

Nº 29
Primer trimestre 2022

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 29. Marzo 2022

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaría de Gobierno Local.

D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.

SUMARIO

EDITORIAL
El Consejo de Redacción..... 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA IMPLANTACIÓN DE LA CONTRATACIÓN
ELECTRÓNICA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
D^a Josefa Hernández Martínez 23

LAS DECLARACIONES RESPONSABLES Y SU INCIDENCIA
EN LAS BAJAS DESPROPORCIONADAS
D. José María Moreno Muñoz..... 68

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
D. Daniel Valenzuela Ortego 115

LOS ANIMALES COMO NUEVOS MIEMBROS DE LA
FAMILIA
D. Antonio Garrido García 159

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA
JURISPRUDENCIA ARGENTINA
D. Luis Eduardo Rey Vázquez.....177

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA VARIACIÓN DEL MODELO DE OFERTA QUE NO
ALTERE SU SENTIDO NO ES SUSTANCIAL Y NO
COMPORTA EXCLUSIÓN DE LA OFERTA
D. Jaime Pintos Santiago
D^a. María Dolores Fernández Uceda.....217

INDEFENSIÓN EN EL ACCESO AL EXPEDIENTE POR LA
NEGATIVA A LA TOMA DE FOTOGRAFÍAS. LÍMITES A LA
DISCRECIONALIDAD TÉCNICA
D. Jaime Pintos Santiago
D^a. María Dolores Fernández Uceda231

BASES DE PUBLICACIÓN 243

EDITORIAL

En el número 29 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cuatro artículos doctrinales que se suman a un trabajo de la sección internacional, y dos reseñas de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D^a. Josefa Hernández Martínez, finalista del II premio Gabilex con el artículo que lleva por título "La implantación de la contratación electrónica en la administración local". El artículo está enfocado al estudio y análisis de la implantación de la e-contratación, o contratación electrónica, en el Sector Público Local español, con especial referencia a las Entidades Locales de municipios de menos de 20.000 habitantes (PYMEL).

A continuación, D. José María Moreno Muñoz, finalista del II premio Gabilex, analiza en un interesante y profuso trabajo "Las declaraciones responsables y su incidencia en las bajas desproporcionadas". es un estudio sobre el carácter de "presunción de veracidad" de las declaraciones de los operadores económicos en un procedimiento de licitación, especialmente de aquellas no contrastadas por no ser las adjudicatarias, y su incidencia en la consideración de las bajas desproporcionadas.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Daniel Valenzuela Ortego que aborda con maestría, la responsabilidad patrimonial de la administración en la contratación pública.

D. Antonio Garrido García en su artículo “Los animales como nuevos miembros de la familia”, se centra en realizar un glosario de las diferentes reformas que ha conllevado la nueva Ley 17/2021, del 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Luis Eduardo Rey Vázquez que hace una reflexión sobre “Los contratos administrativos en la jurisprudencia argentina”. Un interesante artículo que hará las delicias de los lectores.

Por último, este número se cierra con la reseña de jurisprudencia que brillantemente tratan D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, al comentar dos resoluciones de tribunales administrativos de contratación pública. En concreto, “La variación del modelo de oferta que no altere su sentido no es sustancial y no comporta exclusión de la oferta” y La indefensión en el acceso al expediente por la negativa a la toma de fotografías. límites a la discrecionalidad técnica”

El Consejo de Redacción

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN INTERNACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

D.Luis Eduardo Rey Vázquez¹

Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano
(Univ. da Coruña).

Presidente del STJ de la Provincia de Corrientes
(Argentina).

Profesor de grado y posgrado en Derecho
Administrativo.

Resumen: Análisis de la jurisprudencia predominante en la Argentina respecto de las potestades de

¹ El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano (Universidad de La Coruña), Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado. Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Profesor de posgrado en diversas Carreras y Universidades (UNNE, UCP, UNIBE, ECAE-UNTREF). Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura, ambos de la Provincia de Corrientes (por el período 2019/2022).

interpretación de los contratos administrativos y sus correspondientes pliegos de bases y condiciones, así como de las normas imperativas legales y reglamentarias aplicables a la contratación estatal, teniendo especialmente en cuenta la incidencia de los principios de la contratación y los estándares utilizados para valorar la conducta de los contratistas y oferentes en el marco de los procedimientos de selección y ejecución contractual, y las consecuencias que provoca la inobservancia de lo establecido en la normativa contractual, en punto a las sanciones deparadas a los contratos viciados.

Abstract: Analysis of the prevailing jurisprudence in Argentina regarding the powers of interpretation of administrative contracts and their corresponding specifications of bases and conditions, as well as the mandatory legal and regulatory norms applicable to state contracting, especially taking into account the incidence of principles of contracting and the standards used to assess the conduct of contractors and bidders within the framework of selection procedures and contractual execution, and the consequences caused by the non-observance of what is established in the contractual regulations, in terms of the sanctions provided to flawed contracts.

Palabras claves: Contratos Públicos. Pliegos de Bases y Condiciones. Principio de Legalidad. Licitación Pública. Nulidad.

key words: Public Contracts. Specifications of Bases and Conditions. Principle of Legality. Public tender. Nullity.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. COMPETENCIA PARA INTERPRETAR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LAS BASES DE LA CONTRATACIÓN
- III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU CARÁCTER IMPERATIVO
- IV. EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES
- V. INCIDENCIA DE LAS REGULACIONES ESTATALES APLICABLES AL CONTRATO. INFLUENCIA DE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA
- VI. ESPECIAL VERSACIÓN TÉCNICA Y JURÍDICA DEL CONTRATISTA
- VII. INADMISIBILIDAD DE LOS CONTRATOS VERBALES
- VIII. CONCLUSIONES
- IX. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El tema sobre el que discurriré en el presente trabajo², apunta a arrojar una visión acerca de la jurisprudencia predominante en la Argentina respecto de las potestades de interpretación de los contratos administrativos y sus correspondientes pliegos de bases y condiciones, así como de las normas imperativas legales y reglamentarias aplicables a la contratación estatal.

