser libremente consentidos en el marco del derecho privado²⁷.

²³ Ortiz de Zárate, Mariana y Diez, Horacio P., “Perfiles de la contratación administrativa a la luz del Decreto N° 1.023/2001”, *RDA* 2003-49, LexisNexis N° 0027/000097.

²⁴ Monti, Laura, “Los contratos de la Administración pública en la jurisprudencia de la CSJN”, en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, p. 341.

²⁵ En 1990 aparece por primera vez conceptualizado el contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte, puesto que en el voto que emite el doctor Fayt en el caso “Dulcamara” caracteriza al contrato administrativo como “especie dentro del género de los contratos” y señala sus notas esenciales: 1) una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal; 2) su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración; y 3) lleva insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (“Dulcamara S.A. c/ Entel s/ cobro de pesos”, *Fallos*: 313:376). Tres años después, en el caso “Cinplast”, la Corte hace suyo el concepto de contrato administrativo delineado por Fayt en “Dulcamara”, y repite textualmente sus notas esenciales (*Fallos*: 316:212). Con posterioridad a este fallo, la Corte volvió a referirse a los elementos constitutivos del contrato administrativo, pero sin aludir explícitamente al régimen o a las cláusulas exorbitantes.

²⁶ Coviello, Pedro J. J., “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 98 y sigs.; y del mismo autor, “El caso OCA; una aclaración conceptual de la Corte en materia de contratos administrativos”, *LL*, 1996-E-76.

²⁷ *Dictámenes*: 239:418.

Finalmente, el régimen instaurado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001 establece que toda contratación de la Administración nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado²⁸.

De esta manera, se establece desde lo legal la figura del contrato administrativo, tan discutida en la doctrina nacional pero de una imperante realidad en nuestro país y en nuestro derecho.

Por otra parte, cabe advertir que del concepto tradicional de contrato administrativo que se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien no parece *prima facie* que el elemento “forma” constituya un requisito esencial para la existencia del contrato, una lectura atenta de la jurisprudencia de la Corte en los últimos años conduce a la conclusión de que 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 realizadas²⁹.

4. Principios generales de la contratación administrativa.

El Régimen de Contrataciones de la Administración nacional establece que la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, deberá ajustarse a los siguientes principios: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; c) Transparencia en los procedimientos; d) Publicidad y difusión de las actuaciones; e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

Además, establece que desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden³⁰.

Por ello, cuando se le presenta a la Administración nacional la necesidad de realizar una contratación, se encuentra habilitada a comparar la mejor calidad al mejor precio pero

²⁸ Art. 1° del Decreto Delegado N° 1.023/2001.

²⁹ Canda señala que 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 (“Cinplast” y otros), cabe concluir que desde el precedente “Hotel Internacional Iguazú” (1986) es considerado un requisito de validez y eficacia, y desde el caso “Más Consultores” (2000), un requisito de existencia del contrato administrativo [Canda, Fabián O., “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)”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 50]. Para el análisis del elemento “forma” y de la evolución jurisprudencial ver el artículo de Canda recién mencionado.

³⁰ Art. 3° del Decreto Delegado N° 1.023/2001.

debe hacerlo cumpliendo los principios de razonabilidad y eficiencia, esto es, analizando cuál es la medida más adecuada en cada actuación, lo que sin dudas contribuirá a la obtención de óptimos resultados en la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración pública. La eficiencia en la gestión de las contrataciones se vincula con la relación que media entre los bienes y servicios obtenidos con los recursos empleados para obtenerlos. Por ello, las autoridades encargadas de las contrataciones deberán adoptar la medida más razonable en cada actuación para obtener los bienes o servicios, de la calidad adecuada, en tiempo oportuno y al menor precio³¹.

En general, la doctrina nacional, cuando alude a los principios de la contratación, hace referencia a aquellos que rigen la licitación pública, que no es más que uno de los procedimientos de selección del contratista estatal. Comparto la opinión de Nielsen de referirnos a los principios que presiden los contratos administrativos en general, y no sólo una etapa de ellos, como lo es el procedimiento de selección del cocontratante del Estado³².

Entre los principios generales, Comadira se refiere a cómo los principios de juridicidad, oficialidad, verdad material, formalismo moderado, debido procedimiento previo y los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites³³ resultan de aplicación a las contrataciones públicas.

Los principios rectores de concurrencia, igualdad, publicidad y transparencia resultan de fundamental importancia para resguardar el interés público comprometido en las contrataciones públicas.

El principio de concurrencia persigue que se presente la mayor cantidad posible de oferentes por cuanto ello posibilita una mejor elección y por tanto mayor acierto en la identificación de la oferta que resulte más conveniente a la consecución del interés público que se persigue en la contratación. Que se presente la mayor cantidad posible de oferentes no significa que la concurrencia se restrinja a una mera cuestión de cantidad (cuantos más oferentes, mejor) sino que, para su mayor eficacia, esa concurrencia debe ser genuina, sincera, es decir, que se hayan presentado ofertas real y efectivamente competitivas en el mercado³⁴.

El principio de igualdad nace de la propia Constitución Nacional, ya que la igualdad ante la ley está asegurada a todos los habitantes de la Nación, incluidos los oferentes en una licitación. No debe circunscribirse este principio a que todos los oferentes tengan la

³¹ Nielsen, Federico, "La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa", en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 578, 584 y 586.

³² *Ibidem*, p. 563.

³³ Comadira, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública: nociones, principios, cuestiones*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. LexisNexis, 2006, pp. 17-53.

³⁴ Muratorio, Jorge, "Algunos aspectos de la competencia efectiva entre oferentes en la licitación", en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 374.

misma posibilidad para resultar adjudicatarios, sino que el trato igualitario debe abarcar todas las etapas de la contratación, por lo que el principio de igualdad en la contratación pública rige desde su comienzo (en la confección de los pliegos de bases y condiciones particulares) hasta la adjudicación y firma del contrato, y mantiene su vigencia además luego de firmarse el contrato u orden de compra, porque la Administración no podrá durante el desarrollo del contrato modificar sus cláusulas para favorecer ni para perjudicar a quien resultó adjudicatario.

En cuanto al principio de publicidad –y difusión de las actuaciones– se trata de una consecuencia de la forma republicana de gobierno. Es un principio de raigambre constitucional porque la publicidad de los actos de los funcionarios públicos es una de las características de la forma republicana de gobierno adoptada por el Artículo 1º de la Constitución Nacional.

Este principio garantiza la legalidad del procedimiento, favorece la concurrencia y también garantiza la igualdad de todos los interesados.

En cuanto a la transparencia, el Decreto Delegado N° 1.023/2001³⁵ establece que la contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este Régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas³⁶.

5. Procedimientos de selección.

En nuestra doctrina y jurisprudencia, se discutió si la regla general que debía regir la contratación administrativa era el principio de la libre elección o, por el contrario, debía realizarse la contratación a través del procedimiento de licitación pública.

³⁵ Art. 9º del Decreto Delegado N° 1.023/2001.

³⁶ Los principios de igualdad, concurrencia, publicidad y transparencia son de tal importancia para las contrataciones públicas, tanto a nivel local como internacional, que el Régimen de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001 dispuso en su Art. 18: “[...] la comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran omitido los requisitos de publicidad y difusión previa, en los casos en que la norma lo exija, o formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo fuera factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes”. Además, en su Art. 32 dicho Régimen estableció que todas las convocatorias, cualquiera sea el procedimiento de selección que se utilice, se difundirán por Internet u otro medio electrónico de igual alcance que lo reemplace, en el sitio del Órgano Rector (Oficina Nacional de Contrataciones), en forma simultánea, desde el día en que se les comience a dar publicidad por el medio específico que se establezca en el presente o en la reglamentación, o desde que se cursen invitaciones, hasta el día de la apertura, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios generales establecidos en el Art. 3º de dicho régimen; y que con el fin de cumplir el principio de transparencia, se difundirán por Internet, en el sitio del Órgano Rector, las convocatorias, los proyectos de pliegos correspondientes a contrataciones que la autoridad competente someta a consideración pública, los pliegos de bases y condiciones, el acta de apertura, las adjudicaciones, las órdenes de compra y toda otra información que la reglamentación determine.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se inclinó, siguiendo a Marienhoff³⁷, en el conocido caso “Meridiano”³⁸, por la postura que sostiene el principio de libre elección o contratación. Anteriormente, en la causa “Schmidt”³⁹ nuestro Alto Tribunal había sostenido que el carácter formal de la licitación configuraba un procedimiento de garantía para el interés público cuyo incumplimiento, cuando ella estaba impuesta por un mandato legal o constitucional, generaba la nulidad absoluta.

La doctrina expuesta en el caso “Meridiano” resulta más amplia y categórica al apuntar que “a falta de una norma expresa que exija la licitación pública para elegir al cocontratante, o sea, ante la ausencia de fundamento legal, debe estarse por la validez del acto”⁴⁰.

Ahora bien, el Régimen general de Contrataciones en estudio⁴¹ estableció que el procedimiento de selección del contratista para la ejecución de los contratos se hará por regla general mediante licitación pública o concurso público, según corresponda⁴².

Según Comadira, la licitación pública “es un modo de selección de los contratistas de entes públicos en ejercicio de la función administrativa, por medio del cual éstos invitan, públicamente, a los 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”⁴³.

La doctrina nacional es conteste en afirmar que la licitación pública se inscribe en la órbita del procedimiento administrativo estando integrada por una serie ininterrumpida de actos⁴⁴ y constituye una secuencia, ordenada y metódica, de diversos estadios, cada uno de los cuales tiene un contenido propio, indispensable para su configuración, pero que, por sí solo, no es suficiente para darle vida⁴⁵.

El Régimen de Contrataciones establecido por el Decreto Delegado N° 1.023/2001 dispone que hay excepciones a la regla general de la licitación o concurso público, y que la selección del cocontratante podrá realizarse mediante subasta pública, licitación o concursos

³⁷ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, *ob. cit.*, p. 627 y sigs.

³⁸ *Fallos*: 301:292, “Meridiano, S.C.A.c/Adm. Gral. de Puertos”, 24-4-1979 (especialmente cons. 9º, último párrafo).

³⁹ *Fallos*: 179:249 (“Empresa Constructora P.H. Schmidt S.A. c/ Provincia de Mendoza”, 24-11-1937).

⁴⁰ Cassagne, Juan Carlos, “Los procedimientos de selección del contratista estatal”, *LL* 1997-E, p. 1485.

⁴¹ Art. 24 del Decreto Delegado N° 1.023/2001.

⁴² Lo mismo establece la Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064, Art. 9º.

⁴³ Comadira, Julio Rodolfo, *ob. cit.*, pp. 1-3.

⁴⁴ Marienhoff hace la siguiente enumeración de los diversos tramos que en su camino recorre el procedimiento de la licitación: el pliego de bases y condiciones, la invitación o llamado a licitación, la presentación de propuestas, la apertura de los sobres, la adjudicación, y, eventualmente, el perfeccionamiento o formalización del contrato administrativo (Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 1993, p. 280).

⁴⁵ En tal sentido, Monti sostiene que el procedimiento de selección del contratista estatal como consecuencia del principio de legalidad es, en principio, reglado, puesto que la actuación de la Administración cuando contrata no puede ser distinta a toda la actuación administrativa (Monti, Laura, *ob. cit.*, p. 342).

privados⁴⁶, o contratación directa⁴⁷ sólo en los casos expresamente previstos en la normativa vigente⁴⁸, observándose por supuesto el procedimiento establecido al efecto.

Sin embargo, como expondré en este trabajo, la Administración en el sistema conocido como de *legítimo abono* recibe, en ocasiones, bienes o servicios sin que medie contrato administrativo vigente o celebrado en legal forma⁴⁹, es decir, sin seguir el procedimiento de licitación o concurso público, ni los procedimientos de excepción que se encuentran regulados por la normativa vigente.

III. El “legítimo abono”. Caracterización. Supuestos.

Cuando la Administración –ya sea Administración central o Administración descentralizada– se aparta de los procedimientos establecidos para la selección de su cocontratante, y adquiere o contrata bienes o servicios sin seguir la normativa aplicable, nos encontramos ante supuestos no regidos por la norma y, por tanto, pasibles de la sanción de nulidad⁵⁰.

Las contrataciones apartadas del Régimen vigente son pasibles de la sanción de nulidad porque no se respetaron las formalidades que la normativa exigía y es doctrina constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostenida también por la Procuración del Tesoro de la Nación⁵¹, que 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 contratación⁵². Por ello, 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 la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia⁵³.

⁴⁶ El Art. 25, inciso c), del Decreto Delegado N° 1.023/2001, establece 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 (hoy hasta la suma de \$ 6.000.000, conforme lo dispuesto en los Arts. 27, inciso b), y 28 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1.030/2016).

⁴⁷ El Decreto Delegado N° 1.023/2001, en su Art. 25, inciso d), regula diez tipos de casos en los que puede utilizarse la selección por contratación directa (por monto; por especialidad; por exclusividad; por licitación o concurso desierto o fracasado; por urgencia o por emergencia; por razones de seguridad o defensa nacional; por desarme, traslado o examen previo; contratación interadministrativa; contratación con Universidades Nacionales; contratación con efectores de desarrollo local y economía social).

⁴⁸ Art. 24 del Decreto Delegado N° 1.023/2001.

⁴⁹ Rejtman Farah, Mario, *ob. cit.*, p. 88.

⁵⁰ Cfr. *Dictámenes*: 238:9; 241:115; 247:116; 248:43; 251:751; 285:156, entre otros.

⁵¹ Ver los Puntos V y VI de este trabajo.

⁵² *Fallos*: 308:618, “Hotel Internacional Iguazú”, 1986; 316:382, “Vicente Robles”, 1993.

⁵³ Cfr. *Fallos*: 323:1515, considerando 7°; 323:3924; 324:3019; 326:1280 y 329:809.

Además, en los supuestos en que se solicita la provisión de un servicio o la entrega de bienes a un particular sin seguirse los procedimientos de selección previstos por la normativa vigente, se vulneran los principios generales de la contratación administrativa –eficiencia, igualdad, concurrencia, transparencia, publicidad y difusión– y el objeto propio del Régimen de Contrataciones Públicas que prevé que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad, por cuanto no se puede asegurar la real y leal competencia entre oferentes, la igualdad en la posibilidad de ser seleccionados, la mejor calidad al mejor precio que resultaría precisamente de asegurar la concurrencia entre oferentes, todo lo cual afecta al interés público y atenta contra la juridicidad que debe prevalecer en todo el accionar de la Administración⁵⁴.

