

# El contrato público de transacción

por JORGE I. MURATORIO

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA TRANSACCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. – 3. LA TRANSACCIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. – 4. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN. – 5. COLOFÓN.

## 1. Introducción

Conforme lo pone de manifiesto PAREJO ALFONSO, existe una actitud claramente favorable a la participación ciudadana en la actividad administrativa, que conlleva su aplicación a una posible terminación convencional del procedimiento administrativo, como “codeterminación de las relaciones jurídico-administrativas concretas”<sup>(1)</sup>.

Asimismo, refiriéndose a la expropiación, y de allí la fuerza expansiva del argumento, sostiene MARIENHOFF que “Es de buen criterio que en tanto sea posible solucionar amistosamente una cuestión, esta no sea llevada a los estrados judiciales, a los que debe ocurrirse como medida extrema”<sup>(2)</sup>.

La Administración pública cuenta con toda una organización y con procedimientos administrativos que le permiten interactuar con el particular, de modo de tratar las controversias que se generen con motivo de su actuación u omisión, tanto en su ámbito propio como aun en sede judicial.

En esos casos y sobre todo en el primero –sede administrativa– la Administración está llamada a tratar de evitar la prosecución de la controversia, de modo de componer los intereses involucrados y dar fin al conflicto.

Muchas veces esto se pierde de vista, por el predominio de una inercia adversarial<sup>(3)</sup> que aparece –falsamente– como más ajustada a la juridicidad, evitando la conciliación de intereses y el spendio jurisdiccional.

Sin embargo, no es de la esencia de la actividad administrativa confrontar con el particular, sino, antes bien, interactuar positivamente con este, y evitar o solucionar cualquier controversia.

En ese entendimiento aparece la transacción, un contrato por el cual se evita o resuelve una controversia, lo cual tiene amplio desarrollo en temas patrimoniales y económicos.

Esta figura contractual, tan común entre particulares, también es aplicable al Estado, para que de un modo con-

vencional pueda resolver conflictos, tanto en sede administrativa como judicial.

Surge, entonces, la necesidad de establecer –aquí de modo general– el carácter y contenido de este contrato cuando lo celebra la Administración, sus formalidades y límites.

Asimismo, siguiendo el concepto amplio de contratación pública, lo hemos denominado como contrato público, en cuanto involucra a la Administración pública, más allá de si en el caso el contrato fuera administrativo o regido principalmente por el derecho privado.

Por supuesto que si se trata de la transacción respecto de una determinada contratación, la transacción seguirá la naturaleza de aquélla.

## 2. La transacción en el procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo, como sostiene ESCOLA, es un modo jurídicamente sustentado del actuar administrativo<sup>(4)</sup>. Y siguiendo a COMADIRA, el procedimiento cumple un doble papel tuitivo tanto de la eficacia de la gestión de la Administración cuanto el respeto de los derechos e intereses particulares<sup>(5)</sup>.

En efecto, en el procedimiento administrativo confluyen procurar –con justicia– la satisfacción del interés público y la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta –inexcusablemente– a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo –o razonabilidad– (artículos 18, 19 y 28, Constitución Nacional y artículo 1º, ley 19.549)<sup>(6)</sup>.

En ese marco, el tránsito y agotamiento obligatorio de la vía administrativa puede hacerse por la vía impugnativa o por la reclamatoria, según sea el caso.

Una de las finalidades del agotamiento de la instancia administrativa es darle la prerrogativa al Estado de permitirle zanjar la cuestión por sí mismo<sup>(7)</sup>.

En particular, la Corte ha establecido la doctrina en relación al reclamo administrativo previo, “Vía reclamativa”, en el sentido de que su finalidad consiste en producir una etapa conciliadora anterior al pleito, que dé a la administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado por los órganos inferiores<sup>(8)</sup>. Dichas finalidades se extendieron a la “Vía impugnatoria”<sup>(9)</sup>.

Nótese, entonces, que la vía administrativa tiene un sentido conciliatorio de intereses, lo cual exige entender al procedimiento administrativo, como sostiene TAWIL, como “...el fruto de una conjunción de esfuerzos, una interacción imprescindible entre el particular y la Administración destinada a obtener un resultado justo y provechoso para el individuo y para la sociedad en su conjunto”<sup>(10)</sup>. Y como explica PERRINO, esto viene a dar contenido al derecho constitucional a la tutela administrativa efectiva, a ajustarse al derecho a la buena administración y, en definitiva, a una matriz de valores basados en la centralidad de la persona humana y su dignidad<sup>(11)</sup>.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El nuevo Código del Proceso Administrativo en Italia*, por SIMONE RODOLFO MASERA, EDA, 2013-566; *El constructor del moderno derecho administrativo español e iberoamericano*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2013-740; *El derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso administrativo. Análisis de las problemáticas que plantea la aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios públicos en la etapa de ejecución de sentencias*, por FELIPE MIGUEL GONZÁLEZ BARLATAY, EDA, 2014-623; *Cómo controlar a la Administración sin sustituirla en el marco de la ejecución de políticas públicas*, por DOMINGO J. SESIN, EDA, 2015-589; *Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS “C. de P.”*, por FABIÁN O. CANDA, EDA, 2015-458; *El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger*, por JULIO R. COMADIRA, EDA, 2015-659; *El control judicial de la actividad administrativa: extensión y límites*, por CARMEN CHINCHILLA MARÍN, EDA, 2018-313; *Decreto 1070/18: un paso más hacia un derecho administrativo eficaz y eficiente*, por IGNACIO GONZÁLEZ ZAMBÓN, ED, 285; *Aportes sobre la causa contencioso administrativa en el orden federal, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por PAMELA MAFFÍA, Revista de Derecho Administrativo, marzo 2020, N° 3; *El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia: la regla del agotamiento de la vía administrativa*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, Revista de Derecho Administrativo, Abril 2021 - Número 4. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(1) PAREJO ALFONSO, Luciano, “La terminación convencional del procedimiento administrativo: naturaleza y características de una nueva figura en el derecho español”, en obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. MARIENHOFF, dirigida por Juan Carlos CASSAGNE, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1998, p. 712.

(2) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1987, T. IV, p. 320.

(3) Esto BARNES lo explica como derivado de una Administración jerárquica, cerrada y piramidal, que actúa con imperium, rígida, paternalista, defensiva y distante, con un procedimiento estructurado a imagen y semejanza del proceso (BARNES, Javier, “Tres generaciones de procedimientos administrativos”, en obra colectiva coordinada por ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef, “Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa”, Buenos Aires, 2011, p. 119 y sigtes.).

(4) ESCOLA, Jorge, “Tratado General de Procedimiento Administrativo”, Buenos Aires, 1981, p. 23.

(5) COMADIRA, Julio Rodolfo, “Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada”, Buenos Aires, 2002, p. 5.