Para tal cometido, tendré especialmente en cuenta la incidencia de los principios de la contratación³ y los estándares utilizados para valorar la conducta de los contratistas y oferentes en el marco de los procedimientos de selección y ejecución contractual.

Asimismo, analizaré las consecuencias que provoca la inobservancia de lo establecido en la normativa

² Parte de lo aquí expuesto se basa en la participación como Panelista en el Programa Internacional Especializado en Contratación Pública, organizado por *Lexi Public Law Attorneys*, Instituto de Formación, conjuntamente con la Universidad UFHEC Federico Manríquez & Carvajal, el Observatorio de Contratación Pública, la Red Iberoamericana de Contratación Pública, la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo, y la *World Compliance Association*, donde expusiera el día 13 de enero de 2021, sobre el tema: "Mecanismos de control de compras públicas: jurisprudencia comparada sobre la interpretación dada en sede judicial a las bases de la contratación y de contratos", en plataforma Zoom, ID: 926 5387 4433.

³ Sobre nuevos principios generales de la contratación pública véase PINTOS SANTIAGO, JAIME, *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Editorial INAP, Colección Monografías, Madrid, 2017, en el que se destaca la importancia de los principios generales de desarrollo humanos y sostenibilidad ambiental.

contractual, en punto a las sanciones deparadas a los contratos viciados, recalando en los aspectos medulares en ellos concernidos, a la luz de la doctrina y jurisprudencia imperantes.

II. **COMPETENCIA PARA INTERPRETAR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LAS BASES DE LA CONTRATACIÓN**

El concepto de contrato administrativo, como ocurre con otras tantas instituciones del Derecho administrativo, ha sido objeto de polémicas, tanto en el pasado remoto⁴ como en el más reciente⁵.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La figura del contrato administrativo", *RAP* Nº 41, 1963, pág. 99.

⁵ En Argentina, la generada a partir del trabajo del profesor MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", *El Derecho - Diario*, Tomo 179, pág. 655, 29-10-1998, ED-DCCLXV-695. Ese trabajo provocó una saludable polémica inicialmente con el Profesor CASSAGNE, Juan C., "Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo", *El Derecho - Diario*, Tomo 180, pág. 773, 23-01-1999, ED-DCCLXV-58; luego replicada por MAIRAL, Héctor A., "El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo", *El Derecho - Diario*, Tomo 180, pág. 849, 23-01-1999, ED-DCCLXV-61, y nuevamente por CASSAGNE, Juan C., "De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el Derecho Argentino", *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Tomo 2001/2002, pág. 493, 30-08-2001, ED-DCCLXVII-291.

Respecto a las notas que tipifican a un contrato como "administrativo", encontramos en la jurisprudencia argentina en el voto del juez Fayt en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (en adelante, CSJN), en el caso "*Dulcamara c. ENTEL*", del 29/03/1990⁶, donde el citado juez caracterizó al contrato de la siguiente manera: "*... los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado*".

Asimismo, en otro caso del año 1992⁷, la CSJN avanzó más al sostener que: "*... si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el régimen jurídico de estos tipos es diferente... Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades de ese mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público*".

⁶ Fallos 313:376. También en *ED*, 141:802. Dicho criterio ha sido sostenido por la mayoría de la CSJN en la sentencia del 2-03-1993, causa "*Cinplast S. A. c. ENTEL*". Fallos 316:212.

⁷ CSJN, 03-03-1992, "*Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*". Fallos 315:158.

También la doctrina ha discutido largo tiempo acerca de la potestad de la Administración contratante de interpretar los contratos y las normas contractuales.

Así, por ejemplo, BERÇAITZ, bajo el rótulo "régimen de interpretación especial", sostuvo que toda duda que surja en la ejecución del contrato debe ser dirimida por el juez competente quien, al interpretarlo, debe indagar cuáles son las necesidades actuales de la colectividad y cuál es su compatibilidad con los términos del contrato, realizando una mirada al presente, tendiente a asegurar un mejor servicio⁸. En función del objeto, que es la prestación eficiente de los Servicios Públicos, en caso de dudas, ha de estarse primero a favor del funcionamiento del Servicio Público y sólo ulteriormente a favor del concesionario. La implantación del servicio de alumbrado eléctrico fue el desencadenante de esta situación, al sustituir el alumbrado a gas⁹.

Por su parte, ha sido tradicional la jurisprudencia donde en materia de interpretación de privilegios o franquicias a un particular o corporación, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, *"en caso de duda, debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es la de que el Estado ha*

⁸ A diferencia del contrato privado, en el cual la mirada es retrospectiva, buscando extraer la voluntad tenida en miras por los contratantes al momento de celebrarlo.

⁹ BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 357.

acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos"¹⁰.

En contra de lo que ocurre en derecho privado, donde la duda debe interpretarse a favor de quien ha contraído la obligación, en derecho público, la duda debe interpretarse siempre, como dice JÉZE, "*en el sentido más favorable al funcionamiento continuo y regular del servicio público, en primer término, y sólo en segundo lugar a favor del deudor*"¹¹.

Ello no significa que el juez no deba investigar *a priori* cuál ha sido la intención común de las partes, ateniéndose para ello al conjunto de las cláusulas contractuales, en especial a las que no ofrecen dudas en su redacción, dando siempre preferencia a las cláusulas del pliego de condiciones sobre las cláusulas del contrato en caso de contradicción entre ellas, no olvidando que debe tener natural preeminencia el interés público, sin sacrificar por esto el interés particular del cocontratante, más allá de lo previsible al concertarse el convenio.

Por su parte, André de LAUBADÈRE - citado por COVIELLO¹² - sostiene que: "sea administrativo o civil un

¹⁰ CSJN, *in re*: "Swift v. Nación", del 21-09-1927, *Fallos*, 149:218.

¹¹ JÉZE, Gastón, *Principios del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1950, Tº V, pág. 5.