¿Cuáles son los supuestos en que una compra de la Administración puede dar lugar, eventualmente, al “legítimo abono”?

En algunas ocasiones la Administración se encuentra ante un contrato que ha vencido pero en el que subsiste la necesidad de continuar con la prestación y que atento que aún no se ha logrado volver a contratar por el procedimiento previsto en la normativa vigente y por tanto no se ha suscripto la correspondiente orden de compra que registrará la nueva contratación –ya sea porque se demoró el procedimiento de selección iniciado al efecto o porque ni siquiera se lo empezó–, se decide igualmente continuar con la prestación a cargo del proveedor que resultó adjudicatario de la última contratación realizada con ese objeto.

En otros supuestos, puede suceder que hubo abandono del servicio o del contrato de provisión de bienes y ante la urgente necesidad de continuar con la prestación del servicio o con la provisión de los insumos, se decide contratar directamente a un proveedor –sin seguirse los procedimientos legales establecidos al efecto– para que la falta de servicio o provisión no afecte las actividades desarrolladas por la jurisdicción o entidad.

En estas hipótesis –contrato vencido o contratación interrumpida intempestivamente– puede suceder que se inicia o no paralelamente el procedimiento de selección del contratista, de acuerdo con la normativa vigente. En el caso de que se haya iniciado el procedimiento de selección respectivo de acuerdo con lo que determina el Régimen de Contrataciones, mientras se sustancia dicho procedimiento y se llega a la adjudicación, prestará el servicio la empresa o proveedor contratado irregularmente.

En otros casos, puede suceder que atento una urgencia o emergencia la jurisdicción o entidad contrata con un proveedor pero sin seguir tampoco el procedimiento que el Régimen de Contrataciones estableció para esos supuestos.

⁵⁴ Comadira entiende que el término “juridicidad” (en lugar del término “legalidad”) representa mejor la idea de que el accionar de la Administración pública –en la procura del bien común– supone necesariamente el respeto por todo el orden jurídico (Comadira, Julio Rodolfo, *ob. cit.*, p. 19).

Finalmente, puede también ocurrir que aunque no medie contrato vencido, ni interrupción intempestiva de una prestación ni estarse frente a una situación de urgencia o emergencia, una autoridad de la jurisdicción o entidad decide igualmente contratar directamente a una empresa determinada (que puede ser o no proveedor del Estado) sin seguir ninguno de los procedimientos establecidos por la normativa vigente.

A estos tipos de contratación *sui generis* –ya sea que se trate de la continuación de un contrato vencido o de la generación de un nuevo gasto– es lo que alguna parte de la doctrina administrativista⁵⁵, los organismos de control⁵⁶, la jurisprudencia⁵⁷ y legislación⁵⁸

⁵⁵ Rejtman Farah, Mario, *ob. cit.*, p. 88, y “Las brechas existentes entre la realidad y las normas en las contrataciones públicas”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 911. Coviello, Pedro J. J., “El enriquecimiento sin causa en la contratación pública”, en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, p. 230 (en dicha página hace referencia al legítimo abono por el desempeño de una actividad de mayor jerarquía por el agente público). García Sanz, Agustín A. M., “Licitación pública vs. contratación directa: ¿la batalla perdida?”, *Res Publica Argentina (RPA)* 2006-3, p. 101.

⁵⁶ Auditoría General de la Nación, “Auditoría de Gestión sobre Contrataciones relevantes de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES)”, sobre el proceso administrativo de contrataciones cuyas órdenes de compra fueron emitidas durante el año 2008, pp. 4 y 19, auditoría que puede consultarse en el sitio web: http://www.agn.gov.ar/files/informes/2010_123info.pdf; “Análisis del Régimen Municipal respecto de la Autorización de los gastos declarados de legítimo abono”, Informe del año 1996 aprobado por Resolución de la Auditoría General de la Nación N° 128, de fecha 14 de junio de 1996, el que puede consultarse en el sitio web: http://www.agn.gov.ar/files/informes/1996_128info.pdf.

⁵⁷ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “La Jirafa Azul S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud). Demanda contencioso administrativa”, sentencia del 14-12-2005 (v. Considerando VII del voto del doctor Negri y Considerando IV.5.c y 5.f del voto del doctor Soria). Dicha sentencia puede ser consultada en el sitio web: <http://www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2005/12-14/B55399.doc>. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, “SULIMPS.A. c/ GCBA y otros s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido”, sentencia del 22-6-2011, la que puede buscarse en el sitio web: <http://www.infojus.gob.ar/tribunal-superior-justicia-ciudad-buenos-aires-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-sulimp-sa-gcba-recurso-apelacion-ordinario-concedido-fa11380382-2011-06-22/123456789-283-0831-lots-eupmocsollaf>. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Causas: “Correo Argentino S.A. c/ Consejo Provincial de Salud Pública de Río Negro s/ sumario - cobro de pesos s/ casación”, sentencia del 3-10-2007, consultada en el sitio web: http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=9666&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=7&cbo_hasta_mes=5&cbo_hasta_anio=2999&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=&cbo_organismo=-1; “Zagari, Nicodemus c/ Provincia de Río Negro s/ contencioso administrativo s/ apelación”, sentencia del 1-12-2009, consultada en el sitio web: http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=18907&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=7&cbo_hasta_mes=5&cbo_hasta_anio=2999&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=&cbo_organismo=-1; “Dirección Gral. Rend de Cuentas EA legítimo abono a favor de Alejandro Selzer Expte. N° 33135 ARND Y R 2010 Agencia RN Dep. y Rec. s/ legítimo abono a favor de la firma Alejandro Selzer s/ apelación”, sentencia del 14-5-2013, consultada en el sitio web: http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=37549&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=7&cbo_hasta_mes=5&cbo_hasta_anio=2999&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=&cbo_organismo=-1.

de algunas jurisdicciones, la legislación de algunos organismos y entidades del Poder Ejecutivo Nacional⁵⁹, la jurisprudencia administrativa⁶⁰ y la realidad imperante en nuestro

⁵⁸ Decretos del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires Nros. 787/2004 y 1.344/2004 (publicados en el *Boletín Oficial* de la Provincia de Buenos Aires el 29-6-2004 y el 17-8-2004, respectivamente), que modifican al Reglamento de Contrataciones. Estos decretos pueden consultarse en los siguientes sitios web: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/04-787.html> y <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/04-1344.html>, respectivamente. Decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia de Río Negro N° 1.418/2004 (publicado el 16-12-2004), modificatorio del Decreto N° 188/2004, que aprueba el Reglamento de Contrataciones de la Provincia de Río Negro. Consultado en el sitio web: <http://www.rionegro.gov.ar/download/boletin/4263.PDF>. Su Art. 90 establece el procedimiento a seguir adelante en los casos de *Reconocimiento de legítimo abono*: “1. Cuando el trámite de una contratación no se hubiese ajustado a las normas del presente reglamento, a los fines de evitar eventuales perjuicios al proveedor o prestador y de facilitar la regularización administrativa del trámite, el pago de los bienes y servicios podrá ser declarado ‘de legítimo abono’ siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Se hubiese producido una real y efectiva recepción de los bienes o servicios correspondiéndole al interesado la carga de la prueba, quien deberá presentar un reclamo administrativo en los términos del Art. 42 de la Ley N° 2.938, y acompañar los documentos de prueba que respalden su pretensión administrativa (copias de facturas, remitos, órdenes de compra, constancias de entrega). b) El funcionario que dispuso la ejecución del gasto informe sobre las razones de la excepcionalidad del procedimiento utilizado y avale o conforme el trámite de aprobación. En el caso de que hubiere un reemplazante en el cargo, éste informará sobre iguales circunstancias sólo en el caso de que las conociere o le constare. La ausencia de aval o conformidad de su parte obstará la continuidad del trámite. c) Que una Comisión Técnica Especial se expida en forma fundada sobre la valuación estimada del bien o servicio en la época de la contratación, importe que en su caso será el máximo a pagarse. Dicha Comisión estará integrada por un (1) funcionario de la jurisdicción donde se impute presupuestariamente el gasto, un (1) representante del Ministerio de Coordinación y un (1) representante del Ministerio de Hacienda, Obras y Servicios Públicos. En las sesiones de la Comisión podrán participar un (1) representante de la Fiscalía de Estado y un (1) representante de la Contaduría General de la provincia a los efectos de emitir las opiniones que pudiere corresponder en el ámbito de sus competencias. 2. El funcionario que dispuso la contratación de manera irregular responderá personalmente del mayor costo que eventualmente surja luego de la valuación; como así también de los mayores costos e intereses que se hubieran devengado por la incorrecta tramitación realizada. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que determine el Tribunal de Cuentas de la provincia. 3. La aprobación del gasto será realizada por la máxima autoridad de la jurisdicción donde se imputará presupuestariamente el mismo. Deberá darse previa intervención a la Contaduría General de la provincia y a la Fiscalía de Estado. Cumplidas las etapas de registro y pago del gasto, de acuerdo a la Ley de Administración Financiera y Control del Sector Público Provincial N° 3.186 y resoluciones de los órganos de control interno constitucionales deberán ser remitidas las actuaciones al Tribunal de Cuentas de la provincia”. La vigencia de los Decretos de la Provincia de Río Negro pueden consultarse en: <http://www.legisrn.gov.ar/LEGISCON/conleystanwp.php>.

⁵⁹ Disposiciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) Nros. 14/2015 (*BO* 12-1-2015), 363/2013 (*BO* 22-8-2013) y 283/2013 (*BO* 19-6-2013). La Disposición AFIP N° 363/2013, derogada por la Disposición AFIP N° 386/2013 (*BO* 9-9-2013), aprobaba el régimen jurisdiccional de autoridades competentes para contratar, aprobar gastos y reconocer pagos mediante el régimen de legítimo abono. La Disposición AFIP N° 283/2013 aprueba el procedimiento aplicable para el reconocimiento de erogaciones por el régimen de legítimo abono de la AFIP. Disposición de la Subsecretaría de Tecnologías de Gestión dependiente de la Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros N° 7/2012 (*BO* 28-8-2012), recientemente derogada por la Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 62/2016 (*BO* 29-9-2016); Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios N° 1.522/2006 (*BO* 30-8-2006); Decisión Administrativa N° 178/2009 (*BO* 28-8-2009); Decretos del Poder Ejecutivo Nacional Nros. 2.034/1977 y 344/1982 (ambos *BO* 5-7-2013); entre otros. Todas estas normas pueden consultarse en: <http://www.infoleg.gov.ar/>.

⁶⁰ *Dictámenes*: 239:17; 241:115; 280:107; 285:156, entre otros.

país⁶¹ conoce como supuestos que dan origen a “legítimos abonos” o “pago por reconocimiento de legítimo abono”.

IV. El enriquecimiento sin causa en la contratación administrativa.

1. Enriquecimiento sin causa. Conceptualización.

En las situaciones en que no existe un contrato que vincule a las partes, o cuando aquél ha sido irregularmente celebrado—usualmente por no haberse respetado el procedimiento de selección del contratista estipulado obligatoriamente por las normas—, nos encontramos ante la nulidad de la contratación y en principio no corresponde que sea abonada suma alguna a quien proveyó los bienes o servicios, puesto que no existe precisamente contrato válido que fundamente el pago de los bienes o servicios prestados. Es decir, en las contrataciones apartadas del Régimen vigente no procede el pago de las prestaciones realizadas por el particular o empresa reclamante, tal como se solicita en base a un contrato administrativo.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Procuración del Tesoro de la Nación, en los casos en que se reclama al Estado el pago de un servicio o trabajo realizado o la entrega de bienes sobre la base de una contratación nula, sostienen que de haberse recibido esa prestación ello podría implicar un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración y, por tanto, remiten al instituto del enriquecimiento sin causa, y se establecen cuáles son los presupuestos de procedibilidad de la acción⁶².

Esta acción de restitución es conocida en la doctrina como “acción *in rem verso*”, que es aquella acción que tiene por objeto el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre el empobrecido y el enriquecido. Encuentra su fundamento en la equidad que da sustento a la pretensión del empobrecido, pues nadie puede enriquecerse injustamente o sin causa legal a costa de otro⁶³.

⁶¹ Informe de la República Argentina, “Tema de interés colectivo: Hacia un marco normativo para prevenir la corrupción en la contratación pública”, Informe presentado por la República Argentina en la Quinta Reunión del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Organización de los Estados Americanos, Washington DC, 2 al 6 de febrero de 2004. Ver los Puntos III-B, “Irregularidades en la contratación directa y licitaciones” y III-D, “Irregularidad en la evaluación de propuestas y adjudicaciones”. Este informe puede consultarse en el sitio web: http://www.oas.org/juridico/spanish/tic_arg_tema%20de%20interes%20colectivo.pdf. Cámara de Diputados de la Nación, “Sesiones ordinarias del año 2002”, Orden del día N° 1204, referido a un informe de auditoría sobre contrataciones de significación económica durante el ejercicio 1998, realizado por la Auditoría General de la Nación en la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Ver p. 2, “Pagos por sistema de legítimo abono”. Este documento puede consultarse en el sitio web: <http://www4.hcdn.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-120/120-1204.pdf>. Universidad de Buenos Aires, “Auditoría Transversal Circuito de Compras y Contrataciones. Ciclo Básico Común, Informe de Auditoría General N° 594/12”. Ver pp. 6-8 referidas al “legítimo abono”. Esta auditoría puede consultarse en el siguiente sitio web: <http://www.uba.ar/download/institucional/auditoria/INFORME594.pdf>.

⁶² Me referiré a sus pronunciamientos en los Puntos V y VI.

⁶³ Herrera de Villavicencio, Blanca A., “El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 107 y 121.

Por ello, para obtener el pago de los servicios o trabajos realizados, el particular o empresa que los proveyó puede incoar la acción de enriquecimiento sin causa⁶⁴.

A continuación expondré los requisitos y presupuestos necesarios para la procedencia de dicha acción.

2. Presupuestos necesarios de la acción in rem verso.

La jurisprudencia de la Corte y la jurisprudencia administrativa⁶⁵ –y también algún sector de la doctrina administrativista⁶⁶– se refieren a los siguientes requisitos para la procedencia de la acción *in rem verso*:

2.1. *Enriquecimiento del demandado*: comprende toda ventaja, patrimonial o no, susceptible de apreciación pecuniaria. En estos casos, el demandado será un ente de la Administración nacional, que haya utilizado o pueda utilizar la obra o prestación efectuada por el particular.