(6) CSJN, 6/05/2021, “Roa Restrepo, Henry c/ E.N. - M° Interior OP y V-DNM s/recurso directo DNM”, Fallos: 344:1013.

(7) CNCAF, Sala II, 5/05/11, 29.833/07, “Multiscope S.A. c/ E.N. - M° Economía Resol. 47/07 AFIP DGA (8PACKING I) s/proceso de conocimiento”.

(8) Fallos: 297:37; 311:689; 314:725; 324:3335. 332:1629 y 324:3335.

(9) AGUILAR VALDEZ, Oscar, “El agotamiento de la vía administrativa”, en obra colectiva dirigida por Guido S. TAWIL “Procedimiento Administrativo”, Buenos Aires, 2009, p. 85 con cita de Fallos: 324:3335. Sobre la distinción entre ambas vías ver también C.NAC. CONT.ADM.FED., Sala III, 11/04/17 “Duarte, Diego Martín c/ EN-EMGE s/proceso de conocimiento” y 6/12/18, 57.188/2013 “Olivieri, Néldia Elena c/ PEN s/empleo público”.

(10) TAWIL, Guido S., “Sobre el futuro del procedimiento administrativo” en obra colectiva dirigida por POZO GOWLAND y otros, “Procedimiento Administrativo”, Buenos Aires, 2012, T. II, p. 13.

(11) PERRINO, Pablo, “La reforma del procedimiento administrativo”, en obra colectiva “Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional”, Buenos Aires, 2015, p. 615 y sigtes.

Así, en particular, ello se plasma en nuestro régimen nacional en el hecho de encontrarse previsto en el art. 5º, inc. e), del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017 (en adelante, “RNPA”) que el órgano competente dirija el procedimiento procurando disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes interesadas –sus representantes legales o apoderados– para reducir las discrepancias que pudieran existir sobre cuestiones de hecho o de derecho, labrándose acta.

Tal previsión, como lo ha destacado CANOSA, es de momento el basamento normativo para que se intenten conciliaciones como modo de superación de controversias en el procedimiento administrativo, es decir, una finalización de este de modo convencional<sup>(12)</sup>.

En efecto, conciliar es ponerse de acuerdo, y en el ámbito procesal el acuerdo conciliatorio es el que surge a instancia del magistrado, en cambio en la transacción son las partes las que llevan su avenimiento al juez<sup>(13)</sup>. Esta distinción se diluye en el procedimiento administrativo, en razón del carácter de juez y parte que reviste la Administración.

Luego, tal reducción de discrepancias en un ámbito conciliatorio podría incluir la transacción como modo anormal<sup>(14)</sup> de terminación del procedimiento administrativo<sup>(15)</sup>.

En efecto, el propio RNPA en su art. 106 establece la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CPCyCN”) “para resolver cuestiones no previstas expresamente y en tanto no fuere incompatible con el régimen establecido por la Ley de Procedimientos Administrativos y por este reglamento”<sup>(16)</sup>.

En este último, en cuanto a los modos anormales de terminación del litigio, se encuentra la transacción<sup>(17)</sup>, regulándose sus requisitos en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCyCN”). Y en esta transacción se regula como un contrato que permite poner fin a un litigio, haciéndose las partes concesiones recíprocas y extinguiendo obligaciones litigiosas<sup>(18)</sup>.

Así, por ejemplo, se contemplaron las transacciones específicamente en la ley 23.696, para procedimientos administrativos –regidos o no por la ley 19.549– relativos a controversias sobre supuestos fácticos o de interpretación y aplicación de normas y que reconozcan créditos en favor del recurrente o reclamante, relativos al pago de una suma de dinero o que se traduzcan en el pago de una suma de dinero<sup>(19)</sup>. Del mismo modo previó la transacción en la ley 23.982<sup>(20)</sup>, cuando los asuntos revistan significativa

trascendencia o sea ello conveniente para los intereses del Estado.

En el derecho comparado podemos mencionar el caso de España, donde –con el antecedente de su antecesora<sup>(21)</sup>–, la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dedica su artículo 86 a la “Terminación convencional”, facultando a las Administraciones Públicas a “celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin” (inciso 1º).

Asimismo se establecen los contenidos mínimos de tales instrumentos (identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia) (inciso 2º); la obligación de publicación o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados (inciso 2º); límites en cuanto a la competencia<sup>(22)</sup> y el caso de procedimientos de responsabilidad patrimonial<sup>(23)</sup>.

En el caso de Italia, la ley 241/1990 de Procedimiento Administrativo dispone que en aceptación de las observaciones y propuestas presentadas por los particulares<sup>(24)</sup>, la administración en la persecución del interés público y sin perjuicio de los derechos de terceros, puede concluir acuerdos con partes interesadas para determinar el contenido discrecional de la disposición final o en lugar de esta (art. 11)<sup>(25)</sup>.

A esos efectos se pueden celebrar reuniones con la parte y las contrapartes interesadas. Los acuerdos serán motivados y escritos, y se le aplican los principios compatibles del código civil sobre las obligaciones y contratos. Se deberá prever la rescisión unilateral por parte de la Administración por razones de interés público, en cuyo caso se indemnizará al particular los perjuicios producidos (art. 11).

### 3. La transacción en el proceso contencioso administrativo

En el orden nacional y a falta de un código contencioso administrativo, aplican las previsiones del CPCyCN por analogía, en cuanto dicho cuerpo legal rige en el proceso administrativo tan solo en la medida en que resulte compatible con los principios generales propios de esta última materia y con las adaptaciones que ella requiere; no debiendo soslayarse que la peculiar naturaleza del contencioso administrativo lleva a un procedimiento propio que,

pecto del cumplimiento de los recaudos exigidos; la liquidación practicada con la conformidad de los funcionarios competentes para ello; la conformidad expresa del interesado; quita no menor al 20% del monto de la acreencia sobre la que verse la controversia; costas por su orden, y las comunes por mitades; renuncia o desistimiento de las partes a cualquier reclamo o acción administrativa, arbitral o judicial, entablada o a entablarse y al derecho en el que aquellas se funden o puedan fundarse, respecto del objeto contenido en la transacción celebrada; intervención de la Comisión Asesora de Transacciones; etc.

(21) Art. 88 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ver, al respecto, el artículo de PAREJO ALFONSO citado más arriba.

(22) “3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano. 4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos.”

(23) El acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

(24) Conforme los arts. 10 y 10 bis de dicha ley, los particulares tienen el derecho a examinar los documentos del procedimiento, y a presentar escritos y documentos, que la administración tiene la obligación de evaluar en orden a su relevancia con el objeto del proceso. Y en los procedimientos a instancia de parte, la autoridad competente, antes de la adopción formal de una medida negativa, debe comunicarle puntualmente las causas que impiden la aceptación de la solicitud, de modo que dentro del plazo de diez días desde la recepción de la comunicación, los instantes tienen el derecho a presentar sus comentarios por escrito, acompañando documentación.