¹² COVIELLO, Pedro José J., "El Contrato Administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en la Obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 83 y ss, en especial pág. 90. Ver asimismo, del mismo autor: "El Criterio de Contrato Administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *ED*, 111, pág. 845.

contrato, se ha repetido frecuentemente, es siempre un contrato y, en la concepción general de nuestro derecho, esencialmente consensualista ..., la *voluntad manifestada por las partes al momento de la celebración del contrato es la idea directriz a la cual el juez debe en primer lugar referirse cuando hay que determinar el contenido de las obligaciones de los contratantes en vista de aplicarlas a la ejecución.*

Y en punto a la aplicación de reglas del derecho privado para la interpretación de los contratos administrativos, la Corte Suprema se ha pronunciado reiteradamente por la aplicación del principio "*pacta sunt servanda*" del contrato como ley para las partes del – entonces - art. 1.197 C.C., en casos "HOTEL INTERNACIONAL IGUAZÚ" (1986), "MAROCCO" (1989), "DULCAMARA" - voto del juez Fayt -, "NECON" (1991) y "MONTES" (1992)¹³.

La discusión ha quedado medianamente zanjada, al menos en el orden nacional, a partir de la entrada en vigor del Decreto Nº 1023/2001¹⁴, cuando refiere a las Facultades y obligaciones de la autoridad administrativa, en su Art. 12 expresa:

"La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual.

Especialmente tendrá:

¹³ COVIELLO, Pedro..., "El Contrato...", ob. cit., pág. 90.

¹⁴ Del 13-8-2001 (B.O. 16-08-2001), dictado en virtud de las facultades delegadas por Ley 25.414 (B.O. 30/03/2001).

a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley Nº 19.549 y sus modificatorias...

Es decir, desde la vigencia de dicha norma legal, queda expresamente en cabeza de la Administración contratante la potestad de interpretar los contratos y la restante normativa contractual.

En punto a la interpretación del alcance de las cláusulas insertas en contratos de concesión, en la causa "Hotel Internacional Iguazú S.A."¹⁵, expresó el Alto Tribunal en el Considerando 8º: "... Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario (doctrina de Fallos 149:218 – último considerando –)".

Agregó en el Considerando 9º) "... Que, además, es una regla consagrada por el derecho administrativo que, en materia de franquicias o concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos (Fallos 149:218 – último considerando -

¹⁵ CSJN, 22-04-1986, "Hotel Internacional Iguazú S.A. v. Nación Argentina", Fallos 308:618.

)”¹⁶.

En el Considerando 11, sostuvo que:

“... la declaración de los ex funcionarios sobre la interpretación de las obligaciones asumidas por el Estado Nacional de conformidad con la cláusula 17 del pliego de contratación no constituye un antecedente decisivo en tanto el alcance asignado no coincide con el contenido de los instrumentos contractuales; y la comunicación del 31 de mayo de 1973 (anexo 27) dirigida a la empresa con posterioridad a la adjudicación y antes de formalizarse el contrato, explica las gestiones tendientes a obtener respuesta de los organismos competentes para el cumplimiento de los compromisos que el art. 17 señala a cargo del Estado, y se refiere, sin especificación, a las “fechas en que esa Sociedad estima la prestación de los mismos”, lo que evidencia que las partes no consideraron esos tiempos como condición de oferta aceptada”.

Agregó el Tribunal en el Considerando 12:

“Que aún en la hipótesis de estimar acreditados la presentación y contenido de la nota de aclaraciones y reservas, ella sólo exteriorizaría la voluntad del oferente en cuanto a las precisiones que debían incluirse en el contrato y ser expresamente aceptadas en la adjudicación..., lo que no ocurrió, según lo evidencian los

¹⁶ Ese criterio fue reiterado después en CSJN, 30-06-1998, “*Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional – Ministerio de Obras y Servicios Públicos – Secretaría de la Marina Mercante s/ incumplimiento de contrato*” (Fallos 321:1784), Considerando 21).

términos del decreto respectivo y los del contrato firmado con posterioridad”.

De manera concordante, pero en relación con las notas remitidas por la contratista al Estado Nacional, y frente a la actitud pasiva de este último, restó gravitación a la pretensión de derivar de ella expectativas basadas en interpretaciones contrarias al contrato, en la causa “Maruba”, expresó el Alto Tribunal en su Considerando 20:

“Que, por último, no corresponde asignar el alcance otorgado por el a quo a la nota remitida a la comitente por la empresa Maruba S.C.A. (fs. 206/208), ya que, mediante ella, no podrían haberse variado legítimamente los aspectos contractuales de la relación y menos aún su contenido reglamentario, en el que se encuadraba – en el caso de autos – el poder de fijar y modificar las tarifas”.

En torno a la valoración de la conducta de los contratistas, resulta esclarecedor recordar lo sostenido por la CSJN Argentina en el caso “Exolgan”¹⁷, en su Considerando 7º), en los siguientes términos: “... *Que para atribuir a la conducta valor de regla -a los efectos de exigir un deber de coherencia de comportamiento según el principio de la buena fe-, es preciso, sin embargo, que ella se exteriorice mediante acciones deliberadas, jurídicamente relevantes para implicar las consecuencias que de ella se pretenden extraer, y plenamente eficaces (Fallos: 313:367 y 315:865); ya que, de lo contrario, asumir un determinado*

¹⁷ CSJN, 11-06-2003, “Exolgan S.A. c/ Administración General de Puertos s/proceso de conocimiento”, Fallos 326:1851.

comportamiento de hecho derivaría, sin más, en la imposibilidad de modificarlo en lo sucesivo...”

En dicha causa, la Corte revocó la sentencia de la Cámara¹⁸ que hizo lugar a la pretensión indemnizatoria con fundamento en los daños y perjuicios ocasionados por la Administración General de Puertos al no dar cumplimiento a una resolución que había aprobado el proyecto de la actora tendiente a obtener la concesión

¹⁸ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, 21-09-1998, “*Exolgan S.A. v. Administración General de Puertos s/ proceso de conocimiento /Causa: 9395/97*”. Allí se sostuvo que “... Al haber frustrado las expectativas de la accionante de acceder a la concreción de la propuesta ensayada, la Administración ha incurrido en una conducta discriminatoria y entorpecedora del ejercicio de los derechos del accionante, excediendo la razonabilidad propia de los actos administrativos, por lo que procede imputarle cumplimiento irregular de sus funciones a quienes tuvieron a su cargo la decisión del asunto (conf. Fallos: 298:223)”. (Del voto del juez Otero, consid. VI) Lexis Nº 8/538. También se agregó que “... Tanto en las relaciones sujetas al derecho privado como al derecho público es dable exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante (Fallos: 311:971). Ello es así por cuanto no sólo la buena fe sino, también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación con otra y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho. Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente”. (Del voto del juez Otero, consid. VI)” (Lexis Nº 8/537). Magistrados: Grecco, Gallegos Fedriani, Otero.

de un muelle, pues de los actos cumplidos por la accionada durante el trámite de los procedimientos administrativos, no cabe derivar su obligación de autorizar a la empresa interesada la ejecución de las obras, pues, dada la naturaleza misma de aquéllos, carecían de toda relevancia o significación para implicar cuál habría de ser el contenido de la decisión final sobre la suerte del proyecto y la adjudicación de la concesión.