2.2. *Empobrecimiento del actor*: motivado precisamente por la falta de contraprestación. El actor debe probar el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento propio. Por ello, si la cosa o valor que representan el enriquecimiento no pertenecen al actor, la acción *in rem verso* resulta improcedente por no mediar empobrecimiento.

El empobrecimiento del actor implica el menoscabo o detrimento efectivo que sufre el patrimonio del accionante, sin que medie por parte de éste intención de donar. Este empobrecimiento se juzga con gran amplitud, ya que no sólo se limita a la pérdida de una cosa –propiedad o goce–, sino que también comprende la falta de pago por una prestación cumplida o un servicio realizado.

La Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo reiteradamente que cuando a una situación puedan resultarle aplicables los principios de enriquecimiento sin causa, el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor⁶⁷.

2.3. *Relación causal entre ambos*: esto es, correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. Así, si el empobrecimiento no es debido al enriquecimiento, sino que el perjuicio o pérdida es el resultado de otras causas, la acción *in rem verso* no es procedente. De igual manera, el enriquecimiento del demandado debe ser a costa del reclamante o producir el desplazamiento patrimonial, es decir, implica toda invasión a la esfera jurídica del actor empobrecido⁶⁸.

⁶⁴ Monti, Laura, “Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa”, *RDA*, 2001-345.

⁶⁵ Ver los Puntos V y VI de este trabajo.

⁶⁶ Herrera de Villavicencio, Blanca A., *ob. cit.*, pp. 108-110. Monti, Laura, “Los contratos administrativos...”, *ob. cit.*

⁶⁷ *Dictámenes*: 238:9; 239:17; 247:116; 248:43; 249:37; 249:40; 249:43; 249:178; 249:188, 251:751; 280:107; entre otros.

⁶⁸ Herrera de Villavicencio, Blanca A., *ob. cit.*, p. 109.

2.4. *Ausencia de causa justificante*: tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento deben aparecer desprovistos de causa que los legitime o explique jurídicamente.

La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene que no tiene que haber relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición⁶⁹.

2.5. *Subsidiariedad de la acción*: esto es carencia de otra acción útil –nacida de un contrato o de la ley– para remediar el perjuicio⁷⁰.

Si se dispone de otra vía admisible para la satisfacción del interés en juego, derivada de cualquier fuente de las obligaciones –contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley–, el empobrecido debe recurrir a ella y no puede interponer la acción *in rem verso*. Por ello, el empobrecido –titular de la *actio in rem verso*– debe carecer de otra acción, tendiente a restablecer el equilibrio de los patrimonios, nacida de la ley, contrato, acto ilícito, gestión de negocios, voluntad unilateral o ejercicio abusivo del derecho. De allí que la acción es subsidiaria. Por su carácter supletorio, la acción *in rem verso* no modifica las soluciones legales existentes. Si una situación está prevista y resuelta por las disposiciones de la ley, son estas normas las que deben aplicarse y no procede la acción *in rem verso*⁷¹.

3. *El elemento subjetivo: ¿se debe exigir la buena fe del empobrecido?*

En general, cuando la doctrina se refiere al enriquecimiento sin causa en las contrataciones del Estado recuerda que también se exige en ocasiones la concurrencia de un elemento subjetivo: “la buena fe del empobrecido”, es decir, que no haya mediado dolo o culpa de parte de aquél, aunque actualmente en el derecho privado prevalece la tendencia objetiva, que hace caso omiso de la verificación de aquella circunstancia⁷².

En esta materia de las contrataciones públicas, el tema giraría por evaluar en cada supuesto si la persona que se ha “empobrecido” por una supuesta prestación que ha efectuado al Estado puede verosímelmente invocar buena fe si, por ejemplo, se han omitido los procedimientos reglados de selección del contratista.

La exigencia de buena fe del particular se acentúa en el caso de los contratistas o potenciales contratistas del Estado, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, aquéllos poseen un deber de diligencia calificado y por ello no parece que, en el marco de esa exigencia, se les pueda disculpar la ignorancia de la inexistencia de contrato –sea porque ninguna convención ha sido perfeccionada o porque, aun de existir ésta, se configura la omisión de formas esenciales para el perfeccionamiento del vínculo con el Estado–, en

⁶⁹ *Dictámenes*: 265:105; 280:107; 285:156; entre otros.

⁷⁰ Cfr. *Dictámenes*: 241:115; 265:105; 280:107.

⁷¹ Herrera de Villavicencio, Blanca A., *ob. cit.*, pp. 109-110.

⁷² Montí, Laura, “Los contratos administrativos...”, *ob. cit.*

especial porque las formalidades con que deben celebrarse los contratos administrativos se hallan dirigidas a la protección del interés público y la legalidad del gasto⁷³.

En cuanto al fundamento del principio de enriquecimiento sin causa, cabe recordar que dicho principio está previsto para impedir que, ante la ausencia de normas jurídicas que regulen una situación determinada, una persona—entre ellas, la Administración—pueda enriquecerse injustamente en perjuicio de otra.

Por ello, no funciona como un medio de rectificar el derecho aplicable, pensado por el legislador como justa solución para los intereses en juego, ni puede ser una solución cómoda e indiscriminada que ponga en peligro y trastorne el orden institucional y jurídico establecido. Así, el principio de enriquecimiento sin causa—y su consecuente *actio in rem verso* para obtener la repetición de todo enriquecimiento injusto—, que reposa en consideraciones de moral y equidad, no puede ser invocado por quien se ha empobrecido por dolo o culpa, pues se trata de una maniobra desleal, deshonesto y contraria a las buenas costumbres⁷⁴.

Canda sostiene que si 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 veda por vía de negación del contrato se reconozca luego mediante el instituto del enriquecimiento sin causa, a menos que el cocontratante acredite su buena fe y desconocimiento de los trámites o procedimientos omitidos, y por ello estima coherente la posición asumida por la Corte en el caso “Ingeniería Omega” 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. Considera razonable el requisito de la ausencia de mala fe o culpa en el empobrecido pero estima que la presunción de conocimiento del vicio debe ser sólo *iuris tantum* y refutable por prueba en contrario, pues no es dable 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 tribunales⁷⁵.

⁷³ Ídem. En la cita 18 indica: “El Alto Tribunal considera que estas empresas, por su especialización, poseen un acceso indudable a toda la información referida al rubro en el cual operan (y en consecuencia, agregamos, a la normativa a la que se sujetan las contrataciones con el Estado) (cfr., p. ej., la sentencia dictada en la causa ‘J.J. Chediak S.A. c/ Estado Nacional-Fuerza Aérea Argentina s/ nulidad de resolución’, del 27-8-1996, *Fallos*: 319:1681)”. En sentido similar, Canda sostiene que la exigencia de buena fe y máxima diligencia en quienes se postulan como oferentes o contratan con el Estado ha sido destacada por la Corte en sus precedentes, presumiéndose cierta especialización de quienes se relacionan con la Administración y el conocimiento que tienen de la normativa contractual, y cita al fallo de la Corte “Chediak”, *Fallos*: 319:1681, sentencia del 27-8-96 (Canda, Fabián, *ob. cit.*, p. 46).

⁷⁴ Herrera de Villavicencio, *ob. cit.*, pp. 114-115.

⁷⁵ Canda, Fabián, *ob. cit.*, p. 46.

Desde otro punto de vista, Coviello señala que si la Administración conoce que la obra se está llevando a cabo y nada dice, el silencio es cómplice asentimiento, y la negación posterior es simplemente mala fe⁷⁶.

Ivanega, en el análisis del principio de la buena fe en los contratos administrativos, expresa que si bien defiende el principio general de la licitación pública y acepta la rigidez con que la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzga su omisión, entiende que limitar el análisis a si estamos frente a un supuesto de nulidad o inexistencia y hacer depender de ello el pago de servicios efectivamente realizados –y aprobados– o la devolución de bienes entregados, puede derivar en una mayor injusticia que la que se quiere evitar –si se admitiera la validez de contratos celebrados al margen de la legalidad–.

Además, sostiene que aun en el caso de admitirse el criterio de acto inexistente, de ello no debe descartarse la generación de consecuencias jurídicas para las partes, pues no se pretende que el contratista obtenga beneficios de un “no-contrato” o contrato nulo, sino que reciba lo “que le corresponde”, el equivalente al servicio prestado o bien entregado, si han sido expresamente recibidos por la Administración en virtud de la necesidad que motivó llevar adelante el acuerdo⁷⁷.

En mi opinión, considero que resulta muy difícil que el reclamante de una prestación pueda demostrar en el caso particular que ha obrado de buena fe, más considerando el deber de diligencia calificado que se les exige a los contratistas del Estado, los que deberían demostrar que “desconocen la normativa aplicable a las contrataciones del Estado”.

Estimo que en la mayoría de los casos no será posible tal demostración y con ello no se le abonaría suma alguna por los trabajos o bienes entregados, enriqueciéndose la Administración a costa del patrimonio de otro.

Por tanto, entiendo que no debería requerirse el elemento subjetivo como requisito para la procedencia de la acción del enriquecimiento sin causa, ya que con pagar sólo lo que resulte de dicha acción –empobrecimiento que no debe contener la “ganancia estimada por el proveedor”– basta para desalentar este tipo de prácticas que atentan contra todos los principios que deben regir las contrataciones públicas, de manera de salvaguardar también la justicia y equidad que deben regir en toda actuación estatal.

⁷⁶ Coviello, Pedro J. J., “El enriquecimiento...”, *ob. cit.*, p. 237. El autor sostiene que con criterios como el de “Ingeniería Omega” se premia la mala fe, se ampara a los malos funcionarios y se permite que la Administración contrate y no pague, y en tal sentido expresa: “[...] Veo aquí el caso ‘Ingeniería Omega’, y me pregunto: ¿no sabía acaso la Municipalidad de la existencia de una obra que estaba llevando a cabo la empresa? ¿Acaso, también, se ha olvidado la presunción de onerosidad de los trabajos profesionales? De otro lado, aunque el empresario hubiera actuado con conocimiento, ¿significaría que la Administración se queda con la obra y le hace *pito catalán* al empresario? Me parece que a un acto inválido no se responde con otro acto inválido (por no ser justo o equitativo). Vaya también para lo que digo las constancias del expreso reconocimiento de las tareas llevadas a cabo por ley en el caso ‘Más Consultores’, dato que la Corte obvió en criticable forma”.

⁷⁷ Ivanega, Miriam M., “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 360:43, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009.

4. Oportunidad de la invocación del enriquecimiento sin causa.

4.1. En relación con la necesidad o no de su invocación al momento de iniciar una demanda judicial, la Corte tiene una postura estricta puesto que exige que la acción de restitución sea invocada por la actora al momento de entablar la demanda⁷⁸, y se requiere el planteo de la acción de enriquecimiento sin causa al menos en subsidio⁷⁹.

En el conocido caso “Ingeniería Omega”⁸⁰, la Corte sentó su principio de que no corresponde fundar la decisión condenatoria en el principio 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 citada. En este sentido, dijo: “[...] cabe recordar que esta Corte ha resuelto que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también que la carga de su prueba corresponde a la actora (Arts. 163, inc. 6, 330 y 337, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, *Fallos*: 292:97) [...]”⁸¹.

4.2. En los expedientes administrativos, la Procuración del Tesoro de la Nación en sus pronunciamientos se limita a sostener que corresponde en estos casos que el organismo de origen *meritue* y verifique si ha existido un enriquecimiento sin causa y la medida de tal enriquecimiento⁸².

V. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. Breve reseña de la jurisprudencia anterior al año 2000.

En el desarrollo de la jurisprudencia anterior al año 2000, sigo en lo sustancial el trabajo de Coviello, que sistematiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo al instituto del enriquecimiento sin causa en las contrataciones del Estado. En su análisis, el autor citado sostiene que se advierten dos momentos: uno en el que, en términos generales, se admitía la procedencia del enriquecimiento sin causa, y otro, a partir de 1973, que se tornó más restrictivo, y exigió el cumplimiento de ciertos recaudos para dar lugar a la acción de restitución⁸³.

⁷⁸ *Fallos*: 292:97; 323:3924, 326:2581.

⁷⁹ Monti, Laura, “Los contratos administrativos...”, *ob. cit.*

⁸⁰ *Fallos*: 323:3924, 2000.

⁸¹ CSJN, “Transax”, *Fallos*: 292:97.

⁸² *Dictámenes*: 247:116; 248:43; 251:751.

⁸³ Coviello, Pedro J. J., “El enriquecimiento...”, *ob. cit.*, p. 220 y sigs.

En los fallos en que se pronunció la Corte hasta el año 1973 –“Schmidt c/ Provincia de Mendoza”⁸⁴, “Schmidt c/ Provincia de San Juan”⁸⁵, “Marún Nacib c/ Provincia de San Juan”⁸⁶, “Pfizer Argentina c/ Provincia de Santiago del Estero”⁸⁷, entre otros– el Alto Tribunal reconoció el derecho al pago que reclamaba la parte actora en casos en que, si bien la contratación había sido nula, correspondía aplicar los principios del enriquecimiento sin causa, y así fue sentando su doctrina de que este reconocimiento no es sino la recepción en materia de nulidades de la teoría del enriquecimiento sin causa.

En el año 1973, en la causa “S. A. Mellor Goodwin s/ impuesto a las ventas”⁸⁸, en un caso de repetición de tributos abonados en demasía (la actora reclamaba el reintegro de tributos abonados indebidamente), la Corte sentó jurisprudencia y dijo: “[...] la repetición de autos tampoco procede en razón de que el accionante no ha acreditado un presupuesto básico de su acción” y concluyó que de la prueba rendida en esos autos no se advierte que la empresa demostrara haber cumplido el elemental recaudo de procedibilidad que implica la acreditación, no sólo del aumento o enriquecimiento del patrimonio del obligado a la restitución, sino del correspondiente y proporcional empobrecimiento del actor.

En la causa “Transax c/ Fisco Nacional”⁸⁹, la Corte se refiere a una serie de precedentes, haciendo hincapié en el fallo recién citado y sostiene, por tanto, que es necesaria “la indispensable invocación y prueba del empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir”, y que “el mentado presupuesto de procedibilidad de la acción debe ser previsto al incoarse la demanda, así como también que la carga de su prueba corresponde a la actora”.