(25) Es así que se pueden concluir acuerdos integrativos de la medida final o sustitutivos de dicha medida (Ver CASSETTA, Elio, “Compendio de Diritto Amministrativo”, 21ª Ed., Milano 2021, p. 377 y sgtes).

(12) CANOSA, Armando N., “Procedimiento Administrativo: Recursos y Reclamos”, Buenos Aires, 2008, ps. 376, texto, y 413, nota 86.

(13) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala I, 6/07/95 “Intercargo S.A.C. c/Aerolíneas Argentinas S.A. s/ ordinario”.

(14) En cuanto no termina con un acto expreso que decide sobre el fondo de la cuestión planteada (COMADIRA, Julio R., ESCOLA, Jorge H., COMADIRA, Julio P. “Curso de derecho administrativo”, T. II, Buenos Aires, 2012, p. 1195).

(15) En materia contractual se recuerda que el reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración pública nacional, aprobado por decreto 1030/16 faculta a la Oficina Nacional de Contrataciones a “Establecer un mecanismo de solución de controversias entre las jurisdicciones y entidades contratantes y los proveedores para la resolución de los conflictos que surjan entre las partes durante el procedimiento de selección, la ejecución, interpretación, rescisión, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato” (art. 115, inc. I). En este sistema bien podría tener cabida la conciliación y la transacción.

(16) Se ha entendido que un límite material sería el de poder transar los reclamos de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud de la previsión del decreto 28.211/44 (PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Administración y transacción judicial”, en obra colectiva dirigida por Juan Carlos CASSAGNE, “Derecho Procesal Administrativo”, Buenos Aires, 2004, T. I, p. 360).

(17) Arts. 73, 308 y ccddes. del CPCyCN.

(18) Así, el art. 1641 recepta el concepto de transacción “...es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”.

(19) Arts. 55 y 56 de la ley 23.696. El pago sería en títulos de la deuda pública o bien se establecería una quita no inferior al 20% y la refinanciación del saldo resultante, o se contemplarían mecanismos que posibilitaran la reinversión en obras y servicios de la deuda reconocida en la transacción. A ese efecto en la reglamentación por Decreto 1105/89, se estableció la creación de Comisiones Asesoras en los diversos organismos públicos, además de una Comisión Asesora de Transacciones en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación, con el objeto de examinar las propuestas que se formulen en asuntos que revistan significativa o relevante trascendencia jurídica, económica, social o política.

(20) Art. 18 de la ley 23.982, reglamentado por el art. 32 del decreto 2140/91, el cual entre otros aspectos estableció que el trámite de las transacciones requería dictamen del servicio jurídico permanente de la repartición que fundamente la conveniencia jurídica y las ventajas económicas de arribar al acuerdo transaccional y se expida res-

en el orden nacional –por la inexistencia de un código en lo contencioso administrativo– resulta contemplado en la ley de procedimientos administrativos<sup>(26)</sup>.

En ese marco se puede recurrir a la transacción –que tiene los efectos de un contrato– que integra los modos anormales de evitar o terminar un litigio, en sede extrajudicial y judicial, respectivamente<sup>(27)</sup>.

Cuando existen códigos contencioso-administrativos, como sucede en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ejemplo, se prevé específicamente la aplicación de la transacción.

Así, en el primer caso –Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires–, se establece que “Regirán en el proceso contencioso-administrativo, las disposiciones sobre el allanamiento, el desistimiento, la conciliación y la transacción, contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial, en cuanto sean compatibles con el régimen del presente Código”. “Los representantes de los entes mencionados en el artículo 1º deberán estar expresamente autorizados por la autoridad competente para proceder con arreglo a lo dispuesto en el inciso anterior agregándose a la causa testimonio de la decisión respectiva” (art. 61).

En el segundo caso –Código Contencioso Administrativo de la CABA– se establece con más detalle que “Las partes pueden hacer valer la transacción del derecho en litigio, con la presentación del convenio o suscripción de acta ante el tribunal. Este se limita a examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la validez de la transacción, y la homologa o no. En este último caso continúan los procedimientos del juicio. Para transar, los/las representantes judiciales de las autoridades administrativas deben estar expresamente autorizados por la autoridad competente, agregándose a los autos copia autenticada del respectivo acto administrativo” (art. 258).

Al respecto se ha entendido que la transacción allí receptada es un acto jurídico bilateral y cuando versa sobre derechos litigiosos es solemne, pues carece de todo valor si no cumple con la forma expresamente determinada por la ley consistente en la incorporación del documento, donde ella conste, en el expediente judicial<sup>(28)</sup>. Hasta que el acuerdo no es incorporado al juicio no hay transacción (ya que no se la considera concluida, pudiendo los interesados desistir unilateralmente de ella), siendo la homologación judicial solo requisito de su ejecutabilidad a través del procedimiento de ejecución de sentencia<sup>(29)</sup>.

(26) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala IV, 28/12/99, “Desaci Diesel Elect. Arg. Const. Mec. y Elec. SACEI c/ E.N. (Mº de Economía, O.S.P.-Sec. de Ingr. Públ.-D.G.I.)”. En el mismo sentido se ha sostenido que “La aplicación analógica de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al proceso administrativo es relativa porque ello solo es posible en la medida en que sus normas resulten compatibles con los principios generales propios que rigen dicho proceso. Si bien los jueces aplican la ley procesal no pueden dejar de ponderar que la peculiar naturaleza del contencioso administrativo conduce a un procedimiento propio que, en el orden nacional –pese a que no existe un código en lo contencioso administrativo– está contemplado por la Ley de Procedimientos Administrativos y su reglamentación” (C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala IV, 23/4/93, “La Vendimia S.A. c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía-Secretaría de Comercio Interior”; 15/4/98, “Santa Lucía Cristal SACI y F c/ Administración Nacional de Aduanas”; y Sala II, 20/10/04, “Enecor S.A. -inc Rendición de Cuentas c/ Consejo Federal de la Energía Eléctrica (CFEE) s/ Deligencia Preliminar”). También existen pronunciamientos que establecen que en cuanto en el ámbito nacional no existe un Código en lo Contencioso Administrativo –como ocurre, en cambio, en las provincias y en la Ciudad de Buenos Aires–, y, por tal motivo, no hay un cuerpo normativo que de manera sistemática regule el proceso contencioso administrativo, se debe recurrir a la aplicación supletoria del CPCyCN [C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala IV, 5/10/10, 22.720/09 “Golden Peanut Argentina S.A. c/ EN AFIP DGI Resol 11-VIII-09 [períodos VIII-X/08] s/ medida cautelar [autónoma]”].