También se tuvo en cuenta que la accionada – AGP SE – sólo había otorgado a la demandante un permiso de uso precario para que instale grúas y determine el estado del muelle por lo que, si alguna relevancia o significación tuvieron los actos cumplidos por la accionada ella es precisamente contraria a la que la sentencia recurrida le atribuye pues, en cada oportunidad en que la empresa estatal demandada se pronunció en relación a las obras de construcción del muelle, lo hizo en sentido negativo a su realización.

Expresó finalmente – frente alegada autorización implícita – que “... *Corresponde revocar la sentencia de Cámara que consideró implícitamente concedida una autorización para que la actora ejecute ciertas obras sobre un muelle, pues no cabe considerar el silencio de la administración como una manifestación positiva de voluntad en materia de concesión de privilegios a personas o individuos, porque la presunción más aproximada a la verdad es que el Estado no ha acordado sino lo que en términos expresos resulte de ellos*”.

La Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN), en su carácter de máximo órgano de asesoramiento del Poder Ejecutivo Nacional, expresó refiriéndose a la licitación pública que “... *El procedimiento licitatorio, por la circunstancia de la*

*eventual intervención de diversos particulares, se asemeja al procedimiento judicial, en tanto y en cuanto no resulta posible otorgar facilidades o elasticidades a alguno de los concursantes, sin lesionar el principio de igualdad*¹⁹.

Por tal motivo, sostuvo el Alto Organismo Asesor que: *"El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra un vínculo del oferente con la Administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación que implica en definitiva la concreción del acuerdo de voluntades. Ello presupone, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación"*²⁰.

¹⁹ PTN, caso "Estudio Fargosi", *Dictámenes*: 213:147.

Sobre el principio de igualdad, se ha dicho además que *"... la compensación efectuada por Correo Argentino podría representar el otorgamiento de privilegios y ventajas a esa empresa no previstos al momento del llamado a licitación que podría violar el principio de igualdad que debe regir en las contrataciones administrativas, lo cual lleva a considerar razonable que el actor pretenda intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas con ese objeto, para poder alegar cuanto estime conveniente para la defensa de su derecho"* (CNACAF, Sala IV, del 20-03-2001, "Lieberman Samuel - Incidente Med. II- c/ PEN - Secretaria de Comunicaciones/ Medida Cautelar (autónoma)", *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Tomo 2000/2001, pág. 358, ED-DCCLXXXVI-506.

²⁰ PTN, *Dictámenes* 90:156; 163:477; 213:147.

Agregó que “*Los términos o expresiones de los pliegos de condiciones son de interpretación estricta o restringida, y esto se impone como corolario del fundamental principio de igualdad que debe presidir el trámite de la licitación*”²¹; por ello, “*cuando el postulante no ha formulado observaciones ni impugnaciones a las previsiones contenidas en los Pliegos, debe entenderse que las conocía en todos sus términos, las aceptó y consintió, lo que excluye en consecuencia la posibilidad de su posterior impugnación*”²².

No obstante, existen fundadas razones para sostener que no podría esgrimirse la mentada doctrina frente a cláusulas de los pliegos que resulten ilegítimas, frente a las cuales, el consentimiento del particular carece de eficacia para sanear los vicios de ilegitimidad²³.

²¹ Conf. PTN, *Dictámenes* 190:7; ver en especial Dict. Nº 438/03, 20 de agosto de 2003. Expte. Nº 740/02. Sindicatura General de la Nación. (*Dictámenes* 246:488).

²² Conf. PTN, *Dictámenes* 251:147.

²³ Así lo entiende, además de otras razones, ORLANSKI, Leonardo, “Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública”, *EDial.com*, Viernes, 12 de Noviembre de 2004 - Año VII - Nº 1661, *Suplemento de Derecho Administrativo*, Sección Doctrina. También puede verse COMADIRA, Julio Pablo, “Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad”, en *Cuestiones de Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, pág. 117. Para un completo desarrollo de la doctrina del sometimiento voluntario en el derecho constitucional, ver BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2ª Edición,

Finalmente, se ha señalado que "... Si la regulación del llamado a licitación sentó reglas claras sobre la falta de derecho de los oferentes para obtener reparación alguna y fue admitida por el oferente tal prescripción expresamente, al cumplir con la obligación de firmar su propuesta y el pliego de condiciones, no puede luego reclamar indemnización con base en principios generales cuando existe norma específica..."²⁴

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU CARÁCTER IMPERATIVO

La vigencia imperativa del Principio de Legalidad o Juridicidad en materia administrativa, entendida como una vinculación positiva a la juridicidad²⁵, conforme al cual el Estado sólo puede actuar válidamente cuando existe una norma que de modo expreso o razonablemente implícito otorga la correspondiente potestad a un órgano estatal, expresada en la atribución concreta de competencia, condiciona de modo superlativo la pretensión de derivar derechos o expectativas de actos emanados del Estado que resultaren ilegales o no aptos para implicar las

Tomo II, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 35.

²⁴ C.Nac.Cont.Adm.Fed., SALA II, 18-10-1994, "*Fundacion Hermandad Internacional de Escorpiones c/ Estado Nacional - Min. de Trabajo- y otra s/ varios*" (Damarco, Herrera (según su voto) y Garzón de Conte Grand).