⁸⁴ *Fallos*: 179:249, 1937. En el fallo “Schmidt c/ Provincia de Mendoza” la Corte, pese a la nulidad, reconoció el derecho al pago de la parte de la obra realizada. Se trataba de un caso de nulidad de un contrato de construcción del palacio de gobierno de la provincia, porque se había concertado por sumas superiores a las autorizadas y las cláusulas del contrato habían modificado las bases de la licitación.

⁸⁵ *Fallos*: 181:306, 1938. En “Schmidt c/ Provincia de San Juan”, la Corte aplicó los mismos principios sentados en el fallo “Schmidt c/ Provincia de Mendoza” (mencionado en la cita anterior).

⁸⁶ *Fallos*: 180:233, 1939. En el fallo “Marún Nacib c/ Provincia de San Juan”, se reconoció el derecho al pago de suministros de pasto, avena y maíz, convenidos con una autoridad incompetente de la provincia, sobre la base de que “no puede ello ser obstáculo al resarcimiento del valor corriente de las mercaderías que efectivamente hayan sido entregadas, y en la medida en que la provincia se haya enriquecido con ellas (cfr. doctrina del fallo transcrito en el T. 179, p. 249)”, fallo que corresponde al caso “Schmidt c/ Provincia de Mendoza”. La Corte además advirtió que ante la falta de elementos de juicio que permitieran establecer la suma a pagarse, ello imponía reservar para un juicio ulterior la acción tendiente al esclarecimiento del punto.

⁸⁷ *Fallos*: 267:162, 1967. En el fallo “Pfizer Argentina c/ Provincia de Santiago del Estero” (se trataba de la provisión de medicamentos realizada sin previa licitación, y en la causa estaba probada la provisión), la Corte sostuvo que la actora tiene derecho al pago que reclama –y que se ajusta al valor de los productos– en razón de que “la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado” (Art. 1052 del Código Civil). Además, la Corte sentó su principio de que esta norma no es sino la recepción, en materia de nulidades, de la teoría del enriquecimiento sin causa que invoca la parte actora. Y como en el caso la demandada no ha ofrecido devolver la mercadería recibida, lo que importa reconocer que la ha utilizado, o que la misma por su naturaleza y tiempo transcurrido ya no se encuentra en debidas condiciones, no cabe otro recurso, por aplicación del principio antes mencionado, que condenarla a pagar su valor (invocó los precedentes “Schmidt”, “Marún” y “Prov. de S. Juan c/ Roccatagliata”).

⁸⁸ *Fallos*: 287:79, 1973.

⁸⁹ *Fallos*: 292:97, 1975.

Más adelante, en el fallo “Stamei c/ Universidad Nacional de Buenos Aires”⁹⁰, la Corte al examinar la viabilidad del reclamo de un contratista, pese a haber declarado nulo el contrato por falta de celebración de la licitación pública, reconoció el derecho a la restitución de lo que se hubiera hecho o entregado, en los términos del Artículo 1052 del Código Civil, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa⁹¹.

2. Jurisprudencia a partir de los fallos “Más Consultores” e “Ingeniería Omega” en el año 2000.

Desde el punto de vista del cumplimiento del elemento “forma” de los contratos administrativos, se considera el caso “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima” como el *leading case* en la materia, ya que además de recordar 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, y que 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. La Corte, entonces, 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 él⁹².

En el fallo “Más Consultores c/ Provincia de Santiago del Estero”⁹³, dictado el 1º de junio de 2000, la actora era una empresa consultora del grupo Price Waterhouse que invocaba que se le había encomendado por el Ministerio de Economía de la Provincia de Santiago del Estero la selección de postulantes para integrar el directorio del Ente Regulador de Energía Eléctrica Provincial (ENRESE). La Corte enunció las razones de la actora que 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, para ingresar luego en el *thema decidendum*, es decir, “la existencia del contrato”. Pero cabe resaltar que la Corte no se pronunció sobre si estaban o no demostrados los trabajos alegados por la actora, que la provincia negaba. Se limitó a reproducir su doctrina constante: “[...] 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”⁹⁴ (considerando 4º).

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

⁹⁰ Fallos: 310:2278; 1987.

⁹¹ Coviello, Pedro J. J., “El enriquecimiento...”, *ob. cit.*, p. 225.

⁹² Canda, Fabián, *ob. cit.*, pp. 42-44.

⁹³ Fallos: 323:1515; 2000.

⁹⁴ Fallos: 308:618, “Hotel Internacional Iguazú”, 1986; 316:382, “Vicente Robles”, 1993.

habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto, “tal como lo exige la normativa señalada” (considerandos 5º y 6º). Y por tanto, al advertir que no se habían seguido los procedimientos sustanciales pertinentes, ni contado con la habilitación presupuestaria, como lo exigía la normativa, sostuvo que “la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. 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” (considerando 7º).

Y aquí *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 invoca⁹⁵.

En consecuencia, admitió las defensas de la demandada, puesto que “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” (considerando 8º).

Sobre el análisis de este fallo, Coviello considera que lo interesante hubiera sido que se precisara si las prestaciones fueron o no cumplidas, y si las designaciones se hicieron en base a la selección de la actora. Una cosa es considerar que hay contrato y otra reconocer las tareas cumplidas, aunque el acuerdo fuera inexistente o nulo⁹⁶.

Seis meses después de la sentencia dictada en “Más Consultores”, el 5 de diciembre de 2000, en el fallo “Ingeniería Omega c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁹⁷ la Corte emitió un pronunciamiento que resultó determinante en materia de enriquecimiento sin causa en las contrataciones del Estado.

La ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires había contratado, en forma directa, unos trabajos y reparaciones efectuados en el Hospital Cosme Argerich. La Cámara Civil había hecho lugar a la demanda de la actora, aplicando el principio del enriquecimiento sin causa puesto que consideró que más allá de que el contrato padezca de vicios en su etapa preparatoria (falta de autorización, vicios en la admisión, adjudicación, publicación, etc.), corresponde que la Comuna pague, desde que los trabajos cumplidos por la actora la beneficiaron, pues se ha configurado así el presupuesto del enriquecimiento sin causa a favor del Estado.

La Corte revocó la sentencia de la Cámara Civil, sosteniendo: “[...] los agravios de la apelante deben ser acogidos pues 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

⁹⁵ Canda, Fabián, *ob. cit.*, pp. 42-44.

⁹⁶ Coviello, Pedro J. J., “El enriquecimiento...”, *ob. cit.*, p. 225.

⁹⁷ Fallos: 323:3924, 2000.

[...]” (considerando 9º) y que no 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 citada (considerando 10).

Para así decidir, la Corte sostuvo los siguientes principios que luego fue repitiendo en sus siguientes pronunciamientos: “[...] este Tribunal ha sostenido reiteradamente que 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 [...]” (considerando 5º). En este punto citó los *Fallos*: 308:618; 316:382 y la causa M.265.XXXIII “Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/ Santiago del Estero, Provincia de - Ministerio de Economía s/ cobro de pesos”, sentencia del 1º de junio de 2000.

En razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, sostuvo: “[...] el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público [...]” (considerando 6º)⁹⁸. Además, la Corte volvió a sostener: “[...] 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 prescripta [...]” (considerando 8º).

En relación al principio del enriquecimiento sin causa, recordó: “[...] que esta Corte ha resuelto que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también que la carga de su prueba corresponde a la actora (Arts. 163, inc. 6º, 330 y 337, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, *Fallos*: 292:97) [...]” (considerando 10)⁹⁹.

⁹⁸ La Corte consideró que por tanto debe acudirse a las normas sobre contrataciones que regían en la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, las que “[...] 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”.

⁹⁹ La Corte citó al precedente “Transax”, y respecto al caso sostuvo: “[...] la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa no es procedente en el *sub examine*, ya que no ha existido la indispensable invocación y prueba del empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir, de manera que la aplicación que la Cámara ha hecho de esa institución, con todas sus consecuencias –ya que condenó por el monto de las facturas presentadas por la actora–, comporta violación del Art. 18 de la Constitución Nacional [...]”.

La doctrina sentada en “Ingeniería Omega” fue seguida por la Corte –y por la Procuración General de la Nación– en varios de sus pronunciamientos posteriores, tanto expresa¹⁰⁰ como implícitamente¹⁰¹, y fue asimismo seguida por los tribunales de todo el país¹⁰².

En el año 2001, en el caso “Carl Chung Ching Kao c/ Provincia de La Pampa”¹⁰³, la Corte –siguiendo la doctrina sentada en “Más Consultores”– entendió que existieron vicios de forma y, por tanto, rechazó la demanda del médico extranjero.

El actor, médico neurocirujano especializado en técnicas de reconstrucción medular para pacientes cuadripléjicos y otras patologías de similar carácter, accionó contra la Provincia de La Pampa por la falta de pago de sus honorarios médicos (U\$S 15.000) originados en la atención de cuatro personas con graves problemas neurológicos que le fueran derivados por la Subsecretaría de Salud Pública provincial, para ser asistidos

¹⁰⁰ Entre otros, se pueden señalar los siguientes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: S. 227. XXXV. “Statuto, Horacio Ricardo c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ cobro de pesos”, 3-4-2001; D. 604. XXXV. “Distribuidora Médica de Elena Kapusi c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11-9-2001; S. 312. XXXV. “Seguridad Argentina S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 18-7-2002; T. 185. XXXVII. “Tuteur S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 2-7-2002; L. 271. XXXV. “Lemcol S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11-6-2002; H. 140. XXXV. “Hius S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11-6-2002; R. 48. XXXVI. “Rigecin Laboratorios S.A.C.I.F. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 28-5-2002; B. 567. XXXV. “Biocrom S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 21-5-2002; A. 916. XXXV. “A.B.C. Farmacéutica S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 21-5-2002; O. 246. XXXV. “Oxigenoterapia Norte c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 14-5-2002; D. 414. XXXV. “Droguería Disarfa S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 19-2-2002; P. 791. XXXV. “Patricia y José García S.R.L. c/ Hospital General de Agudos José M. Penna”, 20-3-2003; R. 1862. XXXVIII. “Rapel S.A.C.I.F.I. y A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 16-11-2004; B. 154. XXXIX. “Bit Electrónica de Roberto Faivovich c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 29-6-2004; G. 835. XXXIX. “Gren S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 27-9-2005; C. 973. XXXIX. “CGF Registradores Cardíacos de Gustavo F. Canillas c/ Hospital Teodoro Álvarez y otro”, 27-9-2005; P. 238. XXVIII. “Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato”, 21-3-2006 (*Fallos*: 329:809); M. 1719. XLI. “Monfrini, Carlos Osvaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 8-4-2008; U. 46. XLII. “Universal Médica S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario”, 8-4-2008.

¹⁰¹ Por ejemplo, en el fallo CSJN, S. 596. XXXIII. “Siper Aviación S.A. c/ Catamarca, Provincia de y otros s/ cobro de pesos”, 13-5-2008, si bien la Corte no cita ni menciona al fallo recaído en “Ingeniería Omega”, sigue la misma lógica de pensamiento en el rechazo de la demanda por el reclamo de cobro de facturas por trabajos efectuados en aeronaves de propiedad provincial y por la venta de repuestos para dichas unidades.

¹⁰² Por el objeto del presente trabajo no me voy a extender en la reseña de las sentencias de otras jurisdicciones, sólo voy a señalar a modo de ejemplo: Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Linser SACIS c/ GCBA (Hospital General de Niños Dr. Ricardo Gutiérrez – Dirección General de Compras y Contrataciones) s/ cobro de pesos”, sentencia del 19-7-2002, la que puede consultarse en el sitio web: http://www.adaciudad.org.ar/sitio/pdfs/fallos/CAYT/sala_1/15.pdf; y Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de la Pampa, Sala A, “Agustín Prieto e Hijos S.C.A. c/ Municipalidad de General Acha s/ demanda contencioso administrativa”, sentencia del 9-8-2005, la que puede buscarse en el sitio web: <http://www.jusonline.gov.ar/Jurisprudencia/textos.asp?id=372&fallo=true>, en los que se hace expresa mención del fallo de la CSJN recaído en “Ingeniería Omega”.

¹⁰³ *Fallos*: 324:3019, 2001.

en el Sanatorio Adventista del Plata de la localidad de Villa Libertador General San Martín, Provincia de Entre Ríos.

La Corte señaló que no es un tema discutido que el doctor Kao, experto en cirugía de médula espinal, que había viajado al país para dar algunas conferencias sobre su especialidad y hacer unas operaciones con fines didácticos, llevó a cabo la prestación médica en favor de las personas indicadas. La cuestión a dilucidar gira acerca de si existía la obligación de pagar los honorarios reclamados (considerandos 2º y 3º).

A tal fin, la Corte, luego de recordar que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales correspondientes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (considerando 4º), encuadró al contrato como administrativo y señalando que la Ley de Contabilidad local establecía que toda contratación que implicara entrada o salida de fondos debía efectuarse por licitación pública –y que excepcionalmente procedía la contratación directa (v. gr., para la contratación de especialistas en la realización de ciertas obras científicas, técnicas o artísticas)–, concluyó que 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 provincial (considerando 5º).

También señaló: “[...] 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 determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia [...]”¹⁰⁴ (considerando 6º).

Por ello, concluyó que al no cumplirse tales formalidades no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un contrato, que no habría sido celebrado con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación (considerando 7º), por lo que rechazó la acción.

Del análisis de este fallo, resulta llamativo que no obstante el reconocimiento expreso de la existencia de la prestación (ausente en los casos anteriores), la Corte niega igualmente derecho alguno en favor del actor.

Al respecto, Canda señala que 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 sostiene que una acción de enriquecimiento sin causa resultaría claramente procedente, sin que pudiera imputársele al médico mala fe o culpa alguna, y que 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 causa¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Con cita a “Más Consultores”, *Fallos*: 323:1515, votos de la mayoría y concurrente del juez Vázquez.

¹⁰⁵ Canda, Fabián, *ob. cit.*, pp. 47-48.

Para continuar con el análisis de la jurisprudencia del Alto Tribunal, no se puede dejar de señalar lo sucedido en el caso “Cardiocrp c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.

En el año 2003, la Corte, en su primer pronunciamiento sobre esta causa¹⁰⁶, repitió la doctrina de “Ingeniería Omega”, y así revocó la sentencia de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, que había hecho lugar a la demanda por cobro de pesos por la provisión de insumos al Hospital Municipal Bernardino Rivadavia¹⁰⁷, y devolvió el expediente para que se dictara un nuevo pronunciamiento.