(27) MONTI, Laura y VIETO FERREIRA, Mabel, “Terminación del proceso administrativo”, en *Obra colectiva “Tratado de Derecho Procesal Administrativo”*, dirigida por CASSAGNE, Juan Carlos, La Ley, T. II, p. 71.

(28) CÁM.AP.CONT.ADM.YTRIB., Sala II, 1/11/01, “Garcea, José c/ GCBA” (del voto por sus fundamentos de Dr. Esteban Centanaro con adhesión de Dra. Nélide M. Daniele y Dr. Eduardo A. Russo). Asimismo se ha sostenido que la transacción sobre derechos litigiosos es un acto formal que carece de todo valor si no se cumple la forma expresamente determinada por la ley (conf. art. 838 del Código Civil), y, esta forma, consiste en la incorporación del documento, donde consta la transacción, al expediente judicial. Hasta ese momento no hay transacción que haya quedado concluida, pudiendo los interesados desistir de ella [CÁM.AP.CONT.ADM.YTRIB., Sala II, 28/04/05, “ELENA LORENZI S.R.L. c/ GCBA”, del voto por ampliación de fundamentos de Dr. Esteban Centanaro].

(29) CÁM.NAC.APEL.CIV., Sala A, 21/12/18, “SANABRIA CÁCERES, Héctor Guido c/ UGOFÉ S.A. y otros s/ daños y perjuicios”.

A nivel nacional pueden recordarse los casos en que se reguló la transacción por las leyes 23.696 y 23.982, antes referidos.

#### 4. El contrato de transacción

La transacción es un contrato previsto en el actual CCyCN –siguiendo el método de la mayoría de los códigos civiles de otros países– mediante una definición que tiene algunas diferencias con el texto del anterior art. 831 del Cód. Civil, pues agrega como característica del contrato “la provocación de un pleito” o “la extinción del litigio”<sup>(30)</sup>. A la vez, se entiende que del nuevo art. 1641 del CCyCN surgen los elementos que caracterizan a la transacción: a) las concesiones recíprocas; b) la necesidad de la cosa dudosa, o de la “res litigiosa”; se concibe a la transacción como un contrato extintivo de derechos disponibles mediante la fijación o declaración de certidumbre de la situación existente entre las partes, conteniendo en la práctica, renunciaciones o reconocimientos de derechos, que las partes realizan de manera correspectiva e indivisible, lo cual determina que se trate de un negocio declarativo y no constitutivo o atributivo de derechos, siendo su finalidad evitar un litigio o ponerle fin (finalidad extintiva)<sup>(31)</sup>.

Estos conceptos no han de variar para el derecho público<sup>(32)</sup>, de modo que la transacción es un contrato por el cual la Administración puede poner fin a una controversia en trámite en sede administrativa o judicial.

Se trata de un contrato bilateral cuyo elemento esencial es la recíproca concesión que hacen las partes, el sacrificio mutuo, sin perjuicio de las prestaciones complementarias que se pacten<sup>(33)</sup>.

En cuanto a las formalidades, debe haber un acuerdo por escrito presentado en la causa<sup>(34)</sup>, para que no se confundan las meras negociaciones con dicho contrato<sup>(35)</sup>. La transacción es de interpretación restrictiva<sup>(36)</sup>. Así se han visto distintos pronunciamientos donde determinadas negociaciones no son consideradas transacciones. Por ejemplo, se ha establecido que no existe transacción si subsiste una mínima discrepancia sobre algún aspecto del negocio<sup>(37)</sup>, o bien se ha quedado sujeta a actos de aproba-

Allí se expresa también que no resulta necesario que el juez apruebe la transacción para que esta sea válida, ya que la homologación judicial del convenio no hace al perfeccionamiento de este, que queda completo aun sin ese recaudo, conforme lo previsto en el art. 1642 CCyCN (la transacción “produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial”). En esa línea –continúa el fallo citado– el acuerdo compositivo alcanzado por las partes respecto de los derechos controvertidos extingue el diferendo y no admite una nueva controversia entre estas (podrá oponerse al efecto la excepción de transacción).

(30) CC0003 LZ 36464 2017 116 S 8/09/2020 Juez Moreda (SD). “Vivero, Víctor Germán c/ CHIAPETTA Javier Gastón s/ daños y perjuicios”, JC0600LZ.

(31) *Ibidem*.

(32) PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Administración y transacción judicial”, en obra colectiva dirigida por Juan Carlos CASSAGNE, “Derecho Procesal Administrativo”, Buenos Aires, 2004, T. I, p. 360.

(33) BOQUERA OLIVER, José María, “Administración Pública y Transacción”, *Rev. Estudio de la Vida Local*, N° 141, p. 323.

(34) Art. 1643 CCyCN. Se aclara en el artículo que mientras el instrumento no sea presentado, las partes pueden desistir de la transacción.

(35) ARNAUD, ob. y lug. cit. Así, por ejemplo, se resolvió que resulta improcedente que el ejecutado funde la excepción de transacción-conciliación opuesta, en los intercambios de “emails” y una liquidación, lo cual da cuenta de meros contactos y propuestas, pero quien invoca una transacción como excepción, debe probar que el derecho aducido por el pretensor ha sido renunciado por esa parte en un acuerdo celebrado con él, lo cual se conpeadece con la interpretación restrictiva de la transacción (conf. art. 1642 del Código Civil y Comercial) y, en cuanto a su forma, el art. 1643 del código citado establece que debe hacerse por escrito y si recae sobre derechos litigiosos, sólo es eficaz a partir de la presentación del instrumento firmado por los interesados ante el juez de la causa (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 1, 12/10/17, “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ obra social del personal auxiliar de casas particulares s/ ejecución fiscal”).

(36) Art. 1642 del CCyCN. En igual sentido, C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala II, 15/08/95, “García Sanabria Arturo A. y otros c/ E.N. (Mº de Justicia) s/ empleo público”. Las transacciones reglan las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido intención de transigir, “sea que esta intención resulte explícitamente de los términos de que se han servido, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de los que se halle expreso” [C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala II, 8/08/95, “Morales Bustamante, María c/ E.N. –Mº de Justicia– s/ empleo público”, con cita de la Sala IV del fuero *in re* “Ansaldo Ricardo y otros c/ E.N. (Mº de Justicia) s/ empleo público”, del 6/05/95; C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala V, 29/12/95, Ares, Miguel A. y Otros c/ E.N. –Mº de Justicia– s/ empleo público].