²⁵ Quienes actúan en el campo del derecho privado, se hallan vinculados negativamente a la juridicidad, por aplicación de la regla de clausura que reza que "todo lo que no está prohibido está permitido" (conf. Art. 19 Constitución Nacional).

consecuencias que un destinatario diligente y previsor pudiera extraer.

De allí el carácter sumamente restrictivo con que la doctrina de los actos propios, de carácter residual en el derecho privado, y con mayor razón en el Derecho Administrativo, podría eventualmente tener aplicación, conforme dan cuenta los casos jurisprudenciales que he reseñado en el presente.

Es que, rectamente interpretado, el principio de buena fe no puede justificarse para amparar situaciones de quien no obrare con el mínimo cuidado y previsión, que se potencia cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, y que fundamentalmente, pretenda asentarse en actos estatales (conducta antecedente) inhábiles para implicar consecuencias extrañas a las que las normas jurídicas, como presupuesto y como límite, confieren a los órganos estatales (conducta consecuente).

Dichas normas – compuestas por reglas y principios – están pensadas para resguardar a la comunidad de conductas imputables tan sólo a funcionarios infieles, pero no al Estado quien sólo podría verse vinculado por actos emanados de órganos competentes, con las formalidades establecidas y con las consecuencias que el propio ordenamiento depara.

Finalizo con una frase forjada por el Alto Tribunal de la Nación, que entiendo refleja claramente la diferente manera de entender el derecho público y el privado, cuando expresara que: *"...Si bien en principio puede resultar indiferente a la ley el modo como los particulares*

arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos...”²⁶.

Respecto a la gravitación del Principio de Legalidad, y su aptitud para desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratos públicos²⁷, ha dicho la CSJN:

²⁶ CSJN, 17/02/1998, “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado”, Fallos 321:174.

²⁷ La exigencia del procedimiento de licitación pública para las contrataciones celebradas por entes públicos es un correlato de los principios de transparencia, publicidad e igualdad, que vienen impuestas – antes que nada – por normas supranacionales, como ser la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley Nº 24.759, que establece como medidas preventivas a observar por los Estados, entre otras, la existencia de “sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”. Hace lo propio la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – mediante Ley 26.097 –, que en su Art. 7º expresa: “1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Estos: a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud; b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas

“En materia de contratos públicos, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no pueden disponer sin expresa autorización legal”²⁸.

También se 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” ... “La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que éste queda legalmente perfeccionado, razón por la cual, si la legislación aplicable exige una forma específica para su*

personas a otros cargos...”. De hecho, en el nuevo marco europeo de contratación pública creado por la cuarta generación de Directivas *“inicia en el Considerando primero su defensa continua del principio general de transparencia en la contratación pública y lo continúa haciendo a lo largo de todo el texto de las Directivas. Es decir, constituye parte del pórtico de la nueva directiva y extiende su presencia de manera permanente.”*, como afirma PINTOS SANTIAGO, J., en el *“Transversal principio de transparencia en las Administraciones Públicas”*, en AA.VV. (Director PINTOS SANTIAGO, JAIME), *Calidad, transparencia y ética pública*, Editorial INAP, Colección Monografías, Madrid, 2017, pág. 241.

²⁸ CSJN, 22-12-1993, *“Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos”*, Fallos 316:3157.

conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia”²⁹.

La totalidad de los parámetros jurisprudenciales de la Corte Suprema en materia contractual administrativa, especialmente en punto a la gravitación del principio de legalidad, se encuentran presentes en la causa “Punte”³⁰, donde sostuvo que: *“Cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público. En consecuencia, los contratos de esta índole entre un particular y la Administración Pública deben realizarse mediante los mecanismos previstos en las normas pertinentes del derecho administrativo local”.*

Agregó en dicha causa – reiterando los sólidos criterios forjados con anterioridad – 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 existencia. Esta condición, que se impone ante las*

²⁹ CSJN, 01-06-2000, “Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c. Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía)”, Fallos 323:1515; CSJN, 11-07-2000, “Servicios Empresarios Wallabies S. R. L. c. Provincia de Salta”, Fallos 323:1841.

³⁰ CSJN, 21-03-2006, “Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato”, Fallos 329:809.

modalidades propias del derecho administrativo, concurda 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 (arts. 975 y 1191 del CCiv.)”.

Finalmente recordó que: *“No es posible admitir una acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haberse celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación”.*

Por tal motivo, resultan sumamente restrictiva la posibilidad de invocar la doctrina del enriquecimiento sin causa o el legítimo abono³¹ cuando por su intermedio se pretenda obtener lo que no se hubiese podido por la vía del incumplimiento contractual, dada la inexistencia jurídica predicada del contrato sin la observancia de los presupuestos procedimentales y formales previstos en la normativa contractual.

Al respecto, sostuvo la CSJN en el caso “CASE”³², que *“...Habiendo quedado acreditado que, en el caso, las obras objeto del contrato cuyo cumplimiento se demanda fueron entregadas en concesión*

³¹ Resulta muy esclarecedor el comentario crítico de EIZAGUIRRE, Sandra, “En torno a la controversial figura del legítimo abono”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* Nº 484, pág. 41-57, comentando el fallo de la CSJN, “Estado Nacional y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos”, del 9-11-2017, *Fallos*: 340:1570.

³² CSJN, 05-10-2010, “CASE SACIFIE c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, *Fallos* 333:1922.

subvencionada sin que se observara lo dispuesto por la ley 23.696 y su decreto reglamentario en cuanto al llamado a licitación y a la necesidad de la adecuada motivación de los actos que determinaban este régimen, y que, por otra parte, las cláusulas de los pliegos de la licitación se apartaban notoriamente de las reglas generales en la materia, cabe concluir que dicho acto fue irregular y, por lo tanto, susceptible de ser anulado en sede judicial. Sin que resulte óbice a ello que las obligaciones derivadas del contrato fueron cumplidas por la Administración, toda vez que el demandado solicitó la declaración judicial de nulidad pertinente por vía de reconvenición; planteamiento que debió ser admitido en virtud de las razones expuestas...”