En su segunda intervención, la Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, rechazó la demanda interpuesta por Cardiocrp S.R.L., tal como ordenó la Corte, pero dispuso que la Municipalidad debía por aplicación del Artículo 1050 del Código Civil restituir los insumos oportunamente recibidos por ella en virtud de la contratación nula. Esta decisión provocó que nuevamente la demandada interpusiera recurso extraordinario federal, solicitando que se revoque nuevamente la sentencia.

La Corte en un nuevo pronunciamiento dictado en el año 2006¹⁰⁸ volvió a revocar la sentencia apelada con base en los siguientes lineamientos: recordó que en decisión anterior, fundada en doctrina de “Ingeniería Omega”, surge que el principio del enriquecimiento sin causa no resulta aplicable cuando, como ocurre en el caso, los extremos de procedencia de la acción respectiva no fueron oportunamente invocados por la actora en la demanda, ni acreditados en la causa (considerando 2°).

En relación a la licitación pública y a las facturas que se pretende cobrar, la Corte expresó: “[...] el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobrepuestos. Como es notorio, *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*. Por tal razón, en el precedente de *Fallos: 323:3924*¹⁰⁹ se consideró necesaria la invocación de los extremos imprescindibles

¹⁰⁶ CSJN, C. 24. XXXVI. “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cardiocrp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 5-8-2003.

¹⁰⁷ El reclamo se suscitó por medio de un juicio por cobro de sumas de dinero realizado por Cardiocrp S.R.L. contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, por haber entregado insumos hospitalarios que no fueron abonados debidamente. Durante el proceso, la Municipalidad se defendió afirmando que no se había realizado la licitación correspondiente, por lo que no existe contrato por el cual pagar suma alguna de dinero, aún cuando los insumos fueron aceptados y utilizados.

¹⁰⁸ *Fallos: 329:5976*, 2006.

¹⁰⁹ Se refiere a la doctrina sentada en “Ingeniería Omega”.

para admitir la demanda con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, tales como los precios efectivamente pagados por el proveedor para adquirir los productos revendidos, o los costos que tuvo en el cumplimiento de la contratación; que no surgen de las facturas presentadas. Ello es coherente con lo dispuesto en el Artículo 1050 del Código Civil, pues *la restitución de lo percibido en virtud del acto anulado al que se refiere dicho artículo no comprende la ganancia facturada por el contratista [...]*, considerando 3° (el destacado me pertenece).

Por otra parte, sostuvo: “[...] la condena a restituir en especie los insumos ya consumidos significaría que la comuna debería convocar a una nueva licitación pública con el único objeto de adquirirlos de un tercero para restituírselos al actor, pues el principio de legalidad presupuestaria le impide proceder de otra manera; vale decir, adquirirlos directamente para entregárselos. En tanto cabe presumir que el importe consignado por el proveedor en las facturas presentadas al cobro está integrado, cuanto menos en buena medida, por el costo (pérdida) que efectivamente tuvo para cumplir con la prestación respectiva; excepto concreta alegación y prueba de la existencia de sobreprecios. En tales condiciones *corresponde que, sobre la base de los elementos de juicio obrantes en el proceso, en cada caso los jueces de la causa determinen el importe de lo que se debiera restituir para evitar que la comuna se enriquezca a expensas del patrimonio del particular sin compensación alguna [...]*”, considerando 4° (el destacado me pertenece).

Lo recién transcrito se encuentra en el voto de la mayoría compuesta por dos jueces, los Dres. Petracchi y Lorenzetti, ya que los otros dos jueces que firmaron la sentencia por su voto, los Dres. Maqueda y Zaffaroni, aplicaron directamente la doctrina de “Ingeniería Omega”, remitiéndose al dictamen fiscal¹¹⁰.

Coviello, al analizar este fallo, señala: “[...] si la mayoría para que haya sentencia son cuatro votos, ¿cuál es la sentencia? Se podrán hacer alquimias lúdicas con la sumatoria; pero sería, a mi juicio, y salvo mejor opinión, poco serio. Por menos contradicciones que estas, la Corte revocó pronunciamientos, sosteniendo que no había sentencia. Pero, al menos, deja un saldo positivo: se habían atemperado, gracias a cinco votos, las rígidas exigencias de “Ingeniería Omega”¹¹¹.

No obstante ello, devuelto el expediente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en su sentencia del 11 de octubre de 2007, concluyó que como el Alto Tribunal encomienda dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo dispuesto en su sentencia, éste no puede ir más allá del rechazo de la demanda promovida, revocándose la sentencia de grado dictada anteriormente (considerando 5°)¹¹².

¹¹⁰ En cambio, los jueces Fayt, Highton de Nolasco y Argibay, al aplicar el Art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dejaron vigente lo resuelto por la Cámara.

¹¹¹ Coviello, Pedro J. J., “El enriquecimiento...”, *ob. cit.*, p. 230.

¹¹² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Cardiocrp c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11-10-2007, sentencia consultada en el sitio web: <http://www.infojus.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-cardiocrp-srl-mcba-fa07987035-2007-10-11/123456789-530-7897-0ots-eupmocsollaf>.

A la doctrina sentada en el segundo pronunciamiento de “Cardiocorp” la Corte se remitió en algunos pronunciamientos posteriores¹¹³.

Cuatro años después, en el fallo “CASE c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”¹¹⁴, la Corte en su pronunciamiento del 5 de octubre de 2010¹¹⁵ se remitió a las consideraciones y fundamentos de la Procuradora Fiscal Laura Monti, por lo que dejó sin efecto la sentencia apelada que había hecho lugar a la demanda entablada por el cobro de una suma de dinero derivada de un contrato administrativo –y por tanto no correspondió ningún pago–.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, al confirmar la sentencia de primera instancia había hecho lugar a la demanda entablada por CASE contra la ex-Municipalidad por el cobro de una suma de dinero derivada 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”, adjudicado con motivo de una licitación pública por un decreto municipal.

Según cuenta el relato de la Procuradora, para así decidir, los integrantes de la Cámara tomaron en cuenta que había mediado un expreso reconocimiento de las partes a la efectiva ejecución del contrato, por lo que las obras se habían llevado a cabo, pero el contrato presentaba un conjunto de irregularidades formales.

La Procuradora Fiscal reiteró los principios básicos en materia de las exigencias del principio de legalidad, extensible a los contratos administrativos, recordando los principios sentados por la Corte en relación a la validez y eficacia de los contratos administrativos y concluyendo que el acto celebrado era irregular y, por lo tanto, susceptible de ser anulado en sede judicial, y consideró en consecuencia que la sentencia que hace lugar a la demanda basada en obligaciones que derivan de un contrato celebrado transgrediendo el principio de legalidad y sin cumplir con las formalidades exigidas por el derecho administrativo local, comporta una violación del Artículo 18 de la Constitución Nacional.

Finalmente, en el año 2012, la Corte intervino en la causa “Lix Klett c/ Biblioteca Nacional”¹¹⁶, en la que 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 Lix Klett porque la empresa no demostró el vínculo formal ni la prestación de los servicios de mantenimiento a equipos de aire acondicionado a la Biblioteca Nacional. Se trataba de la supuesta continuación de un servicio pero por un acuerdo verbal, y la Cámara hizo lugar a los agravios que cuestionaron la sentencia de grado en cuanto hubo violación de las normas de contratación, la falta de la efectiva prestación de servicios y de la conformidad de las facturas brindadas por la autoridad competente.

¹¹³ CSJN, P.2167.XL. “Produlab S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 27-12-2006; S.868.XXXIX. “Serendipia S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 27-12-2006; T. 474. XXXIX. “Técnica de Investigaciones y Servicios de Luis A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 5-5-2009.

¹¹⁴ Fallos: 333:1922; 2010.

¹¹⁵ La Corte volvió a pronunciarse en esta causa el 28 de noviembre de 2013, y en dicha ocasión desestimó la queja de la demandada, por aplicación del Art. 280 del CPCC. El recurso extraordinario fue interpuesto a raíz de que la Cámara hizo lugar a una compensación en base al principio del enriquecimiento sin causa.

¹¹⁶ Fallos: 335:1385; 2012.

La Corte además de decir que la existencia del contrato verbal aducido por la empresa debió ser probada pero que nada de ello hizo la actora, sostuvo: “[...] se encuentra fuera de discusión que no es posible hacer lugar a una acción basada en obligaciones que derivan de acuerdos verbales cuando, en razón de la normativa aplicable, los contratos administrativos con un objeto como el de las prestaciones de autos debían ser celebrados con las formalidades que establece el derecho administrativo para su confección [...]” (considerando 10).

Asimismo, en lo que aquí interesa, volvió a recordar: “[...] 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 determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia [...]”¹¹⁷; y “[...] en tal sentido, este Tribunal ha sostenido que 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 [...]”¹¹⁸ (considerando 9°).

Finalmente, en cuanto a la aplicación del enriquecimiento, también lo rechazó –en la misma línea de “Ingeniería Omega”, aunque sin citarlo¹¹⁹– porque importaba una violación del principio de congruencia, puesto que la actora había fundado la demanda en una acción por cobro de pesos por supuesto incumplimiento contractual y no en la institución que nos ocupa, recordando que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también que la carga de su prueba corresponde a la actora –y aquí volvió a citar el precedente “Transax” que había citado en “Ingeniería Omega”– (considerando 17).

En consecuencia, desestimó el recurso ordinario de apelación interpuesto por la actora y confirmó la sentencia apelada en todas sus partes.

VI. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

La Procuración del Tesoro de la Nación se ha referido en sus dictámenes a los casos en que por la nulidad de la contratación –en general por no haberse cumplimentado con la normativa aplicable al caso– corresponde desde los organismos de origen merituar y verificar si existe enriquecimiento sin causa a favor de la Administración, siempre que se encuentren reunidos los requisitos necesarios 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 perjuicio¹²⁰.

¹¹⁷ Cita a los *Fallos*: 323:1515; 323:1841; 323:3924; 324:3019; 326:1280; 326:3206; 327:84 y 329:809.

¹¹⁸ Cita a los *Fallos*: 308:618; 311:2831; 323:1515, 1841 y 3924; 324:3019; 326:1280 y 3206; 327:84 y 329:809.

¹¹⁹ Coviello, Pedro J. J., “El enriquecimiento...”, *ob. cit.*, p. 228.

¹²⁰ *Dictámenes*: 265:105; 280:107; 285:156; entre otros.

Su jurisprudencia administrativa ha sido constante. Desde el año 2001¹²¹ los distintos funcionarios que ocuparon el cargo de Procurador del Tesoro de la Nación vienen sosteniendo en líneas generales que cuando la contratación de bienes o servicios está viciada de nulidad, pero hubo efectiva prestación de servicios por parte del reclamante, ello podría implicar la existencia de un enriquecimiento sin causa a favor del Estado si no se reconoce algún pago.

A estos supuestos, donde el análisis de las cuestiones sometidas a consulta versará sobre si procede o no el reconocimiento del pago de “legítimo abono” a favor de los reclamantes por la prestación de bienes o servicios—que es el nombre con el que habitualmente los organismos contratantes de la Administración conocen a esta figura por la que se abonan bienes o servicios contratados o adquiridos al margen del Régimen legal de las Contrataciones—, la Procuración se ha referido en sus dictámenes a partir del año 2001.

1. Dictámenes desde 2001 hasta agosto de 2016¹²².

En *Dictámenes*: 238:9¹²³, el Procurador Ernesto Alberto Marcer, en un expediente por el que tramitó la compra, por parte del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente, de veinte mil chapas acanaladas galvanizadas para atender necesidades derivadas de emergencias climáticas ocurridas en diversos puntos del país, consideró que la contratación se encontraba viciada de nulidad absoluta, puesto que la violación de normas en el procedimiento vicia de nulidad absoluta el contrato referido. En el caso, no se había seguido el procedimiento que establecía el Decreto N° 436/2000.

En tal sentido, recordó el principio sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que “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 (cfr. *Fallos*: 308:618; 316:382; 323:1518)”.

¹²¹ Con anterioridad al año 2001, la Procuración del Tesoro se había pronunciado en sus dictámenes sobre el enriquecimiento sin causa en casos de diferencias de haberes de funcionarios públicos. Coviello cuenta que se expidió en reiterados dictámenes, en los que, si bien se advertía que en determinados supuestos no se habían observado las disposiciones reglamentarias en el cumplimiento de las funciones de mayor jerarquía, aplicó la teoría del enriquecimiento sin causa y la equidad, con sustento también en el Art. 17, CN. En este tema cita los *Dictámenes*: 88:98; 95:258; 97:301; 141:385; 158:243; 175:151; 181:105 (Coviello, Pedro J. J., “El enriquecimiento...”, *ob. cit.*, p. 231).

A partir del año 2001, la Procuración comenzó a expedirse en actuaciones donde se sustancian contrataciones del Estado que por la nulidad de la contratación—o por no existir directamente la misma—corresponde analizar si resulta de aplicación el instituto del enriquecimiento sin causa a efectos del reconocimiento de pago de los “legítimos abonos”.

¹²² La búsqueda de dictámenes realizada en este trabajo la efectué desde julio de 2001 hasta agosto de 2016. Anteriormente a julio del año 2001 la Procuración se pronunció en un expediente en el que la consulta versaba sobre la instrucción de un sumario (porque se había autorizado el pago por legítimo abono de facturas presentadas por servicios que debieron contratarse a través de una licitación) pero atento que la Procuración no se pronunció sobre la procedencia o no del pago de los “legítimos abonos” no incluí dicho pronunciamiento en este trabajo (v. Dictamen N° 172 del 8-11-1099, *Dictámenes*: 231:150).

¹²³ Dictamen de fecha 10 de julio de 2001.

Si bien la nulidad obsta a que el pago reclamado pueda apoyarse en dicho contrato, consideró que podían eventualmente resultar aplicables los principios del enriquecimiento sin causa. En este marco, puntualizó que debía tenerse presente que *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*. En vista de que no surge en las actuaciones ni la invocación ni la indispensable prueba de la medida del empobrecimiento, entendió que previo a disponerse el pago de suma alguna la firma proveedora debía probar la medida del empobrecimiento, como condición de existencia del derecho a repetir.

Además, consideró que la omisión del procedimiento indicado –que no encuentra justificación en las constancias del expediente– constituía una situación que debía ser investigada a fin de deslindar las responsabilidades administrativas que pudieren emerger.

Por todo ello, concluyó que correspondía disponer la instrucción de un sumario administrativo a los efectos de deslindar las responsabilidades de los agentes intervinientes en la contratación de autos y que hasta tanto la firma proveedora no invoque y acredite la extensión de su empobrecimiento, no corresponde autorizar el pago de ninguna suma en razón de la referida contratación.