(37) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala I, 6/07/95, “INTERCARGO S.A.C. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ ordinario”, con cita de C.N.Civ., Sala F, 9/3/61, Ed. 1-25.

ción<sup>(38)</sup> y/o control<sup>(39)</sup> que no se produjeron. Respecto de esto último cabe mencionar, por ejemplo, el caso “Banco Nación c/IBM”, donde las partes sujetaron la validez de la transacción a la inexistencia de objeciones por parte de los organismos de control dentro del plazo estipulado al efecto, lo cual la Corte Suprema –a diferencia del fallo de la Cámara– entendió cumplido en el caso<sup>(40)</sup>.

La transacción tiene un efecto fundamentalmente de reconocimiento, en cuanto su objeto es constatar los derechos que las partes tenían y facilitar su ejercicio, antes que generar nuevos derechos<sup>(41)</sup>. Al respecto se ha sostenido que el contrato de transacción solo está dirigido a poner fin a un diferendo o litigio en una situación jurídica que puede ser contractual, de modo que no ejecuta de modo inmediato objetivos de bien común, y, por ello, no podría contener cláusulas exorbitantes en favor de la Administración<sup>(42)</sup>.

Esto es muy importante para cuando se transa respecto de controversias en contratos públicos, pues involucra concesiones sobre las prestaciones de cada parte, sin modificar el objeto del contrato.

Cuando el Estado transa sobre contratos administrativos, son aplicables los principios de los actos y de los contratos administrativos<sup>(43)</sup>. Así, en cuanto a la implementación del contrato de transacción se requerirán las formalidades que derivan de la aplicación del art. 7º, inc. d), de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos<sup>(44)</sup>.

Corresponderá, además, analizar si por los principios que inspiran la licitación pública es posible transar de modo de novar un contrato concertado bajo tal procedimiento de selección. En opinión de BOQUERA OLIVIER, ello no sería posible pues se afectaría la regla de la inalterabilidad de los contratos de la Administración<sup>(45)</sup>.

Así, por ejemplo, se destacó que si un acuerdo celebrado entre las partes contratantes no se limitaba a extinguir obligaciones litigiosas o dudosas, sino que al mismo tiempo se crearon otras a cargo de las contratistas, extendiéndose el acuerdo más allá de la finalidad propia e inmediata de las transacciones –que es la extinción de obligaciones–, al dar nacimiento a nuevas obligaciones, la “prórroga” del contrato constituyó algo bien distinto de la designación dada, como un nuevo contrato<sup>(46)</sup>.

Asimismo y por nuestra parte hemos propuesto la posibilidad, por ejemplo, de acudir a la figura de la conversión del contrato administrativo afectado de nulidad absoluta<sup>(47)</sup>.

Recordemos ahora que existen límites materiales de validez y subjetivos para la procedencia del contrato de transacción.

Hace a los primeros (i) la prohibición de transigir sobre “derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables” (art. 1644, CCyCN)<sup>(48)</sup>,

(ii) que la obligación transada no adolezca de un vicio que cause su nulidad absoluta<sup>(49)</sup> (art. 1645, CCyCN), (iii) si alguna de las partes invoca títulos total o parcialmente inexistentes, o ineficaces (art. 1647, CCyCN)<sup>(50)</sup>, (iv) si al celebrarla, una parte ignora que el derecho que transa tiene otro título mejor; y (v) si versa sobre un pleito ya resuelto por sentencia firme.

Mientras que en los segundos se comprenden a las personas que no pueden enajenar el respectivo derecho.

Como se ha visto, entonces, existe una prohibición de transigir sobre derechos en los que está comprometido el orden público.

La limitación referida al orden público se entiende relacionada con el art. 12 del CCyCN a tenor del cual los particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público<sup>(51)</sup>.

En cuanto a la noción de orden público, se ha sostenido que, respecto del art. 12 del CCyCN, “puede decirse que la noción está vinculada al conjunto de principios jurídicos que constituyen la base de la organización social y que aseguran la realización de valores que el medio social reputa como fundamentales. Es significativo precisar que dentro de esa categorización quedan abarcados los supuestos en que, aun protegiéndose intereses individuales (muy generalizados), ellos tienen para el medio social una especial trascendencia (hasta un punto que los eleva también a la categoría de principios que constituyen la base de la organización social)”<sup>(52)</sup>.

El orden público se ha asociado con las materias indisponibles para las partes, “...es decir, los principios básicos del ordenamiento nacional que no pueden ser dejados de lado, sin que se halle dentro de esa interpretación aquellas cuestiones reguladas por normas consideradas de orden público, por esa sola razón”<sup>(53)</sup>.

Y que “pueden ser objeto de la transacción los derechos patrimoniales en general y todas aquellas relaciones de derecho privado que no comprometan el orden público” y que “Los límites establecidos en el artículo 1644 son consecuencia lógica de la indisponibilidad de ciertos derechos. En efecto, la primera limitación refiere a que la transacción no puede comprometer el orden público. Se trata de una reiteración del principio general consagrado en el artículo 12 [CCyCN], donde ya se establece claramente que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”<sup>(54)</sup>.

Asimismo, claro está, el mero interés público no determina orden público<sup>(55)</sup>.

Son de orden público las leyes que así lo declaran como, por ejemplo, las leyes de consolidación de deuda pú-

(38) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala I, 17/11/98, “Jorge Antonelli Construcciones c/ Gas del Estado S.A. s/ contrato de obra pública”.

(39) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala I, 30/04/07, “Contreras Hnos. S.A. y Otro c/ Agua y Energía Eléctrica –Soc. del Estado– s/ Contrato Obra Pública”. Se resolvió allí que al revestir el acta el carácter de un acuerdo transaccional en el marco de ley 23.982 y su decreto reglamentario 2.140/91 se requería para su “perfeccionamiento” la aprobación por parte de los órganos correspondientes de control [conf. art. 18 de la ley y art. 32, inc. m) del decreto], de modo que si no había aprobación por parte de la Sindicatura General de la Nación o del organismo de control pertinente, no cabía tener por perfeccionada la transacción (cons. 8).

(40) CSJN, 7/3/2000, “Banco de la Nación Argentina c/IBM Argentina S.A.”. La transacción se produjo en el marco de las causas judiciales atinentes a la revocación del contrato del denominado “Proyecto Centenario”. La cláusula cuarta del convenio de transacción había condicionado la validez de dicho acuerdo a la inexistencia de objeciones por parte de una serie de organismos de la administración nacional. Alguno de ellos no se expidió por considerarse incompetente y la alzada entendió que como hacía falta tal dictamen favorable no correspondía la homologación. La Corte Suprema resolvió lo contrario –y otorgó la homologación– entendiendo que se cumplió lo pactado en cuanto a inexistencia de objeciones [ya sea por considerarse los organismos incompetentes, por no tener nada que objetar o por solo tener observaciones formales].

(41) ARNAUD, ob. y lug. cit.

(42) PÉREZ HUALDE, Alejandro, ob. cit., ps. 372/373.