IV. EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES

En el ya citado caso “*Hotel Internacional Iguazú S.A.*”³³, en el que la actora había alegado haber presentado una nota de aclaraciones y reservas a su propuesta en la licitación, y frente a tal alegación, la respuesta jurisdiccional se basó en que ella sólo exteriorizaría la voluntad del oferente en cuanto a las precisiones que debían incluirse en el contrato y ser expresamente aceptadas en la adjudicación, lo que no ocurrió, según lo evidencian los términos del decreto respectivo y los del contrato firmado con posterioridad.

Por tal motivo, se revocó la sentencia que hizo lugar a la demanda de indemnización de daños por incumplimiento de contrato, en base a las estipulaciones invocadas por

³³ CSJN, 22/04/1986, “*Hotel Internacional Iguazú S.A. v. Nación Argentina*”, Fallos 308:618.

la actora, pero no incorporadas al contrato lo que en definitiva se traducía en un desconocimiento del convenio real entre las partes.

En dicha causa se remarcó que *“La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario”*.

Asimismo, se recordó que *“En los contratos de la administración se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación y entre éstos, se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél, mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente”*³⁴.

Por la misma razón, sostuvo la CSJN que *“El silencio de la administración es una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de*

³⁴ Afirmación de la que el profesor COMADIRA tomaría para definir a la licitación pública, diciendo que *“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”*, (COMADIRA, Julio Rodolfo, “Algunos aspectos de la licitación pública”, en *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, del año 1999, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 319-345).

voluntad pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo de acuerdo a normas del Código Civil y art. 10 de la ley 19.549. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es contraria para el derecho del concesionario”.

Finalmente, remarcó que “El procedimiento regla en la manifestación de la voluntad contractual administrativa, es la adhesión del cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado y la fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante y de lo contrario, la oferta debe ser rechazada, pues la adjudicación que no respetara tales pautas estaría viciada de ilegitimidad”.

V. INCIDENCIA DE LAS REGULACIONES ESTATALES APLICABLES AL CONTRATO. INFLUENCIA DE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA

Un caso que merece la pena traer a colación, y que demuestra la influencia multicultural que ha tenido el Derecho Administrativo argentino, es el caso “*Junta Nacional de Granos*”³⁵, muy vinculado con la doctrina de la “cláusula exorbitante implícita, aunque da cuenta de la incidencia imperativa que provocan en el contrato

³⁵ CSJN, 09-08-2005, “*Junta Nacional de Granos c/ Frigorífico La Estrella S.A. s/ nulidad de contrato*”, Fallos: 328:2954.

administrativo las regulaciones estatales, tanto contractuales como de otro orden.

Allí se expresa en el Considerando 6º, luego de invocar la teoría de la equivalencia económica de las prestaciones³⁶, expresa: "... En el caso no existe evidencia clara y convincente, basada en los instrumentos preparatorios, en los documentos internos de la empresa, sus papeles de trabajo y demás elementos concordantes, que acredite que el precio ofrecido por el frigorífico difería del que éste pretendió ofrecer (cfr. *Cibinic y Nash: "The Formation of Government Contracts". The George Washington University, 1986. Págs. 492 y sgtes.*). A lo que corresponde agregar que, *si una regulación estatal requiere que una cláusula significativa del contrato sea incluida en éste, el contrato debe ser leído como incluyéndola aunque no esté físicamente incorporada al documento respectivo (Cibinic y Nash, op. cit, pág. 62 y sus citas); de modo que el incremento del precio decidido de modo unilateral por el frigorífico al margen de las regulaciones dictadas al efecto por la Secretaría de Comercio a las que remite la cláusula tercera del contrato, y posterior a la presentación de su oferta, carece de sustento y no formó parte del acuerdo de voluntades pese a haber sido erróneamente transcrito en el instrumento firmado con posterioridad..."*³⁷.

³⁶ Con cita de ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La Teoría del Equivalente Económico en la contratación Administrativa*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1968, págs. 137 y ss., esp. pág. 143.

³⁷ La influencia de los profesores John CIBINIC JR. y Ralph C. NASH en Argentina se originó en las *1ras. Jornada Argentino*

Es destacable la referencia de la que se infiere que, así como el contrato administrativo no puede incluir una cláusula que no esté previamente fijada en la normativa de base – incluidos los pliegos –, tampoco puede silenciar exigencias imperativas previstas las normas contractuales.

VI. ESPECIAL VERSACIÓN TÉCNICA Y JURÍDICA DEL CONTRATISTA

A lo ya señalado en punto a la inocua invocación de buena fe cuando se choca con normas imperativas, que no pudieran ser desconocidas por el oferente y potencial contratante, es ineludible la referencia a los casos donde se forjara dicha pauta interpretativa, pues el estándar agravado que pesa sobre quien contrata con el Estado desplaza la posibilidad de alegar desconocimiento, y donde la duda siempre jugará en contra del contratista.

En el caso “*Radeljak*”³⁸, se tuvo en cuenta que “... 4º) ... la falta de reglamentación de dicha ley en la oportunidad de presentarse la oferta, si bien era susceptible de crear dudas sobre si en las facturas debía discriminarse el impuesto, no pudo razonablemente originarlas, ni serían en tal caso excusables, acerca de que las obras estaban

/ Norteamericanas sobre Contratación Pública celebradas del 12 al 14 de agosto de 1987, cuyas ponencias fueron publicadas en el Suplemento de la Revista Régimen de la administración pública, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1987.

³⁸ CSJN, 29-12-1988, “*Radeljak, Juan C. v. Administración General de Puertos s/ ordinario*”, Fallos 311:2831.

alcanzadas por el impuesto al valor agregado y antes de formularla asistía a la actora el derecho de pedir aclaraciones, según una práctica administrativa uniforme (arg. art. 17, ley 13064, a fortiori) y consid. 10 del fallo de fs. 288 in fine, en cuya virtud resultan atribuibles a su conducta las consecuencias jurídicas estipuladas, tanto como la falta de reserva a la firma del contrato, ponderando que ello tuvo lugar con posterioridad al dictado del decreto reglamentario Nº 499/74”.