En *Dictámenes*: 239:17¹²⁴, el Procurador Marcer volvió a sentar los mismos principios expuestos en el pronunciamiento arriba citado en un caso¹²⁵ en el que consideró que hasta tanto la firma proveedora acredite la indispensable prueba de la medida del empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir¹²⁶, no corresponde autorizar el pago de la factura reclamada. Y también consideró que las deficiencias de procedimiento justifican la instrucción de un sumario administrativo a los efectos de deslindar responsabilidades.

Cumplidas las observaciones, volvió el expediente a la Procuración del Tesoro de la Nación¹²⁷. En esta oportunidad, el Procurador Rubén Miguel Citara, en *Dictámenes*:

¹²⁴ Dictamen de fecha 3 de octubre de 2001.

¹²⁵ En el expediente tramitaba un proyecto de Resolución Conjunta del Secretario General y del Jefe de la Casa Militar de la Presidencia de la Nación para reconocer de legítimo abono una suma de dinero que había sido reclamada por la empresa ALHOS S.A. con motivo del servicio de asistencia técnica de campo permanente efectuado a dos helicópteros pertenecientes a la dotación de la Presidencia de la Nación por el período comprendido entre el 1º de septiembre de 1999 y el 31 de agosto de 2000. En dicho proyecto también se decidía instruir sumario administrativo a fin de precisar las circunstancias y reunir los elementos de prueba destinados a esclarecer los hechos ocurridos y establecer las responsabilidades que pudieren emerger. Atento que en las actuaciones se reconoció que el servicio fue efectivamente prestado durante el período solicitado por ALHOS S.A., la Procuración entendió que esta circunstancia podría llevar a concluir que el pago de la factura reclamada encontraría fundamento en evitar un enriquecimiento sin causa a favor del Estado Nacional.

¹²⁶ En este tema, la Procuración citó al fallo de la CSJN, “Ingeniería Omega S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 5-12-2000.

¹²⁷ Las actuaciones fueron nuevamente remitidas a la Procuración con el proyecto de resolución conjunta referido en la cita 120.

241:115¹²⁸, entendió que nada tiene que objetar al dictado del acto por el que se reconoce de legítimo abono la suma reclamada por la empresa, se dispone su liquidación y pago, y se ordena la instrucción de un sumario administrativo a fin de investigar los hechos y establecer las responsabilidades administrativas que pudieren emerger en razón de no haberse observado las normas propias de las contrataciones del Estado.

En *Dictámenes*: 247:116¹²⁹, en un expediente por el que tramitaba un reclamo del pago de una suma de dinero¹³⁰, el Procurador Horacio Daniel Rosatti, por los mismos motivos que en los anteriores dictámenes (nulidad de la contratación que obstaba a que el pago reclamado pueda sostenerse en la contratación tal como fue realizada, la efectiva prestación de servicios por la empresa reclamante al Estado que se encuentra avalada con la firma de agentes del organismo), entendió que corresponde que el organismo de origen, mediante su servicio jurídico de asesoramiento permanente, merite y verifique si, en el caso, ha existido un enriquecimiento sin causa y la medida de tal enriquecimiento, y que teniendo en cuenta que las circunstancias por las cuales se habría omitido el procedimiento de contratación correspondiente no fueron acreditadas ni justificadas en el expediente, corresponde su investigación, mediante la instrucción de un sumario administrativo a fin de deslindar posibles responsabilidades. Finalmente concluyó que en esta instancia no corresponde le sea abonada suma alguna a la firma Dialmo S.R.L. Compañía Electromecánica.

En el año 2004, la Procuración se expidió en varios pronunciamientos sobre el tema que nos ocupa: *Dictámenes*: 248:43; 249:37; 249:40; 249:43; 249:178; 249:188 y 251:751. En ellos, la Procuración sigue la misma lógica de pensamiento. Y, por tanto, no obstante la nulidad de la contratación, si hubo efectiva prestación de servicios (realización de trabajos o entrega de bienes) el organismo de origen deberá merituar y verificar si, en el caso, ha existido enriquecimiento sin causa y la medida de tal enriquecimiento.

Conteste con esta doctrina pero haciéndose esta vez lugar al pago del legítimo abono, cabe señalar el pronunciamiento emitido en *Dictámenes*: 265:105¹³¹, en el que si bien la contratación estaba viciada de nulidad absoluta –por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de selección¹³²– sobre la base del cumplimiento de la prestación por parte de la adjudicataria y su aceptación de conformidad por la Prefectura Naval Argentina,

¹²⁸ Dictamen N° 89, del 18 de abril de 2002.

¹²⁹ Dictamen N° 505, del 21 de octubre de 2003.

¹³⁰ En las actuaciones la firma Dialmo S.R.L. Compañía Electromecánica reclamaba una suma de dinero por la realización de trabajos efectuados en distintas embarcaciones pertenecientes a la ex Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables entre los años 1992 y 1994. El tema de la consulta consistía en determinar si corresponde el pago reclamado por la firma Dialmo S.R.L. Compañía Electromecánica, sin existir documentación original ni constancia respecto a la modalidad en que se habrían realizado los trabajos.

¹³¹ Dictamen N° 93 del 22 de mayo de 2008.

¹³² Según el dictamen, la empresa infringió la normativa vigente por haber constituido la garantía de mantenimiento de oferta con un documento inadecuado, teniendo en cuenta el monto a garantizar (en un primer momento la había constituido mediante pagaré). Por ello, la Procuración del Tesoro entendió que esta sola circunstancia debió acarrear la desestimación de su oferta, ya que no se trata de la subsanación de deficiencias insustanciales u omisiones intrascendentes, las que son susceptibles de subsanación posterior.

el Procurador Osvaldo César Guglielmino sostuvo que resulta pertinente, entonces, el reconocimiento de legítimo abono de la suma por tal concepto, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, puesto que se encontrarían reunidos los requisitos para la procedencia de la acción *in rem verso*¹³³.

Ahora bien, en *Dictámenes: 280:107*¹³⁴ y *Dictámenes: 285:156*¹³⁵ la Procuración del Tesoro, en los casos en que se pudiera concluir que existe un enriquecimiento sin causa, sostuvo que corresponderá que la empresa reclamante presente –con relación a las prestaciones cuyo cumplimiento se encuentre fehacientemente acreditado y que no hayan sido abonadas– *los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende, es decir, restando de las sumas reclamadas el margen de beneficio que contengan* para, sobre esa base, establecer el monto que finalmente deberá abonar el organismo contratante.

En el pronunciamiento emitido en *Dictámenes: 280:107*¹³⁶, la Subprocuradora Elina Susana Mecle sostuvo que a fin de subsanar la situación contraria a la justicia distributiva que importaría un enriquecimiento sin causa del Estado a costa del Centro médico prestador del servicio, *corresponde reconocer de legítimo abono un crédito a favor del CEMIC equivalente a su empobrecimiento por la prestación de los estudios de que tratan estas actuaciones, que no podrá superar el enriquecimiento del beneficiario de tales estudios. Y sostuvo que dictado el acto de reconocimiento, el CEMIC deberá presentar los estudios técnicos que establezcan la medida de dicho empobrecimiento, es decir, restando de las sumas reclamadas el margen de beneficio que contengan* para, sobre esa base, establecer el monto que finalmente deberá abonar el INCUCAI.

En *Dictámenes: 285:156*¹³⁷, la Procuradora Angelina M. E. Abbona consideró lo siguiente:

1º) Si como consecuencia de los actos irregulares la Administración hubiere recibido un servicio sin contraprestación de su parte, se configuraría una situación que requeriría tratamiento específico y que, 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– cumplida por la reclamante y recibida por el SEDRONAR que no haya sido abonada;

¹³³ 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.

¹³⁴ Dictamen N° 32 del 2 de febrero de 2012.

¹³⁵ Dictamen N° 94 del 17 de mayo de 2013.

¹³⁶ La consulta recayó en un caso de pedido de pago de facturas por servicios prestados por el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

¹³⁷ La Compañía Argentina de Ingeniería y Arquitectura Sociedad Anónima (CAIAS.A.) presentó un reclamo a efectos de que se le abonen determinadas facturas por trabajos que habría realizado en la sede de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR).

2º) 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*;

3º) Si se concluyera que ha existido un enriquecimiento sin causa, corresponderá que la empresa reclamante presente –con relación a las prestaciones cuyo cumplimiento se encuentre fehacientemente acreditado y que no hayan sido abonadas– *los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende* (el destacado me pertenece);

4º) Determinada que sea la suma a abonar, a fin de subsanar la situación contraria a la justicia distributiva que importaría un enriquecimiento sin causa del Estado a costa de la empresa reclamante, el SEDRONAR estaría habilitado para reconocer de legítimo abono el crédito que eventualmente resulte a su favor. Y aclaró: “[...] obviamente, de no configurarse la situación descripta, el reclamo debe ser rechazado”¹³⁸.

Lo interesante de estos dos últimos dictámenes, en mi opinión, es que además de reiterar la jurisprudencia administrativa constante de la Procuración sobre los requisitos que se exigen para la procedencia de la acción *in rem verso*, se refieren expresamente a que el importe a abonar no puede incluir la ganancia esperada y que el reclamante tendrá que presentar “los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, *sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende*” (el destacado me pertenece).

¹³⁸ Para así opinar, tuvo en cuenta que del cotejo de las actuaciones surge que no existen en el SEDRONAR antecedentes de los procesos de contratación efectuados con la firma reclamante que respalden el reclamo del pago y que no ha podido certificarse la efectiva realización de las obras ni la prestación de los servicios invocados, salvo la de un número menor de prestaciones.

La circunstancia de que no se hayan seguido los procedimientos propios del régimen previsto para las contrataciones de la Administración pública vicia de nulidad a las que se habrían llevado a cabo con la reclamante. Tal vicio impide que de dichas contrataciones irregulares se deriven efectos válidos, por lo que debe excluirse la aplicación de normas y principios de carácter contractual. En tal sentido, la Corte ha dicho: “[...] la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia [...]” (cfr. *Fallos*: 323:1515, 1841, 3924; 324:3019; 326:1280, 3206; 327:84; 329:809). Además recordó que el Alto Tribunal sostuvo: “[...] 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 [...]” (cfr. *Fallos*: 308:618; 311:2831; 323:1515, 1841, 3924; 326:1280, 3206; 327:84; 329:809).

Por otra parte, recordó 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 (cfr. *Dictámenes*: 241:115; 265:105; 280:107). Cuando a una situación puedan resultarle aplicables los principios de enriquecimiento sin causa, el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor (cfr. *Dictámenes*: 238:9; 239:17).

2. Doctrina sentada por la Procuración del Tesoro.

En resumen, se puede decir que la línea de pensamiento que aplica la Procuración del Tesoro de la Nación a estos casos es la siguiente:

2.1. *Nulidad*: cuando la Administración contrata con un particular a través de un procedimiento no contemplado en la legislación vigente, es decir, apartándose del procedimiento previsto para la selección del cocontratante, la contratación de que se trata está viciada de nulidad absoluta, por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de contratación. Siguiendo además la doctrina de la Corte sobre la validez y eficacia de los contratos administrativos –la cual se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación–, se concluye que la nulidad obsta a que el pago reclamado pueda sostenerse en la contratación tal como fue realizada.

2.2. *Enriquecimiento sin causa*: no obstante la nulidad, si las prestaciones fueron realmente realizadas, no puede desconocerse la efectiva entrega por el reclamante, lo que podría implicar la existencia de un enriquecimiento sin causa a favor del Estado. La Procuración recuerda cuáles son los extremos o presupuestos necesarios para la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa, y señala que el organismo de origen debe merituar y verificar si, en el caso, ha existido un enriquecimiento sin causa y la medida de tal enriquecimiento. En su caso, el reclamante tendrá que presentar los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende.

2.3. *Investigación para deslindar responsabilidades*: por último, cuando no fueron acreditadas ni justificadas las circunstancias por las cuales se habría omitido el procedimiento de contratación que la normativa establece, sostiene que corresponde su investigación, mediante la instrucción de las actuaciones administrativas pertinentes a fin de deslindar las responsabilidades que pueda haber.

VII. ¿Cómo deberían proceder las jurisdicciones y entidades de la Administración nacional ante las solicitudes de pago de facturas de bienes y servicios de “legítimos abonos”?

El procedimiento de adquisición o contratación que se efectúe fuera de los mecanismos previstos en el Régimen de Contrataciones de la Administración nacional –en los casos en que hubiera correspondido su aplicación¹³⁹– podrá dar origen a los llamados “legítimos abonos”.

¹³⁹ Entre los contratos excluidos del régimen (cfr. Art. 5º, Decreto Delegado Nº 1.023/2001), resulta importante destacar que muchos de los bienes y servicios que debieran efectuarse a través de los procedimientos establecidos en el Decreto Delegado Nº 1.023/2001 se concretan a través de las modalidades presupuestarias conocidas como “fondo rotario” y “caja chica” –figuras que se encontraban reguladas por el Decreto Nº 2.380/1994 (BO 6-1-1995), hoy derogado por el Art. 2º del Decreto Nº 1.344/2007–. El Art. 81 del Anexo al Decreto Nº 1.344/2007 (BO 5-10-2007) dispone: “[...] 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”.

Esta figura que no se encuentra prevista en el Régimen Nacional de Contrataciones vigente no es otra cosa que el pago ordenado para que no se produzca un enriquecimiento sin causa de la Administración ante la comprobación de que el particular ha entregado bienes o prestado servicios.

Por ello, en las contrataciones apartadas del Régimen de Contrataciones vigente, el pago que pudiera corresponder por las prestaciones efectivamente cumplidas debe realizarse en el marco del instituto del enriquecimiento sin causa¹⁴⁰.

Para que el pago proceda, además de verificarse si en el caso se cumplen los presupuestos y requisitos necesarios para la procedencia de la acción *in rem verso*¹⁴¹, entiendo que las jurisdicciones y entidades de la Administración nacional (en adelante las mencionaré como el organismo) deberían proceder de la siguiente manera:

1. Reclamo del proveedor.

En primer lugar, los expedientes por donde se sustancien los reclamos de pago de “legítimos abonos” deberían iniciarse con la factura del reclamante, puesto que el proveedor para solicitar el pago de su contraprestación debe presentar su reclamo ante el organismo que recibió los bienes o servicios, cumplimentando los requisitos para la procedencia de la acción *in rem verso*.