(43) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III-A, Buenos Aires, 1983, p. 612.

(44) PÉREZ HUALDE, Alejandro, ob. cit., ps. 362 y 363, con cita de Miguel BERCAITZ.

(45) BOQUERA OLIVER, ob. cit., p. 339.

(46) C.NAC.CONT.ADM.FED. Sala I, 22/05/03, “David Pustelnik S.A. y otros c/Mº de Economía y Obras y Serv. Públicos y otro s/juicio de conocimiento”.

(47) MURATORIO, Jorge I., “Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta (Acción de lesividad. Alternativas)”, Rev. La Ley, ejemplar del 4/09/95.

(48) “ARTÍCULO 1644.- Prohibiciones. No puede transigirse sobre derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables...”

(49) Respecto a las categorías de “nulidad absoluta” y “nulidad relativa”, el art. 386 del CCyCN establece: “Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas”.

(50) Así, por ejemplo, se entendió que tratándose de un supuesto de nulidad absoluta e insanable, no susceptible de confirmación y siendo por lo demás ajena al caso una eventual hipótesis de conversión del acto administrativo (arts. 14, 19 y 20 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) resultan de aplicación los principios que informan el art. 858 del Código Civil que impiden la transacción cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo o de arreglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido (CAM.NAC.CONT.ADM.FED., Sala V, 29/05/98, “Banco de la Nación Argentina c/ IBM Argentina S.A. s/ Proceso de Conocimiento. Causa n° 22.855/96 Civiles S.A. c/ Fisco Nacional - DGI s/ Dirección General Impositiva”).

(51) El art. 12 del CCyCN establece: “Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

(52) ALTERINI, Jorge, “Código Civil y Comercial comentado”, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 84.

(53) ALTERINI, Jorge, “Código Civil y Comercial comentado”, T. VII, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 704.

(54) LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, T. VIII, Rubinzal-Culzoni Estudios, Santa Fe, 2015, p. 95.

(55) De ninguna manera la existencia del interés público puede llevar a calificar todas las normas del régimen de obra pública como de orden público, en especial aquellas de las cuales derivan un crédito a favor de las partes que, por su naturaleza patrimonial, son esencialmente disponibles y, por ello, renunciables [C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala IV, 25/03/93, “Conti Hnos. S.R.L. c/ E.N. (Min. de Acción Soc.) s/ cobro de pesos].

blica, la ley 23.982<sup>(56)</sup>, la ley 25.344<sup>(57)</sup>; la Ley de Defensa del Consumidor 24.240<sup>(58)</sup>; las leyes sobre procedimiento y competencia<sup>(59)</sup>; lo atinente a la inmunidad soberana de los estados<sup>(60)</sup>; las cuestiones de alineación y delimitación del dominio público<sup>(61)</sup>; lo concerniente a la prescripción<sup>(62)</sup>; a los conflictos interadministrativos<sup>(63)</sup>; a la regulación del gas natural<sup>(64)</sup>; al régimen de radiodifusión<sup>(65)</sup>; etc. También resultaría contrario al orden público desconocer las cláusulas de los pliegos licitatorios<sup>(66)</sup> y mantener un acto administrativo afectado de nulidad absoluta<sup>(67)</sup>.

En relación con las nulidades absolutas de los actos administrativos, si bien la Corte Suprema reconoció que son contrarios al orden público los actos afectados de esas

nulidades<sup>(68)</sup>, la jurisprudencia del fuero entendió procedente que se arribe a un acuerdo transaccional a pesar de estar involucrado un acto cuestionado de nulidad absoluta, cuando en el mismo la Administración se compromete a dejar sin efecto tal acto<sup>(69)</sup>.

De ese modo, se podría concluir que mantener en el ordenamiento jurídico un acto administrativo afectado de nulidad absoluta, podría representar una afectación al orden público, toda vez que conforme reconoció la jurisprudencia, un acto administrativo afectado de nulidad absoluta es contrario al orden público<sup>(70)</sup>. En consecuencia, un acuerdo transaccional por el que se acuerda mantener vigente un acto de ese carácter, podría resultar prohibido en virtud de lo establecido en el CCyCN.

Por el contrario, en aquellos casos que mediante un acuerdo transaccional las partes se comprometen a declarar nulo un acto administrativo cuestionado de poseer una nulidad absoluta, resultaría válido puesto que se logrará el restablecimiento de la juridicidad al dejar sin efecto un acto nulo.

Sin embargo, cierta doctrina admite la transacción en el ámbito de derecho administrativo, incluso manteniéndose vigente el acto cuestionado, siempre que se compense al demandante por otra vía, como podría ser la atribución de un derecho de naturaleza patrimonial<sup>(71)</sup>. Así, sostiene GONZÁLEZ PÉREZ que *“GUICCIARDI llega a admitir la licitud de la transacción en las relaciones jurídico-administrativas, mediante un ingenioso procedimiento. Su argumentación es la siguiente: la Administración puede dudar acerca de la validez de su acto y, por tanto, del éxito del proceso; en estos casos puede admitirse que tenga interés en inducir al demandante, transigiendo, a desistir de la impugnación del acto. Ahora bien: ¿Cómo se realiza la transacción? Porque la figura del contrato transaccional muy difícilmente es admisible en el campo del Derecho Administrativo. La fórmula que señala GUICCIARDI es la siguiente: el desistimiento del demandante; pero como el acto que se mantiene válido con el desistimiento implicaba una lesión en los intereses de aquél, la Administración le compensa por otra vía (la entrega de suma de dinero o la atribución de un derecho de naturaleza patrimonial); el demandante obtiene la satisfacción de su pretensión de otra manera”*<sup>(72)</sup>.

Por último, también se ha considerado que la Administración no podría transigir cuando ejerce una potestad reglada, por el principio de la indisponibilidad de las potestades administrativas<sup>(73)</sup>. Entendemos que esto refiere a que no puede renunciar a la potestad, mas no a modalizar su contenido y efectos, así por ejemplo la transacción sobre el monto y/o modo de pago de una multa administrativa.

(68) Respecto de las nulidades absolutas la CSJN sostuvo que: *“...no son susceptibles de prescripción. Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original”* (“Sociedad Anónima Empresa Constructora F. H. Schmidt v. Provincia de Mendoza, s/ cobro de pesos”, 1937, Fallos: 179:249).

Y la jurisprudencia también entendió que *“Finalmente, el art. 14 de la ley 19.549 dispone que son nulos de nulidad absoluta e insanables los actos administrativos en los que la voluntad de la Administración adolezca de error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta. Asimismo, la invalidez del acto nulo y la acción para pedirla no está sujeta a ningún plazo de prescripción. Los actos nulos no se consienten, porque su nulidad es de tal carácter que trasciende el puro interés del destinatario de él, y afecta al interés público, al orden público”* (CNCyCF, Sala III, 3/07/97, “Maruba S.C.A. c/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”).