Se remarcó nuevamente que “... *A quien contrata con la Administración se impone un comportamiento oportuno, diligente y activo, que obliga a poner de manifiesto las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas contractuales a los efectos de que el órgano estatal pueda evaluar si conviene al interés público celebrar el contrato o dejar sin efecto la licitación, además de que no resulta viable procurar la modificación del precio con ulterioridad al hecho que se concurrió a consumir...*”

Otro caso destacable es “*Cadipsa*”³⁹, donde se tuvo en cuenta la gravitación de las normas imperativas para demostrar el carácter ilegítimo de cualquier inserción por medio de circulares emanadas de funcionarios incompetentes de cláusulas que intenten alterar las bases y condiciones.

Allí sostuvo que “*La integración de los contratos administrativos presupone la subordinación de sus disposiciones contractuales a las normas legales o reglamentos pertinentes, de modo tal que aquéllas -en el caso, la circular nº 5, que integra el pliego de bases y*

³⁹ CSJN, 16-05-2000, “*Cadipsa S.A. c. Estado Nacional y otros s/nulidad de acto administrativo y otro*”, Fallos 323:1146.

condiciones del concurso para adjudicar en concesión el derecho a la explotación de hidrocarburos en diversas áreas- deben ser conformes a estas últimas y resultan írritas si se viola el marco legal correspondiente”.

Agregó que “La pretensión de la actora -adjudicataria de una concesión para la explotación de hidrocarburos- de obtener una reducción en el pago de las regalías con base en lo dispuesto en la circular nº 5 de la Subsecretaría de Energía, resulta inadmisibles, pues dicha circular fue dictada durante el período licitatorio ante el pedido de aclaratoria efectuado por uno de los oferentes, mientras que por lo dispuesto en el art. 59 de la ley 17.319 las disminuciones del porcentaje de regalías no puede operarse de oficio y sólo pueden tener lugar en las etapas posteriores a la contratación”.

Pero donde apreciamos la aplicación del estándar agravado es cuando expresa que *“No puede considerarse que la resolución 7/91, que dejó sin efecto la circular nº 5 haya afectado derechos adquiridos de la actora, pues siendo esta última una empresa dedicada a trabajos en el área de hidrocarburos lo que supone una especial versación técnica y jurídica sobre el particular debió advertir que el contenido de dicha circular no era compatible con el marco jurídico que rige la materia”.*

Finalmente, analizaré someramente el caso *“Provincia de Chubut”*⁴⁰, que presenta aristas interesantes, por tratarse de irregularidades cometidas en el seno de una empresa privatizada, y su proyección al contrato administrativo.

⁴⁰ CSJN, 07-12-2001, *“Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”*, Fallos 324:4199.

Como antecedentes, vale destacar que la Provincia de Chubut y el Estado nacional, en su carácter de accionistas minoritarios de una empresa privatizada dedicada a generar energía eléctrica, impugnaron ante la Corte Suprema en instancia originaria ciertas asambleas en las que se había resuelto que la sociedad anónima debía reintegrar al accionista mayoritario, perteneciente al sector privado, ciertas sumas afectadas por éste al pago de deudas del ente estatal.

El planteo fue acogido favorablemente por la Corte Suprema, quien consideró que tales obligaciones estaban previstas en el pliego de licitación, por lo que hizo lugar a la demanda declarando la nulidad de las asambleas cuestionadas.

Para así resolver, consideró que "Son nulas de nulidad absoluta las asambleas de una sociedad del Estado privatizada -en el caso, dedicada a la generación de energía eléctrica en centrales térmicas-, si el accionista privado mayoritario se valió de su condición de tal para repetir de la sociedad anónima sumas desembolsadas por ciertas deudas del ente estatal -inversiones, obras en curso, gastos y salarios impagos- que según el pliego de licitación estaban exclusivamente a su cargo, pues ello no sólo afecta a los socios minoritarios -Estado nacional y Provincia del Chubut-, sino que viola los principios de orden público relativos a la licitación."

También entendió que "Es aplicable a los contratos administrativos -en el caso, privatización por licitación pública de una sociedad del Estado- la regla según la cual los acuerdos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y según lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión -art. 1198, párr. 1º,

Cód. Civil-, máxime cuando la ley impone determinadas formalidades -en el caso, licitación pública- que constituyen verdaderas garantías para los intereses en juego, tanto de la Administración como de los proponentes”.

En su Considerando 11º) ... rememoró algo ya sentado en antiguo precedente de Fallos: 179:249 que *"Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, 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"* (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6º⁴¹.

VII. INADMISIBILIDAD DE LOS CONTRATOS VERBALES

⁴¹ Agregó que: "... Va de suyo que la imprescriptibilidad de la nulidad absoluta importa la imposibilidad de confirmación ulterior del acto viciado, porque resultaría contradictorio admitir que la ley veda la subsanación del acto por transcurso del tiempo en atención a razones de interés público, pero que al mismo tiempo la admite cuando la lleve a cabo el particular interesado (Fallos: 190:142)..."

Tanto la doctrina y jurisprudencia han expresado que "...La forma verbal no está excluida del actuar administrativo (Artículo 8º in fine, Ley Nº 19.549, y Art. 115º Ley 3460) y es en las órdenes o instrucciones de servicio impartidas por un órgano superior a otro que le está subordinado, donde tiene una de sus manifestaciones más frecuentes"⁴². De allí se ha sostenido, por ejemplo, que un agente debía obedecer las órdenes por tratarse de un "acto administrativo verbal", que tenía presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria"⁴³.

También se ha aceptado incluso la manifestación tácita o implícita de voluntad (vgr., art. 119 Ley 3.460 de Procedimientos Administrativos de Corrientes), remarcando que "... la voluntad, en principio, puede declararse de cualquier forma. En este sentido, la forma es elemento esencial del acto administrativo, pues, si la voluntad no se manifiesta de alguna manera no existe acto jurídico. Como regla general, una forma determinada no es elemento necesario para que exista

⁴² Cita en el fallo a REVIDATTI, Derecho Administrativo, T. I, pág. 215; DIEZ, Derecho Administrativo, 2ª ed., T. II, pág. 257; FIORINI, Derecho Administrativo, 2a. ed., T. I, pág. 429; GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, T. 3, capág. X, pág. 15), citados en el Plenario "*Multicambio S.A. c/ B.C.R.A. s/ ordinario*" del 1º-10-1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CARATTINI, Marcelo Gustavo, *Fallos Plenarios -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*, Edición actualizada y anotada al año 2004, Ediciones RAP, Buenos Aires, pág. 181).