De acuerdo con dicha acción, deberá por tanto presentar la factura –y si los tuviera los remitos de entrega– y los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende.

2. Informe del organismo.

En segundo lugar, el organismo deberá elaborar un informe técnico-administrativo en el que consten las siguientes características:

2.1. Objeto y finalidad de la contratación: para que se deje constancia del objeto y finalidad de la contratación. Es decir, se deberá explicar cuál fue o es la necesidad de la contratación y para qué fin se adquiere o contrata el servicio, debiéndose especificar cómo el interés público comprometido encuentra satisfacción con la prestación cuyo pago se reclama, y detallar los posibles perjuicios ante la falta del servicio o suministro en cuestión.

Se deberá tener presente que los bienes o servicios deben resultar de carácter impostergable e imprescindible para las áreas usuarias, y que su faltante o carencia puede llegar a atentar contra la integridad o seguridad de las personas o bienes patrimoniales del organismo.

¹⁴⁰ Instituto al que me referí en los Puntos IV al VI del presente trabajo.

¹⁴¹ Señalados en el Punto IV.

2.2. *Justificación de haber recibido bienes o servicios mediante el procedimiento de “legítimo abono”*: donde se expliquen los motivos por los cuales no se siguió el procedimiento de selección previsto en la normativa vigente y, en su caso, se justifiquen las causas que impidieron realizar la contratación del servicio a través del Régimen de Contrataciones de la Administración nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001, y en caso de corresponder, especificar las medidas conducentes que se han adoptado a fin de regularizar la prestación dentro del Régimen de Contrataciones antes citado.

Sobre el particular, se deberá informar si se está tramitando o no un procedimiento de selección (licitación, etc.) para contratar el servicio o la provisión de que se trata (ello sucede habitualmente en los casos de contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios que se seguirán cumpliendo a lo largo del tiempo). En caso afirmativo: mencionar el número de expediente y en qué estado o etapa está el procedimiento.

Asimismo, se deberá informar qué autoridad solicitó la entrega o prestación cuyo pago se reclama.

2.3. *Elección del proveedor*: especificar cómo se realizó la elección del proveedor:

a) si para la elección del proveedor se realizaron pedidos de cotización a otros proveedores, adjuntarlos al expediente, e informar en base a qué criterios se eligió a quien realizó la prestación (si fue por el precio más bajo, por la mejor calidad, etc.);

b) si se trata de un “contrato vencido”, es decir, si se había realizado con anterioridad un procedimiento de selección cumpliendo la normativa vigente pero el contrato respectivo venció y no obstante ello se decidió continuar solicitando la prestación del servicio o la entrega de los bienes al proveedor que resultó adjudicatario de dicha contratación, acompañar copia de la Orden de Compra respectiva.

2.4. *Requisitos del proveedor*: además, considero que el proveedor debería reunir ciertos requisitos mínimos para ser “elegido a dedo” para la entrega o prestación de los bienes y servicios:

a) poseer inscripción en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO)¹⁴². Caso contrario, debería solicitarse al proveedor una Declaración Jurada de habilidad para contratar con la Administración nacional¹⁴³;

¹⁴² Cfr. Art. 27 del Decreto Delegado N° 1.023/2001, Arts. 111 al 114 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración nacional aprobado por el Decreto N° 1.030/2016 y Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 64/2016.

¹⁴³ En carácter de declaración jurada el proveedor manifiesta que no se encuentra incurso en las personas no habilitadas para contratar que dispone el Art. 28 del Decreto Delegado N° 1.023/2001:

“Artículo 28. - *Personas no habilitadas*. No podrán contratar con la Administración nacional: a) Las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas en virtud de las disposiciones previstas en los apartados 2. y 3. del inciso b) del Artículo 29 del presente. b) Los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquéllos tuvieran una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, N° 25.188. c) Los fallidos, concursados e interdictos, mientras no sean rehabilitados. d) Los condenados por delitos dolosos, por un lapso igual al doble de la condena.

b) poseer el Certificado Fiscal para Contratar que emite la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)¹⁴⁴. Caso contrario, debería solicitarse al proveedor una Declaración Jurada de que no posee deudas tributarias ni provisionales;

c) y no registrar sanciones en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL)¹⁴⁵.

Todos estos documentos deberán incorporarse como adjuntos al informe técnico y agregarse al expediente.

Si no los posee, o no posee alguno de ellos, y resultaría obligatorio que los tuviera en el marco de las contrataciones realizadas según el Régimen de Contrataciones de la Administración nacional, debería informarse por qué se solicitó la prestación a un proveedor que no reunía tales condiciones.

2.5. Precio de la contratación: la dependencia iniciadora de la gestión del legítimo abono deberá tener en cuenta lo siguiente:

a) Precio del servicio o bienes: expedirse respecto de la razonabilidad del precio oportunamente ofrecido por el proveedor (y manifestar si dicho precio se corresponde con los valores de mercado), prestando su debida conformidad;

b) Precio facturado por el proveedor: realizar un análisis de la estructura de costos presentada por el proveedor a fin de verificar que el proveedor ha quitado del monto facturado la ganancia o el beneficio respectivo.

2.6. Certificación de la prestación: por último, se deberá certificar que se entregaron los bienes o se prestaron los servicios y que dicha entrega o prestación se realizó de conformidad (con la cantidad, calidad y demás condiciones que se habían solicitado). Si se emitió un Certificado de Conformidad (conocido como “CR”), agregarlo a las actuaciones. Si hay remitos de entrega, también adjuntarlos.

3. Acto administrativo que apruebe el “legítimo abono”.

Si se cumplen los requisitos indicados en los apartados que anteceden, el organismo deberá ordenar el pago a través del dictado del acto administrativo que apruebe el reconocimiento del pago como legítimo abono del importe que reclama el proveedor por la entrega o servicio prestado.

e) Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración pública nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción. f) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación. g) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del Artículo 8° de la Ley N° 24.156. h) Los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) durante el tiempo que permanezcan en dicho registro”.

¹⁴⁴ Resolución General de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) N° 1.814, de fecha 11 de enero de 2005 (BO 13-1-2005).

¹⁴⁵ Cfr. Art. 28, inciso h), del Decreto Delegado N° 1.023/2001 (inciso incorporado por Art. 44 de la Ley N° 26.940, BO 2-6-2014).

3.1. *Proyecto de acto administrativo*: El acto administrativo deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 7° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias.

3.2. *Dictamen del Servicio Jurídico*: Deberán remitirse las actuaciones al Servicio Jurídico Permanente a efectos de que se pronuncie sobre el proyecto de acto administrativo referido.

3.3. *Autoridad competente*: No obstante lo establecido en el Artículo 35 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1.344/2007 que fija los montos para aprobar gastos por parte de los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional¹⁴⁶, a efectos de desalentar estas prácticas no contempladas en nuestro sistema de contrataciones –que afectan, entre otros, los principios de igualdad, concurrencia, publicidad y transparencia, y por lo tanto afectan asimismo el interés público comprometido–, en mi opinión debería suscribir el acto administrativo que apruebe el gasto la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad.

4. *Investigación para deslindar responsabilidades.*

Por último, de acuerdo con lo prescripto en el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto N° 467/1999¹⁴⁷, debería iniciarse una investigación a fin de deslindar posibles responsabilidades, tanto disciplinarias como patrimoniales¹⁴⁸. Asimismo, el instructor deberá reunir los informes y la documentación relacionados con un eventual perjuicio fiscal, a efectos de la oportuna intervención de la Sindicatura General de la Nación en caso de corresponder en razón del monto, o bien para respaldar su propio pronunciamiento en tal sentido¹⁴⁹.

En relación con la responsabilidad del funcionario público, los Artículos 3°, inciso e), y 10 del Régimen de Contrataciones de la Administración nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001 se refieren a la responsabilidad de los agentes y funcionarios que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones, los que serán responsables por los daños que por su dolo, culpa o negligencia causaren al Estado Nacional con motivo de ellas.

¹⁴⁶ Ver Art. 35, inciso b), del Reglamento de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156, aprobado por el Decreto N° 1.344/2007 (BO 5-10-2007) sustituido por el Art. 4° del Decreto N° 690/2016 (BO 17-5-2016).

¹⁴⁷ Publicado en BO 13-5-1999.

¹⁴⁸ Lagarde señala que el interés jurídico protegido en esta especie de responsabilidad es el patrimonio estatal, motivo por el cual es intrínseca a ella la existencia de “perjuicio fiscal”, definido éste como el daño patrimonial cierto y efectivo producido sobre el erario público, susceptible de apreciación pecuniaria. Luego de sustanciar los procedimientos administrativos establecidos en las respectivas normas para determinar si el agente incurrió en “responsabilidad patrimonial”, el autor indica que deberá iniciarse una acción judicial de daños y perjuicios contra el funcionario, a fin de efectivizar dicha responsabilidad, y cita los *Dictámenes*: 231:29; 241:480; entre otros (Lagarde, Fernando M., “Responsabilidad de los funcionarios públicos en la contratación administrativa”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 713-714).

¹⁴⁹ Cfr. Art. 10, inc. d), apartado 3), del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto N° 467/1999 (sustituido por Art. 1° del Decreto N° 1.012/2012, BO 6-7-2012).

Sobre el particular, resulta de aplicación lo dispuesto en los Artículos 130 y 131 de la Ley N° 24.146 y su Reglamento aprobado por el Decreto N° 1.344/2007 –siempre que no existan regímenes especiales de responsabilidad patrimonial–, los que establecen que toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados.

A los efectos de determinar el daño económico o el perjuicio fiscal¹⁵⁰ ocasionado por los agentes en el ejercicio de sus funciones y la responsabilidad patrimonial que les pudiera corresponder resulta de aplicación el Decreto N° 1.154/1997¹⁵¹ y demás normativa vigente en la materia¹⁵². Cuando para determinar la responsabilidad se exija una investigación previa, ésta se sustanciará como información sumaria o sumario, conforme el procedimiento establecido por el citado Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto N° 467/1999.

VIII. Conclusiones.

1. El buen desempeño del sistema de compras y contrataciones públicas es primordial para el buen funcionamiento de una economía y, en consecuencia, para el desarrollo de una nación. Por ello, resulta necesario que los procesos de contrataciones se desarrollen en un ámbito de claridad, mediante un conjunto de reglas y parámetros que mejoren las prácticas en la materia, y que permitan al Estado cumplir cabalmente con sus fines. El logro de una buena relación entre precio y calidad, el acceso público a los contratos que celebre el Estado, y las oportunidades equitativas para que todos los proveedores puedan competir, son condiciones *sine qua non* de un eficiente sistema de compras públicas.

2. El Régimen de Contrataciones de la Administración nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/2001 establece cuáles son los procedimientos de selección que las jurisdicciones y entidades de la Administración nacional deben cumplimentar para obtener la adquisición y/o contratación de bienes y servicios. Se establece la regla general de la licitación o concurso público y se disponen taxativamente cuáles son las excepciones a esa regla general (subasta pública, licitación o concurso privado, contratación directa).

¹⁵⁰ La Resolución de la Sindicatura General de la Nación N° 28/2006 (BO 3-4-2006) aprueba el procedimiento para el ejercicio de las funciones otorgadas a la Sindicatura General de la Nación por el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto N° 467/1999, y aclara que esta actividad se limitará a la opinión técnica y objetiva sobre el daño sufrido por el erario público, libre de toda consideración relacionada con la responsabilidad de los imputados, oportunidad y forma de reintegro en su caso. Dicha intervención tampoco implicará juicio alguno respecto de lo obrado en las actuaciones sumariales.

¹⁵¹ Publicado en BO 11-11-1997.

¹⁵² El Art. 130 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1.344/2007 dispone: “[...] sin perjuicio de las sanciones disciplinarias y/o acciones penales que puedan surgir del procedimiento sumarial, fracasada la gestión de cobro en sede administrativa, procederá la acción judicial”.

3. Cuando la Administración nacional recibe bienes o servicios de un particular apartándose o desviándose del régimen de contrataciones –ya sea que contrata sin seguir ninguno de sus procedimientos, o bien que celebra un contrato que no cumplimentó en sus etapas previas la totalidad de las exigencias que el régimen prevé–, se configura lo que se conoce como “legítimo abono”.

En tales casos, cuando no se lleva a cabo la adquisición o contratación de bienes y servicios a través de los procedimientos de selección establecidos por la normativa de contrataciones, la Administración no podrá asegurarse de que está comprando la mejor calidad al mejor precio ni tampoco se da la oportunidad a los posibles oferentes para que puedan presentar su oferta en la contratación –perjudicándolos por tanto en la posibilidad de ser seleccionados–, por lo que no se resguardan debidamente los principios de eficiencia, igualdad, concurrencia, publicidad y transparencia, principios que deben regir en toda contratación¹⁵³.

4. En estos supuestos, la contratación es nula de nulidad absoluta, por padecer un vicio grave, ya sea en el modo en cómo se perfeccionó el contrato o porque directamente no se lo celebró.

El contratista sólo podrá, cumplimentando ciertos requisitos, reclamar el pago de los servicios prestados o bienes entregados y recibidos por la Administración, mediante el instituto del enriquecimiento sin causa. Por ello, el eventual reclamo deberá cumplir los presupuestos de procedibilidad de la acción *in rem verso*: a) enriquecimiento del demandado; b) empobrecimiento del actor; c) relación causal entre ambos; d) ausencia de causa justificante; e) subsidiariedad de la acción; teniendo presente que el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor¹⁵⁴.

5. En cuanto al elemento subjetivo referido a la exigencia de la buena fe del proveedor, esto es, que no haya habido mala fe o culpa en el contratista empobrecido, es una valoración que, en mi opinión, no debería resultar exigible para proceder al pago de lo reclamado, por cuanto considero que resulta muy difícil que el reclamante de una prestación pueda demostrar en el caso particular que ha obrado de buena fe, porque ¿cómo demostrar que desconoce la normativa aplicable a las contrataciones del Estado?

Si no puede demostrar que obró de buena fe, sería injusto que la Administración se enriquezca y no pague suma alguna por los trabajos o bienes entregados.

Por ello, entiendo que basta con pagar sólo lo que resulte del principio del enriquecimiento sin causa –empobrecimiento que no debe contener la “ganancia estimada por el proveedor”– para desalentar este tipo de prácticas que atentan contra todos los principios que deben regir las contrataciones públicas, de manera de salvaguardar la justicia y equidad que deben también regir en toda actuación estatal.

¹⁵³ Cfr. Art. 3° del Decreto Delegado N° 1.023/2001.