(69) CNCAF, Sala IV, 28/6/16, “Raffo, Julio César y otros c/ COMFER Resol. 262/07 y otro s/ empleo público” (Causa N° 20.175/2008/CA3).

(70) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala V, 29/12/20, “AFIP-DGI c/ Casino Buenos Aires S.A. s/ Dirección General Impositiva”, con cita de Fallos: 179: 278.

(71) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “La terminación anormal del proceso administrativo”, 1955, disponible en file:///D:/net-LaTerminacionAnormalDelProcesoAdministrativo-2112026%20(1).pdf.

(72) *Ibidem*.

(73) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “La irrupción de las negociaciones en el Derecho administrativo: transacciones, convenios, arbitrajes (alerta frente a vías que informan de su posible extensión)”, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 2011, p. 69, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/317191605\\_LA\\_IRRUPCION\\_DE\\_LAS\\_NEGOCIACIONES\\_EN\\_EL\\_DERECHO\\_ADMINISTRATIVO\\_TRANSACCIONES\\_CONVENIOS\\_ARBITRAJES](https://www.researchgate.net/publication/317191605_LA_IRRUPCION_DE_LAS_NEGOCIACIONES_EN_EL_DERECHO_ADMINISTRATIVO_TRANSACCIONES_CONVENIOS_ARBITRAJES).

(56) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala IV, 11/04/95 “Escobar Martínez, Daniel Ramón c/ A.N.A. s/ Administración Nacional de Aduanas”; C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala II, 22/03/11, “Instituto Merieux Argentina S.A. c/ E.N. (M° de Salud y Acción Social) s/ Contrato Administrativo” Con cita de CSJN, 5/05/09, “Navarta, José Américo c/ Banco Central de la República Argentina”

(57) La ley 25.344 es de orden público (art. 13), en los términos y alcances previstos en el art. 16 de la ley 23.982. [C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala I, 17/07/01, “Sauhc Félix Omar c/E.N. (Estado Mayor Gral. de la Armada) s/retiro militar y fuerzas de seguridad”]. El carácter de orden público que reviste la ley de consolidación (art. 13 de la ley 25.344) implica que tanto ella como las normas que la reglamentan resultan de inexcusable aplicación atento la imperatividad e irrenunciabilidad de sus disposiciones [C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala V, 22/04/08, “Tejerina Britos Julieta Beatriz c/ E.N. –AFIP DGI– (T.F. 2267-I) s/ Amparo ley 16.986”, con cita de CSJN “Dominguez, Bernardino Eustaquio c/Servicio Penitenciario Federal”, 28/08/2007].

(58) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala I, 12/02/98, “Gestionar c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI 68/97”: La ley 24.240 es una ley de orden público y los particulares no pueden dejar sin efecto derechos que asegura nuestra Constitución en su art. 42.

(59) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala I, “Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otros c/ UIF-Resol. 36/10 [expte. 68/10]”.16/08/11, con cita de CSJN, Fallos 181:288; 274:64; 295:62; 306:1223, 1615 y 2101, y 316:2695; CNACAF, Sala II, “Compañía Integral de Montajes S.A.” del 22/10/02; Sala III, “Gatti, Miguel”, del 18/10/96 y “Cía. Argentina de Seguros ANTA S.A.” del 30/06/08, y Sala IV, “Grunmaum Rico” del 2/10/01).

(60) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala I, 30/08/05, “Davidoff, Constantino c/ Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda s/ daños y perjuicios” (del voto del juez Coviello, cons. XII).

(61) ARNAUD, Martín, “La transacción en materia administrativa en Francia”, *Ius et Praxis*, Año 7 N°2: 187-207, 2001, versión on line ISSN 0718-0012.

(62) La prescripción es una institución de orden público destinada a mantener el orden y poner un límite al término para el ejercicio de los derechos [C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala II, 4/06/92, “Bellomo, Víctor Rodolfo c/ E.N. (Min. de Def.) s/ juicios de conoc.”].

(63) Si en el caso se verifica un conflicto interadministrativo regido por la ley 19.983 y como tal, ajeno a la jurisdicción judicial si bien ninguna de las partes ha planteado la cuestión que aquí se advierte, lo cierto es que corresponde su introducción de oficio debido a que se encuentra involucrado el orden público en la medida en que se trata de dilucidar si la pretensión formulada debe, o no, ser dirimida en el ámbito del Poder Judicial [C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala III, 16/12/10, “Aerolíneas Argentinas S.A. c/ E.N. –AFIP DGI– Resols. 417/06, 228/06 s/ Dirección General Impositiva”].

(64) En el art. 95 de la ley 24.076 se dispuso que “La presente ley es de orden público. Ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos”. Se ha dicho que ello encuentra su justificación en la esencia misma del servicio público, es decir que, si el legislador ha entendido que el interés general estará mejor satisfecho mediante la nueva regulación no pueden alegarse derechos adquiridos que obstaculicen o impidan el cumplimiento de los objetivos legales [C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala II, 1/04/97, “Compañía General de Gas S.A. –RQU– c/ Enargas - Resol. 103/94” con cita de Sala IV del fuero *in re* “Establecimientos Metalúrgicos S. Becciu e Hijos S.A. c/ Enargas - Resol. MJ Enargas 12/93”, del 24/04/95].

(65) Las normas que establecen el sistema jurídico de radiodifusión son de indiscutible orden público habida cuenta que se presentan como contenedoras de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad [C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala III, 27/04/07 “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. Inc. Competencia c/ E.N. s/ medida cautelar (autónoma)”].

(66) Las disposiciones contenidas en los Pliegos de Bases y Condiciones Generales y Particulares son la fuente principal de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes las cláusulas allí contenidas resultan obligatorias para todos los intervinientes en el proceso licitatorio y su cumplimiento interesa al orden público, por ser la ley del contrato [C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala V, 9/10/08, “Edesur S.A. c/ Estado Nacional - M° de Economía y O.Y.S.P. s/Contrato Administrativo”].

(67) C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala V, 29/12/20, “AFIP-DGI c/ Casino Buenos Aires S.A. s/ Dirección General Impositiva”, donde se cita: “las nulidades absolutas no son susceptibles de prescripción. Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por faltas de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original” (conf. Fallos: 179: 278).

## 5. Colofón

Conforme lo expuesto, la transacción aparece como un modo convencional de solucionar controversias en sede administrativa y judicial, entre la Administración y los particulares, a través de concesiones recíprocas que permitan extinguir las obligaciones cuestionadas o bien llegar a un acuerdo sobre el modo de cumplir un contrato.