⁴³ CSJN, 08-04-2008, "*Charpin, Osvaldo José c. Estado Nacional -Poder Judicial de la Nación -CSJN*", Fallos 331:536.

acto administrativo, pero, para algunas categorías o especies de actos administrativos, las leyes obligan al sujeto titular del poder administrativo a declarar su voluntad de una manera determinada"⁴⁴.

No obstante, la CSJN ha sido rotunda al expresar 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 reclamadas se deben celebrar con las formalidades que establece el derecho administrativo para su confección"*.⁴⁵

Agregó que *"Cabe aplicar la doctrina del silencio negativo de la administración respecto del reclamo de facturas impagas derivadas de una locación de servicios que habría sido celebrada verbalmente, pues, más allá de las intimaciones que la accionante hubiera efectuado, ésta no logró acreditar la efectiva prestación del servicio, por lo cual, en el caso no se cumplieron los procedimientos propios para las contrataciones con el Estado, no se tramitó la habilitación presupuestaria y, por ende, no se obtuvo la conformidad por la autoridad de turno para el pago de dichas facturas"*.

Finalmente, expresó que *"La aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa no es procedente en el sub examine, toda vez que ello importaría una grave violación al principio de congruencia, puesto que la*

⁴⁴ ESCUIN PALOP, Vicente, *El acto administrativo implícito*, Civitas, 1999, Madrid, pág. 75.

⁴⁵ CSJN, 31-07-2012, *"Lix Klett SAIC v. Biblioteca Nacional – Sec. de Cultura de la Nación"*, Fallos 335:1385.

actora fundó su demanda de "cobro de pesos" en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada".⁴⁶

VIII. CONCLUSIÓN

De los tópicos analizados, cabe rescatar la importancia que la jurisprudencia ha asignado al principio de legalidad o juridicidad en materia contractual administrativa, tanto para interpretar las bases y condiciones de la contratación – potestad en cabeza de la autoridad administrativa –, como para desplazar la invocación de desconocimiento de las normas contractuales tanto por oferentes como contratistas.

Asimismo, se ha ponderado la necesidad de que los pliegos se ajusten a las normas legales y reglamentarias, que resultan imperativas, siendo ilegítimas todas aquellas que se inserten sin respetar las normas de rango superior, o que provengan de órganos incompetentes, o al margen de los procedimientos y formalidades fijado, fulminando con la inexistencia jurídica en este último caso.

Es destacable que, así como el contrato administrativo no puede incluir una cláusula que no esté previamente fijada en la normativa de base – incluidos los pliegos –, tampoco puede silenciar exigencias imperativas previstas las normas contractuales.

⁴⁶ Rememoró así lo que resolviera en el CSJN, 05/12/2000, "*Ingeniería Omega Sociedad Anónima c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*", [EDA, 00/01-230].

Resulta cuestionable no obstante la utilización de la figura del legítimo abono o del enriquecimiento sin causa para intentar, por su intermedio, sortear las exigencias imperativas que provienen de las normas contractuales.

Finalmente, aun cuando la forma verbal ha sido admitida en el quehacer administrativo, no es posible esgrimir la existencia de contratos de este tipo, pues la voluntad de la Administración sólo puede expresarse por los cauces y procedimientos reglados, y debe ser expresa.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La Teoría del Equivalente Económico en la contratación Administrativa*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1968.

BERÇAITZ, Miguél Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1980.

BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2ª Edición, Tomo II, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.

CARATTINI, Marcelo Gustavo, *Fallos Plenarios -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*, Edición actualizada y anotada al año 2004, Ediciones RAP, Buenos Aires.

CASSAGNE, Juan C., "Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo", *El Derecho* - Diario, Tomo 180, pág. 773, 23-01-1999, ED-DCCLXV-58.

CASSAGNE, Juan C., "De nuevo sobre la categoría del contrato administrativo en el Derecho Argentino", *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Tomo 2001/2002, pág. 493, 30-08-2001, ED-DCCLXVII-291.

CIBINIC JR., John y NASH, Ralph C., 1ras. Jornada Argentino / Norteamericanas sobre Contratación Pública celebradas del 12 al 14 de agosto de 1987, Suplemento de Régimen de la administración pública, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1987.

COMADIRA, Julio Pablo, "Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico como límite al control judicial de constitucionalidad o juridicidad", en *Cuestiones de Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, pág. 117.

COMADIRA, Julio Rodolfo, "Algunos aspectos de la licitación pública", en *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, del año 1999, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 319-345.

COVIELLO, Pedro José J., "El Contrato Administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en la Obra colectiva *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 83 y ss.

COVIELLO, Pedro José J., "El Criterio de Contrato Administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *ED*, 111, pág. 845.

EIZAGUIRRE, Sandra, "En torno a la controversial figura del legítimo abono", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* Nº 484, pág. 41-57.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La figura del contrato administrativo", *RAP* Nº 41, 1963.

JÈZE, Gastón, *Principios del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1950, Tº V, pág. 5.

MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", *El Derecho - Diario*, Tomo 179, pág. 655, 29-10-1998, ED-DCCLXV-695.

MAIRAL, Héctor A., "El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo", *El Derecho - Diario*, Tomo 180, pág. 849, 23-01-1999, ED-DCCLXV-61.

ORLANSKI, Leonardo, "Ilegitimidad de la doctrina del sometimiento voluntario en la licitación pública", *EDial.com*, Viernes, 12 de Noviembre de 2004 - Año VII - Nº 1661, *Suplemento de Derecho Administrativo*, Sección Doctrina.

PINTOS SANTIAGO, JAIME, *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Editorial INAP, Colección Monografías, Madrid, 2017.

PINTOS SANTIAGO, J., "Transversal principio de transparencia en las Administraciones Públicas", en AA.VV. (dir. PINTOS SANTIAGO, JAIME), *Calidad, transparencia y ética pública*, Editorial INAP, Colección Monografías, Madrid, 2017.