¹⁵⁴ *Dictámenes*: 238:9; 239:17; 247:116; 248:43; 249:37; 249:40; 249:43; 249:178; 249:188, 251:751; 280:107; entre otros.

6. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Procuración del Tesoro de la Nación sostienen que de haberse recibido una prestación ello podría implicar un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración y, por tanto, remiten al instituto del enriquecimiento sin causa.

En este sentido, la Corte sostiene que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales correspondientes, en cuanto a la forma y procedimientos de contratación¹⁵⁵.

En esta orientación, asimismo ha dicho el Tribunal que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada, pues se trata de un requisito esencial de su existencia¹⁵⁶.

Por ello, si no se contrata mediante el procedimiento de selección establecido en el régimen vigente, no existe contrato puesto que no se cumplió con un requisito esencial que hace a la existencia del contrato que se invoca.

7. La Procuración del Tesoro de la Nación en sus últimos pronunciamientos, además de reiterar su jurisprudencia administrativa constante sobre los requisitos que se exigen para la procedencia de la acción *in rem verso*, ha dicho que el importe a abonar no puede incluir la ganancia esperada y que el reclamante tendrá que presentar “los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende”¹⁵⁷.

8. Además, en caso de iniciarse una demanda judicial, debe tenerse presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos de relaciones patrimoniales entre las partes que se resuelven a la luz de la teoría del enriquecimiento sin causa, exige que la acción de restitución sea invocada por la actora al momento de entablar la demanda¹⁵⁸, y se requiere el planteo de la acción de enriquecimiento sin causa al menos en subsidio¹⁵⁹, ya que no se puede aplicar de oficio sino que su planteo debe realizarse en la primera presentación.

En el mencionado caso “Ingeniería Omega”¹⁶⁰, la Corte sentó su principio de que no corresponde fundar la decisión condenatoria en el principio 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 citada. En este sentido, dijo: “[...] cabe recordar que esta Corte ha

¹⁵⁵ Fallos: 308:618; 311:2831; 316:382; 323:1515, 1841 y 3924; 324:3019; 326:1280 y 3206; 327:84; y 329:809.

¹⁵⁶ Fallos: 323:1515, 1841 y 3924; 324:3019; 326:1280 y 3206; 327:84; y 329:809.

¹⁵⁷ Dictámenes: 285:156.

¹⁵⁸ Fallos: 292:97; 323:3924, 326:2581.

¹⁵⁹ Monti, Laura, “Los contratos administrativos...”, *ob. cit.*

¹⁶⁰ Fallos: 323:3924, 2000.

¹⁶¹ CSJN, “Transax”, Fallos: 292:97.

resuelto que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también que la carga de su prueba corresponde a la actora (Arts. 163, inc. 6º, 330 y 337, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, *Fallos*: 292:97) [...]”¹⁶¹.

9. Por todo lo expuesto, considero que las jurisdicciones y entidades de la Administración nacional deberían seguir los requisitos desarrollados en el presente trabajo a efectos de proceder al pago de las facturas de bienes y servicios que recibió mediante el procedimiento conocido como reconocimiento de pago de “legítimo abono”:

a) Reclamo del proveedor, el que deberá cumplir los requisitos para la procedencia de la acción *in rem verso* y acompañar la factura y los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende.

b) Informe del organismo, el que deberá referirse al objeto y finalidad de la contratación; justificar el hecho de haber recibido bienes o servicios mediante el procedimiento de “legítimo abono”; especificar cómo se realizó la elección del proveedor, el que debería encontrarse inscripto en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), poseer Certificado Fiscal para Contratar vigente y no registrar sanciones en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL); expedirse respecto de la razonabilidad del precio oportunamente ofrecido por el proveedor, y realizar un análisis de la estructura de costo presentada por el proveedor a fin de verificar que el monto facturado se corresponde con los valores de mercado y que el proveedor ha quitado la ganancia o el beneficio respectivo; por último, se deberá certificar que se entregaron los bienes o se prestaron los servicios y que dicha entrega o prestación se realizó de conformidad a lo solicitado.

c) Acto administrativo—en mi opinión, emanado de la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad— que apruebe el reconocimiento del pago como legítimo abono del importe que reclama el proveedor por la entrega de los bienes o servicio prestado, el que deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 7º de la Ley Nº 19.549 y sus modificatorias.

d) Investigación para deslindar responsabilidades, tanto disciplinaria como patrimonial, y reunirse los informes y la documentación relacionados con un eventual perjuicio fiscal.

Bibliografía.

- Auditoría General de la Nación, “Auditoría de Gestión sobre Contrataciones relevantes de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES)”, sobre el proceso administrativo de contrataciones cuyas órdenes de compra fueron emitidas durante el año 2008, pp. 4 y 19.

- Auditoría General de la Nación, “Análisis del Régimen Municipal respecto de la Autorización de los gastos declarados de legítimo abono”, Informe del año 1996 aprobado por Resolución Nº 128 del 14 de junio de 1996.

- Cámara de Diputados de la Nación, “Sesiones ordinarias del año 2002”, Orden del día N° 1204, referido a un informe de auditoría sobre contrataciones de significación económica durante el ejercicio 1998, realizado por la Auditoría General de la Nación en la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), p. 2.

- Canda, Fabián O., “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)”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 42-50.

- Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2005, p. 21 y sigs.

- Cassagne, Juan Carlos, “Los procedimientos de selección del contratista estatal”, *LL* 1997-E, p. 1485.

- Comadira, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública: nociones, principios, cuestiones*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. LexisNexis, 2006, pp. 1-3 y 17-53.

- Coviello, Pedro J. J., “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1994, p. 98 y sigs.

- Coviello, Pedro J. J., “El caso OCA; una aclaración conceptual de la Corte en materia de contratos administrativos”, *LL*, 1996-E-76.

- Coviello, Pedro J. J., “El enriquecimiento sin causa en la contratación pública”, en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, pp. 213-238.

- García Sanz, Agustín A. M., “Licitación pública vs. contratación directa: ¿la batalla perdida?”, *Res Publica Argentina (RPA)*, 2006-3, p. 101.

- Herrera de Villavicencio, Blanca A., “El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 107-110, 114-115 y 121.

- Informe de la República Argentina, “Hacia un marco normativo para prevenir la corrupción en la contratación pública”, Informe presentado por la República Argentina en la Quinta Reunión del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, Organización de los Estados Americanos, Washington DC, 2 al 6 de febrero de 2004, pp. 5-6.

- Ivanega, Miriam M., “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 360:43, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009.

- Lagarde, Fernando M., “Responsabilidad de los funcionarios públicos en la contratación administrativa”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas

organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 713-714.

- Mairal, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *ED*, 179-655.

- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 1993, p. 280.

- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 1998, p. 21 y sigs., p. 627 y sigs.

- Monti, Laura, “Los contratos de la Administración pública en la jurisprudencia de la CSJN”, en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, pp. 341-342.

- Monti, Laura, “Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa”, *RDA*, 2001-345.

- Muratorio, Jorge, “Algunos aspectos de la competencia efectiva entre oferentes en la licitación”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 374.

- Nielsen, Federico, “La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa”, AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, pp. 563, 578, 584 y 586.

- Ortiz de Zárate, Mariana y Diez, Horacio P., “Perfiles de la contratación administrativa a la luz del Decreto N° 1.023/2001”, *RDA* 2003-49, LexisNexis N° 0027/000097.

- Rejtman Farah, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración nacional*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2010, p. 88.

- Rejtman Farah, Mario, “Las brechas existentes entre la realidad y las normas en las contrataciones públicas”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, p. 911.

- Universidad de Buenos Aires, “Auditoría Transversal Circuito de Compras y Contrataciones. Ciclo Básico Común, Informe de Auditoría General N° 594/12”, pp. 6-8.

Jurisprudencia y Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación consultados.

1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- *Fallos*: 179:249, “Schmidt c/ Provincia de Mendoza”.

- *Fallos*: 180:233, “Marún Nacib c/ Provincia de San Juan”.

- *Fallos*: 181:306, “Schmidt c/ Provincia de San Juan”.
- *Fallos*: 267:162, “Pfizer Argentina c/ Provincia de Santiago del Estero”.
- *Fallos*: 287:79, “S. A. Mellor Goodwin s/ impuesto a las ventas”.
- *Fallos*: 292:97, “Transax”.
- *Fallos*: 301:292, “Meridiano, S.C.A c/ Adm. Gral. de Puertos”.
- *Fallos*: 308:618, “Hotel Internacional Iguazú”.
- *Fallos*: 310:2278, “Stamei c/ Universidad Nacional de Buenos Aires”.
- *Fallos*: 313:376, “Dulcamara S.A. c/ Entel s/cobro de pesos”.
- *Fallos*: 316:212, “Cinplast”.
- *Fallos*: 316:382, “Vicente Robles”.
- *Fallos*: 319:1681, “Chediak”.
- *Fallos*: 323:1515, “Más Consultores”.
- *Fallos*: 323:3924, “Ingeniería Omega”.
- CSJN, S. 227. XXXV. “Statuto, Horacio Ricardo c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ cobro de pesos”, 3-4-2001.
- CSJN, D. 604. XXXV. “Distribuidora Médica de Elena Kapusi c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11-9-2001.
- CSJN, S. 312. XXXV. “Seguridad Argentina S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 18-7-2002.
- CSJN, T. 185. XXXVII. “Tuteur S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 2-7-2002.
- CSJN, L. 271. XXXV. “Lemcol S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11-6-2002.
- CSJN, H. 140. XXXV. “Hius S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11-6-2002.
- CSJN, R. 48. XXXVI. “Rigecin Laboratorios S.A.C.I.F. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 28-5-2002.
- CSJN, B. 567. XXXV. “Biocrom S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 21-5-2002.
- CSJN, A. 916. XXXV. “A.B.C. Farmacéutica S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 21-5-2002.
- CSJN, O. 246. XXXV. “Oxigenoterapia Norte c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 14-5-2002.
- CSJN, D. 414. XXXV. “Droguería Disarfa S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 19-2-2002.
- CSJN, P. 791. XXXV. “Patricia y José García S.R.L. c/ Hospital General de Agudos José M. Penna”, 20-3-2003.

- CSJN, R. 1862. XXXVIII. “Rapel S.A.C.I.F.I. y A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 16-11-2004.

- CSJN, B. 154. XXXIX. “Bit Electrónica de Roberto Faivovich c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 29-6-2004.

- CSJN, G. 835. XXXIX. “Gren S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 27-9-2005.

- CSJN, C. 973. XXXIX. “CGF Registradores Cardíacos de Gustavo F. Canillas c/ Hospital Teodoro Álvarez y otro”, 27-9-2005.

- *Fallos*: 329:809, “Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato”.

- CSJN, M. 1719. XLI. “Monfrini, Carlos Osvaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 8-4-2008.

- CSJN, U. 46. XLII. “Universal Médica S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario”, 8-4-2008.

- CSJN, S. 596. XXXIII. “Siper Aviación S.A. c/ Catamarca, Provincia de y otros s/ cobro de pesos”, 13-5-2008.

- *Fallos*: 324:3019, “Carl Chung Ching Kao c/ Provincia de La Pampa”.

- CSJN, C. 24. XXXVI. “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 5-8-2003.

- *Fallos*: 329:5976, “Cardiocorp c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.

- CSJN, P.2167. XL. “Produlab S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 27-12-2006.

- CSJN, S.868. XXXIX. “Serendipia S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 27-12-2006.

- CSJN, T. 474. XXXIX. “Técnica de Investigaciones y Servicios de Luis A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 5-5-2009.

- *Fallos*: 335:1385, “Lix Klett c/ Biblioteca Nacional”.

- *Fallos*: 333:1922, “CASE c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

- CSJN, C. 347. XLVIII. “Case SACIFIE c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario”, 28-11-13.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fueron consultados en su página web: <http://www.csjn.gov.ar/>.

2. Otra jurisprudencia.

- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “La Jirafa Azul S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud). Demanda contencioso administrativa”, 14-12-2005. Consultado en: <http://www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2005/12-14/B55399.doc>.

- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, “Sulimp S.A. c/ GCBA y otros s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido”, 22-6-2011. Consultado en: <http://www.infojus.gob.ar/tribunal-superior-justicia-ciudad-buenos-aires-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-sulimp-sa-gcba-recurso-apelacion-ordinario-concedido-fa11380382-2011-06-22/123456789-283-0831-1ots-eupmocsollaf>.

- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “Correo Argentino S.A. c/ Consejo Provincial de Salud Pública de Río Negro s/ sumario - cobro de pesos s/ casación”, 3-10-2007. Consultado en: http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=9666&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=7&cbo_hasta_mes=5&cbo_hasta_anio=2999&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=&cbo_organismo=-1.

- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “Zagari, Nicodemus c/ Provincia de Río Negro s/ contencioso administrativo s/ apelación”, 1-12-2009. Consultado en: http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=18907&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=7&cbo_hasta_mes=5&cbo_hasta_anio=2999&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=&cbo_organismo=-1.

- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “Dirección Gral. Rend. de Cuentas E A legítimo abono a favor de Alejandro Selzer Expte. N° 33135 ARNDYR 2010 Agencia RN Dep. y Rec. s/ legítimo abono a favor de la firma Alejandro Selzer s/ apelación”, sentencia del 14-5-2013. Consultado en: http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/37549&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_mes=5&cbo_hasta_anio=2999&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=&cbo_organismo=-1.

- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa, Sala A, “Agustín Prieto e Hijos S.C.A. c/ Municipalidad de General Acha s/ demanda contencioso administrativa”, 9-8-2005. Consultado en: <http://www.jusonline.gov.ar/Jurisprudencia/textos.asp?id=372&fallo=true>.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “CardiCorp c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11-10-2007. Consultado en: <http://www.infojus.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-cardiCorp-srl-mcBaf-07987035-2007-10-11/123456789-530-7897-0ots-eupmocsollaf>.

- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Linser SACIS c/ GCBA (Hospital General de Niños Dr. Ricardo Gutiérrez – Dirección General de Compras y Contrataciones) s/ cobro de pesos”, 19-7-2002. Consultado en: http://www.adaciudad.org.ar/sitio/pdfs/fallos/CAYT/sala_1/15.pdf.

3. *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.*

- *Dictámenes*: 231:150; 238:9; 239:17; 239:418; 241:115; 247:116; 248:43; 249:37; 249:40; 249:43; 249:178; 249:188; 251:751; 265:105; 280:107; 285:156.