De este modo se puede superar el diferendo y llegar, en los ya referidos términos de PAREJO ALFONSO, a codeterminar relaciones jurídico-administrativas. Una alternativa participativa y valiosa.

Resultará esencial, claro está, contar con dictámenes e informes técnicos de la Administración que merezcan plena fe –que sean suficientemente serios, precisos, razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor<sup>(74)</sup>–, como sustento de la decisión administrativa, en garantía de los intereses público y privado comprometidos en el caso.

(74) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 312:132.

Pero por sobre ello parece necesario alentar el espíritu colaborativo entre las partes, para buscar la autocomposición del conflicto<sup>(75)</sup>, inspiradas por la finalidad de conseguir rápidamente la solución equitativa de este<sup>(76)</sup>, para buscar un expedito restablecimiento de la juridicidad y entendiendo como justo y meritorio tener la capacidad de superar controversias, antes que mantenerlas inercialmente como parte proverbial de la actividad administrativa.

**VOCES:** JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - DERECHO ADMINISTRATIVO - JURISDICCIÓN - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - EXPEDIENTE JUDICIAL - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - DEMANDAS CONTRA LA NACIÓN - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ESTADO NACIONAL - TRANSACCIÓN

(75) En términos de GUASP, citado por BOQUERA OLIVER, ob. cit., p. 322.

(76) ARNAUD, ob. cit.

# La importancia de los principios generales del Derecho en la contratación pública en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En especial, el principio *pacta sunt servanda*

por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** 1. EL CASO. – 2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. – 3. EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA* EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. – 4. EL PRINCIPIO *CONTRACTUS LEX* EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO. 4.1. LA DOCTRINA. 4.2. LA JURISPRUDENCIA. – 5. EL CASO EN ESTUDIO. – 6. CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. El caso

Esta sentencia, diríase en lenguaje coloquial, tiene “tela para cortar”. Lo primero que salta a la vista es su vin-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Las acciones Qui Tam como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos*, por ALBERTO B. BIANCHI, EDA, 01/02-589; *El sistema de control interno público y las sanciones administrativas*, por GABINO OLIVA, ED, 234-655; *¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido*, por LUCIANO MARCHETTI, EDA, 2005-706; *La falta de controles en la contratación pública directa a través de convenios comerciales internacionales*, por IGNACIO MAHIQUES, EDPE, 04/2012-5; *Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública*, por JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, EDA, 2014-535; *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea: principios y reglas generales*, por MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, EDA, 2017-488; *Buena administración y prevención de la corrupción*, por MERCEDES SOBRO ELGUE, EDA, 2016-381; *Apuntes sobre contratos administrativos y sus efectos en el Estado de Derecho*, por MIRIAM MABEL IVANEGA, EDA, 2011-573; *Pautas para la cuantificación económica por actos de corrupción de Estado. Código Civil y Comercial*, por CARLOS A. GHERSI, ED, 268-622; *El Cuerpo de Abogados del Estado. El principio de legalidad en la Administración Pública y la corrupción administrativa*, por DANTE A. GIADONE, ED, 274-731; *Lucha contra la corrupción: el caso Odebrecht. Algunas reflexiones en torno al acuerdo entre las autoridades fiscales argentina y brasileña*, por RICARDO ARREDONDO, ED, 274-735; *Licitación y concurso públicos de etapa múltiple: el recurso a ellos, ¿potestad reglada o discrecional de la Administración?*, por EMMANUEL BARRIONUEVO, EDA, 2017-684; *Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación*, por JOSÉ LUIS MEILLÁN GIL, EDA, 2018-565; *Algunas novedades relevantes en la nueva ley española de contratación del sector público: ámbito, tipos de contratos y procedimiento de contratación*, por ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ y VILLAREJO HELENA GALENDE, EDA, 2018-619; *Contratación pública e integridad en la ley 27.041. La influencia de las fuentes supranacionales y el derecho comparado*, por MANUEL RAIMBAULT, EDA, 287-473; *Algunas consideraciones sobre la figura del legítimo abono en el marco de las contrataciones públicas*, por IGNACIO GONZÁLEZ ZAMBÓN, ED, 287-668; *Los principios generales del derecho en la contratación pública*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, Revista de Derecho Administrativo, octubre 2021 - Número 10. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor *ad honorem* de la Universidad Católica del Uruguay.

culación con los temas de protección del patrimonio de la Nación, el cuidado de la belleza paisajística –sea natural o urbanística–, el mismo urbanismo, etc. Ciertamente, esta faz es amplia, apasionante y compleja.

La otra faz es la que constituye la provincia del Derecho Administrativo, específicamente la materia contractual<sup>(1)</sup>, y a ella me ceñiré, deteniéndome a exponer el principio *pacta sunt servanda*, porque es sin duda preliminar en materia contractual, junto con el de *buena fe* que puede decirse que le sigue. Y en este caso fue liminar, aunque no se lo haya citado específicamente en esta sentencia (como tampoco en el dictamen de la Subprocuradora Fiscal), pero de su enjundioso contenido se desprende su virtualidad lo mismo que bajo los pliegues del principio de la buena fe.

Para no repetir el bien detallado relato realizado en la sentencia que comento, la cuestión se refiere al cumplimiento de la obligación que le habían impuesto en el contrato de concesión a la demandada del reciclado del denominado “Gran Pabellón Central de la Exposición Internacional Ferroviaria y de Transporte”, construido en el año 1910 –con motivo del Centenario de la Revolución de Mayo–, que se encuentra dentro del predio del inmueble concesionado por el Estado Mayor General del Ejército en el año 1994.

La Sala V, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior y condenó a la demandada a que procediera a la restauración, “hasta lograr un grado de ter-

(1) Como en otras oportunidades lo expuse, utilizo la locución *contrato público* en vez de solo mencionar al “contrato administrativo” como la figura por excelencia de la contratación estatal, porque entiendo que todos los contratos que celebra el Estado, regidos o no parcialmente por el derecho privado, incluidos los de las empresas públicas u organismos estatales, descentralizados o no, son *públicos*, dado el cariz particular que les da la presencia del Estado en ellos. Lo cual no quiere decir que un contrato que celebra una empresa pública regido parcialmente –o casi totalmente– por el derecho privado (por ejemplo, la venta de un pasaje aéreo) sea un *contrato administrativo*, pero sí es *público* por esa presencia estatal. En este artículo no hago dichas distinciones, puesto que a todos los contratos públicos se aplican los principios generales expuestos (salvo en los parcialmente regidos por el derecho privado, donde las prerrogativas estatales tienen un alcance muy limitado o nulo. COVIELLO, Pedro José Jorge: “El criterio determinante del carácter administrativo de los contratos”, en AAVV: *La contratación administrativa en Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, 2008. *Íd.*: “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en CAS-SAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (dir.): *La contratación pública*, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.